

Lutz Köster

Die Auseinandersetzung einer Gesellschaft oder Gemeinschaft
nach § 84 InsO

Schriften zum deutschen,
europäischen und internationalen
Insolvenzrecht

S-INSO Band 21

Schriften zum deutschen, europäischen und internationalen Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Stefan Smid, Kiel
Rechtsanwalt Dr. Mark Zeuner, Hamburg
Rechtsanwalt Michael Schmidt, Berlin

S-INSO Band 21

De Gruyter

Lutz Köster

Die Auseinandersetzung einer Gesellschaft oder Gemeinschaft nach § 84 InsO

De Gruyter

Dr. Lutz Köster, Rechtsanwalt, Berlin.

ISBN 978-3-11-024798-5
e-ISBN 978-3-11-024799-2

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.

© 2010 Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin/New York

Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz GmbH, Gräfenhainichen
Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen
Ⓢ Gedruckt auf säurefreiem Papier

Printed in Germany

www.degruyter.com

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Herbst 2009 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis September 2009 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Stefan Smid, der die Anregung zu dem Thema gab, und mich von den Anfängen bis zur Veröffentlichung der Arbeit stets unterstützt und betreut hat, mir aber gleichzeitig Freiraum bei ihrer Gestaltung überließ. Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Prof. Dr. Werner Schubert für seine Anregungen und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ganz herzlich bedanken möchte ich mich bei Herrn Rechtsanwalt Justus Schneidewind aus Potsdam. Durch sein entgegengebrachtes Vertrauen konnte ich schon während der Ausbildungszeit umfangreiche, praktische Erfahrungen auf dem Gebiet des Insolvenzrechts sammeln, was nicht nur die praxisnahe Perspektive der Arbeit maßgeblich gefördert, sondern auch mein Interesse an diesem Rechtsgebiet erst geweckt hat.

Meiner Schwester Eva danke ich für die umfassenden sprachlichen Korrekturhilfen sowie meiner ganzen Familie und meinen Freunden für den fortwährenden Zuspruch. Schließlich danke ich meinen Eltern für ihre liebevolle Unterstützung in allen Lebenslagen. Ihre uneingeschränkte Förderung meiner Ausbildung hat die Fertigstellung erst ermöglicht, weshalb ich ihnen diese Arbeit widme.

Berlin, den 29.08.2010

Lutz Köster

Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Einleitung	1
A. Gegenstand der Untersuchung	1
B. Problemaufriss	1
C. Ziel und Gang der Untersuchung	3
2. Teil: Anwendungsbereich	5
A. Grundsatz	5
B. Geregelte Gemeinschaftsverhältnisse	5
C. Nicht erfasste Rechtsverhältnisse	6
I. Körperschaften	6
II. Kapitalanlagegesellschaften	6
III. Wohnungseigentümergeinschaft	6
IV. Nicht rechtsfähiger Verein	6
V. Partenreederei	7
D. Problematische Rechtsverhältnisse	7
I. Einleitung	7
II. Das Gemeinschaftskonto	8
1. „Und-Konten“	8
2. „Oder-Konten“	8
III. Eheliche Gütergemeinschaft	8
IV. Innengesellschaften	9
1. Die Stille Gesellschaft	9
2. Die Unterbeteiligung	10
3. Sonstige Innengesellschaften	10
V. Die Kommanditgesellschaft auf Aktien	11
VI. Der Unternehmensvertrag	11
VII. Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung	11
VIII. Die Partnerschaftsgesellschaft	12
3. Teil: Das Auseinandersetzungsverfahren	15
A. Allgemeines	15
B. Rechtsvorgänge der Auseinandersetzung	16
I. Auseinandersetzung nach dem BGB	17
1. Auflösung	17
2. Auseinandersetzung	17
3. Beendigung	18
II. Auseinandersetzung nach dem HGB	18
1. Auflösung	18

Inhaltsverzeichnis

2. Liquidation	19
3. Teilung	19
4. Beendigung	20
C. Auseinandersetzungsvoraussetzungen	20
I. Fortbestehen der Gemeinschaft	20
II. Auseinandersetzungserlangen	21
D. Auseinandersetzungsverfahren einer Personengesellschaft am Beispiel der GbR	21
I. Allgemeines	21
II. Einzelne Schritte der Auseinandersetzung	22
III. Rückerstattung der Einlagen, Nachschusspflicht und Überschuss- verteilung	26
IV. Isolierte Geltendmachung einzelner Gesellschafteransprüche vor der Beendigung nach materiellem Recht	28
E. Auseinandersetzung sonstiger Gemeinschaftsverhältnisse des BGB . . .	31
I. Die Bruchteilsgemeinschaft	31
II. Die Erbengemeinschaft	32
III. Die eheliche Gütergemeinschaft	33
F. Teilung einer Personenhandelsgesellschaft am Beispiel der Offenen Handelsgesellschaft	33
I. Allgemeines	33
II. Voraussetzungen des Ausscheidens	34
1. Grundsatz	34
2. Ablehnung mangels Masse	34
3. Eröffnung eines Nachlassinsolvenzverfahrens	35
4. Teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs	36
a) Zweigliedrige OHG	36
b) Eintritt des Ausscheidensgrundes in der aufgelösten Gesell- schaft	38
c) Simultaninsolvenz	42
aa) Einleitung	42
bb) Unzulässigkeit des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens durch liquidationslose Vollbeendigung der Gesell- schaft	44
cc) Abwägung zwischen teleologischer Reduktion des § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB und Eröffnung eines Partikularinsol- venzverfahrens über das Vermögen der ehemaligen Gesellschaft analog § 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO	48
dd) Ergebnis	53
III. Abfindungsanspruch	54
1. Allgemeines	54
2. Anspruchsgegner	55
3. Abfindungsbilanz	56
a) Rechtliche Bedeutung	56
b) Berechnung und Feststellung	57

aa) Gesetzliche Bewertungsmaßstäbe	57
bb) Ertragswertmethode	59
cc) Substanzwertmethode	61
dd) Discounted-Cash-Flow-Verfahren	61
ee) Beteiligung am Ergebnis schwebender Geschäfte	63
ff) Feststellung	66
IV. Insolvenzmassehaftung	67
1. Privatgläubiger des insolventen Gesellschafters	67
2. Gesellschaftsgläubiger	67
a) Ausgangsproblematisik	67
b) Ausschließliche Insolvenz des Gesellschafters	68
c) Gleichzeitige Insolvenz der Gesellschaft	69
aa) Doppelberücksichtigung oder Ausfallhaftung	69
bb) Masseforderungen	71
V. Antragsrecht des Insolvenzverwalters	75
VI. Kosten des Gesellschafterinsolvenzverfahrens	77
1. Allgemeines	77
2. Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen des § 110 HGB	78
3. Ergebnis	79
VII. Verbraucherinsolvenzverfahren über das Vermögen eines Gesell- schafers	80
1. Einleitung	80
2. Kaufmannseigenschaft	80
3. Anwendbarkeit der §§ 304 ff. InsO	82
a) Vormalige selbstständige Tätigkeit des Schuldners gemäß § 304 Abs. 1 InsO	82
b) Überschaubare Vermögensverhältnisse i. S. d. § 304 Abs. 2 InsO	83
c) Ergebnis / Ausblick	84
G. Besonderheiten bei der KG und der KGaA	85
H. Stille Gesellschaft	86
I. Grundproblematik	86
II. Meinungsstand	86
III. Herleitung	87
IV. Stellungnahme	89
V. Pflicht des stillen Gesellschafters zur Verlustabdeckung	91
VI. Atypische Stille Gesellschaft	91
4. Teil: Stellung des Insolvenzverwalters im Auseinandersetzungs- verfahren	95
A. Eintritt in die Rechte des Schuldners	95
I. Allgemeines	95
II. Geschäftsführungsbefugnis	95
III. Stimmrechte	96
IV. Ausübung des Liquidatorenamtes	97

Inhaltsverzeichnis

1. Voraussetzungen	97
2. Rechtliche und historische Einordnung	98
3. Die Eintragungspflicht nach § 148 Abs. 1 HGB	100
B. Gemeinschaftliche Berechtigung an Grundeigentum	101
I. Grundproblematik	101
II. Auslegungsfragen	102
III. Verwertung von Miteigentumsanteilen	104
1. Allgemeines	104
2. Verwertung durch Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft	104
3. Verwertung des Anteilsrechts	106
4. Verhältnis der Teilungsversteigerung zur Zwangsversteigerung auf Antrag des Insolvenzverwalters	107
IV. Verwertung bei Gesamthandseigentum an Grundstücken	108
1. Auflösung der Gesellschaft durch Insolvenzeröffnung über das Vermögen eines Teilhabers	108
a) Allgemeines	108
b) Zulässigkeit des freihändigen Verkaufs von Grundstücken	109
c) Verwertungsmethoden im Einzelnen	112
2. Ausscheiden des insolventen Gesellschafters	113
V. Insolvenzvermerk im Grundbuch	115
1. Einleitung	115
2. Rechtliche Zulässigkeit der Eintragung	117
a) Grundstück als Bestandteil der Insolvenzmasse	117
b) Verfügungsbeschränkung	119
aa) Rechtsgrundlage	119
bb) Eintritt einer Verfügungsbeschränkung	120
cc) Zwischenergebnis	126
c) Fehlende Voreintragung, § 39 GBO	127
aa) Allgemeines	127
bb) Grundbuchfähigkeit der GbR	127
cc) Ergänzungsfunktion des Handelsregisters	129
dd) Eintragungsgegenstand des Insolvenzvermerks	131
ee) Zwischenergebnis	132
3. Praktische Notwendigkeit wegen der Gefahr einer Masse- schmälerung	132
a) Einleitung	132
b) Insolvenzmassegefährdung	133
4. Fazit	136
C. Zulässigkeit der Freigabe des Anteils an der Gesellschaft oder Gemeinschaft	137
I. Einführung	137
1. Grundsätzliche Zulässigkeit einer Freigabe nach der Insolvenz- ordnung	137
2. Zulässigkeit der Freigabe des Anteils an einer Gesellschaft oder Gemeinschaft	139

II. Echte Freigabe	140
1. Grundsatz	140
2. Fortführung der Gesellschaft oder Gemeinschaft mit dem Insol- venzschuldner	141
a) Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen	141
b) Insolvenzrechtliche Voraussetzungen	143
aa) Allgemeines	143
bb) Begründung von Masseverbindlichkeiten	144
cc) Ermöglichen der selbständigen Tätigkeit	147
dd) Wertlosigkeit des Anteilsrechts	152
ee) Pfändbarkeit der Mitberechtigung	153
c) Diskussion / Ergebnis	153
3. Beendigung der Gesellschaft / Ausscheiden des Schuldners	156
III. Andere Formen der Freigabe	156
1. Modifizierte Freigabe	156
2. Erkaufte Freigabe	160
D. Ausschluss oder Beschränkung der Auseinandersetzung	163
I. Vertragliche Teilungsbeschränkungen	163
II. Gesetzliche Ausschlüsse und Beschränkungen	165
5. Teil: Absonderungsrecht der Mitberechtigten	167
A. Allgemeines	167
B. Voraussetzungen	167
I. Gemeinschaftliches Vermögen	167
II. Forderung aus dem Gemeinschaftsverhältnis	168
C. Gegenstand der Absonderung	168
I. Grundsatz	168
II. Eigenständiger Regelungsgehalt	169
1. Einleitung	169
2. Ablehnende Auffassung	169
3. Gegenansicht	170
4. Bewertung	170
a) Wohnungseigentümergeinschaft	170
b) Gesellschaft bürgerlichen Rechts	172
aa) Fortführung der Geschäfte	172
bb) Ansprüche unter den Gesellschaftern	174
5. Ergebnis	175
III. Insolvenzrechtliche Ausnahmen des Prinzips der Liquidations- befangenheit	175
1. Problemstellung	175
2. Überblick über die bisherigen Entscheidungen	177
a) Einführung	177
b) Entscheidungen des Landgerichts Frankfurt	178
c) Entscheidung des Landgerichts Bonn	178
d) Entscheidung des Landgerichts Berlin	178

Inhaltsverzeichnis

3. Die Entscheidungen des Insolvenzrechtssenats des Bundesgerichtshofes	179
a) Urteil vom 09.03.2000	179
b) Urteil vom 14.12.2006	180
4. Rechtliche Würdigung	182
a) Der Beitragscharakter der Gesellschafterleistungen nach § 4.1 Arge Mustervertrag	182
b) Die Prüfung der Verrechenbarkeit nach den §§ 94 ff. InsO . . .	185
aa) Ausschluss nach § 95 Abs. 1 InsO	185
bb) Aufrechnungsverbot gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO	187
cc) Anfechtungsrecht nach § 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO	189
dd) Rechtsnatur der Verrechnungsbefugnis im Gesellschaftsvertrag	195
c) Kontrollüberlegungen	196
d) Ergebnis und Auswirkungen für die Praxis	199
aa) Gesellschafterleistungen vor dem Eröffnungsantrag . . .	199
bb) Leistungen in der Krise	200
cc) Leistungen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens . . .	201
dd) Praktische Auswirkungen und Ausblick	201
 6. Teil: Schlussbemerkung und Zusammenfassung der Ergebnisse . .	203
I. Schlussbemerkung	203
II. Zusammenfassung der Ergebnisse	204
 Literaturverzeichnis	211
Stichwortverzeichnis	225

1. Teil: Einleitung

A. Gegenstand der Untersuchung

Das Insolvenzverfahren erfasst gemäß § 1 Satz 1 InsO nur das Vermögen des Schuldners. In die durch Art. 14 GG verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen Dritter soll hingegen nicht eingegriffen werden. Vermögensbestandteile Dritter unterliegen deshalb der Aussonderung nach § 47 InsO.

Zu der Insolvenzmasse i. S. d. § 35 InsO gehören aber auch Mitberechtigungen des Schuldners (Miteigentum oder Anteil an einem Gesamtvermögen). Um den widerstreitenden Interessen der übrigen Mitberechtigten und des Insolvenzverwalters Rechnung zu tragen, bedarf es einer rechtlichen Möglichkeit, den wirtschaftlichen Wert der schuldnerischen Beteiligung für die Masse verfügbar zu machen, ohne hierdurch vermögenswerte Rechte der Mitberechtigten zu verletzen.¹ Aus diesem Grund verweist § 84 InsO auf die Realisierung des Wertes der Beteiligung durch Teilung oder Auseinandersetzung außerhalb des Insolvenzverfahrens. Die Vorschrift trennt zwischen der Auseinandersetzung der Gemeinschaft oder Gesellschaft einerseits und dem Insolvenzverfahren des Schuldners auf der anderen Seite.² Art und Voraussetzung der Auseinandersetzung richten sich nicht nach den Regelungen der Insolvenzordnung, sondern ausschließlich nach den Vorschriften der einschlägigen materiell-rechtlichen Gesetze³ (vorwiegend also den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen), wobei die Gemeinschafts- bzw. Gesellschafterrechte anstatt vom Insolvenzschnuldner nunmehr gemäß § 80 Abs. 1 InsO vom Insolvenzverwalter wahrgenommen werden. Damit wird die gemeinschaftliche Vermögensbindung berücksichtigt und nur der dem Insolvenzschnuldner tatsächlich zustehende Wert der Mitberechtigung gelangt zur Masse.⁴

B. Problemaufriss

Die obigen Ausführungen zum Inhalt und Zweck der Regelung des § 84 InsO verdeutlichen, dass es sich bei der Vorschrift gewissermaßen um eine „Schnittstelle“ zwischen dem Insolvenzrecht und dem Gesellschafts- bzw. Gemeinschaftsrecht handelt. Allerdings ist es in Bezug auf die Art und das Verfahren der Auseinandersetzung mit dem Verweis auf die materiellrechtlichen Regelungen des Gesellschafts- und Gemeinschaftsrechts nicht getan. Aufgrund der Insolvenz des Gemein-

¹ K/P-Lücke, § 84 Rn. 2.

² Smid, § 84 Rn. 1.

³ Uhlenbruck-Hirte, § 84 Rn. 14.

⁴ K/P-Lücke, § 84 Rn. 2.

1. Teil: Einleitung

schafters bzw. Gesellschafters und insbesondere des noch näher darzustellenden Eintritts des Insolvenzverwalters in dessen Rechte sind in der Praxis Besonderheiten bei der Auseinandersetzung zu berücksichtigen, für die das materielle Recht zumindest teilweise keine eindeutigen Vorgaben enthält. Problematisch ist beispielsweise die Stellung des Insolvenzverwalters in der Auseinandersetzung.⁵ Einerseits obliegt dem Verwalter als unabhängige Person die Sicherung und Verwaltung der Insolvenzmasse mit dem späteren Ziel der Verwertung und gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger i. S. d. § 1 InsO. Auf der anderen Seite kann er wegen des Eintritts in die Rechte des Schuldners gemäß § 80 Abs. 1 InsO dazu verpflichtet sein, gemeinsam mit den verbleibenden Gemeinschaftern Geschäftsführungsaufgaben zu übernehmen, so dass unter Umständen ein Interessenkonflikt entsteht.

In Betracht kommt beispielsweise auch die Ausübung der Rechte und Pflichten eines Liquidators seitens des Insolvenzverwalters in der Auseinandersetzung einer Personenhandelsgesellschaft nach § 80 Abs. 1 InsO bzw. § 146 Abs. 3 HGB. Der Liquidator einer OHG oder KG ist aber ausschließlich den Gesellschaftern gegenüber verpflichtet. Deren Interesse genießt bei seiner Aufgabenerfüllung also an sich absoluten Vorrang. Der Insolvenzverwalter hat demgegenüber bei der Ausübung seines Amtes insbesondere den Interessen der im Verfahren angemeldeten Gläubiger Rechnung zu tragen. Dies kann im Einzelfall die schnelle Verwertung eines Gegenstandes auf Drängen eines oder mehrerer Gläubiger, notfalls auch unter Wert, erfordern. Ein derartiges Vorgehen als Liquidator wäre hingegen aus den oben genannten Gründen nicht zulässig. Sofern sich im Liquidationsverfahren die Möglichkeit einer für die Gesellschafter vorteilhafteren Verwertung eines Vermögensgegenstandes bietet, müssen die Liquidatoren eine hierdurch bedingte spätere Beendigung des Verfahrens in Kauf nehmen.⁶ Dieses Beispiel soll aufzeigen, dass die Interessen des Insolvenzverwalters in Ausübung seines Amtes keinesfalls immer mit denjenigen Interessen harmonieren, die ihm aufgrund der Wahrnehmung der Gesellschafterrechte des Insolvenzschafters in der Auseinandersetzung des Gemeinschaftsverhältnisses zuteil werden. Im Gegenteil sind Konstellationen denkbar, in denen diese Interessen miteinander kollidieren.

Obwohl die Vorschrift des § 84 InsO die vormaligen Regelungen der §§ 16, 51 KO in sprachlich leicht modernisierter Fassung übernimmt und damit im Grundsatz auf die Rechtsprechung hierzu zurückgegriffen werden kann⁷, fehlt es bislang auch an einer umfangreichen Rechtsprechung zu der Thematik. Erst in der jüngeren Vergangenheit befassten sich einige gerichtliche Entscheidungen mit einzelnen Problemkreisen zu § 84 InsO, etwa der Frage nach der Notwendigkeit eines Insolvenzvermerks im Grundbuch bezüglich der Gesellschaftsgrundstücke bei Insolvenz eines einzelnen Gesellschafters⁸ oder nach einem Ausschluss des Aufrechnungsverbots des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO durch § 84 InsO.⁹

⁵ Smid, InVO 2/2006, 45.

⁶ MüHdB-Gummert, GesellR, Band II, § 52 Rn. 15.

⁷ Wimmer/App, § 84 Rn. 1.

⁸ OLG Rostock, Beschluss v. 11.09.2003, ZInsO 2003, 1002.

⁹ LG Frankfurt, Urt. v. 30.12.2004-2/31 O 202/04.

C. Ziel und Gang der Untersuchung

Das Anliegen der Arbeit ist eine Darstellung der Auseinandersetzung nach § 84 InsO bei Beteiligung des Insolvenzschuldners an einer Gemeinschaft oder Gesellschaft mit speziellem Augenmerk auf die sich im Auseinandersetzungsverfahren ergebenden insolvenzspezifischen Besonderheiten. Dies verlangt nicht zuletzt ein Hinterfragen der Stellung des Insolvenzverwalters in den jeweiligen „Phasen“ der Auseinandersetzung. Aus der zugrunde gelegten Untersuchungsperspektive sollen Problemfelder herausgearbeitet und das Verfahren auf seine rechtliche Effizienz hin überprüft werden. Die Hauptaufmerksamkeit gilt dabei der Frage, wie die Probleme einer praxistauglichen Lösung zugeführt werden können.

Der erste Teil skizziert zunächst den Anwendungsbereich des § 84 InsO. Dazu werden allgemeingültige Kriterien für die Eröffnung des Anwendungsbereiches herausgearbeitet und die unstreitigen Anwendungsfälle benannt. Im Anschluss hieran widmet sich die Arbeit denjenigen Gemeinschaftsverhältnissen, auf die eine Anwendung des § 84 InsO im Einzelnen strittig ist.

Im zweiten Teil befasst sich die Arbeit mit den einzelnen Phasen des Auseinandersetzungsverfahrens. Hierzu werden zunächst die allgemeingültigen Voraussetzungen einer Auseinandersetzung benannt. In einem zweiten Schritt wird dann den unterschiedlichen Teilungsregelungen des BGB und des HGB Rechnung getragen. Im Vordergrund der Untersuchung steht dabei stets das Herausarbeiten möglicher rechtlicher Unklarheiten oder Interessenskollisionen aus Sicht des Insolvenzrechts.

Anhand der erarbeiteten Vorgehensweise wird in einem dritten Schritt auf die rechtlichen und praktischen Gestaltungsmöglichkeiten des Verwalters aufgrund seines Eintritts in die Rechte des insolventen Gesellschafters gemäß § 80 InsO sowie seine rechtliche Stellung in der Auseinandersetzung eingegangen. Neben den allgemeinen Rechten und Pflichten des Insolvenzverwalters in der Auseinandersetzung, wozu u. a. etwa Stimmrechte und Geschäftsführungsaufgaben zählen, wird ferner insbesondere seine Stellung im Hinblick auf die Verwertung einer gemeinschaftlichen Berechtigung an Grundeigentum untersucht. Ein weiteres in diesem Abschnitt behandeltes Thema stellt die Frage nach der Möglichkeit des Insolvenzverwalters zur insolvenzrechtlichen Freigabe des Schuldneranteils an der Gesellschaft oder Gemeinschaft dar. Vor dem Hintergrund des § 84 Abs. 2 InsO wird schließlich innerhalb des Kapitels auf die Bindungswirkungen gesetzlicher und vertraglicher Teilungsbeschränkungen eingegangen. Hierzu gehören auch die so genannten gesellschaftsvertraglichen Klauseln. Aufgrund ihrer unterschiedlichen Ausgestaltung ist freilich eine abschließende Behandlung aller in Betracht kommenden Arten von Gesellschaftsvertragsklauseln im Rahmen dieser Arbeit nicht zu leisten, so dass sich die Ausführungen auf allgemeingültige Ausführungen bzw. die Darstellung des an solche Klauseln mit Rücksicht auf die Insolvenzgläubiger anzulegenden rechtlichen Prüfungsmaßstabes beschränken.

Der letzte Abschnitt der Arbeit befasst sich intensiv mit dem Absonderungsrecht der Mitberechtigten aus § 84 Abs. 1 Satz 2 InsO. Neben den allgemeingültigen Voraussetzungen des in der Vorschrift geregelten Absonderungsrechts bildet den Gegenstand der Untersuchung zum einen die Frage, ob und inwieweit der Bestimmung

1. Teil: Einleitung

angesichts der materiellrechtlichen Vorgaben noch eigenständiger Regelungscharakter beizumessen ist, ob also Sachverhaltskonstellationen denkbar sind, bei denen sich das Recht auf abgesonderte Befriedigung nicht schon aus dem materiellen Recht ergibt, so dass es maßgeblich auf die Regelung in § 84 Abs. 1 Satz 2 InsO ankommt. Ferner soll positivrechtlich bestimmt werden, wie weit sich das Recht auf abgesonderte Befriedigung der übrigen Teilhaber erstreckt. In den Fokus rückt hierbei insbesondere die letzte Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2006¹⁰ zur Problematik der sog. Bau-Arbeitsgemeinschaften. Der Umfang des Absonderungsrechts ist vor allem vor dem Hintergrund der insolvenzrechtlichen Aufrechnungsverbote der §§ 94 ff. InsO sowie den in der Insolvenzordnung geregelten Anfechtungsmöglichkeiten der §§ 129 ff. InsO des Verwalters im Einzelnen streitig. Insbesondere für an sich vergütungspflichtige Leistungen des Schuldners als Gesellschafter bzw. Gemeinschaftler im vorinsolvenzrechtlichen Zeitraum entbrannte in der Vergangenheit eine Diskussion darüber, ob die Vergütungsforderungen für solche Leistungen in die Auseinandersetzungsbilanz mit einzustellen und nur im Wege der Kontenangleichung zu befriedigen sind, mit der Folge, dass den Mitberechtigten hieran ein Recht auf Vorabbefriedigung zustünde, oder ob die Vergütung aufgrund der insolvenzrechtlichen Aufrechnungsverbote bzw. durch Anfechtung seitens des Insolvenzverwalters isoliert geltend gemacht werden können. Ohne ein Ergebnis vorwegnehmen zu wollen, führt dies letztlich und maßgeblich auch zu der Frage, ob der hier behandelten Vorschrift wegen des in ihr statuierten Vorrangs der Abwicklung nach dem materiellen Recht eine Sperrwirkung bezüglich der §§ 94 ff. InsO und der §§ 129 InsO zu entnehmen ist.

10 BGH, NJW 2007, 1067–1070.

2. Teil: Anwendungsbereich

A. Grundsatz

Die Norm ist anwendbar auf alle Gemeinschaftsverhältnisse ohne körperschaftliche Struktur, und zwar unabhängig davon, ob die Gemeinschaft oder Gesellschaft im Sinne des § 11 InsO insolvenzfähig ist. Maßgeblich ist allein die Berechtigung mehrerer Personen an einem Gegenstand, so dass dessen Einbeziehung in die Masse die Rechte der übrigen Gemeinschaftler beeinträchtigen könnte.¹¹ Deshalb scheidet eine Anwendung im Falle der Insolvenz des Mitgliedes einer juristischen Person, bei der das Vermögen nicht den Gesellschaftern, sondern der juristischen Person selbst zugeordnet wird, grundsätzlich aus.¹² Unschädlich für die Anwendung der Vorschrift ist dagegen die Anordnung der Eigenverwaltung. Ebenso bleibt die Norm im vereinfachten Insolvenzverfahren anwendbar.¹³

B. Geregelte Gemeinschaftsverhältnisse

Anwendbar ist die Vorschrift zunächst in der Insolvenz über das Vermögen eines Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts.¹⁴ Die in mehreren Gerichtsentscheidungen erörterte Frage, ob die Insolvenz sämtlicher Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft auch das Gesellschaftsvermögen umfasst, ist nunmehr ohne Bedeutung.¹⁵ Aufgrund der in § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO vorgesehenen Insolvenzfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts muss die Insolvenz der Gesellschaft unabhängig von der Insolvenz der Gesellschafter betrachtet werden. Auch für den Anteil an einer Erbengemeinschaft ist § 84 InsO maßgeblich.

Ebenfalls einschlägig ist die Norm bei Bruchteilsgemeinschaften (§§ 741 ff. BGB, für das Miteigentum §§ 1008 ff. BGB), und zwar unabhängig davon, ob sie kraft Gesetzes oder durch Vertrag begründet wurden. Auch die Existenz eines separaten Gesellschaftsvermögens, das bei Bruchteilsgemeinschaften grundsätzlich nicht besteht, ist schon nach dem Wortlaut der Norm nicht erforderlich.¹⁶

Ferner findet die Vorschrift unstreitig Anwendung auf die Offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft.¹⁷ Im Hinblick auf die Kommanditgesell-

¹¹ K/P-Lücke, § 84 Rn. 3 u. 9.

¹² Smid, § 84 Rn. 6.

¹³ Wimmer/App, § 84 Rn. 1a.

¹⁴ Wimmer/App, § 84 Rn. 11.

¹⁵ BGHZ 23, 307, 313 ff.

¹⁶ K/P-Lücke, § 84 Rn. 18.

¹⁷ Hess/Weis/Wienberg, § 84 Rn. 5.

2. Teil: Anwendungsbereich

schaft erlangt die Vorschrift darüber hinaus auch Bedeutung für deren Gestaltungsformen, soweit als Komplementär eine juristische Person eingesetzt wurde, u. a. also die GmbH & Co. KG, die Ltd. & Co. KG und die AG & Co. KG.

C. Nicht erfasste Rechtsverhältnisse

I. Körperschaften

Von der Norm nicht erfasst werden Körperschaften, insbesondere Kapitalgesellschaften. Dies folgt mittelbar schon aus dem Wortlaut der Vorschrift sowie dem Regelungszweck.¹⁸ Der Insolvenzverwalter kann Anteile an einer Kapitalgesellschaft im Wege eines freihändigen Verkaufs verwerten, und zwar selbst dann, wenn der Gesellschaftsvertrag (Satzung) eine Zustimmung der Gesellschaft hierfür vorsieht.¹⁹

II. Kapitalanlagegesellschaften

Die Beteiligung an einer Kapitalanlagegesellschaft wird von § 84 InsO nicht erfasst. Nach § 1 Abs. 1 KAGG ist das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ausdrücklich auch für den Insolvenzverwalter ausgeschlossen. Es kommt nach § 11 Abs. 2 Satz 1 KAGG allenfalls eine Auszahlung des Anteils am Sondervermögen in Betracht. Auf das Fortbestehen und die Belange der Gemeinschaft hat der gewöhnliche Zahlungsanspruch des einzelnen Anlegers keinerlei Einfluss.²⁰

III. Wohnungseigentümergeinschaft

Ebenso ist das Recht beim Wohnungseigentum, die Aufhebung der Gemeinschaft zu begehren, nicht nur für den Eigentümer selbst (§ 11 Abs. 1 WEG), sondern nach § 11 Abs. 2 WEG auch für den Verwalter ausgeschlossen.²¹ Eine Verwertung kann daher lediglich durch Veräußerung des Wohnungseigentums erfolgen.

IV. Nicht rechtsfähiger Verein

Beim nicht rechtsfähigen Verein führt die Insolvenz eines Mitglieds trotz des Verweises von § 54 Satz 1 BGB auf § 728 Abs. 2 BGB in der Regel nicht zur Auflösung des Vereins.²² Die Regelung gilt in diesem Zusammenhang als stillschweigend abbedungen. Zudem verfügt das ausscheidende Mitglied nicht über einen Abfin-

¹⁸ K/P-Lüke, § 84 Rn. 5.

¹⁹ Vgl. § 68 Abs. 2 AktG, § 15 Abs. 5 GmbHG.

²⁰ K/P-Lüke, § 84 Rn. 7.

²¹ MK-Stodolkowitz, § 84 Rn. 7.

²² Uhlenbruck-Hirte, § 84 Rn. 9.

dungsanspruch. Die Norm des § 84 InsO ist somit für den nicht rechtsfähigen Verein nicht einschlägig.

V. Partenreederei

Obwohl die Partenreederei gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO insolvenzfähig ist, wird auch sie durch die Insolvenz eines Reeders gemäß § 505 Abs. 2 HGB nicht aufgelöst.²³ Vielmehr ist dessen Schiffspart gemäß § 503 Abs. 1 HGB frei veräußerlich. Die Verwertung des Schiffsparts erfolgt daher wie bei einem Anteil an einer Kapitalgesellschaft durch freihändigen Verkauf.²⁴ Allerdings ist der Insolvenzverwalter hierbei nach § 505 Abs. 2 HGB auf die Zustimmung der übrigen Mitreeder angewiesen, sofern durch die Veräußerung des Schiffsparts des insolventen Reeders das Recht zur Führung der Bundesflagge wegen § 2 Abs. 2 FlagRG verloren ginge.²⁵ Der mit dem Verkauf des Anteils einhergehende Wechsel in den Personen der Mitreeder ist gemäß § 505 Abs. 1 HGB auf den Fortbestand der Reederei ohne Einfluss.²⁶ Die Vorschrift des § 84 InsO ist auf die Partenreederei nicht anzuwenden.

D. Problematische Rechtsverhältnisse

I. Einleitung

Das Anliegen der Arbeit besteht in erster Linie darin, die bei einer Auseinandersetzung zwischen einer Gemeinschaft oder Gesellschaft im Sinne des § 84 Abs. 1 InsO auf der einen Seite und dem Schuldner auf der anderen Seite typischer Weise daraus resultierenden, strukturellen Probleme herauszuarbeiten, dass anstelle des Schuldners der Insolvenzverwalter handelt und zumindest das Anteilsrecht als „Massegegenstand“ den insolvenzrechtlichen Bestimmungen unterliegt. Der Erreichung des Ziels einer Darstellung der strukturellen Besonderheiten, trägt die vornehmliche Behandlung der klassischen Gemeinschafts- und Gesellschaftsformen Rechnung. Auch wenn es sich bei den nachfolgenden Rechtsverhältnissen um aus insolvenzrechtlicher Sicht durchaus relevante Konstellationen handelt (so ist etwa die atypische Stille Gesellschaft schon aus steuerrechtlichen Gründen eine in der Praxis nicht seltene Gesellschaftsform), dienen die nachfolgenden Ausführungen in erster Linie der Vervollständigung. Freilich lassen sich anhand der Ausarbeitung der Besonderheiten bei den typischen Gesellschaftsformen sodann auch rechtliche Rückschlüsse hinsichtlich der nachfolgenden Rechtsverhältnisse ziehen.

²³ MK-Stodolkowitz, § 84 Rn. 19.

²⁴ K/P-Lüke, § 84 Rn. 10.

²⁵ Rabe, Seehandelsrecht, § 503 Rn. 4.

²⁶ Rabe, Seehandelsrecht, § 505 Rn. 4.

II. Das Gemeinschaftskonto

1. „Und-Konten“

Dürfen alle Kontoinhaber eines Gemeinschaftskontos über den Saldo ausschließlich gemeinschaftlich verfügen (sog. „Und-Konto“), ist der Anwendungsbereich von § 84 InsO eröffnet.

2. „Oder-Konten“

Gemäß einer Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1985²⁷, berührt das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Kontoinhabers den Fortbestand des Giro- und Kontokorrentverhältnisses zwischen dem anderen Kontoinhaber und der Bank nicht, falls beide Inhaber über das Gemeinschaftskonto allein, auch zuungunsten der Gemeinschaft, verfügen können (sog. „Oder-Konto“).²⁸ Dies gilt unabhängig davon, ob die Kontoinhaber als Gesamthandsgläubiger oder Mitglieder einer Bruchteilsgemeinschaft mit besonderer Ausgestaltung²⁹ verstanden werden. Eine Auseinandersetzung nach § 84 InsO kommt in Betracht, wenn die auf dem Konto eingehenden Beträge den Berechtigten nach dem zugrunde liegenden Kontokorrentverhältnis nur gemeinschaftlich zustehen. Der entscheidende Unterschied zum sog. „Und-Konto“ besteht in der Verfügungsbefugnis. Das Zugriffsrecht eines Kontoinhabers auf den Saldo des „Oder-Kontos“ besteht in der Insolvenz des anderen Kontoinhabers fort. Will der Insolvenzverwalter den Zugriff des anderen Berechtigten verhindern, muss er die Einzelverfügungsbefugnis umgehend widerrufen, so dass nur noch eine gemeinschaftliche Verfügung über den Saldo möglich ist.³⁰

III. Eheliche Gütergemeinschaft

Für die eheliche Gütergemeinschaft existiert eine insolvenzrechtliche Sonderregelung. Wird das Gesamtgut einer Gütergemeinschaft von einem Ehegatten allein verwaltet und über das Vermögen dieses Ehegatten das Insolvenzverfahren eröffnet, so gehört neben dem Sondergut und dem Vorbehaltsgut des Schuldners nach § 37 Abs. 1 Satz 1 InsO auch das Gesamtgut zur Insolvenzmasse. Gleiches gilt gemäß Abs. 3 der Vorschrift für die fortgesetzte Gütergemeinschaft. Da die eheliche Gütergemeinschaft durch die Eröffnung nicht aufgelöst wird und die Anteile an dem Gemeinschaftsverhältnis gemäß § 860 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht pfändbar sind, ist § 84 InsO nur dann einschlägig, wenn die eheliche Gütergemeinschaft bei der Verfahrenseröffnung schon beendet, aber noch nicht auseinandergesetzt ist.³¹ Das betrifft vornehmlich den in § 83 Abs. 1 Satz 2 InsO geregelten Fall.³²

²⁷ BGH, WM 1985, 1059.

²⁸ Hess/Weis/Wienberg, § 84 Rn. 14 ff.

²⁹ Canaris, Bankvertragsrecht, Anm. 232; MK-Stodolkowitz, § 84 Rn. 6.

³⁰ K/P-Lüke, § 84 Rn. 22.

³¹ Wimmer/App, § 84 Rn. 10.

³² K/P-Lüke, § 84 Rn. 4.

IV. Innengesellschaften

1. Die Stille Gesellschaft

Grundsätzlich ist zu differenzieren zwischen der Insolvenz des stillen Gesellschafters und derjenigen des Geschäftsinhabers. Die Anwendung des § 84 Abs. 1 Satz 1 InsO auf die Stille Gesellschaft ist in beiden Fällen umstritten.³³ Als reine Innengesellschaft kann sie kein Gesamthands- bzw. Gemeinschaftsvermögen bilden. Die Einlage des stillen Gesellschafters geht vielmehr nach § 230 Abs. 1 HGB in das Vermögen des Geschäftsinhabers über.³⁴ Gleichwohl wendet die herrschende Meinung Abs. 1 Satz 1 der Regelung zumindest analog an, da die Auseinandersetzung gemäß § 235 Abs. 1 HGB außerhalb des Insolvenzverfahrens erfolgt. Demgegenüber hält eine Mindermeinung die Anwendung für überflüssig. Ob der Vorrang der gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzung vor der insolvenzrechtlichen Abwicklung aus § 84 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 235 Abs. 1 HGB folgt oder unmittelbar aus § 235 Abs. 1 HGB geschlussfolgert wird, ist letztlich nahezu ohne Bedeutung.³⁵ In den allermeisten Anwendungsfällen führt diese Diskussion lediglich zu einer vermeidbaren Rechtsunsicherheit.³⁶ Relevant wird der Streit allerdings bei der Frage, ob der Verwalter des Geschäftsinhabers aus § 84 Abs. 1 InsO dazu verpflichtet ist, ohne vorherige Anmeldung der Forderung des stillen Gesellschafters zur Insolvenztabelle für ihn eine Auseinandersetzungsrechnung zu erstellen.³⁷ In diesem Falle könnte sich der Stille darauf beschränken, das sich aus der Abrechnung des Verwalters ergebende Auseinandersetzungsguthaben im Anschluss zur Tabelle als Insolvenzforderung anzumelden.³⁸ In der Folge wäre die Möglichkeit eines Widerspruches durch andere Gläubiger oder den Verwalter ausgeschlossen. Unbenommen davon bliebe dem Stillen nach der letztgenannten Auffassung auch die Option, die ihm aus der Auseinandersetzung zustehende Forderung selbst zu ermitteln und sogleich zur Tabelle anzumelden.³⁹

Die Vorschrift des § 84 Abs. 1 Satz 2 InsO kann hingegen im Hinblick auf einen möglichen Guthabenanspruch nach einhelliger Rechtsauffassung nicht auf die Stille Gesellschaft angewandt werden. Ein Absonderungsrecht i. S. d. Regelung setzt Forderungen aus dem Gemeinschaftsverhältnis und somit ein gemeinschaftlich gebundenes Vermögen voraus, welches bei der Stillen Gesellschaft, wie oben beschrieben, gerade nicht besteht.

³³ K/P-Lücke, § 84 Rn. 14.

³⁴ Uhlenbruck-Hirte, § 84 Rn. 6.

³⁵ MK-Stodolkowitz, § 84 Rn. 13.

³⁶ K/P-Lücke, § 84 Rn. 15.

³⁷ Grundlach, ZIP 2006, 501 ff.

³⁸ Uhlenbruck-Hirte, § 84 Rn. 6.

³⁹ Jaeger/Henkel, § 16, Rn. 5.

2. Teil: Anwendungsbereich

2. Die Unterbeteiligung

Bei der Unterbeteiligung handelt es sich um eine Gesellschaft, genau genommen wie bei der „stillen Beteiligung“ um eine Erscheinungsform der Innengesellschaft. Von ihrem Vorliegen ist auszugehen, wenn aufgrund eines Gesellschaftsvertrages zwischen dem Gesellschafter einer Kapital- oder Personengesellschaft (Hauptbeteiligter) und einem Dritten (Unterbeteiligter) der Dritte gegen Leistung einer Einlage obligatorisch zumindest am Gewinn des Gesellschaftsanteils des Hauptbeteiligten partizipiert.⁴⁰ Die Rechtsgrundlagen für eine Unterbeteiligungsgesellschaft bilden nach ganz h. M. sowohl die §§ 705 ff. BGB als auch die entsprechend anzuwendenden §§ 235 ff. HGB.⁴¹ Demzufolge kommt es auf die Frage, ob die Unterbeteiligungsgesellschaft ihrer Rechtsnatur nach eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts darstellt oder als Variante der Stillen Gesellschaft zu begreifen ist, letztlich nicht an.⁴² Ebenso wie bei der Stillen Gesellschaft ist auch für die Unterbeteiligung das Fehlen eines gesamthänderisch gebundenen Vermögens prägendes Merkmal.⁴³ Deshalb gelten die obigen Ausführungen zur Anwendung des § 84 Abs. 1 Satz 1 InsO entsprechend. Die Insolvenz eines Beteiligten, egal ob Haupt- oder Unterbeteiligter, löst die Gesellschaft auf.⁴⁴ Die Auseinandersetzung vollzieht sich außerhalb des Insolvenzrechts analog § 235 HGB. Mangels eines Gesamthandsvermögens scheidet hingegen die Anwendung des § 84 Abs. 1 Satz 2 InsO auf die Unterbeteiligungsgesellschaft mit der gleichen Begründung wie bei der stillen Beteiligung aus, ein Recht auf Absonderung kommt nicht in Betracht.⁴⁵

3. Sonstige Innengesellschaften

Weiterhin muss zwischen der Stillen Gesellschaft, der Unterbeteiligung und anderen Erscheinungsformen der Innengesellschaften differenziert werden. Während für die Stille Gesellschaft ein fehlendes Gesamthandsvermögen charakteristisch ist, bedeutet die Beschränkung auf eine Innengesellschaft nicht unbedingt den Verzicht auf ein eigenständiges gesamthänderisch gebundenes Vermögen.⁴⁶ Ausgehend von der Existenz von Innengesellschaften mit Gesamthandsvermögen findet für diese in der Insolvenz über das Vermögen eines Gesellschafters § 84 InsO wie bei einer Außengesellschaft Anwendung.⁴⁷

⁴⁰ Blaurock, Die Stille Gesellschaft, Rn. 30.1.

⁴¹ BGHZ 50, 316, 321.

⁴² Schmidt, DB 1976, 1708 f.

⁴³ K/P-Lüke, § 84 Rn. 17.

⁴⁴ Blaurock, Die Stille Gesellschaft, Rn. 30.58.

⁴⁵ K/P-Lüke, § 84 Rn. 17.

⁴⁶ Soergel/Hadding, vor § 705 Rn. 28.

⁴⁷ K/P-Lüke, § 84 Rn. 13.

V. Die Kommanditgesellschaft auf Aktien

Bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien handelt es sich gemäß § 278 Abs. 1 AktG um eine juristische Person mit der Folge, dass § 84 InsO im Regelfall keine Anwendung findet. Der Gesellschaftsanteil an einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ist pfändbar und fällt daher in die Insolvenzmasse.⁴⁸ Die Rechtsstellung des persönlich haftenden Gesellschafters richtet sich jedoch gemäß § 278 Abs. 2 AktG nach den für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften. Im Falle der Insolvenz des Komplementärs ist § 84 InsO daher einschlägig.⁴⁹

VI. Der Unternehmensvertrag

Weiterhin wird die Anwendung des § 84 InsO auf sog. Unternehmensverträge erwogen, welche das Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft eines Konzerns regeln. Zu unterscheiden ist hierbei zwischen dem der Mutter die Weisungs- und Leitungsbefugnis gegenüber der Tochter einräumenden Beherrschungsvertrag und dem Gewinnabführungsvertrag, der die Tochter dazu verpflichtet, den erzielten Gewinn an die Mutter auszuhändigen.⁵⁰ Nach einer Auffassung handelt es sich bei diesen „Organisationsverträgen“ zwar nicht um eine reine Ausprägung des in §§ 705 ff. BGB geregelten Vertragstyps. Zum Schutz der Tochtergesellschaften bestehe aber eine Notwendigkeit, die Unternehmensverträge mit der Insolvenz des Mutterkonzerns automatisch enden zu lassen, so dass § 84 InsO gleichwohl anzuwenden sei.⁵¹

Nach anderer Auffassung fällt der für ein abhängiges Unternehmen vor oder infolge der Insolvenzeröffnung entstandene Verlustausgleichsanspruch i. S. d. §§ 291 f., 302 AktG in dessen Insolvenzmasse. Im Falle der gleichzeitigen Insolvenz des herrschenden Unternehmens sei die Ausgleichsforderung der Tochtergesellschaft einfache Insolvenzforderung. Ein Recht auf abgesonderte Befriedigung nach § 84 Abs. 1 Satz 2 InsO stehe dem abhängigen Unternehmen schon deshalb nicht zu, weil es sich bei dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis allenfalls um eine Innengesellschaft handeln könne, auf die Abs. 1 Satz 2 ohnehin nicht anwendbar sei.⁵² Gerichtliche Entscheidungen zu dieser Problematik liegen bislang nicht vor.

VII. Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung

Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) ist in Deutschland als besondere Form der offenen Handelsgesellschaft ausgestaltet. Zwar überlässt Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der EG-Verordnung Nr. 2137 vom 25. Juli 1985⁵³ die Frage, wel-

⁴⁸ Smid, § 84 Rn. 6.

⁴⁹ MK-Stodolkowitz, § 84 Rn. 19.

⁵⁰ Paulus, ZIP 1996, 2141.

⁵¹ Paulus, ZIP 1996, 2141, 2144.

⁵² MK-Stodolkowitz, § 84 Rn. 16; Uhlenbruck, § 11 Rn. 403.

⁵³ ABLEG Nr. L 199/1 v. 31.07.1985.

2. Teil: Anwendungsbereich

che Folgen die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Mitberechtigten hat, den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft.⁵⁴ Das deutsche Ausführungsgesetz hat aber von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht, indem es gemäß § 1 EWIVG die entsprechende Anwendung der §§ 105 ff. HGB vorschreibt.⁵⁵ Insbesondere scheidet auch das Mitglied einer EWIV durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 9 EWIVG i. V. m. § 131 HGB aus der Vereinigung aus, soweit der Gründungsvertrag für diesen Fall keine anderweitige Bestimmung enthält. Eine in der Praxis sowohl bei der OHG als auch bei der EWIV sehr häufige Vertragsgestaltung sieht jedoch im Falle der Insolvenz eines Mitgliedes die gänzliche Auflösung des Rechtsverhältnisses vor. Dies führt bei der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung zu einer Besonderheit im Auseinandersetzungsverfahren. Im Gegensatz zur OHG werden nicht die Gesellschafter nach § 146 Abs. 1 HGB Liquidatoren, sondern nach § 10 Abs. 1 EWIV nur die Geschäftsführer der Vereinigung.⁵⁶ Auch der Insolvenzverwalter tritt bei der Liquidation somit nicht nach § 146 Abs. 3 HGB an die Stelle des insolventen Gesellschafters. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Insolvenzschnldner nicht bloß Gesellschafter, sondern auch Geschäftsführer der Vereinigung war.

VIII. Die Partnerschaftsgesellschaft

Auch auf die durch das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz vom 25.07.1994 als Gesellschaftsform für die Freiberufler geschaffene Partnerschaftsgesellschaft findet § 84 InsO Anwendung.⁵⁷ Die im ursprünglichen Gesetzesentwurf zur Insolvenzordnung in § 11 Abs. 2 Nr. 1 zunächst vergessene, aber noch vor deren Inkrafttreten durch das Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes als insolvenzfähig anerkannte Gesellschaftsform⁵⁸ gilt als Sonderform der BGB-Gesellschaft.⁵⁹ Für die Partnerschaftsgesellschaft gelten deshalb gemäß § 1 Abs. 4 PartGG die Regelungen über die GbR entsprechend, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist. Im Gegensatz zu den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 723 ff. BGB erhebt das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz jedoch das Prinzip des Ausscheidens vor der Auflösung der Gesellschaft zum gesetzlichen Regelfall.⁶⁰ Insoweit gelten nach § 9 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 PartGG die Vorschriften für die Offene Handelsgesellschaft.⁶¹ Die Partnerschaft wird dann mit den verbleibenden Partnern fortgesetzt.

Ebenso wie bei der OHG führt auch bei der Partnerschaftsgesellschaft die Abweisung eines Insolvenzantrages mangels Masse nicht zum Ausscheiden des Partners kraft Gesetzes. Soweit diese Rechtsfolge dennoch erwünscht ist, empfiehlt sich da-

⁵⁴ Hausmaninger/Fey, Unternehmensrecht, 63.

⁵⁵ MK-Stodolkowitz, § 84 Rn. 11.

⁵⁶ MK-Stodolkowitz, § 84 Rn. 11.

⁵⁷ Braun, § 84 Rn. 2.

⁵⁸ Kessler, Das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer PartG, Rn. 53.

⁵⁹ MK-Stodolkowitz, § 84 Rn. 10.

⁶⁰ Castan, Die Partnerschaftsgesellschaft, 119.

⁶¹ MK-Stodolkowitz, § 84 Rn. 10.

D. Problematische Rechtsverhältnisse

her eine entsprechende Regelung im Partnerschaftsvertrag, nach der die Ablehnung des Insolvenzverfahrens ebenfalls als Ausscheidensgrund festgelegt wird.⁶² Fehlt eine derartige Vereinbarung im Partnerschaftsvertrag, soll die Ablehnung des Verfahrens aber jedenfalls den gerichtlichen Ausschluss des Partners nach § 140 HGB rechtfertigen.⁶³

62 Castan, Die Partnerschaftsgesellschaft, 120.

63 Michalski/Römermann, PartGG, § 9 Rn. 8.