

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 EGIInsO 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. Insolvenzfreier 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

Binahe 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. Brüggemann 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 Vollarbeitung 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 Vollarbeitungspflicht 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. AUFLÖSUNGSRÜNDE

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: *Enberoth/Boujong/Joost*, § 131 Rdnr. 10; *Ott/Vuia* 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/Naendrup*, 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 Referentenentwurf 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: Pröller, § 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.

„Keinmann“ – GmbH kein funktionsfähiges Willensbildungsorgan vorhanden ist¹⁰⁷. Innerhalb der die Auflösung befürwortenden Auffassung ist dann lediglich noch umstritten, ob die Gesellschaft unmittelbar mit dem Erwerb des letzten Gesellschaftsanteils aufgelöst ist¹⁰⁸ oder ob demgegenüber eine Auflösung erst erfolgt, wenn die Gesellschaft den Zustand des Zusammenfallens sämtlicher Gesellschaftsanteile nicht in gewisser Zeit beendet¹⁰⁹.

cc. Auflösungsgründe für die AG

Die speziellen Auflösungsgründe für Aktiengesellschaften entsprechen zu großen Teilen denjenigen für die GmbH. So führt auch bei der AG eine Nichtigkeitsklage wegen schwerwiegender Satzungsängel nach § 275 Abs. 1 AktG und der darauf folgenden Eintragung der Nichtigkeit gemäß § 275 Abs. 4 Satz 3 AktG nach § 277 Abs. 1 AktG zur Abwicklung nach den Vorschriften der Abwicklung bei Auflösung. Gleiches gilt bei der unter den Voraussetzungen der §§ 275, 276 AktG zulässigen Löschung nichtiger Aktiengesellschaften von Amts wegen nach § 397 Satz 1 FamFG¹¹⁰. Ebenso wie bei der GmbH führt gemäß § 262 Abs. 1 Nr. 5 AktG auch die Rechtskraft einer einen Mangel der Satzung feststellenden registergerichtlichen Verfügung nach § 399 Abs. 1, Abs. 2 FamFG zur Auflösung, wenn die Gesellschaft den Satzungsängel nicht innerhalb einer vom Registergericht gesetzten Frist behoben hat. Eine Löschung der Gesellschaft nach § 395 Abs. 1 FamFG kommt daneben im Anwendungsbereich der §§ 397, 399 FamFG als spezielleren Regelungen gegenüber § 395 FamFG ebenso wie bei der GmbH auch für die AG nicht in Betracht¹¹¹. Schließlich führt nach herrschender Ansicht auch bei der AG der Erwerb sämtlicher Gesellschaftsanteile durch die Gesellschaft zur Auflösung¹¹².

dd. Auflösungsgründe für die KGaA

Nach § 289 Abs. 1 AktG richten sich die Gründe für die Auflösung einer KGaA grundsätzlich nach den für die KG geltenden Vorschriften des HGB. Wie auch bei der

¹⁰⁷ Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck, § 33 Rdnr. 19.

¹⁰⁸ So Fichtelmann, GmbHR 2003, 67 (72 f.); Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck, § 33 Rdnr. 19; Pentz in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 33 Rdnr. 27; K. Schmidt/Bitter in: Scholz, § 60 Rdnr. 65.

¹⁰⁹ So Emmerich in: Scholz, § 13 Rdnr. 9; Paulick, S. 92; Westermann in: Scholz, § 33 Rdnr. 44.

¹¹⁰ Bumiller/Harders, § 397 Rdnr. 8; vgl. auch Winkler in: Keidel/Kuntze/Winkler, § 144 Rdnr. 16.

¹¹¹ Vgl. zur GmbH, Erster Teil I. 2. e. bb., S. 24.

¹¹² Hüffer, § 262 Rdnr. 24; derselbe in: MüKo AktG, § 262 Rdnr. 102; siehe auch ausführlich die Darstellung zur Problematik bei der GmbH, Erster Teil I. 2. e. bb., S. 24 f.

KG¹¹³ bewirkt damit bei der KGaA das Ausscheiden des letzten Komplementärs die Auflösung¹¹⁴. Eine Gesellschaft ohne Gesellschafter kann folglich auch bei der KGaA nicht bestehen. Im Gegensatz zur KG führt allerdings das Zusammenfallen sämtlicher Gesellschaftsanteile in einer Hand dann nicht zum liquidationslosen Erlöschen, wenn der Alleininhaber der Anteile Komplementär ist, so dass eine „Einmann“- Gesellschaft in diesem Fall wegen des Körperschaftscharakters der KGaA möglich ist¹¹⁵.

Neben den auf die KGaA anwendbaren Auflösungsgründen der KG bestehen jedoch weitere, dem Recht der AG angelehnte Auflösungsgründe. So führt die Eintragung der Nichtigkeit im Anschluss an eine Nichtigkeitsklage gemäß §§ 278 Abs. 3, 275 Abs. 1 AktG nach §§ 278 Abs. 3, 277 Abs. 1 AktG zur Abwicklung nach den Vorschriften über die Liquidation bei Auflösung. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des §§ 275, 276 AktG besteht des Weiteren nach § 397 Satz 1 FamFG die Möglichkeit, Kommanditgesellschaften auf Aktien von Amts wegen durch das Registergericht zu löschen. Ebenso wie die AG wird die KGaA auch bei Feststellung von Satzungsmängeln im Sinne des § 399 FamFG aufgelöst, § 289 Abs. 2 Nr. 2 AktG. § 395 FamFG ist wegen der Spezialität der §§ 397, 399 FamFG für die Löschung der Gesellschaft als solcher im Handelsregister nicht anwendbar¹¹⁶.

ee. Auflösungsgründe für die eG

Neben den bereits genannten Gründen führt auch bei der eG die Nichtigklärung wegen Fehlens oder Nichtigkeit wesentlicher Bestimmungen der Satzung nach § 94 GenG gemäß § 97 Abs. 1 GenG zur Abwicklung nach den für die Abwicklung bei Auflösung geltenden Vorschriften. Eine die Auflösung herbeiführende Löschung der eG ist unter den Voraussetzungen der §§ 94, 95 GenG nach § 397 Satz 2 FamFG daneben auch von Amts wegen möglich. Schließlich kann eine eG nach § 54a Abs. 2 GenG aufgelöst werden. Nach § 54 GenG ist die Mitgliedschaft einer eG in einem Prüfungsverband verpflichtend. Scheidet die eG aus einem Prüfungsverband aus und erwirbt nicht nach der gerichtlich festgesetzten Frist die Mitgliedschaft in einem anderen Prüfungsverband, führt dies nach § 54a Abs. 2 GenG zur Auflösung von Amts wegen.

¹¹³ Vgl. ausführlich Erster Teil I. 2. e. aa., S. 22 f.

¹¹⁴ Hüffer, § 289 Rdnr. 9; Perlitt in: MüKo AktG, § 289 Rdnr. 143.

¹¹⁵ Hüffer, § 278 Rdnr. 5; Perlitt in: MüKo AktG, § 280 Rdnr. 30; K. Schmidt, GesR, S. 974; a.A. noch v. Godin/Wilhelmi, § 280 Anm. 2, die die gleichzeitige Stellung von Komplementären als Kommanditaktionäre entgegen der heute allgemeinen Ansicht ablehnten.

¹¹⁶ Siehe oben, Erster Teil I. 2. e. bb., S. 24.

3. Zulässigkeit der Erweiterung der Auflösungsgründe

Die bisher dargestellten Auflösungsgründe ergeben sich aus dem Gesetz bzw. aus dem Wesen der jeweiligen Gesellschaftsform. Jedoch können im Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung weitere Auflösungsgründe vereinbart werden¹¹⁷. Für oHG und KG wird dies aus der Möglichkeit der Auflösung durch Zeitablauf, § 131 Abs. 1 Nr. 1 HGB, sowie durch Gesellschafterbeschluss nach § 131 Abs. 1 Nr. 2 HGB gefolgt¹¹⁸. Gleiches muss aufgrund der §§ 78, 79 GenG für die eG gelten. Für die GmbH ergibt sich die Zulässigkeit der Erweiterung unmittelbar aus § 60 Abs. 2 GmbHG. Umstritten ist dagegen, ob auch bei Aktiengesellschaften satzungsmäßige Auflösungsgründe vereinbart werden können. Verneint wird dies zum Teil im Hinblick auf § 23 Abs. 5 AktG, wonach die Satzung einer AG von den Vorschriften des Aktiengesetzes nur abweichen darf, wo dies ausdrücklich zugelassen ist¹¹⁹. Eine andere Ansicht erkennt die Zulässigkeit der Erweiterung von Auflösungsgründen dagegen an¹²⁰. Damit setzt sie sich allerdings über den Zweck des § 23 Abs. 5 AktG hinweg: Die Norm schränkt die Satzungsautonomie zum Schutz von Gläubigern oder künftigen Aktionären ein¹²¹. Im Interesse der Verkehrsfähigkeit von Aktien sollen sowohl Gläubiger als auch Dritte vor ungewöhnlichen Vereinbarungen in der Satzung geschützt werden¹²². Eine ungewöhnliche Vereinbarung kann dabei auch die Festsetzung weiterer, über die gesetzlichen Regelungen hinausgehender Auflösungsgründe sein. § 262 Abs. 2 AktG, wonach die Auflösungsvorschriften des Aktiengesetzes auch für die Auflösung aus anderen Gründen gelten, zwingt ebenfalls nicht zu einer anderen Betrachtung. Die Norm muss so verstanden werden, dass mit anderen Auflösungsgründen wegen des von § 23 Abs. 5 AktG bezweckten Gläubiger- und Aktionärsschutzes lediglich andere gesetzliche, nicht aber andere satzungsmäßige Auflösungsgründe gemeint sind¹²³.

Unklar ist daneben auch die Rechtslage bei der KGaA. Zwar verweist § 289 Abs. 1 AktG auf die Auflösungsgründe des HGB, andererseits wiederum erklärt § 278 Abs. 3 AktG die Vorschriften des Ersten Buches des Aktiengesetzes und damit auch § 23 Abs. 5 AktG für anwendbar. Teilweise wird deshalb vertreten, die satzungsmäßige Erweiterung der Auflösungsgründe dann zuzulassen, wenn die handelsrechtlichen Re-

¹¹⁷ *Lorz* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 131 Rdnr. 27; *K. Schmidt*, GesR, S. 308.

¹¹⁸ *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 131 Rdnr. 74; zu § 131 Abs. 1 Nr. 1 HGB ebenso *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 131 Rdnr. 9; auch § 131 Abs. 3 HGB, wonach die dort aufgeführten Gründe mangels abweichender vertraglicher Bestimmungen zum Ausscheiden eines Gesellschafters führen, zeigt, dass in diesen Fällen auch gesellschaftsvertraglich die Auflösung der Gesellschaft vereinbart werden kann, vgl. *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 131 Rdnr. 57.

¹¹⁹ *Hüffer*, § 262 Rdnr. 7; *derselbe* in: MüKo AktG, § 262 Rdnr. 101.

¹²⁰ Vgl. *K. Schmidt*, GesR, S. 930 f.; *Wiedemann* in: Großkommentar AktG, § 262 Anm. 39.

¹²¹ *Hüffer*, § 23 Rdnr. 34.

¹²² *Pentz* in: MüKo AktG, § 23 Rdnr. 150.

¹²³ *Hüffer*, § 262 Rdnr. 24. *derselbe* in: MüKo AktG, § 262 Rdnr. 101; *Kraft* in: KK AktG, § 262 Rdnr. 19.

gelungen vorbehaltlich abweichender vertraglicher Bestimmungen gelten, wie etwa gemäß § 131 Abs. 3 HGB für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters. Im Übrigen solle hingegen wegen des Grundsatzes der Satzungsstrenge die Vereinbarung weiterer Auflösungsgründe in der Satzung ausgeschlossen sein¹²⁴. Da jedoch gerade die angesprochene Regelung des § 131 Abs. 3 HGB statt des Ausscheidens die Möglichkeit anderweitiger Bestimmungen nach § 131 Abs. 3 Nr. 5 HGB auch für den Eintritt weiterer im Gesellschaftsvertrag vorgesehener Fälle eröffnet, läuft die genannte Ansicht darauf hinaus, dass bei der KGaA unbegrenzt weitere Auflösungsgründe in der Satzung festgelegt werden können. Dann bedarf es aber auch keiner Differenzierung danach, ob die gesetzliche Regelung abweichende gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen zulässt. Vielmehr muss beachtet werden, dass Vorschriften des Ersten Buches über die AG nach § 278 Abs. 3 AktG auf die KGaA nur insoweit sinngemäß Anwendung finden, als sich aus den §§ 278 ff. AktG nichts anderes ergibt. Für die Auflösung einer KGaA sieht jedoch § 289 Abs. 1 AktG die grundsätzliche Anwendbarkeit der Regelungen des HGB vor. Für die KGaA gehen daher über § 289 Abs. 1 AktG die Auflösungsregelungen des HGB als speziellere Regelung den Vorschriften des Ersten Buches des AktG und damit auch § 23 Abs. 5 AktG vor. Ebenso wie bei der oHG und der KG ist folglich bei der KGaA die satzungsmäßige Erweiterung der Auflösungsgründe im Gegensatz zur Rechtslage bei der AG zulässig.

Die gesellschaftsvertragliche Erweiterung der Auflösungsgründe ist daher mit Ausnahme der AG bei sämtlichen Handelsgesellschaften zulässig.

4. Konkurrenz von Auflösungsgründen

Schließlich ist darauf einzugehen, wie das Vorliegen mehrerer Auflösungsgründe zu behandeln ist. Mehrere Auflösungsgründe können gleichzeitig vorliegen, da der Eintritt eines Auflösungsgrundes den Eintritt eines anderen Auflösungsgrundes nicht hindert¹²⁵. Soweit kein unmittelbar zur Vollbeendigung führender Auflösungsgrund gegeben ist oder das Insolvenzverfahren eröffnet wird, führt das Vorliegen mehrerer Auflösungsgründe dann ebenso wie das Vorliegen eines einzelnen Auflösungsgrundes zur Abwicklung der Gesellschaft im Rahmen eines gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahrens. Eine Besonderheit beim Vorliegen mehrerer Auflösungsgründe besteht lediglich für den Fall der Fortsetzung: Soll eine aufgelöste Gesellschaft fortgesetzt

¹²⁴ Vgl. *Mertens/Cahn* in: KK AktG, § 289 Rdnr. 8.

¹²⁵ *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 131 Rdnr. 10.

werden, müssen sämtliche einer Fortsetzung im Wege stehenden Auflösungsgründe behoben werden¹²⁶.

II. AUSWIRKUNGEN DER AUFLÖSUNG AUF DIE GESELLSCHAFT

Die Auflösung ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§§ 143 Abs. 1 Satz 1 HGB, 65 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, 263 Satz 1 AktG, 289 Abs. 6 Satz 1 AktG, 82 Abs. 1 GenG)¹²⁷. Bei den Körperschaften sind die Gläubiger durch die Bekanntmachung der Auflösung nach §§ 267 AktG, 65 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, 82 Abs. 2 Satz 2 GenG zusätzlich zur Anmeldung ihrer gegenüber der Gesellschaft bestehenden Forderung aufzufordern, wodurch die Frist für das vor der Verteilung des Restvermögens an die Gesellschafter abzuwartende „Sperrjahr“¹²⁸ zu laufen beginnt. Der Firma der Gesellschaft ist bei Zeichnung der Abwickler (§§ 153 HGB, 68 Abs. 2 GmbHG, 269 Abs. 6 AktG, 85 Abs. 3 GenG) bzw. auf an einen bestimmten Adressaten gerichteten Geschäftsbriefen (§§ 71 Abs. 5 GmbHG, 268 Abs. 4 AktG) ein auf die Liquidation hinweisender Zusatz anzufügen. Die Auflösung ändert jedoch nichts an der Existenz der jeweiligen Gesellschaft, die erst durch die Vollbeendigung als solche erlischt¹²⁹. Kontrovers diskutiert werden hingegen die Auswirkungen der Auflösung auf den Zweck der Gesellschaft sowie deren Rechtsfähigkeit.

Überwiegend wird vertreten, dass der Abwicklungszweck mit der Auflösung an die Stelle des bisherigen werbenden Gesellschaftszwecks trete¹³⁰. Dem stellt sich eine durch *K. Schmidt* begründete Ansicht entgegen, wonach keine Änderung des Gesell-

¹²⁶ *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 145 Rdnr. 74; zur Fortsetzung siehe Erster Teil IV., S. 64 ff.

¹²⁷ Unterschiede bestehen jedoch zwischen den einzelnen Rechtsformen hinsichtlich der zur Anmeldung verpflichteten Personen: während bei der oHG und KG sämtliche Mitgesellschafter zur Anmeldung der Eintragung der Auflösung verpflichtet sind, trifft diese Pflicht bei der AG lediglich den Vorstand, bei der KGaA die Komplementäre, bei der GmbH die Liquidatoren (vgl. *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 65 Rdnr. 7) sowie bei der eG das Gericht in den Fällen des § 80 GenG, die die Auflösung aussprechende Behörde bei Auflösung nach § 81 GenG sowie den Vorstand in den Fällen der §§ 78 f. GenG (vgl. *Beuthien*, § 82 Rdnr. 1). In Fällen der Eröffnung bzw. der Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens besteht keine Anmeldepflicht der genannten Organe, da die Auflösung von Amts wegen eingetragen wird. Bei Löschung der Gesellschaft nach § 394 FamFG entfällt die Eintragung der Auflösung dagegen vollständig, da bereits die Löschung die Warnfunktion erfüllt (vgl. *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 143 Rdnr. 1).

¹²⁸ Siehe hierzu Erster Teil III. 7., S. 60.

¹²⁹ *RGZ* 41, 93 (95); *RGZ* 92, 77 (84); *RGZ* 155, 75 (80); grundlegend *Wimpfheimer*, S. 81 ff., insbesondere S. 114; zur Vollbeendigung siehe unten, Zweiter Teil, S. 68 ff.

¹³⁰ *RGZ* 123, 151 (155); *BGH* NJW 1986, 851; *OLG Köln* NJW 1959, 198; *OLG Stuttgart* NZG 1999, 31 (32); *Grunewald*, I.A. Rdnr. 185 (S. 94); *Hüffer*, § 262 Rdnr. 2; *Kübler/Assmann*, § 6 IV 1. c) (S. 62); *Saenger*, *GmbHR* 1994, 300; *Windbichler*, § 11 Rdnr. 1.

schaftszwecks durch die Auflösung erfolgt¹³¹. Zwischen dem unveränderten Gesellschaftszweck und dem Liquidationszweck ist nach dieser Auffassung strikt zu trennen¹³². Allerdings soll der Gesellschaftszweck in der Weise vom Liquidationszweck überlagert werden, dass die Rechte und Pflichten der Mitglieder und Organe durch die Abwicklung verändert werden¹³³.

Die besseren Gründe sprechen jedoch dafür, mit der überwiegenden Meinung von einer Änderung des Gesellschaftszwecks auszugehen. Ab dem Zeitpunkt der Auflösung ist der Zweck einer Handelsgesellschaft daher nicht mehr wie sonst regelmäßig die Gewinnerzielung durch Betreiben des Unternehmensgegenstandes, sondern die Abwicklung mit dem Ziel der Vollbeendigung. Die andere Ansicht, nach welcher der bisherige Gesellschaftszweck fortbesteht und lediglich überlagert wird, kann nicht überzeugen. Unklar ist bereits, inwieweit und mit welchen Folgen eine Überlagerung erfolgen soll. Auch ein Vergleich mit dem Zweck der Vorgesellschaft kann selbst dann nicht zur Annahme einer Kontinuität des Gesellschaftszwecks führen, wenn entgegen der wohl überwiegenden Ansicht der Zweck der Vorgesellschaft nicht nur in der Gründung der Gesellschaft gesehen wird¹³⁴. Während bei der Vorgesellschaft das Stadium bis zur Vollendung der Gründung zur Verfolgung des (späteren) Gesellschaftszwecks notwendig ist, handelt es sich bei der Abwicklung um kein notwendiges Zwischenstadium, sondern einen die Vollbeendigung bezweckenden Prozess. Neben der Liquidation des Gesellschaftsvermögens, dessen Verteilung an die Gläubiger sowie der Verteilung des Überschusses an die Gesellschafter verfolgt die Gesellschaft hingegen keine weiteren Ziele. Die Abwicklung ist alleiniger Grund für den Fortbestand der Gesellschaft¹³⁵.

Umstritten ist darüber hinaus, welche Auswirkungen die Auflösung auf die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft hat. Nach vorherrschender Ansicht in der Literatur besteht die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft im Abwicklungsverfahren unverändert fort und wird

¹³¹ K. Schmidt, GesR, S. 313; *derselbe* in: Scholz, § 69 Rdnr. 3; *derselbe* in: ZHR 153 (1989), 270 (281 f.); *derselbe* in: K. Schmidt/W. Uhlenbruck, Rdnr. 3.7; *derselbe* in: FS Henckel, 749 (758); ebenso zur Zweckänderung bei Auflösung durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens Meyer-Sommer, S. 164.

¹³² K. Schmidt, GesR, S. 313; *derselbe* in: Wege, S. 100; Paura, S. 20.

¹³³ K. Schmidt, GesR, S. 313; *derselbe* in: Wege, S. 100; für eine Überlagerung des Gesellschaftszwecks auch: Haas in: Baumbach/Hueck, § 60 Rdnr. 9; Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, § 69 Rdnr. 2; Vallender, NZG 1998, 249 (250).

¹³⁴ So aber Paura, S. 20; K. Schmidt, ZHR 153 (1989), 270 (281); nach wohl überwiegender Ansicht besteht der Zweck der Vorgesellschaft dagegen lediglich darin, die Eintragung der Gesellschaft herbeizuführen und damit die Gründung zu vollenden, vgl. RGZ 83, 370 (373); RGZ 105, 228 (229); RGZ 134, 121 (122); BGHZ 80, 129 (139); Schmidt-Leithoff in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 11 Rdnr. 35.

¹³⁵ Vgl. Hüffer, § 262 Rdnr. 2.

nicht etwa auf den Liquidationszweck beschränkt¹³⁶. Die auch von der Rechtsprechung vertretene Gegenansicht¹³⁷ läuft auf eine Annäherung zur „ultra-vires“ Lehre des angloamerikanischen Rechtsraumes hinaus, nach der die Rechtsfähigkeit von Verbänden auf gesetzliche oder satzungsmäßige Zwecke beschränkt ist¹³⁸. Außerhalb der Liquidation wird die „ultra-vires“ Lehre jedoch allgemein für das deutsche Verbandsrecht abgelehnt¹³⁹ und statt einer Beschränkung der Rechtsfähigkeit durch den Verbandszweck lediglich eine Beschränkung der Vertretungsmacht der Vertretungsberechtigten angenommen¹⁴⁰. Eine andere Betrachtung ist auch im Liquidationsstadium nicht angezeigt. Eine konsequente Beschränkung der Rechtsfähigkeit der aufgelösten Handelsgesellschaft hätte zur Folge, dass liquidationsfremde Geschäfte auch dann nicht abgeschlossen werden könnten, wenn der jeweilige Vertragspartner keine Kenntnis von der fehlenden Zugehörigkeit des Geschäfts zum Liquidationszweck hat¹⁴¹. Zum Schutz des Rechtsverkehrs kann eine solche Rechtsunsicherheit nicht akzeptiert werden¹⁴². Dies erkennt auch die Rechtsprechung und schützt den Vertragspartner bei Gutgläubigkeit trotz der an sich angenommenen Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft¹⁴³. Dogmatisch lässt sich das allerdings nicht erklären. Richtigerweise ist daher nicht von einer Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft, sondern vielmehr wie auch ansonsten im deutschen Verbandsrecht von einer Einschränkung der Vertretungsmacht der Vertretungsberechtigten auszugehen. Die Rechtsfähigkeit besteht also unabhängig vom Eintritt der Gesellschaft in das Abwicklungsstadium ohne Einschränkung bis zum Eintritt der Vollbeendigung fort. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt folglich nach § 50 Abs. 1 ZPO auch die Parteifähigkeit der aufgelösten Handelsgesellschaft ohne Einschränkungen bestehen¹⁴⁴.

Die Auflösung hat also keinen Einfluss auf die Rechtsfähigkeit oder gar Existenz einer Handelsgesellschaft, wohl aber auf deren Gesellschaftszweck.

¹³⁶ Pawra, S. 18; Reuter in: MüKo BGB, § 49 Rdnr. 11; Schmidt, AcP 174 (1974), 55 (67 f.); Schwarz/Schöpflin in: Bamberger/Roth, § 49 Rdnr. 5; Weick in: Staudinger, § 49 Rdnr. 17.

¹³⁷ BGH NJW-RR 2001, 1552 (1553); Ellenberger in: Palandt, § 49 Rdnr. 2; Fabricius, S. 104 f.

¹³⁸ Reuter in: MüKo BGB, § 49 Rdnr. 11; Schwarz/Schöpflin in: Bamberger/Roth, § 49 Rdnr. 5.

¹³⁹ Vgl. Reuter in: MüKo BGB, § 49 Rdnr. 11 m.w.N.

¹⁴⁰ Vgl. RGZ 145, 311 (314); Schwarz/Schöpflin in: Bamberger/Roth, § 21 Rdnr. 10.

¹⁴¹ Reuter in: MüKo BGB, § 49 Rdnr. 11.

¹⁴² Vgl. auch K. Schmidt, GesR, S. 312 f.

¹⁴³ BGH NJW 1984, 982.

¹⁴⁴ Bork in: Stein/Jonas, § 50 Rdnr. 46; Hüffer in: MüKo AktG, § 264 Rdnr. 21.

III. ABWICKLUNGSVERFAHREN

Mit Ausnahme der unmittelbar zur Vollbeendigung führenden Auflösungsgründe¹⁴⁵ sowie der Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt das Vorliegen eines Auflösungsgrundes im Regelfall zur Abwicklung der Gesellschaft nach den dafür geltenden gesellschaftsrechtlichen Regelungen, vgl. §§ 145 Abs. 1 HGB (für die KG i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB), 66 Abs. 1 GmbHG, 264 Abs. 1 AktG (für die KGaA i.V.m. § 278 Abs. 3 AktG¹⁴⁶). Die für den jeweiligen Gesellschaftstyp geltenden Liquidationsvorschriften sind mit Ausnahme der Normen betreffend oHG und KG, bei denen nach § 145 Abs. 1 HGB die Möglichkeit der Vereinbarung einer anderen Art der Auseinandersetzung besteht, zwingend¹⁴⁷. Auch im Innenverhältnis besteht eine Abwicklungspflicht in der Form, dass die Gesellschafter untereinander zur Mitwirkung bei der Abwicklung verpflichtet sind¹⁴⁸. Entzieht sich ein Gesellschafter dieser Pflicht ohne berechtigten Grund, hat er der Gesellschaft den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen¹⁴⁹.

1. Die Bestellung von Liquidatoren

Zur Durchführung der Liquidation und Wahrnehmung der liquidationsspezifischen Aufgaben ist der Liquidator bzw. sind die Liquidatoren berufen. Im Folgenden soll daher kurz erläutert werden, wer Liquidator ist bzw. werden kann und welche Rechte und Pflichten diesem obliegen.

a. Die Person des Liquidators

Unterschieden werden drei Arten von Liquidatoren: geborene, gekorene sowie gerichtlich bestellte Liquidatoren. Als „geborene Liquidatoren“ werden diejenigen Abwickler bezeichnet, die mit der Auflösung der Gesellschaft kraft Gesetzes ohne besonderen Bestellungsakt zum Liquidator werden¹⁵⁰. Im Grundsatz gehen die für die jeweiligen Gesellschaftstypen geltenden Regelungen für geborene Liquidatoren von einer Organ-

¹⁴⁵ Siehe dazu Erster Teil I., S. 9 ff.

¹⁴⁶ Während sich die Auflösung der KGaA gemäß § 289 Abs. 1 grundsätzlich nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über die KG richtet, ist für die Abwicklung nach § 278 Abs. 3 AktG das Recht der AG maßgeblich, vgl. Hüffer, § 290 Rdnr. 1.

¹⁴⁷ Vgl. zur GmbH: Haas in: Baumbach/Hueck, § 66 Rdnr. 2; zur AG: Hüffer, § 264 Rdnr. 2; zur eG: Beuthien, § 83 Rdnr. 1; zur Möglichkeit der Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft siehe Erster Teil IV., S. 64 ff.

¹⁴⁸ Hillers, S. 46 ff.; K. Schmidt, ZHR 153 (1989), 270 (285); derselbe in: Schlegelberger, § 145 Rdnr. 27.

¹⁴⁹ K. Schmidt, ZHR 153 (1989), 280 (285); derselbe in: Schlegelberger, § 145 Rdnr. 27.

¹⁵⁰ Vgl. Haas in: Baumbach/Hueck, § 66 Rdnr. 12; Hüffer, § 265 Rdnr. 3; Paura, S. 25; Rasner in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 66 Rdnr. 3.

kontinuität in der Liquidation aus. Wer vor dem Zeitpunkt der Auflösung die Geschäfte der Gesellschaft geführt hat, soll auch deren Abwicklung betreiben. Bei der AG sowie der eG sind folglich die Mitglieder des Vorstandes nach §§ 265 Abs. 1 AktG, 83 Abs. 1 GenG als geborene Liquidatoren berufen. Liquidatoren der GmbH sind nach § 66 Abs. 1 GmbHG die Geschäftsführer. Eine Besonderheit besteht bei den Personengesellschaften. Nach § 146 Abs. 1 HGB sind grundsätzlich sämtliche Gesellschafter geborene Liquidatoren. Dies scheint zunächst dem Grundsatz der Organkontinuität zu entsprechen, sind doch auch nach § 125 Abs. 1 BGB sämtliche Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft im verbenden Stadium ermächtigt, sofern sie nicht gesellschaftsvertraglich von der Vertretung ausgeschlossen sind. Allerdings sollen nach der Regelung des § 146 Abs. 1 HGB auch solche Gesellschafter zu Liquidatoren berufen sein, die vor der Auflösung keine Vertretungsbefugnis hatten¹⁵¹. Nach herrschender Ansicht soll das selbst für solche Gesellschafter gelten, denen die Vertretungsmacht nach § 127 HGB wegen grober Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Vertretung entzogen wurde¹⁵². Besonders deutlich wird die Modifikation der Organkontinuität jedoch bei der KG. Auch dort sind nach §§ 161 Abs. 2, 146 Abs. 1 HGB sämtliche Gesellschafter und damit auch Kommanditisten zu Liquidatoren berufen¹⁵³, während vor der Auflösung die Kommanditisten gemäß § 170 HGB von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen waren.

Unabhängig von der Gesellschaftsform können durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluss der Gesellschafter bzw. der Haupt- oder Generalversammlung statt der geborenen Liquidatoren aber auch andere, sogenannte „gekorene Liquidatoren“ bestimmt werden (vgl. §§ 146 Abs. 1 HGB, 66 Abs. 1 GmbHG, 265 Abs. 2 AktG, 83 Abs. 1 GenG).

Schließlich besteht bei sämtlichen Gesellschaftsformen die Möglichkeit, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auf Antrag¹⁵⁴ Liquidatoren gerichtlich bestellen zu lassen, vgl. §§ 146 Abs. 2 HGB, 265 Abs. 3 AktG, 66 Abs. 2, 83 Abs. 3 GenG. Selbst bei Ge-

¹⁵¹ Hillmann in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 146 Rdnr. 2; Hopt in: Baumbach/Hopt, § 146 Rdnr. 2.

¹⁵² Hillmann in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 146 Rdnr. 2; Hopt in: Baumbach/Hopt, § 146 Rdnr. 2.

¹⁵³ BGH WM 1982, 1170; Bork/Jacoby, ZGR 2005, 611 (616); H.-F. Müller, S. 17; a.A. mit der Begründung, § 146 HGB sei nur für die oHG und nicht für die KG konzipiert, weshalb im Einzelfall geprüft werden müsse, ob die Regelung dem Willen der Beteiligten entspricht K. Schmidt, ZHR 153 (1989), 270 (290 f.), wobei Schmidt jedenfalls bei der GmbH & Co. KG davon ausgeht, dass lediglich die Komplementär-GmbH Liquidator werden soll, vgl. K. Schmidt in: MüKo HGB, § 146 Rdnr. 14.

¹⁵⁴ Während bei der oHG und KG nach § 146 Abs. 2 HGB der Antrag eines Beteiligten genügt, muss der Antrag bei der AG nach § 265 Abs. 3 AktG vom Aufsichtsrat oder einer Minderheit von Aktionären, deren Anteile zusammen den zwanzigsten Teil des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von 500.000 Euro erreichen, bei der GmbH gemäß § 66 Abs. 2 HGB von Gesellschaftern, deren Geschäftsanteile mindestens zehn Prozent des Stammkapitals entsprechen oder bei der eG vom Aufsichtsrat oder zumindest zehn Prozent der Mitglieder nach § 83 Abs. 3 GenG gestellt werden.

sellschaften, die grundsätzlich Selbstorganschaft bezüglich des Geschäftsführungorgans vorschreiben, müssen die gekorenen oder gerichtlich bestellten Liquidatoren nicht Gesellschafter oder Genossen sein¹⁵⁵. Auf diese Weise kann die Liquidation trotz grundsätzlicher Selbstorganschaft besonders geeigneten Personen übertragen werden. Im Gegensatz zur Befähigung zum Amt des Insolvenzverwalters, vgl. § 56 Abs. 1 InsO, können auch juristische Personen und nach ganz herrschender Ansicht auch Personenhandelsgesellschaften Liquidatoren sein¹⁵⁶.

Stehen die Liquidatoren fest, sind diese sowie jede Änderung in den Personen der Liquidatoren und deren Vertretungsmacht gemäß §§ 148 Abs. 1 HGB, 266 Abs. 1 AktG, 67 Abs. 1 GmbHG, 84 Abs. 1 GenG in das Handels- bzw. Genossenschaftsregister einzutragen, wobei Eintragungen bezüglich gerichtlich bestellter Liquidatoren von Amts wegen vorgenommen werden, vgl. §§ 148 Abs. 2 HGB, 266 Abs. 4 AktG, 67 Abs. 4 GmbHG, 84 Abs. 2 GenG. Die Eintragung selbst hat allerdings lediglich deklaratorische Wirkung¹⁵⁷. Änderungen in den Personen der Liquidatoren kommen neben dem Tod insbesondere durch deren Abberufung in Betracht. Ohne Rücksicht auf die zugrunde liegende Gesellschaftsform kann ein Liquidator nach §§ 147 HGB, 265 Abs. 3 Satz 1 AktG, 66 Abs. 3 GmbHG, 83 Abs. 4 GenG aus wichtigen Gründen auf Antrag gerichtlich abberufen werden. In Betracht kommt daneben noch der Wegfall eines Liquidators durch Amtsniederlegung. Die Niederlegung des Liquidatorenamtes ist grundsätzlich jederzeit und fristlos durch Erklärung gegenüber der Gesellschaft bzw. bei gerichtlich bestellten Abwicklern gegenüber dem Gericht zulässig, soweit keine anderweitige Regelung im Gesellschaftsvertrag enthalten ist¹⁵⁸. Bei Personenhandelsgesellschaften gilt dies indes nur für Dritte, während Gesellschafter zur Übernahme der Liquidatorenpflichten gegenüber den Mitgesellschaftern verpflichtet

¹⁵⁵ Vgl. §§ 146 Abs. 1 HGB; 83 Abs. 1 GenG, wonach die Liquidation „anderen“ Personen übertragen werden kann; außerdem *Beuthien*, § 83 Rdnr. 2; *H.-F. Müller*, S. 17; *K. Müller*, GenG, § 83 Rdnr. 2; *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 146 Rdnr. 3, der jedoch nicht von einer Fremdorganschaft sondern von einer modifizierten Selbstorganschaft ausgeht.

¹⁵⁶ Vgl. für juristische Personen bereits *OLG Karlsruhe* JW 1925, 2017; §§ 265 Abs. 2 Satz 3 AktG, 83 Abs. 2 GenG; *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 66 Rdnr. 6; *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 146 Rdnr. 4; für Personenhandelsgesellschaften *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 66 Rdnr. 7; *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 146 Rdnr. 4; *Hüffer* in: MüKo AktG, § 265 Rdnr. 11; *K. Müller*, GenG, § 83 Rdnr. 27; a.A.: *Kraft* in: KK AktG, § 265 Rdnr. 10 ff.; dagegen wird die Befähigung der GbR zum Liquidatorenamt mangels Publizität der Vertretungsordnung abgelehnt, vgl. *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 66 Rdnr. 7; a.A.: *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 146 Abs. 5.

¹⁵⁷ *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 67 Rdnr. 16; *Hillmann* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 148 Rdnr. 1; *Hüffer*, § 266 Rdnr. 1.

¹⁵⁸ *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 66 Rdnr. 29 ff.; *Hüffer*, § 265 Rdnr. 13.

sind¹⁵⁹ und folglich entsprechend § 712 Abs. 2 BGB nur aus wichtigem Grund das Amt als Liquidator niederlegen können¹⁶⁰.

Ob Liquidatoren für ihre Tätigkeit eine Vergütung verlangen können, lässt sich nicht einheitlich beantworten. Während Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften ohne anderweitige Regelung keine besondere Vergütung verlangen können, da die Durchführung der Liquidation zu den ihnen obliegenden Pflichten gehört¹⁶¹, behalten Vorstandsmitglieder¹⁶² und Geschäftsführer¹⁶³ ihre bereits vor der Auflösung aus dem Dienstverhältnis resultierenden Vergütungsansprüche. Eine spezielle Vergütung für die Liquidation kommt daneben grundsätzlich nicht in Betracht. Die Vergütung für gekorene Liquidatoren hängt demgegenüber vom Abschluss und Inhalt des zu Grunde liegenden Anstellungsvertrages ab¹⁶⁴, wobei im Zweifel nach § 612 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf angemessene Vergütung besteht¹⁶⁵. Gerichtlich bestellte Dritte haben schließlich grundsätzlich einen Vergütungsanspruch. Bei der AG ist dieser Vergütungsanspruch in § 265 Abs. 4 AktG ausdrücklich geregelt. Für die GmbH¹⁶⁶ sowie die eG¹⁶⁷ wird die Regelung entsprechend angewandt. Aber auch die gerichtlich bestellten Liquidatoren von Personenhandelsgesellschaft können eine Vergütung verlangen¹⁶⁸.

b. Vertretungsmacht des Liquidators

Wie ein geschäftsführendes Organ vertritt der Liquidator nach §§ 149 Satz 2 HGB, 269 Abs. 1 AktG, 70 Satz 1 GmbHG, 88 Satz 1 GenG die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich. Eine Beschränkung der Vertretungsmacht ist jedenfalls Dritten gegenüber unwirksam, vgl. §§ 151 HGB, 269 Abs. 5 AktG; 71 Abs. 4 i.V.m. 37 Abs. 2 GmbHG, 87 Abs. 1 i.V.m. 27 Abs. 2 GenG. Sind mehrere Liquidatoren bestellt, können diese die zur Liquidation erforderlichen Handlungen ohne anderweitige Regelung nur gemeinschaftlich vornehmen. Für die oHG, KG, AG und KGaA ist dies gesetzlich geregelt, vgl. §§ 150 Abs. 1 HGB (i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB), 269 Abs. 2 AktG (i.V.m. § 278 Abs. 3 AktG). Zwar fehlt für die GmbH und die eG eine entsprechende Regelung, es herrscht jedoch Einigkeit, dass auch dort grundsätzlich eine gemein-

¹⁵⁹ Hopt in: Baumbach/Hopt, § 146 Rdnr. 3.

¹⁶⁰ Hillmann in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 147 Rdnr. 9.

¹⁶¹ BGHZ 17, 299 (301) = NJW 1955, 1227; K. Schmidt in: MüKo HGB, § 146 Rdnr. 9.

¹⁶² Vgl. Beuthien, § 83 Rdnr. 3; Hüffer, § 264 Rdnr. 17; derselbe in: MüKo AktG, § 265 Rdnr. 7.

¹⁶³ Vgl. Haas in: Baumbach/Hueck, § 66 Rdnr. 17.

¹⁶⁴ Hüffer in: MüKo AktG, § 265 Rdnr. 12; vgl. auch Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, § 66 Rdnr. 9.

¹⁶⁵ Beuthien, § 83 Rdnr. 4; Hillmann in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 146 Rdnr. 11; K. Müller, GenG, § 83 Rdnr. 6; K. Schmidt in: MüKo HGB, § 146 Rdnr. 10.

¹⁶⁶ Vgl. Haas in: Baumbach/Hueck, § 66 Rdnr. 23.

¹⁶⁷ Beuthien, § 83 Rdnr. 5; K. Müller, GenG, § 83 Rdnr. 20.

¹⁶⁸ OLG Hamburg MDR 1973, 54.

schaftliche Handlung sämtlicher Liquidatoren erforderlich ist¹⁶⁹. Im Gegensatz zur Vertretung juristischer Personen in der Liquidation schreibt § 149 Satz 2 HGB für Personenhandelsgesellschaften ausdrücklich vor, dass die Liquidatoren jene „innerhalb ihres Geschäftskreises“ gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Folglich zieht die herrschende Ansicht den Schluss, dass die Vertretungsmacht der Liquidatoren auf dem Liquidationszweck entsprechende Geschäfte beschränkt ist¹⁷⁰. Um den redlichen Geschäftsverkehr, dem es häufig nicht möglich ist, den Liquidationsbezug einzelner Geschäfte zu beurteilen, zu schützen, wird die Gesellschaft im Außenverhältnis jedoch auch durch objektiv nicht den Liquidationszwecken dienende Handlungen des Liquidators verpflichtet¹⁷¹. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Vertragspartner des Liquidators wusste oder hätte wissen müssen, dass das vorgenommene Geschäft keinen Liquidationszwecken dient¹⁷². Nach anderer Ansicht soll die Vertretungsmacht der Liquidatoren unabhängig von der Rechtsform der aufgelösten Gesellschaft keine Einschränkung erfahren¹⁷³. Hiernach wird die Gesellschaft durch Geschäfte des Liquidators mit Dritten also grundsätzlich immer verpflichtet, es sei denn ein Fall des Missbrauchs der Vertretungsmacht liegt vor¹⁷⁴. Man mag dieser Ansicht zwar die „größere Methodenehrlichkeit“ attestieren¹⁷⁵, dem eindeutigen Wortlaut des § 149 HGB widerspricht sie jedoch¹⁷⁶. Letztlich kann der Streit im Rahmen dieser Arbeit jedoch dahinstehen, da beide Auffassungen im Regelfall ohnehin keine unterschiedlichen Ergebnisse erzielen¹⁷⁷. Dazu sind sich die Kriterien der Kenntnis oder des Kennenmüssens (§ 122 Abs. 2 BGB) des Vertragspartners im Bezug auf die fehlende Vereinbarkeit des Geschäfts mit dem Liquidationszweck auf der einen und der Kenntnis der sich aufdrängenden Überschreitung der Vertretungsmacht durch den Liquidator als evidenter Missbrauch der Vertretungsmacht auf der anderen Seite zu ähnlich¹⁷⁸. Im Ergebnis ist das Handeln eines Liquidators für die Gesellschaft dieser also unabhängig vom Gesellschaftstypus zuzurechnen, soweit der Vertragspartner nicht von der fehlen-

¹⁶⁹ Vgl. für die GmbH im Hinblick auf § 68 Abs. 1 Satz 2 GmbHG *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 68 Rdnr. 2; für die eG unter Berücksichtigung des § 85 Abs. 1 Satz 2 GenG *K. Müller*, GenG, § 85 Rdnr. 20.

¹⁷⁰ Vgl. *BGH* NJW 1984, 982; *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 149 Rdnr. 7; *Hillmann* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 149 Rdnr. 23.

¹⁷¹ *BGH* LM § 149 HGB Nr. 2; *BGH* NJW 1984, 982; *Hillmann* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 149 Rdnr. 23; *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 149 Rdnr. 7; vgl. zur Vertretungsmacht der Liquidatoren eines Vereins bereits *RGZ* 146, 176 (377 f.).

¹⁷² *BGH* NJW 1984, 982; *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 149 Rdnr. 7.

¹⁷³ *Habersack* in: Staub, § 149 Rdnr. 46 f.; *Paura*, S. 41; *K. Schmidt*, GesR, S. 1522; *derselbe* in: AcP 174 (1974), 55 (76); *derselbe* in: ZHR 153 (1989), 270 (291); *Weick* in: Staudinger, § 49 Rdnr. 14 f.

¹⁷⁴ *Paura*, S. 41; *K. Schmidt*, GesR, S. 314; *derselbe* in: AcP 174 (1974), 55 (76 f.); *derselbe* in: MüKo HGB, § 149 Rdnr. 52; *derselbe* in: ZHR 153 (1989), 270 (291); *Weick* in: Staudinger, § 49 Rdnr. 14.

¹⁷⁵ So *Paura*, S. 41.

¹⁷⁶ *Hüffer* in: Geßler/Hefermehl, § 269 Rdnr. 7.

¹⁷⁷ Vgl. *Habersack* in: Staub, § 149 Rdnr. 46; *Hillmann* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 149 Rdnr. 24; *K. Schmidt*, ZHR 153, 270 (291).

¹⁷⁸ Vgl. *Paura*, S. 42.

den Liquidationszugehörigkeit Kenntnis hat oder haben müsste bzw. soweit sich diesem die fehlende Vertretungsmacht nicht aufdrängen muss.

c. Aufgaben des Liquidators

Nach den §§ 149 Satz 1 HGB, 70 Satz 1 GmbHG, 268 Abs. 1 Satz 1 AktG, § 88 Satz 1 GenG haben die Liquidatoren die laufenden Geschäfte zu beenden, Forderungen der Gesellschaft einzuziehen, das Gesellschaftsvermögen zu liquidieren, und die Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen. An diesen Vorgaben orientiert sich auch der Ablauf des Liquidationsverfahrens. Zunächst ist das Gesellschaftsvermögen festzustellen. Sodann sind die laufenden Geschäfte der Gesellschaft zu beenden und die Forderungen der Gesellschaft einzuziehen. Das bereinigte Gesellschaftsvermögen ist in Geld umzusetzen, um sodann die Gläubiger zu befriedigen. Schließlich ist das verbleibende Restvermögen an die Gesellschafter zu verteilen und eine Schlussbilanz aufzustellen.

2. Die Feststellung des Gesellschaftsvermögens

Die Liquidatoren¹⁷⁹ haben zunächst eine Eröffnungsbilanz zu erstellen, §§ 154 HGB, 71 Abs. 1 GmbHG, 270 Abs. 1 AktG, 89 Satz 2 GenG. Diese ist auf den Tag der Vollendung des Auflösungsstatbestandes aufzustellen¹⁸⁰ und dient dazu, den Stand von Aktiven und Passiven darzulegen und damit eine Prognose über die Aussichten der Liquidation als Entscheidungsgrundlage für die Liquidatoren zu ermöglichen¹⁸¹. Bei GmbH, AG und KGaA ist nach §§ 270 Abs. 1 AktG (i.V.m. § 278 Abs. 3 AktG für die KGaA), 71 Abs. 1 GmbHG neben der Eröffnungsbilanz noch ein erläuternder Bericht anzufertigen. Dieser hat den Zweck, Bewertungsunterschiede zwischen den bisherigen Jahresabschlüssen und der Eröffnungsbilanz zu erklären¹⁸². Neben der Eröffnungsbilanz sind bei den Kapitalgesellschaften nach den genannten Normen Jahresabschlüsse und Lageberichte aufzustellen. Gleiches gilt nach § 89 Satz 2 GenG auch für die eG.

Fraglich ist dagegen, ob auch die Personenhandelsgesellschaften während der Liquidation Jahresabschlüsse im Sinne des § 242 HGB aufzustellen haben¹⁸³. § 154 HGB

¹⁷⁹ Zur Person der Liquidatoren, siehe oben, Erster Teil III. 1. a., S. 32 ff.

¹⁸⁰ Haas in: Baumbach/Hueck, § 71 Rdnr. 14; Hopt in: Baumbach/Hopt, § 154 Rdnr. 2; Hüffer in: MüKo AktG, § 270 Rdnr. 16; Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, § 71 Rdnr. 3.

¹⁸¹ Hillmann in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 154 Rdnr. 3; Hopt in: Baumbach/Hopt, § 154 Rdnr. 2.

¹⁸² Haas in: Baumbach/Hueck, § 71 Rdnr. 22; Hüffer, § 270 Rdnr. 9; derselbe in: MüKo AktG, § 270 Rdnr. 43.

¹⁸³ Für die GmbH & Co. KG richtet sich die Pflicht zur Buchführung und zur Aufstellung von Jahresabschlüssen nach den für Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften der §§ 264 ff. HGB, vgl. § 264a Abs. 1 HGB.

normiert lediglich eine Pflicht zur Erstellung einer Anfangs- und Schlussbilanz im Abwicklungsverfahren. Folglich wird vertreten, dass Jahresbilanzen daneben nicht erforderlich seien, wenn nicht eine langwierige und besonders umfangreiche Liquidation vorliegt¹⁸⁴. Eine neuere Ansicht stellt sich dem entgegen und will die Rechnungslegungspflicht nach §§ 242 ff. HGB ebenso wie die Buchführungspflicht gemäß §§ 238 ff. HGB auch in der Liquidation beibehalten¹⁸⁵. Dem ist zu folgen: In der Liquidation besteht eine Personenhandelsgesellschaft bis zu ihrer Vollbeendigung fort. Lediglich der Zweck der Gesellschaft wandelt sich¹⁸⁶. Dies ändert aber nichts daran, dass eine Handelsgesellschaft in Liquidation weiterhin als Handelsgesellschaft den handelsrechtlichen Regelungen untersteht¹⁸⁷. Hierzu gehört auch die Pflicht zur Aufstellung von Jahresabschlüssen nach § 242 HGB. Die Existenz des § 154 HGB zwingt zu keiner anderen Beurteilung, da diese Norm lediglich die Rechnungslegung der Liquidatoren erfasst, während die Rechnungslegung der Gesellschaft weiterhin nach §§ 242 ff. HGB zu erfolgen hat¹⁸⁸. Die Anfangs- und Schlussbilanzen treten folglich auch bei Personenhandelsgesellschaften neben die sonstigen Bilanzierungspflichten.

3. Beendigung der laufenden Geschäfte der Gesellschaft

Neben der Feststellung des Gesellschaftsvermögens haben die Liquidatoren die laufenden Geschäfte der Handelsgesellschaft zu beenden. Es geht dabei nicht um die Beendigung einzelner Geschäfte, sondern vielmehr um die Beendigung der Geschäftstätigkeit als Ganzes¹⁸⁹. Laufende Geschäfte müssen jedoch nicht abgebrochen werden¹⁹⁰. Offene Verpflichtungen aus nicht vollständig erfüllten Verträgen dürfen noch erbracht werden¹⁹¹. Auch Dauerschuldverhältnisse können zunächst fortbestehen, sind aber spätestens zum voraussichtlichen Ende der Abwicklung aufzulösen¹⁹². Selbst neue Geschäfte können zur Beendigung schwebender Geschäfte nach §§ 149 Satz 1 HGB, 70 Satz 2 GmbHG, 88 Satz 2 GenG eingegangen werden. Für die AG erweitert § 268 Abs. 1 Satz 2 AktG dies insoweit, als neue Geschäfte nicht nur zur Beendigung schwebender Geschäfte, sondern sobald es die Abwicklung erfordert eingegangen

¹⁸⁴ BGH NJW 1980, 1522 (1523); OLG Celle ZIP 1983, 943 (944); Hopt in: Baumbach/Hopt, § 154 Rdnr. 4.

¹⁸⁵ Hillmann in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 154 Rdnr. 5; Koller in: Koller/Roth/Morck, § 154 Rdnr. 3; K. Schmidt, Liquidationsbilanzen, S. 56 ff.; Sonnenschein/Weitemeyer in: Heymann, § 154 Rdnr. 6.

¹⁸⁶ Siehe Erster Teil II., S. 29 ff.

¹⁸⁷ Vgl. v. Gerkan/Haas in: Röhrich/v. Westphalen, § 154 Rdnr. 9; Hillmann in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 145 Rdnr. 11; K. Schmidt, Liquidationsbilanzen, S. 57.

¹⁸⁸ Boujong in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 154 Rdnr. 5; K. Schmidt, Liquidationsbilanzen, S. 58.

¹⁸⁹ Haas in: Baumbach/Hueck, § 70 Rdnr. 4; Rasner in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 70 Rdnr. 8.

¹⁹⁰ Vgl. RGZ 72, 236 (240); Hüffer in: MüKo AktG, § 268 Rdnr. 16; Rasner in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 70 Rdnr. 8.

¹⁹¹ Vgl. RGZ 72, 236 (240); Haas in: Baumbach/Hueck, § 70 Rdnr. 4.

¹⁹² Haas in: Baumbach/Hueck, § 70 Rdnr. 4.

werden können. Es besteht jedoch Einigkeit, dass auch für die übrigen Handelsgesellschaften der Abschluss neuer Geschäfte zulässig ist, wenn diese dem Zweck der Abwicklung dienen¹⁹³. Selbst eine vorübergehende Fortführung des Geschäftsbetriebes der aufgelösten Gesellschaft im Gesamten kann zulässig sein, wenn anderenfalls Abwicklungsverluste eintreten würden und keine faktische Rücküberführung der aufgelösten Gesellschaft in das werbende Stadium ohne Beseitigung des Auflösungsgrundes oder den hierzu erforderlichen Gesellschafterbeschluss erfolgt¹⁹⁴.

Anhängige Prozesse werden von den Liquidatoren unter der Abwicklungsfirma fortgesetzt¹⁹⁵. Sind die Liquidatoren nicht mit den vertretungsberechtigten Organen der aufgelösten Gesellschaft identisch¹⁹⁶, wird das Verfahren nach § 241 Abs. 1 ZPO bis zur Bestellung von Liquidatoren unterbrochen¹⁹⁷. Eine Unterbrechung findet jedoch auch in diesem Fall nicht statt, wenn die aufgelöste Handelsgesellschaft einen Prozessbevollmächtigten bestellt hat, vgl. § 246 Abs. 1 ZPO. Es kann zweckmäßig sein, auf eine rasche Erledigung des Rechtsstreits, etwa durch Vergleich, Klagerücknahme oder Erledigungserklärung, hinzuwirken¹⁹⁸. Regelmäßig können die Liquidatoren aber ihre Rechte und Verteidigungsmittel vollumfänglich ausschöpfen¹⁹⁹. Auch neue Aktivprozesse können im Rahmen des Liquidationszweckes von den Liquidatoren begonnen werden²⁰⁰.

4. Einziehung der Forderungen

Die Liquidatoren haben neben der Beendigung der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft zur Schaffung eines verteilungsfähigen Vermögens die bestehenden Forderungen einzuziehen. Nicht fällige Forderungen sind soweit möglich durch Kündigung fällig zu stellen²⁰¹. Die Liquidatoren haben die Möglichkeit, statt der Einziehung der Gesellschaftsforderungen nach pflichtgemäßem Ermessen²⁰² eine andere Art der Verwertung wie zum Beispiel den Verkauf oder die Abtretung der Forderung bzw. die Aufrech-

¹⁹³ *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen, § 70 Rdnr. 5; *Hillmann* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 149 Rdnr. 7.

¹⁹⁴ Vgl. *RGZ* 72, 236 (240 f.); *Hillmann* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 149 Rdnr. 5; siehe zur Fortsetzung Erster Teil IV., S. 64 ff.

¹⁹⁵ *Cario* in: Lang/Weidemüller, § 88 Rdnr. 2; *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 149 Rdnr. 2.

¹⁹⁶ Zur Person der Liquidatoren, siehe oben, Erster Teil III. 1. a., S. 32 ff.

¹⁹⁷ *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 70 Rdnr. 4; *K. Schmidt* in: Scholz, § 69 Rdnr. 6.

¹⁹⁸ *Habersack* in: Staub, § 149 Rdnr. 14; *Hillmann* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 149 Rdnr. 6; *K. Schmidt* in: Schlegelberger, § 149 Rdnr. 11.

¹⁹⁹ *K. Schmidt* in: Schlegelberger, § 149 Rdnr. 11.

²⁰⁰ *K. Schmidt* in: Schlegelberger, § 149 Rdnr. 11.

²⁰¹ *Hillmann* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 149 Rdnr. 10; *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 149 Rdnr. 18.

²⁰² *K. Schmidt* in: Scholz, § 70 Rdnr. 12.

nung mit der Forderung zu wählen²⁰³. Sie können auch zur Verwirklichung der Einziehung Prozesse führen²⁰⁴. Welcher Art die einzuziehenden Forderungen sind²⁰⁵ und gegen wen sie sich richten, ist unerheblich. Auch gegen Gesellschafter gerichtete Forderungen, wie z.B. Forderungen auf Einlagen²⁰⁶, können eingezogen werden²⁰⁷. Allerdings sind die Liquidatoren zur Einziehung rückständiger Einlagen nicht verpflichtet. Vielmehr besteht hinsichtlich der Entscheidung, ob und in welchem Umfang eine Einziehung erfolgt, ein Ermessensspielraum²⁰⁸. Eine Einziehung von Forderungen gegen Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis ist aber jedenfalls nur dann zulässig, wenn der Liquidationszweck dies erfordert²⁰⁹. Allerdings wird die Erforderlichkeit vermutet und die in Anspruch genommenen Gesellschafter müssen deren Fehlen beweisen²¹⁰. Forderungen, die dem Ausgleich der Gesellschafter untereinander dienen, sind hingegen von den Liquidatoren im Abwicklungsverfahren ohne entsprechende Vereinbarung überhaupt nicht einzuziehen, da der Ausgleich Sache der Gesellschafter nach beendeter Abwicklung ist²¹¹.

5. Umsetzung des übrigen Gesellschaftsvermögens in Geld

Das übrige Gesellschaftsvermögen haben die Liquidatoren zur Befriedigung der Gläubiger und zur Verteilung des Restvermögens an die Gesellschafter in Bar- oder Buchgeld umzusetzen²¹². Eine Umsetzung darf jedoch nicht erfolgen, wenn der Gesellschaftsvertrag oder ein Gesellschafterbeschluss eine andere Art der Auseinandersetzung vorsieht, wie z.B. die Teilung in Natur oder die Zuweisung bestimmter

²⁰³ Vgl. *RGZ* 44, 80 (83 f.); *Haas* in: *Baumbach/Hueck*, § 70 Rdnr. 7; *Hüffer* in: *MüKo AktG*, § 268 Rdnr. 17.

²⁰⁴ *Hüffer* in: *MüKo AktG*, § 268 Rdnr. 17; *Rasner* in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, § 70 Rdnr. 13.

²⁰⁵ Eingezogen werden können also nicht nur Geldforderungen, vgl. *RGZ* 44, 80 (84); *Hüffer*, § 268 Rdnr. 4; *Rasner* in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, § 70 Rdnr. 13.

²⁰⁶ *Hopt* in: *Baumbach/Hopt*, § 149 Rdnr. 3; *Hüffer* in: *MüKo AktG*, § 268 Rdnr. 17.

²⁰⁷ *Hopt* in: *Baumbach/Hopt*, § 149 Rdnr. 3; *K. Schmidt* in: *Scholz*, § 70 Rdnr. 12.

²⁰⁸ *BGH NJW* 1980, 1522 (1523); *Hillmann* in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, § 149 Rdnr. 17.

²⁰⁹ *RGZ* 45, 153 (155); *BGH NJW* 1978, 424; *Hillmann* in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, § 149 Rdnr. 11; eine Einziehung ist jedenfalls nicht erforderlich, wenn der in Anspruch genommene Gesellschafter bei der Verteilung des Restvermögens mindestens einen der Forderung entsprechenden Betrag verlangen könnte, vgl. *BGH NJW* 1978, 424; für Schadensersatzforderungen der Gesellschaft gegen Gesellschafter auch *Hopt* in: *Baumbach/Hopt*, § 149 Rdnr. 3.

²¹⁰ *BGH NJW* 1980, 1522 (1523); *Haas* in: *Baumbach/Hueck*, § 70 Rdnr. 7; *Hillmann* in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, § 149 Rdnr. 16.

²¹¹ *BGH NJW* 1984, 435; *Hillmann* in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, § 149 Rdnr. 11; *Hopt* in: *Baumbach/Hopt*, § 149 Rdnr. 3; a.A. im Hinblick auf den auf Vollbeendigung gerichteten Liquidationszweck: *K. Schmidt* in: *Schlegelberger*, § 149 Rdnr. 22.

²¹² *K. Schmidt* in: *Schlegelberger*, § 149 Rdnr. 32.

Teile des Gesellschaftsvermögens an die Gläubiger, und eine Umsetzung nicht zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist²¹³.

In welcher Weise die Umsetzung geschieht, bleibt den Liquidatoren ohne anderweitige Regelung im Gesellschaftsvertrag oder einem Gesellschafterbeschluss selbst überlassen²¹⁴. So sind sowohl der freihändige Verkauf als auch eine nicht notwendigerweise öffentliche²¹⁵ Versteigerung zulässig²¹⁶. Auch ein Verkauf über die Börse ist bei börsengängigen Waren möglich²¹⁷. Grundsätzlich steht es den Liquidatoren ebenfalls frei, nach pflichtgemäßem Ermessen den Zeitpunkt für die Umsetzung zu wählen²¹⁸. Ein unbeschränktes Abwarten auf Verbesserung der Marktlage ist jedoch nicht zulässig²¹⁹. Die Verwertung des Gesellschaftsvermögens darf sowohl durch Übertragung an Dritte als auch an Gesellschafter erfolgen²²⁰. Allerdings kann die Veräußerung des Unternehmens im Ganzen an einen Gesellschafter dann gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz bzw. auf Seiten des erwerbenden Gesellschafters gegen die Treuepflicht verstoßen, wenn es nicht sämtlichen Gesellschaftern angeboten wurde²²¹.

Umzusetzen ist das gesamte Gesellschaftsvermögen, also nicht lediglich ein zur Befriedigung der Gläubiger ausreichender Teil²²². Anderenfalls könnte ein an die Gesellschafter zu verteilender Liquidationsüberschuss nicht ermittelt werden. Selbst die Veräußerung des Unternehmens als Ganzes ist zulässig²²³. Sie hat sogar zu erfolgen, wenn dies die effektivste Art der Verwertung darstellt²²⁴. Einer Verwertung der Firma der Gesellschaft müssen jedoch sämtliche Gesellschafter, unabhängig davon, ob der Name des jeweiligen Gesellschafters Bestandteil der Firma ist, zustimmen²²⁵. Zu beachten ist

²¹³ Für Personengesellschaften: *K. Schmidt* in: Schlegelberger, § 149 Rdnr. 33; für die GmbH: *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 72 Rdnr. 11; für die eG: *Beuthien*, § 88 Rdnr. 4; *Cario* in: Lang/Weidemüller, § 88 Rdnr. 3; str. dagegen im Hinblick auf § 23 Abs. 5 AktG für die AG und die KGaA, vgl. dazu *Hüffer* in: MüKo AktG, § 268 Rdnr. 19 f.

²¹⁴ *Hillmann* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 149 Rdnr. 18; *K. Schmidt* in: Schlegelberger, § 149 Rdnr. 35.

²¹⁵ *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 149 Rdnr. 4.

²¹⁶ *Ensthaler* in: Ensthaler, § 149 Rdnr. 9; *Hüffer* in: MüKo AktG, § 268 Rdnr. 18; *Sonnenschein/Weitemeyer* in: Heymann, § 149 Rdnr. 9.

²¹⁷ *Rasner* in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 70 Rdnr. 15.

²¹⁸ *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 149 Rdnr. 4.

²¹⁹ *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 149 Rdnr. 4.

²²⁰ Vgl. *Kleindiek* in: Lutter/Hommelhoff, § 70 Rdnr. 13; *K. Schmidt* in: Scholz, § 70 Rdnr. 14.

²²¹ Vgl. *BGHZ* 103, 184 (193 f.); *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 70 Rdnr. 8.

²²² *Ensthaler* in: Ensthaler, § 149 Rdnr. 9; *Hüffer* in: MüKo AktG, § 268 Rdnr. 19; *Sonnenschein/Weitemeyer* in: Heymann, § 149 Rdnr. 9; a.A.: *Kleindiek* in: Lutter/Hommelhoff, § 70 Rdnr. 13.

²²³ *RGZ* 85, 397 (401); *BGHZ* 76, 352 (356) = *NJW* 1980, 1278 f.; *BGHZ* 103, 184 (193) = *NJW* 1988, 1579 (1581).

²²⁴ *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 70 Rdnr. 8; *Hüffer* in: MüKo AktG, § 268 Rdnr. 6; *Sonnenschein/Weitemeyer* in: Heymann, § 149 Rdnr. 9; für eine generelle Pflicht des Liquidators, eine Unternehmensveräußerung ohne Zerschlagung anzustreben *K. Schmidt* in: Scholz, § 70 Rdnr. 14.

²²⁵ *RGZ* 158, 226 (230); *Hillmann* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 149 Rdnr. 18; *Salger* in: Sudhoff, § 46 Rdnr. 55.

aber, dass ein Verkauf der Firma ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, nach § 23 HGB nicht zulässig ist.

6. Befriedigung der Gläubiger

a. Gläubigerbefriedigung im Liquidationsverfahren

In einem weiteren Schritt haben die Liquidatoren mit dem durch Einziehung der Forderungen und Umsetzung des Gesellschaftsvermögens beschafften Geld die Gläubiger zu befriedigen. Zuvor ist die Begründetheit der Forderungen zu prüfen²²⁶. Kommen die Abwickler zum Ergebnis, dass eine Forderung unbegründet ist, können sie diese bestreiten oder auch gerichtlich feststellen lassen, dass die Gesellschaftsverbindlichkeit nicht besteht²²⁷. Grundsätzlich sind dabei alle Einwendungen und Einreden zu erheben, die der Gesellschaft zustehen²²⁸. Streitige Forderungen führen je nach Gesellschaftstyp dazu, dass entsprechende Beträge bei der Schlussverteilung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter zurückzubehalten sind, § 155 Abs. 2 Satz 2 HGB, oder eine Schlussverteilung ohne Sicherheitsleistung an die möglichen Gläubiger überhaupt nicht erfolgen darf, §§ 73 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, 272 Abs. 3 AktG, 90 Abs. 2 Satz 2 GenG. Für begründet erachtete und nicht bestrittene Forderungen sind dagegen zu erfüllen²²⁹.

Auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhende Forderungen der Gesellschafter gegen die aufgelöste Gesellschaft sind hingegen nicht von den Liquidatoren zu befriedigen. Diese werden erst im Rahmen der Auseinandersetzung der Gesellschafter berücksichtigt²³⁰. Ausnahmsweise können Gesellschafter jedoch auch derartige Forderungen bereits im Rahmen der Gläubigerbefriedigungsphase geltend machen, wenn feststeht, dass der jeweilige Gesellschafter bei der Auseinandersetzung einen entsprechenden Betrag verlangen kann²³¹. Sonstige Forderungen der Gesellschafter sind dagegen gleichrangig mit den Forderungen der übrigen Gläubiger zu befriedigen²³².

²²⁶ *Habersack* in: Staub, § 149 Rdnr. 38; *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 149 Rdnr. 39.

²²⁷ *Hillmann* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 149 Rdnr. 19; *K. Schmidt* in: Schlegelberger, § 149 Rdnr. 41.

²²⁸ *Beuthien*, § 88 Rdnr. 3; *Habersack* in: Staub, § 149 Rdnr. 38; *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 149 Rdnr. 39.

²²⁹ *Kraft* in: KK AktG, § 262 Rdnr. 7; *K. Schmidt* in: Schlegelberger, § 149 Rdnr. 41.

²³⁰ v. *Gerkan/Haas* in: Röhrich/v. Westphalen, § 149 Rdnr. 17; *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 149 Rdnr. 5.

²³¹ *Hillmann* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 149 Rdnr. 21; ebenso *K. Schmidt* in: Schlegelberger, § 149 Rdnr. 44, der einen entsprechenden Anspruch für Personenhandelsgesellschaften jedoch unmittelbar auf § 155 Abs. 2 Satz 1 HGB stützt.

²³² *Habersack* in: Staub, § 149 Rdnr. 40; *K. Schmidt* in: Schlegelberger, § 149 Rdnr. 45.

b. Gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger in der (massearmen) Liquidation

aa. Gesetzliche Regelung

Eine Pflicht der Liquidatoren, für eine gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger zu sorgen, besteht grundsätzlich nicht²³³. Allerdings ist ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Außer für die oHG und KG ohne natürliche Personen als persönlich haftende Gesellschafter bzw. persönlich haftende Gesellschafter einer anderen Gesellschaft in persönlich haftender Gesellschafterstellung ist diese Pflicht nunmehr einheitlich in § 15a Abs. 1 InsO gesetzlich geregelt²³⁴. Aber auch bei Personenhandelsgesellschaften mit natürlichen Personen als Gesellschaftern bzw. Komplementären wird – wengleich eine gesetzliche Regelung nicht besteht – eine derartige Pflicht im Abwicklungsverfahren angenommen²³⁵. Im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Handelsgesellschaft besteht sodann die Verpflichtung zur gleichmäßigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger (par conditio creditorum)²³⁶.

Ob eine gleichmäßige Gläubigerbefriedigung auch dann erfolgen muss, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO abgelehnt wird oder eine Einstellung des Verfahrens mangels Masse²³⁷ gemäß § 207 Abs. 1 Satz 1 InsO erfolgt und damit nach § 207 Abs. 3 Satz 2 InsO keine weitere Verpflichtung zur Verwertung der Massegegenstände durch den Insolvenzverwalter besteht, wird nicht ein-

²³³ *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen, § 70 Rdnr. 14; *Erle*, GmbHR 1998, 216; *Habersack* in: Staub, § 149 Rdnr. 39; *Hillmann* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 149 Rdnr. 20; *Koller* in: Koller/Roth/Morck, § 149 Rdnr. 2.

²³⁴ § 15a InsO wurde eingeführt durch Art. 9 Nr. 3 des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008, BGBl. I 2008, 2026 (2037); vgl. zur Begründung des Art. 9 Nr. 3 MoMiG BT-Drs. 16/6140, S. 55. Die vorher geltenden einzelgesetzlichen Insolvenzantragspflichten wurden aufgehoben, vgl. Art. 1 Nr. 43 a) MoMiG zu § 64 Abs. 1 GmbHG a.F., Art. 3 Nr. 12 a) MoMiG zu § 130a Abs. 1 HGB a.F., Art. 5 Nr. 11 a) MoMiG zu § 92 Abs. 2 AktG a.F. sowie Art. 19 Nr. 4 b) MoMiG zu § 99 Abs. 1 GenG a.F.

²³⁵ *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 149 Rdnr. 5; *K. Schmidt* in: Schlegelberger, § 149 Rdnr. 42; *Sonnenschein/Weitemeyer* in: Heymann, § 149 Rdnr. 10; a.A.: *Habersack* in: Staub, § 149 Rdnr. 39, der eine Insolvenzantragspflicht auch in der Liquidation der Personenhandelsgesellschaft nur in den Fällen der §§ 130a, 177a HGB a.F. annimmt.

²³⁶ Vgl. *Prütting* in: Kübler/Prütting, Einleitung Rdnr. 58; *Stürner* in: MüKo InsO, Einleitung Rdnr. 62. Umstritten ist lediglich, ob sich diese unmittelbar aus § 1 InsO ergibt, wonach das Insolvenzverfahren der „gemeinschaftlichen“ Befriedigung der Gläubiger dient (so wohl *Ganter* in: MüKo InsO, § 1 Rdnr. 52; *A. Schmidt* in: Hamburger Kommentar, § 1 Rdnr. 16) oder ob der Gleichbehandlungsgrundsatz aus den sonstigen Regelungen der Insolvenzordnung, insbesondere §§ 88, 92, 93, 96, 130 bis 132, 195 InsO, zu entnehmen ist (*Kirchhof* in: HK InsO, § 1 Rdnr. 4; vgl. auch *Henckel* in: Jaeger, § 1 Rdnr. 6 sowie *Matthies*, S. 41 ff.).

²³⁷ Zu beachten ist, dass eine Einstellung des Verfahrens mangels Masse bei der eG nur dann in Betracht kommt, wenn eine Nachschusspflicht der Genossen gemäß § 105 GenG ausgeschlossen ist oder Nachschüsse der Genossen nicht zu erlangen sind, vgl. *Pape* in: Kübler/Prütting, § 207 Rdnr. 55.

heitlich beantwortet. Wird das Insolvenzverfahren mangels Masse nicht eröffnet oder eingestellt, findet die Abwicklung im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Liquidation statt²³⁸. Dort besteht allerdings, wie bereits erwähnt, grundsätzlich keine Verpflichtung der Liquidatoren zur gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger²³⁹. Anders als im Rahmen des Insolvenzverfahrens kann eine Verpflichtung zur Gleichbehandlung der Gläubiger auch nicht der Gesamtheit der Liquidationsvorschriften entnommen werden²⁴⁰. Das Liquidationsverfahren ist gerade auf Gesellschaften ausgerichtet, deren Vermögen zur Befriedigung sämtlicher Gläubiger ausreicht²⁴¹. In den übrigen Fällen erfolgt die Abwicklung dagegen regelmäßig im Rahmen des Insolvenzverfahrens unter Geltung des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes. Es drängt sich daher die Frage auf, ob eine gleichmäßige Befriedigung nicht auch in denjenigen Fällen erfolgen sollte, in denen die (weitere) Durchführung des Insolvenzverfahrens lediglich an einer kostendeckenden Masse scheitert, ein Eröffnungsgrund nach §§ 17 bis 19 InsO aber gegeben ist.

bb. Entwicklung der Rechtsprechung²⁴² und herrschenden Ansicht

Das *Reichsgericht* hatte zunächst für das Liquidationsverfahren unabhängig von der Nichteröffnung oder Einstellung eines Konkursverfahrens eine Pflicht zur gleichmäßigen Verteilung des Gesellschaftsvermögens an die Gläubiger angenommen²⁴³. Alle Analogien, die dazu führen, dass „*wer zuerst kommt, zuerst empfängt*“, seien in der Liquidation abzuweisen²⁴⁴. Später verließ das *Reichsgericht* jedoch seinen eingeschlagenen Weg und erklärte die Einzelzwangsvollstreckung in der Liquidation mit der Begründung für zulässig, dass sich „*dafür, daß alle Schulden gleichmäßig abzustößen seien, ein Grund nicht auffinden lasse*“²⁴⁵. Speziell für den Fall der Ablehnung der Konkurseröffnung bzw. Einstellung des Konkursverfahrens über das Vermö-

²³⁸ *Hirte* in: Uhlenbruck, § 11 Rdnr. 113; *Stobbe*, Rdnr. 289.

²³⁹ Vgl. FN 233.

²⁴⁰ A.A. *Stobbe*, Rdnr. 301, der eine Pflicht zur gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger in der masselosen Liquidation der GmbH in § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. verankert sieht; vgl. zur Auseinandersetzung mit dieser Ansicht unten, Erster Teil III. 6. cc. aaa., S. 46 f.

²⁴¹ *Buchner*, S. 49; *Konzen* in: FS Ulmer, S. 323 (329); *Stobbe*, Rdnr. 300; im Hinblick auf die Gläubigerschutzvorschriften auch *Schulz*, S. 27.

²⁴² Die Rechtsprechung der Finanzgerichtsbarkeit soll dabei für die vorliegende Arbeit außer Betracht bleiben; steuerrechtlich wird eine Pflicht zur Gleichbehandlung der Steuergläubiger in der massearmen Liquidation auf § 34 Abs. 1 Satz 2 AO bzw. § 103 RAO gestützt, vgl. *BFH* GmbHR 1985, 30 (32); eine vorrangige überquotal Befriedigung der Steuergläubiger löst die Haftung nach § 64 GmbHG aus, vgl. *BGHZ* 146, 264 (276) = NJW 2001, 1280 (1283); *BGH* NJW 2003, 2316 (2317); gegen eine Pflicht zur Gleichbehandlung der Steuergläubiger demgegenüber: *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen, § 70 Rdnr. 15; *Nerlich* in: Michalski, § 70 Rdnr. 35.

²⁴³ *RGZ* 7, 105 (108 f.).

²⁴⁴ *RGZ* 7, 105 (109).

²⁴⁵ *RGZ* 149, 293 (298).

gen einer Körperschaft wird die Frage der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung hingegen das erste Mal in den Motiven zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches angesprochen. Eine Entscheidung wird dort allerdings ausdrücklich der Rechtswissenschaft überlassen²⁴⁶. Als sich das *Reichsgericht* in einer nachfolgenden Entscheidung erstmals mit der gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger im Liquidationsverfahren nach Einstellung des Konkursverfahrens mangels Masse zu beschäftigen hatte²⁴⁷, entschied es, dass eine verhältnismäßige Befriedigung der Gläubiger im Konkursfall zwar grundsätzlich erfolgen müsse, jedoch eine Pfändung von Einlageforderungen durch Gesellschaftsgläubiger dann wieder zulässig sei, wenn „*dieses Verfahren* [gemeint ist das Konkursverfahren, Anm. d. Verf.] *nach den Umständen des einzelnen Falles tatsächlich nicht zum Ziel, der verhältnismäßigen Befriedigung der Gläubiger [führt]*“²⁴⁸. Der *BGH* schloss sich dieser Rechtsprechung unter Hinweis auf die genannten Entscheidungen des *Reichsgerichts* an: Ist die Eröffnung des Konkursverfahrens mangels Masse abgelehnt worden, könne der konkursrechtliche Gesichtspunkt der verhältnismäßigen Befriedigung keine ausschlaggebende Rolle mehr spielen²⁴⁹. Dem folgt seither de lege lata auch der überwiegende Teil der Literatur²⁵⁰. Dennoch wird die fehlende Gleichbehandlung der Gläubiger in der sogenannten „masselosen Liquidation“ bei Nichteröffnung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens mangels Masse als unbefriedigend empfunden und eine diesbezügliche Regelung de lege ferenda gefordert²⁵¹. Entgegen der herrschenden Terminologie wird im Folgenden statt des Begriffs der „masselosen Liquidation“ derjenige der „massearmen Liquidation“ verwendet, da es sich bei der „Masselosigkeit“ um einen insolvenzrechtlich (vgl. §§ 26, 207 InsO) zu interpretierenden Begriff handelt, der lediglich bedeutet, dass das Schuldnervermögen zur Deckung der Kosten des Insolvenzverfahrens nach § 54 InsO nicht ausreicht. Um den Unterschied zur Vermögenslosigkeit, bei welcher nach kaufmännischen Grundsätzen keine bilanzierungs- und verteilungsfähigen Aktiva vorhanden sind²⁵², zu verdeutlichen, eignet sich der Begriff der massearmen Liquidation bzw. der Massearmut daher besser.

²⁴⁶ *Mugdan*, Mot. I, S. 118.

²⁴⁷ *RGZ* 156, 23.

²⁴⁸ *RGZ* 156, 23 (28).

²⁴⁹ *BGHZ* 53, 71 (74); *BGH* NJW 2001, 304 (305); vgl. auch *BayObLGZ* 1987, 222 (224) = NJW-RR 1988, 98.

²⁵⁰ *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen, § 70 Rdnr. 15; *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 60 Rdnr. 67; *Koller* in: Koller/Roth/Morck, § 149 Rdnr. 2; *Rasner* in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 60 Rdnr. 24; *K. Schmidt*, ZGR 1986, 178 (206); ausführlich *Buchner*, S. 48 ff.

²⁵¹ *Nerlich* in: Michalski, § 60 Rdnr. 248; *Rasner* in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 60 Rdnr. 24; vgl. auch *Haarmeyer* in: MüKo InsO, § 26 Rdnr. 52; a.A. *Buchner*, S. 67 f.

²⁵² Vgl. *OLG Frankfurt Rpfleger* 1982, 384; *BayObLGZ* 1987, 222 (227) = NJW-RR 1998, 98 (99); *OLG Hamm GmbH* 1993, 295 (298).

cc. Gegenansicht

Eine Gegenströmung im Schrifttum versucht dagegen bereits *de lege lata* eine Pflicht zur gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger in das massearme Liquidationsverfahren zu integrieren. So wird teilweise vertreten, dass der Liquidator in der massearmen Liquidation auf eine gleichmäßige Verteilung des vorhandenen Vermögens hinwirken müsse²⁵³ oder anteilige Quoten zu leisten habe²⁵⁴. Woraus sich diese Pflicht ergeben soll, bleibt jedoch regelmäßig ungeklärt²⁵⁵.

aaa. Gläubigergleichbehandlungspflicht aus § 64 GmbHG

Stobbe hingegen äußert sich zur Frage, worauf die Gläubigergleichbehandlungspflicht in der massearmen Liquidation gegründet sein soll. Für die GmbH folgert er die Gleichbehandlungspflicht aus § 64 Abs. 2 GmbHG a.F.²⁵⁶, der nach der Übertragung der Insolvenzantragspflicht gemäß § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. in die Insolvenzordnung (§ 15a InsO) dem jetzigen § 64 GmbHG entspricht (vgl. Art. 1 Nr. 43 MoMiG²⁵⁷). § 64 GmbHG verpflichtet die Geschäftsführer zum Ersatz von Zahlungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder Feststellung ihrer Überschuldung geleistet wurden. Die in § 64 GmbHG angeordnete Pflicht der Geschäftsführer zum Ersatz von Zahlungen erstreckt sich gemäß § 71 Abs. 4 GmbHG auch auf die Liquidatoren der Gesellschaft. Zwar bezweckt § 64 GmbHG die verteilungsfähige Vermögensmasse im Interesse der Gläubigersamtheit als zukünftiger Insolvenzgläubiger zu erhalten²⁵⁸, weshalb die Eröffnung des Insolvenzverfahrens grundsätzlich Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Norm ist²⁵⁹. Dennoch besteht die Haftung aus § 64 GmbHG auch bei Ablehnung des Eröffnungsantrags mangels Masse, da ein Grund, die Geschäftsführer bzw. Liquidatoren in diesem Fall der besonders intensiven Vermögensverschlechterung von der Haftung freizustellen, nicht existiert²⁶⁰. Auch *Stobbe* geht davon aus, dass die Haftung nach § 64 GmbHG nicht mit der Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse endet. Nach seiner Ansicht soll der Grund der

²⁵³ *K. Schmidt* in: Scholz, § 70 Rdnr. 10, wobei darauf hingewiesen wird, dass wegen der Zulässigkeit der Einzelzwangsvollstreckung eine gleichmäßige Verteilung praktisch kaum realisierbar ist.

²⁵⁴ *BayObLGZ* 1982, 303 (306); ebenso *Kleindiek* in: Lutter/Hommelhoff, § 73 Rdnr. 8.

²⁵⁵ Vgl. *Stobbe*, Rdnr. 301.

²⁵⁶ *Stobbe*, Rdnr. 301 f.; vgl. auch die Parallelvorschriften §§ 130a, 177a HGB, 92 Abs. 2, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG sowie §§ 99, 34 Abs. 3 Nr. 4 GenG aus denen allerdings nicht klar hervorgeht, ob sie ebenfalls auf Erstattung verbotener Zahlungen oder auf Schadensersatz gerichtet sind, vgl. dazu *K. Schmidt*, *ZHR* 168 (2004), 637 (651 f.).

²⁵⁷ Vgl. *BGBI.* I 2008, 2026 (2031).

²⁵⁸ Vgl. *BGHZ* 143, 184 (186) = *NJW* 2000, 668; *BGH NJW* 2001, 304 (305).

²⁵⁹ Vgl. *BGH NJW* 2001, 304 (305); *Haas* in: *Baumbach/Hueck*, § 64 Rdnr. 12.

²⁶⁰ Vgl. *BGH NJW* 2001, 304 (305); *Fleck*, *GmbHR* 1974, 224 (230); vgl. auch *OLG Celle NJW-RR* 1995, 558.

fortbestehenden Haftung jedoch die Verwirklichung der Gläubigergleichbehandlung in der massearmen Liquidation sein²⁶¹.

Dabei wird allerdings nach diesseitiger Einschätzung die Zielrichtung der Vorschrift in diesem Fall verkannt: Es geht nach Abweisung bzw. Einstellung mangels Masse nicht mehr um die Verwirklichung einer gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung²⁶², sondern vielmehr darum, die durch die Vermögensverschiebung verursachte Schmälerung des vollstreckbaren Schuldnervermögens durch einen Anspruch gegen denjenigen Geschäftsführer oder Liquidator, der die Zahlung im Sinne des § 64 GmbHG geleistet hat, zu kompensieren²⁶³. Auch der *BGH* räumt der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung nach Abweisung des Eröffnungsantrags im Gegensatz zur Sachlage bei Durchführung des Insolvenzverfahrens²⁶⁴ keine besondere Bedeutung ein und lässt die Einzelzwangsvollstreckung selbst in den von *Stobbe* als Ausdruck der Gläubigergleichbehandlung angesehenen Anspruch der Gesellschaft gegen den handelnden Geschäftsführer oder Liquidator nach § 64 GmbHG mit dem Abweisungsbeschluss wieder zu²⁶⁵. § 64 GmbHG soll den Gläubigern eine Haftungsmasse zur Verfügung stellen, die derjenigen zum Zeitpunkt vor der vermögensschmälernden Leistung des Handelnden entspricht²⁶⁶. Eine Pflicht zur gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger in der massearmen Liquidation lässt sich aus § 64 GmbHG hingegen nicht herleiten²⁶⁷.

bbb. Gläubigergleichbehandlung in der massearmen Liquidation nach Schulz

Ein ausführliches Modell zur Integration der Gläubigergleichbehandlung in die massearme Liquidation hat *Schulz* unter Geltung der KO im Jahr 1986 für die GmbH²⁶⁸ vorgelegt²⁶⁹. Nach seiner Ansicht hat der Gesetzgeber durch die auch für Liquidatoren

²⁶¹ Vgl. *Stobbe*, Rdnr. 303.

²⁶² Vgl. *Haas* in: Gottwald, § 92 Rdnr. 244.

²⁶³ Vgl. zu den Parallelen im Anfechtungsrecht *Haas*, NZG 2004, 737 (745).

²⁶⁴ Vgl. *BGH* NJW 2001, 304 (305); bei Durchführung des Insolvenzverfahrens ist § 64 GmbHG hingegen als Mittel zur gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung anzusehen, vgl. *BGH* NJW 2000, 668; *BGH* NJW 2001, 1280 (1281); *BGH* NJW 2003, 2316 f. = NZI 2003, 640; *BGH* NJW-RR 2007, 984; *Wagner/Zabel*, NZI 2008, 660 (661).

²⁶⁵ Vgl. *BGH* NJW 2001, 304 (305).

²⁶⁶ So auch *BGH* NJW 2003, 2316 f. = MDR 2003, 818.

²⁶⁷ Vgl. auch *K. Schmidt*, GmbHR 2000, 1225 (1227 f.); *derselbe*, ZHR 168 (2004), 637 (653 f.); auch *Stobbe* selbst, Rdnr. 305, hält die von ihm vorgeschlagene Lösung für praktisch nicht geeignet, eine gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger in der masselosen Liquidation zu gewährleisten, da die Einzelzwangsvollstreckung weiterhin und insbesondere auf den Anspruch aus § 64 GmbHG zulässig ist, vgl. *BGH* NJW 2001, 304 (305).

²⁶⁸ Allerdings geht *Schulz* von einer Übertragbarkeit des Modells auf die AG (S. 235 f.) und die GmbH & Co. KG (S. 241 ff.), de lege lata aber nicht auf Personengesellschaften mit unbeschränkt haftenden natürlichen Personen als Gesellschafter (S. 236 f.) aus.

²⁶⁹ *Schulz*, Die masselose Liquidation der GmbH, S. 1 ff.

geltende Konkursantragspflicht nach § 71 Abs. 4 GmbHG²⁷⁰ i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG a.F., die inzwischen rechtsformübergreifend in § 15a Abs. 1 InsO enthalten ist, zu erkennen gegeben, dass die Ausgestaltung des Gläubigerschutzes im Liquidationsverfahren einer zahlungsunfähigen oder überschuldeten Gesellschaft unzureichend sei²⁷¹. Dem will *Schulz* mit einer Analogie zu den Gläubigerschutzprinzipien und -regelungen des Konkursrechts abhelfen²⁷². Die für eine ergänzende Rechtsfortbildung erforderliche Regelungslücke²⁷³ bestand zwar wegen des weitestgehend im Konkursverfahren verwirklichten Gläubigerschutzes nach der vertretenen Ansicht zunächst nicht²⁷⁴, *Schulz* geht jedoch von einer nachträglichen verdeckten Regelungslücke aus, da die überwiegende Zahl zahlungsunfähiger oder überschuldeter Gesellschaften zum Zeitpunkt der Untersuchung außerhalb des Konkursrechts im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Liquidation abgewickelt wurde²⁷⁵. Die für einen Analogieschluss zudem nötige vergleichbare Interessenlage, welche in der Notwendigkeit der Gleichbehandlung von Gleichartigem begründet ist²⁷⁶, sieht *Schulz* zwischen dem Konkurs- und dem massearmen Liquidationsverfahren insbesondere in der mangelnden Möglichkeit, sämtliche Gläubigeransprüche vollständig zu befriedigen und der damit verbundenen identischen Verlust- und Risikogemeinschaft zwischen den Gläubigern²⁷⁷. Ebenso wie im Insolvenzverfahren soll daher in der massearmen Liquidation eine Pflicht zur gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger bestehen²⁷⁸. Da allerdings die (gleichmäßige) Befriedigung der Gläubiger sowie die Vollbeendigung der massearmen Gesellschaft nach *Schulz* durch die Organkontinuität im Liquidationsverfahren²⁷⁹ gefährdet ist²⁸⁰, wird eine am Leitbild des Konkursverwalters ausgerichtete neutrale Fremdverwaltung befürwortet²⁸¹. Diese soll durch einen von Amts wegen eingesetzten „Notliquidator“ analog §§ 48, 29 BGB ausgeübt werden²⁸². Zur Finanzierung dieses Modells wird eine subsidiäre staatliche Tragung der Verfahrenskosten²⁸³ sowie eine

²⁷⁰ *Schulz* bezieht sich in seinen Ausführungen auf § 71 Abs. 2 GmbHG a.F., der gemäß Art. 3 Nr. 8 des Gesetzes zur Durchführung der Vierten, Siebenten und Achten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaft zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (Bilanzrichtlinien-Gesetz – BiRiLiG) mit Wirkung vom 1.1.1986 zum heutigen § 71 Abs. 4 GmbHG wurde, vgl. BGBl. I 1985, 2355 (2400).

²⁷¹ *Schulz*, S. 49, 96.

²⁷² *Schulz*, S. 51.

²⁷³ Vgl. *Bydlinski*, S. 473; *Canaris*, S. 17, 37; *Pawłowski*, Methodenlehre, Rdnr. 453; daneben wollen *Larenz*, S. 370 sowie *Larenz/Canaris*, S. 189 eine Rechtsfortbildung unter besonderen Voraussetzungen auch durch Aufnahme von Rechtsgedanken, die – wenn überhaupt – nur gesetzlich angedeutet wurden, zulassen; kritisch hierzu *Fikentscher*, S. 726 ff.

²⁷⁴ *Schulz*, S. 50.

²⁷⁵ *Schulz*, S. 50 f.

²⁷⁶ Vgl. nur *Larenz/Canaris*, S. 366.

²⁷⁷ *Schulz*, S. 166.

²⁷⁸ *Schulz*, S. 160 ff.

²⁷⁹ Siehe zur Person des Liquidators oben, Erster Teil III. 1. a., S. 32 ff.

²⁸⁰ *Schulz*, S. 56 ff.

²⁸¹ *Schulz*, S. 94 ff., vgl. insbesondere S. 100.

²⁸² *Schulz*, S. 106 ff.

²⁸³ *Schulz*, S. 41 ff.

subsidiäre Haftung des Staates für die Vergütungsansprüche des Notliquidators²⁸⁴ vorgeschlagen, wobei *Schulz* seinem Modell zugrunde legt, dass in zahlreichen Fällen der Abweisung des Antrags auf Insolvenzeröffnung mangels Masse durchaus erhebliche Vermögenswerte vorhanden sein können²⁸⁵. Um zu verhindern, dass ein staatliches Tragen der Verfahrenskosten und eine Ausfallhaftung für den Vergütungsanspruch des Notliquidators zum Regelfall in der massearmen Liquidation wird, und wegen des Funktionszusammenhangs zwischen Gläubigergleichbehandlung und Vollstreckungssperre²⁸⁶, soll schließlich der Zugriff von Gläubigern auf das Gesellschaftsvermögen im Wege der Zwangsvollstreckung nach dem vorgelegten Modell unzulässig sein²⁸⁷.

Dem Modell von *Schulz* kann für das geltende Recht aber nicht gefolgt werden. Zunächst müssten, wie von *Schulz* zugrunde gelegt, bei massearmen Gesellschaften tatsächlich noch erhebliche Vermögenswerte vorhanden sein. In einer rechtstatsächlichen Untersuchung hat *Buchner* 1998 recherchiert, dass von 789 im Jahr 1982 beim Amtsgericht München mangels Masse abgewiesenen Konkursanträgen in 71,9 % der Fälle kein freies Aktivvermögen, also nach Abzug aus- und absonderungsfähiger Sicherheiten verbleibendes Vermögen, vorhanden war²⁸⁸. Zu beachten ist allerdings, dass *Buchner* diese Ergebnisse im Zuge der Durchsicht von Konkursakten gewonnen hat²⁸⁹. Gerade im Insolvenz- oder Konkursverfahren können jedoch oft nicht alle vorhandenen Vermögenswerte aufgedeckt werden²⁹⁰. Letztendlich kann die Frage, ob in der massearmen Liquidation tatsächlich häufig erhebliche Vermögenswerte vorhanden sein können oder ob vielmehr die vorgeschlagene subsidiäre Haftung für Verfahrenskosten und Vergütungsansprüche des Liquidators zu einer staatlichen Regelhaftung führt²⁹¹ aber dahinstehen, da das Modell bereits aus anderen Gründen keine Anwendung im geltenden Recht finden kann.

²⁸⁴ *Schulz*, S. 120 ff.

²⁸⁵ Vgl. *Schulz*, S. 6 ff.; ebenso *Haarmeyer* in: MüKo InsO, § 26 Rdnr. 52; *K. Schmidt*, ZIP 1982, 9 (11); *derselbe* in: ZGR 1986, 178 (206); *derselbe* in: Wege, S. 181; daneben *derselbe* in: ZIP 1985, 713 (724) sowie JZ 1985, 301 (307) mit Ansprüchen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen, Ansprüchen auf Rückgewähr verbotener Ausschüttungen, Ansprüchen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen, Ansprüchen gegen das Management sowie Ansprüchen gegen etwaige Muttergesellschaften als Beispiele für häufig trotz Masselosigkeit vorhandener Vermögenswerte; außerdem *Stobbe*, Rdnr. 315; zweifelnd dagegen *Merz*, ZZP 100 (1987), 493.

²⁸⁶ *Schulz*, S. 158; zur Notwendigkeit des Ausschlusses der Einzelzwangsvollstreckung zur Verwirklichung der Gläubigergleichbehandlung auch *Breuer* in: MüKo InsO, § 89 Rdnr. 1; *Eckhardt* in: Jaeger, § 89 Rdnr. 4; *K. Schmidt*, ZIP 1982, 9 (12); *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 89 Rdnr. 1; vgl. auch Begründung zu § 100 RegE InsO BT-Drs. 12/2443, S. 137.

²⁸⁷ Vgl. *Schulz*, S. 158, 170.

²⁸⁸ *Buchner*, S. 59.

²⁸⁹ Vgl. *Buchner*, S. 59.

²⁹⁰ Vgl. *Schulz*, S. 11; dies räumt auch *Buchner* ein, der aber dennoch in der Tendenz von einem repräsentativen Bild ausgeht, vgl. *Buchner*, S. 59; kritisch *Stobbe*, Rdnr. 340 f.

²⁹¹ So *Buchner*, S. 69.

Es fehlt bereits an einer der ergänzenden Rechtsfortbildung zugänglichen Regelungslücke. Ein Analogieschluss ist nämlich nur dann zulässig, wenn eine planwidrige Regelungslücke vorliegt²⁹². Hierfür ist erforderlich, dass das betrachtete Gesetz gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht unvollständig ist²⁹³. Dass eine Regelungsabsicht des Gesetzgebers auf eine gleichmäßige Gleichbehandlung in der massearmen Liquidation gerichtet sein könnte, widerlegt aber der Regierungsentwurf der Insolvenzordnung, wenn es dort zum Reformziel der erleichterten und rechtzeitigen Eröffnung des Insolvenzverfahrens heißt: „*Nur im Insolvenzverfahren schließlich sind die rechtsstaatlich korrekte gleichmäßige Gläubigerbefriedigung und der Einfluss der Gläubigergemeinschaft auf die Insolvenzabwicklung gesichert. Vermögensverschiebungen werden rückgängig gemacht, Manipulationen aufgedeckt.*“²⁹⁴ Unabhängig davon, ob eine von *Schulz* angenommene nachträgliche verdeckte Regelungslücke zum Zeitpunkt der Untersuchung im Jahr 1986 wegen der Abwicklung der weit überwiegenden Zahl zahlungsunfähiger oder überschuldeter Gesellschaften außerhalb des Konkursverfahrens im gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahren vorlag²⁹⁵, steht damit für das geltende Recht nach Einführung der Insolvenzordnung fest, dass keine Regelungsabsicht des Gesetzgebers bezüglich einer gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung in der massearmen Liquidation besteht²⁹⁶. Vielmehr zeigt die Insolvenzrechtsreform, dass der Gesetzgeber das Problem durch eine erleichterte Eröffnung des Insolvenzverfahrens angehen möchte²⁹⁷. Ein Rückgang des Anteils der mangels Masse abgelehnten Eröffnungsanträge von ca. 75 % aller Konkurs- bzw. Insolvenzanträge über das Vermögen von Unternehmen, wie sie der Untersuchung von *Schulz* für die Jahre bis 1985 zugrunde gelegt wurden²⁹⁸, auf 27,1 % im Jahr 2008²⁹⁹ zeigt auch, dass bereits ein

²⁹² Vgl. *BGH NJW* 1981, 1726 (1727); *BGH NJW* 1988, 2109 (2110); *BGH NJW* 2003, 1932; *BGHZ* 149, 165 (174); *BGH NJW* 2005, 2142 (2143); *BAG NJW* 2003, 2473 (2474 f.); *Canaris*, S. 16, 25.

²⁹³ *BGHZ* 149, 165 (174); *BAG NJW* 2003, 2473 (2475); *Larenz*, S. 373.

²⁹⁴ BT-Drs. 12/2443, S. 80.

²⁹⁵ So *Schulz*, S. 50 f.

²⁹⁶ Vgl. auch *Stobbe*, Rdnr. 346.

²⁹⁷ BT-Drs. 12/2443, S. 80; im RegE InsO werden insbesondere als Maßnahmen zur Erreichung des Ziels der rechtzeitigen und erleichterten Verfahrenseröffnung hervorgehoben: die Einführung des Eröffnungsgrundes der drohenden Zahlungsunfähigkeit; die Neubestimmung der sonstigen Voraussetzungen der Verfahrenseröffnung; die Neuregelung des Rangs der Masseverbindlichkeiten; die Maßnahmen zur Entlastung der Insolvenzmasse von Masseverbindlichkeiten; die Maßnahmen zur Verbilligung des Verfahrens; die Heranziehung der mithaftenden Gesellschafter und Organmitglieder von Gesellschaften; die Verschärfung des Anfechtungsrechts; die Erstattung der Kosten, welche der Masse bei der Erhaltung, Bearbeitung und Verwertung von Sicherungsgut entstehen sowie die Anreize, für den Schuldner zur rechtzeitigen Antragsstellung, vgl. BT-Drs. 12/2443, S. 84 ff.; in diesem Sinne auch schon *Stürner*, *ZfP* 99 (1986), 291 (327).

²⁹⁸ *Schulz*, S. 5 m.w.N.

²⁹⁹ Von insgesamt 29.291 Anträgen auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Unternehmens wurden 7.932 mangels Masse abgewiesen, was einem Anteil von 27,1 % entspricht, vgl. Statistisches Jahrbuch 2009, S. 503.

erheblicher Rückgang des Anteils der massearmen Liquidationen durch die erleichterte Verfahrenseröffnung erfolgt ist³⁰⁰.

Doch fehlt zur Umsetzung des Modells von *Schulz* nicht nur die erforderliche Regelungslücke, auch der angenommene Ausschluss der Einzelzwangsvollstreckung in der massearmen Liquidation kann nicht überzeugen. Zwar ist es richtig, dass der Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger mit der Zulässigkeit der Einzelzwangsvollstreckung kollidiert³⁰¹. Ein Ausschluss der Einzelzwangsvollstreckung kann aber nicht lediglich damit begründet werden, dass der Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung in der massearmen Liquidation Geltung beansprucht³⁰². Es besteht nämlich eine auf dem Justizgewährleistungsanspruch beruhende öffentlich-rechtliche Pflicht des Staates, dem Gläubiger bei Vorliegen der Voraussetzungen die Durchsetzung seiner Rechte zu ermöglichen, und ein damit korrespondierender Anspruch des Gläubigers³⁰³. Zwar verliert das Vollstreckungsrecht einzelner Gläubiger seinen Geltungsanspruch grundsätzlich dann, wenn die zur Verfügung stehende Vollstreckungsmasse nicht zur Befriedigung der Gesamtheit der Gläubiger ausreicht und daher eine willkürliche Verteilung droht bzw. ein Kampf „aller gegen alle“ entstehen würde³⁰⁴, daraus folgt jedoch nicht, dass das Prioritätsprinzip in der massearmen Liquidation gleichheitswidrig wäre: Entscheidend für einen effektiven Rechtsschutz im Sinne einer gerechten Möglichkeit zur Rechtsverwirklichung ist nicht das Liquidationsrecht oder das Insolvenzrecht jeweils für sich genommen, sondern vielmehr die insgesamt stimmige Gesetzessystematik zwischen Insolvenz und gesellschaftsrechtlicher Liquidation³⁰⁵. Statt einer Übertragung der Gläubigergleichbehandlung auf massearme Liquidationsverfahren kann daher ebenso der Zugang zur Gläubigergleichbehandlung im Rahmen des Insolvenzverfahrens erleichtert werden, indem die Hürde der Insolvenzverfahrenseröffnung gesenkt oder das Anfechtungsrecht verschärft wird³⁰⁶.

³⁰⁰ Zu beachten ist jedoch, dass statistisch nicht erfasste Fälle der Einstellung mangels Masse gemäß § 207 InsO sowie der Masseunzulänglichkeit nach § 211 InsO durch die größere Anzahl eröffneter Insolvenzverfahren deutlich angestiegen sein dürften.

³⁰¹ *Schulz*, S. 158.

³⁰² So aber *Schulz*, S. 158; kritisch hierzu *Stobbe*, Rdnr. 316.

³⁰³ Vgl. *Lackmann* in: Musielak, vor § 704 Rdnr. 6; *Münzberg* in: Stein/Jonas, vor § 704 Rdnr. 16; *Stöber* in: Zöller, vor § 704 Rdnr. 2.

³⁰⁴ *Heinze*, NJW 1982, 1665 (1667); *Konzen* in: FS Ulmer, S. 323 (331); *Stürner* in: MüKo InsO, Einleitung Rdnr. 77.

³⁰⁵ *Stürner* in: MüKo InsO, Einleitung Rdnr. 77; *derselbe* bereits in: ZZZ 99 (1986), 291 (327).

³⁰⁶ So auch *Baur/Stürner/Bruns*, Rdnr. 6.43; vgl. zudem *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht, Rdnr. 6.4; *Stürner*, ZZZ 99 (1986), 291 (327).

Diese auch aus Sicht des Verfassers zu befürwortende Konzeption verfolgt der Gesetzgeber mit der Insolvenzordnung³⁰⁷. Ein Ausschluss der Einzelzwangsvollstreckung durch das Vollstreckungsverbot nach §§ 89, 90 InsO knüpft dann nach der gesetzlichen Vorgabe erst an die – nunmehr erleichterte – Eröffnung des Insolvenzverfahrens an³⁰⁸. Der Gesetzgeber hält also an der Insolvenzeröffnung als formellem Anknüpfungspunkt für die gleichmäßige Gläubigerbefriedigung fest. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 88 InsO, wonach auch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch einen Insolvenzgläubiger durch Zwangsvollstreckung erlangte Sicherungen an dem zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögen unwirksam sind, da die Unwirksamkeit der Sicherung auch in diesem Fall erst mit der Verfahrenseröffnung eintritt und damit ebenfalls an diese anknüpft. Zwar könnte man auch erwägen, den Ausschluss der Einzelzwangsvollstreckung formell an die Ablehnung der Verfahrenseröffnung zu knüpfen³⁰⁹. Die Ablehnung der Verfahrenseröffnung bietet als anderer möglicher formeller Anknüpfungspunkt jedoch keinen gleichwertigen Ersatz: Der aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip³¹⁰ (Art. 20 Abs. 3 GG) herzuleitende Justizgewährleistungsanspruch bedarf einer Ausgestaltung durch den Gesetzgeber³¹¹. Zum Ausgleich für den Ausschluss des Einzelzwangsvollstreckungsrechts müsste den Gläubigern aber in jedem Fall ein rechtlich geordnetes Verfahren zur adäquaten Befriedigung zur Verfügung gestellt werden³¹². Der Gesetzgeber hat sich für die Insolvenzeröffnung als formellen Anknüpfungspunkt für die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger entschieden. Wollte man den Ausschluss der Einzelzwangsvollstreckung im Wege der Analogie auch an die Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse knüpfen, würde dies nur dann der verfassungsrechtlich erforderlichen Justizgewährleistung und auch nur dann der gesetzgeberischen Konzeption entsprechen, wenn den Gläubigern für den Ausschluss ihres vom Gesetzgeber grundsätzlich außerhalb des Insolvenzverfahrens eingeräumten Rechts auf Einzelzwangsvollstreckung ein dem insolvenzrechtlichen Gesamtvollstreckungsverfahren entsprechendes Verfahren bzw. eine dementsprechende Befriedigungsaussicht zur Verfügung gestellt würde. Dies ist aber nach *Schulz*' Modell selbst bei analoger Anwendung der insolvenzrechtlichen Gläubigergleichbehandlung und Einsetzung eines amtswegig bestellten Notliquidators nicht der Fall. Eine Gläubigerorganisation nach dem Vorbild des Konkursverfahrens lehnt Schulz nämlich wegen der Diskrepanz zwischen den Gläubigerinteressen auf der einen und dem Verfahrensziel der Vollbeendi-

³⁰⁷ BT-Drs. 12/2443, S. 80 f.

³⁰⁸ Vgl. *Münzberg* in: Stein/Jonas, vor § 704 Rdnr. 61 f.; *Stöber* in: Zöller, § 775 Rdnr. 5.

³⁰⁹ So *Schulz*, S. 166.

³¹⁰ Vgl. *BVerfGE* 85, 337 (345).

³¹¹ *BVerfGE* 85, 337 (345 f.); *BVerfGE* 88, 118 (123); *BVerfGE* 93, 99 (107); *Grzeszick* in: Maunz/Dürig, Art. 20 VII Rdnr. 134.

³¹² *Heinze*, NJW 1982, 1665 (1667).

gung auf der anderen Seite ab³¹³. Ohne eine organisierte Gläubigerbeteiligung ist eine dem Insolvenzverfahren entsprechende verhältnismäßige Befriedigung der Gläubiger aber nicht hinreichend gewährleistet³¹⁴. Ohnehin ist zu bedenken, dass in der massearmen Liquidation – von einzelnen Ausnahmen mit erheblichen verdeckten Vermögenswerten abgesehen – gegenüber dem eröffneten „massehaltigen“ Insolvenzverfahren eine deutlich geringere Befriedigungsaussicht der Gläubiger besteht³¹⁵. Den Gläubigern würde also bezogen auf die Befriedigungsaussicht nach *Schulz* auch kein dem Insolvenzverfahren entsprechendes masseloses Liquidationsverfahren zur Verfügung stehen. Die Anknüpfung des Ausschlusses der Einzelzwangsvollstreckung an die Ablehnung der Verfahrenseröffnung mangels Masse entspricht also nicht der durch die Ausgestaltung des Justizgewährleistungsanspruchs zum Ausdruck gebrachten gesetzgeberischen Entscheidung.

Schließlich stößt die vorgeschlagene subsidiäre staatliche Haftung für die Kosten des massearmen Liquidationsverfahrens sowie die Vergütung des von Amts wegen eingesetzten Notliquidators auf Bedenken. Ausdrückliche Regelungen für eine subsidiäre staatliche Kostentragung bestehen nicht. Der Vorschlag von *Schulz*³¹⁶ die Kostentragungsregelungen des LöschG³¹⁷ heranzuziehen, wonach für Löschungen nach § 2 LöschG eine staatliche Kostentragung vorgesehen war³¹⁸, wird von staatlicher Seite keine Zustimmung finden. Daran kann auch die Beschränkung auf eine subsidiäre Kostentragung des Staates³¹⁹ nichts ändern³²⁰. Das Ergebnis wäre dann eine staatliche Ausfallhaftung für Verfahrens- und Liquidatorenkosten, für deren Begleichung das Schuldnervermögen in aller Regel nicht ausreicht. Wäre ein ausreichendes Schuldnervermögen vorhanden, hätte ja bereits das Insolvenzverfahren durchgeführt werden können³²¹. Geht man dagegen von einer unbeschränkten Zulässigkeit der Einzel-

³¹³ *Schulz*, S. 142 f.

³¹⁴ *Nerlich* in: Michalski, § 60 Rdnr. 249; *J. Uhlenbruck*, *Kölner Schrift*, 2. Aufl., S. 1187 (1191).

³¹⁵ Dies sieht auch *Schulz*, S. 142.

³¹⁶ *Schulz*, S. 41.

³¹⁷ Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften (LöschG), aufgehoben durch Art. 2 Nr. 9 EGIInsO vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I 1994, S. 2911), in Kraft getreten zum 1. Januar 1999. Die im LöschG enthaltenen Regelungen wurden aus Gründen der Rechtsklarheit in diejenigen Gesetze verlagert, in denen sie ihren systematisch richtigen Standort haben, vgl. BT-Drs. 12/3803, S. 61. Die Kostenregelung wurde zunächst in § 88 KostO übernommen, durch das Gesetz zur Neuordnung der Gebühren in Handels-, Partnerschafts- und Genossenschaftsregistersachen vom 3. Juli 2004 (BGBl. I 2004, S. 1410) jedoch außer für die Fälle des § 395 FamFG, die weiterhin dem Regelungsbereich des § 88 KostO unterliegen, abschließend durch die auf der Ermächtigung des § 79a KostO beruhenden Verordnung über Gebühren in Handels-, Partnerschafts- und Genossenschaftsregistersachen (Handelsregistergebührenverordnung – HRegGebV), BGBl. I 2004, S. 2562 erfasst, vgl. BT-Drs. 15/2551, S. 12.

³¹⁸ Vgl. *Schulz*, S. 41; ebenso jetzt Anlage 1 HRegGebV, Anlage zu § 1, Gebührenverzeichnis, Teil 1, Vorbemerkung 1 Abs. 4 sowie Teil 2, Vorbemerkung 2 Abs. 4 für die Löschung der Gesellschaft.

³¹⁹ Vgl. *Schulz*, S. 42.

³²⁰ A. A. *K. Schmidt* in: *K. Schmidt/W. Uhlenbruck*, Rdnr. 6.27; *derselbe*, *Wege*, S. 182.

³²¹ Vgl. *Merz*, *ZZP* 100 (1987), 493 (494); kritisch zur staatlichen Kostentragung auch *Stobbe*, Rdnr. 317.

zwangsvollstreckung in der massearmen Liquidation aus, verschärft sich das Problem noch mehr, da in diesem Fall wegen der Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger auf das Gesellschaftsvermögen die staatliche „Ausfallhaftung“ zu einer Regelhaftung führen würde³²².

Dem Modell von *Schulz* für die Gläubigergleichbehandlung in der massearmen Liquidation kann daher für das geltende Recht nicht gefolgt werden.

cc. Gläubigergleichbehandlung in der massearmen Liquidation nach Konzen

In Anlehnung an das Modell von *Schulz* hat *Konzen* ein Konzept zur Verwirklichung der Gläubigergleichbehandlung in der massearmen Liquidation der GmbH unter Geltung der InsO herausgearbeitet³²³. Ausgehend vom Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung im Insolvenzverfahren, müsse über die Entwicklung von Sonderregeln für die massearme Liquidation nachgedacht werden³²⁴. Die Regelungen der gesellschaftsrechtlichen Liquidation, die keine gesonderte Behandlung bei Massearmut vorsehen, stünden der Bildung von Sonderregeln dabei nur entgegen, wenn der Gesetzgeber die massearme Liquidation bewusst der massehaltigen gleichgestellt habe³²⁵. Eine Rechtsfortbildung ist nach der vertretenen Ansicht jedoch dann möglich, wenn die Insolvenzordnung den Schutz vor Massearmut weder bewusst abschließend regelt noch die verbleibenden Regelungslücken in Kauf nimmt³²⁶. Eine abschließende Regelung oder eine Inkaufnahme der verbleibenden Regelungslücke liegt allerdings nach *Konzen* nicht vor: Einerseits habe der Gesetzgeber sein Ziel der Vollarbeitung von Gesellschaften bis zur Lösungsreife trotz der hierzu vorgenommenen Maßnahmen nicht erreicht, so dass das Insolvenzverfahren weiterhin keinen wirksamen Schutz vor massearmen Liquidationen biete und folglich Regelungsbedarf bestehe³²⁷. Auf der anderen Seite habe der Gesetzgeber die Maßnahmen zum Gläubigerschutz lediglich für die Dauer des Insolvenzverfahrens angeordnet und damit keine Absicht hinsichtlich eines Regelungsverzichts bezüglich der Gläubigergleichbehandlung in der massearmen Liquidation nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen gezeigt³²⁸. Damit ist nach der vertretenen Ansicht die massearme Liquidation der GmbH einer Rechtsfort-

³²² Ebenso *Schulz*, S. 43.

³²³ *Konzen*, Der Gläubigerschutz bei Liquidation der masselosen GmbH, in: Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, S. 323 ff.

³²⁴ *Konzen* in: FS Ulmer, S. 323 (331).

³²⁵ *Konzen* in: FS Ulmer, S. 323 (331).

³²⁶ *Konzen* in: FS Ulmer, S. 323 (332).

³²⁷ *Konzen* in: FS Ulmer, S. 323 (333).

³²⁸ *Konzen* in: FS Ulmer, S. 323 (333).

bildung zugänglich³²⁹. Die Gläubigerbefriedigung als zentraler Gegenstand der Liquidation hat damit nach *Konzen* auch in der massearmen Liquidation gleichmäßig zu erfolgen³³⁰. Eine Ausnahme soll jedoch entsprechend der Rechtsprechung bezüglich der Pfändung von Einlageforderungen für den Fall gemacht werden, wenn keine konkurrierenden Gläubiger existieren oder mitwirken³³¹. Zur Verwirklichung der Gleichbehandlung soll das Einzelzwangsvollstreckungsrecht der einzelnen Gläubiger eingeschränkt werden. Gegen eine dennoch erfolgte Pfändung sollen die übrigen Gläubiger im Wege der Erinnerung nach § 766 ZPO vorgehen können³³². Schließlich befürwortet *Konzen* zur Sicherung der gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger – ebenso wie *Schulz*³³³ – die amtswegige Bestellung eines Notliquidators, wobei eine subsidiäre staatliche Haftung für die Vergütung des Notliquidators de lege lata abgelehnt und stattdessen eine Finanzierung durch das Gesellschaftsvermögen oder einen Vergütungsvorschuss der Gläubiger vorgeschlagen wird³³⁴.

Gegen diese Ansicht lassen sich weitestgehend die schon gegen das Modell von *Schulz* vorgebrachten Kritikpunkte anführen: *Konzen* erachtet eine richterliche Rechtsfortbildung für zulässig, wenn der Gesetzgeber den Schutz vor Massearmut in der Insolvenzordnung nicht bewusst abschließend geregelt hat und verbleibende Schutzdefizite nicht in Kauf nimmt³³⁵. Der Gesetzgeber hat jedoch bereits im Regierungsentwurf der Insolvenzordnung deutlich zum Ausdruck gebracht, dass das Problem fehlender Gläubigergleichbehandlung in der massearmen Liquidation zwar bekannt ist, eine diesbezügliche Regelungsabsicht allerdings nicht besteht³³⁶. Wie bereits ausgeführt³³⁷, strebt der Gesetzgeber eine Lösung der Problematik bezüglich der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung in der massearmen Liquidation auf anderem Wege an. Statt einer Übertragung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung in die massearme Liquidation und damit einer Erstreckung der Grundsätze des Insolvenzverfahrens auf Bereiche außerhalb des eröffneten Verfahrens, soll die Eröffnung des Insolvenzverfahrens erleichtert werden, um damit mehr Fälle innerhalb des Verfahrens abzuwickeln³³⁸. Befürwortet man nun trotz des inzwischen signifikanten Rückgangs der Abweisungen von Insolvenzeröffnungsanträgen³³⁹ die Übertragung insolvenzspezifischer Grundsätze

³²⁹ *Konzen* in: FS Ulmer, S. 323 (335).

³³⁰ *Konzen* in: FS Ulmer, S. 323 (346).

³³¹ *Konzen* in: FS Ulmer, S. 323 (347); vgl. hierzu BGH NJW 1992, 2229 (2230).

³³² *Konzen* in: FS Ulmer, S. 323 (347).

³³³ *Schulz*, S. 106 ff.

³³⁴ *Konzen* in: FS Ulmer, S. 323 (334 f.) entgegen *Schulz*, S. 120 ff.

³³⁵ *Konzen* in: FS Ulmer, S. 323 (331 f.).

³³⁶ BT-Drs. 12/2443, S. 80.

³³⁷ Vgl. Erster Teil, III. 6. b. cc. bbb., S. 50 f.

³³⁸ Vgl. BT-Drs. 12/2443, S. 80, 84 ff.; dies sieht auch *Konzen*, in: FS Ulmer, S. 323 (324).

³³⁹ Während zu Zeiten der Studie von *Schulz* (vgl. *Schulz*, S. 5) noch 75 % aller Anträge auf Eröffnung des Konkursverfahrens mangels Masse abgewiesen wurden und *Konzen* seiner Untersuchung noch eine

auf die massearme Liquidation außerhalb der Insolvenzordnung im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung *de lege lata*, entfernt man sich vom gesetzgeberischen Willen. Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* ist eine richterliche Rechtsfortbildung nur dann zulässig, wenn sie sich nicht über den vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck einer Regelung hinwegsetzt³⁴⁰. Die richterliche Rechtsfortbildung darf also gerade nicht die Systematik der Rechtsordnung verlassen und eigene rechtspolitische Ansichten verwirklichen³⁴¹. Hierauf ließe es aber hinaus, wollte man trotz des deutlichen Rückgangs von mangels Masse nicht eröffneten Verfahren im Wege der Rechtsfortbildung eine vom Gesetzgeber gerade nicht gewünschte Behandlung der Problematik erreichen.

Eine Übertragung des Grundsatzes der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung auf die massearme Liquidation im Wege richterlicher Rechtsfortbildung ist also entgegen der von *Konzen* vertretenen Ansicht nicht zulässig. Damit scheidet auch ein Verbot der Einzelzwangsvollstreckung aus, gegen welches ohnehin die bereits zur Meinung von *Schulz* vorgetragenen Bedenken sprechen würden³⁴².

ddd. Gläubigergleichbehandlung durch Ausgleichshaftung unter den Gläubigern

Schließlich ist zu überlegen, ob die Integration der Gläubigergleichbehandlung in die massearme Liquidation auch ohne Rechtsfortbildung durch eine wechselseitige Ausgleichshaftung zwischen den Gläubigern begründet werden kann. Nach *Häsemeyer*³⁴³ liegt der Grund der insolvenzrechtlichen Gläubigergleichbehandlung in der Einflussnahme des einzelnen Gläubigers auf die Rechts- und Haftungsverhältnisse des Insolvenzschuldners durch Begründung, Verfolgung oder Durchsetzung der jeweiligen Forderung³⁴⁴. Da eine wechselseitige Verantwortung der einzelnen Gläubiger für die fehlende Aussicht auf Tilgung sämtlicher Gläubigeransprüche durch den Gesamtschuldner besteht, müssen die Verantwortungsbeiträge im Wege einer wechselseitigen und gleichmäßigen Forderungskürzung nach dieser Ansicht ausgeglichen werden³⁴⁵. Zur Verwirklichung der gleichmäßigen Befriedigung wird eine auf die eigene Forderung gegenüber dem Gesamtschuldner beschränkte Haftung des einzelnen Insolvenz-

Abweisungsquote von 54 % zugrunde legte (vgl. *Konzen*, in: FS Ulmer, S. 323), werden inzwischen „nur noch“ 27,1 % der Insolvenzanträge mangels Masse abgelehnt, vgl. Nachweis in FN 299.

³⁴⁰ *BVerfGE* 96, 375 (394).

³⁴¹ Vgl. *BVerfGE* 34, 269 (292).

³⁴² Vgl. Erster Teil, III. 6. b. cc. bbb., S. 51 ff.

³⁴³ *Häsemeyer*, KTS 43 (1982), 507 ff.

³⁴⁴ *Häsemeyer*, KTS 43 (1982), 507 (517); *Häsemeyer*, Rdnr. 2.26.

³⁴⁵ *Häsemeyer*, KTS 43 (1982), 507 (517); vgl. auch *Häsemeyer*, Rdnr. 2.33.

gläubigers gegenüber sämtlichen anderen Insolvenzgläubigern für die Befriedigung aus der Masse angenommen³⁴⁶.

Da der für eine Ausgleichshaftung entscheidende Einfluss der Gläubiger auf das Schuldnervermögen bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens stattfindet³⁴⁷, lässt sich überlegen, eine Haftung im Innenverhältnis der Gläubiger nach dem Verständnis von *Häsemeyer* auch nach Ablehnung des Insolvenzeröffnungsantrags mangels Masse in der massearmen Liquidation zu konstruieren und damit eine gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger zu verwirklichen. Unabhängig davon ob dem Verständnis von *Häsemeyer* bezüglich der Begründung und Verwirklichung des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes zuzustimmen ist, kann jedoch keine Übertragung der gleichmäßigen Befriedigung durch wechselseitige Ausgleichshaftung in die massearme Liquidation erfolgen. Die gegenseitige Ausgleichshaftung der Gläubiger setzt nämlich die formelle Eröffnung des Insolvenzverfahrens voraus, da ein geordnetes Verfahren zur Erfassung sämtlicher Gläubiger notwendig ist³⁴⁸. Ohne ein solches und insbesondere ohne Beteiligung sämtlicher Gläubiger bestünde ansonsten für den einzelnen Gläubiger die Gefahr, dass Forderungen anderer Gläubiger und damit deren Einfluss auf das Vermögen des Gesamtschuldners unerkannt blieben und folglich eine gegenüber den bekannten Gläubigern erhöhte Ausgleichshaftung entstünde³⁴⁹.

Mangels organisierter Gläubigerbeteiligung im Rahmen eines geordneten Verfahrens in der massearmen Liquidation kommt die Verwirklichung einer Pflicht gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung durch wechselseitige Ausgleichshaftung der Gesellschaftsgläubiger also ebenfalls nicht in Betracht.

eee. Ergebnis

Für eine analoge Anwendung der insolvenzrechtlichen Gläubigerschutzvorschriften in der massearmen Liquidation bleibt nach dem geltenden Recht kein Raum. Vielmehr hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass das einfachere Liquidationsverfahren dem Insolvenzverfahren in der massearmen Liquidation vorgezogen werden soll³⁵⁰. Ein für die Verwirklichung der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung erforderlicher Ausschluss der Einzelzwangsvollstreckung lässt sich nach dem geltenden Recht

³⁴⁶ Vgl. *Häsemeyer*, KTS 43 (1982), 507 (528); vgl. auch *Häsemeyer*, Rdnr. 2.33.

³⁴⁷ *Häsemeyer*, KTS 43 (1982), 507 (533).

³⁴⁸ *Häsemeyer*, KTS 43 (1982), 507 (533); vgl. auch *Häsemeyer*, Rdnr. 2.36.

³⁴⁹ Vgl. *Häsemeyer*, KTS 43 (1982), 507 (546).

³⁵⁰ Vgl. *Rasner* in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 60 Rdnr. 24; in diesem Sinne auch *Nerlich* in: Michalski, § 60 Rdnr. 248.

in der massearmen Liquidation ebenfalls nicht rechtfertigen. Schranken gebietet dem Handeln des Liquidators bei der Gläubigerbefriedigung damit neben § 826 BGB³⁵¹ lediglich die Regelung des § 3 AnfG³⁵², wonach Rechtshandlungen, welche die Gläubiger vorsätzlich benachteiligen, anfechtbar sind. Sowohl der Benachteiligungsvorsatz des Schuldners als auch die erforderliche Kenntnis seitens des bei der Rechtshandlung mitwirkenden anderen Teils werden jedoch im Einzelfall häufig schwer nachzuweisen sein³⁵³.

Selbst wenn man dem von Schulz und Konzen für die GmbH entworfenen Modell folgen würde, wäre darüber hinaus dessen Übertragbarkeit auf sonstige Gesellschaftsformen fraglich. Zu berücksichtigen ist, dass in der Liquidation von Personenhandels-gesellschaften ein weitgehender Schutz der Gesellschaftsgläubiger durch die persönliche Haftung der Gesellschafter im Falle der oHG bzw. des Komplementärs bei Vorliegen der Rechtsform einer KG besteht³⁵⁴. Da die Übertragbarkeit der Gläubigerschutzprinzipien nach der hier vertretenen Auffassung jedoch ohne Rücksicht auf deren Rechtsform abgelehnt wird, kann die Frage der Vergleichbarkeit der GmbH mit sonstigen Gesellschaften, insbesondere Personengesellschaften, dahinstehen.

Zwar mag sich für die Gläubiger durch die fehlende Pflicht zur Gleichbehandlung in der massearmen Liquidation eine unbefriedigende Situation ergeben. Deren Beseitigung kann, wie dargelegt, jedoch nicht im Rahmen einer ergänzenden Rechtsfortbildung erfolgen, sondern ist Sache des Gesetzgebers. Die Frage, wie ein solches „Kleinkonkursverfahren“³⁵⁵ bzw. „Quasi-Insolvenzverfahren“³⁵⁶ ausgestaltet sein könnte, geht jedoch über die in der vorliegenden Untersuchung zu erörternden Fragen hinaus und soll hier daher dahingestellt bleiben.

7. Verteilung des Restvermögens der Gesellschaft

Nachdem die Gläubiger im Liquidationsverfahren mit dem durch Einziehung von Gesellschaftsforderungen und Umsetzung des Gesellschaftsvermögens erlangten Geld befriedigt wurden, ist das verbleibende Vermögen der Gesellschaft auf die Gesellschafter zu verteilen, vgl. §§ 155 Abs. 1 HGB, 72 GmbHG, 271 Abs. 1 AktG, 91

³⁵¹ Vgl. *BGH NJW* 2009, 2127 ff.

³⁵² Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens – Anfechtungsgesetz vom 5. Oktober 1994, BGBl. I 1994, S. 2911.

³⁵³ Vgl. *Buchner*, S. 16.

³⁵⁴ So auch *Merz*, *ZZP* 1987, 493 (494).

³⁵⁵ So *Merz*, *ZZP* 1987, 493.

³⁵⁶ Vgl. *K. Schmidt* in: *K. Schmidt/W. Uhlenbruck*, Rdnr. 6.15.

Abs. 1 GenG. Grundsätzlich richtet sich die Verteilung des Gesellschaftsvermögens an die einzelnen Gesellschafter dabei nach dem Verhältnis der Kapital-³⁵⁷ bzw. Gesellschaftsanteile³⁵⁸. Sind Einlageleistungen jedoch nicht im selben Verhältnis geleistet worden oder stehen bei Personenhandelsgesellschaften positive und negative Kapitalanteile nebeneinander, ist dies bei der Ermittlung des Verteilungsmaßstabs zu berücksichtigen. Für die AG bzw. die KGaA (§ 278 Abs. 3 AktG) ist ausdrücklich geregelt, dass in diesem Fall zunächst die Einlagen zu erstatten sind und erst im Anschluss eine Verteilung des Überschusses an die Gesellschafter nach Maßgabe ihrer Gesellschaftsanteile erfolgen darf, § 271 Abs. 3 AktG. Für die GmbH gilt diese Regelung entsprechend³⁵⁹. Auch bei der eG erfolgt die Verteilung zunächst nach dem Verhältnis der Geschäftsguthaben, also der auf die Geschäftsanteile tatsächlich eingezahlten Beträge³⁶⁰, § 91 Abs. 1 GenG. Allerdings wird ein den Gesamtbetrag der Guthaben übersteigender Überschuss nicht nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile, sondern nach Köpfen verteilt, § 91 Abs. 2 GenG. Bestehen bei Personenhandelsgesellschaften neben positiven auch negative³⁶¹ Kapitalanteile, entspricht das Schlussvermögen der Gesellschaft der Summe der positiven Kapitalanteile abzüglich der Summe der negativen³⁶². Die Inhaber positiver Kapitalanteile erhalten folglich zunächst lediglich eine Quote auf ihre jeweiligen Anteile, während sie wegen des verbleibenden Betrages auf die Inanspruchnahme der Inhaber negativer Kapitalanteile verwiesen werden³⁶³. Ohne eine Regelung im Gesellschaftervertrag oder einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss sind die Liquidatoren jedoch nicht zur Verwirklichung dieses Ausgleichs verpflichtet³⁶⁴. Der Ausgleich erfolgt vielmehr nach herrschender Meinung außerhalb der Liquidation unmittelbar zwischen den Gesellschaftern nach §§ 105 Abs. 2 HGB i.V.m. 735 Satz 1 BGB³⁶⁵.

³⁵⁷ Der bei Personenhandelsgesellschaften maßgebliche Kapitalanteil ist kein Bruchteil am Gesellschaftsvermögen sondern gibt als Bilanzposten den gegenwärtigen Stand der Einlage jedes Gesellschafters wieder, vgl. *Hopt* in: *Baumbach/Hopt*, § 120 Rdnr. 13; *K. Schmidt*, *GesR*, S. 1382 f.

³⁵⁸ Eventuell im Eigentum der Gesellschaft stehende Anteile sind bei der Berechnung des Verhältnisses nicht zu berücksichtigen, vgl. *Hüffer*, § 271 Rdnr. 6; *Kleindiek* in: *Lutter/Hommelhoff*, § 72 Rdnr. 11; vgl. auch für die AG § 71b AktG.

³⁵⁹ *Haas* in: *Baumbach/Hueck*, § 72 Rdnr. 4; *Kleindiek* in: *Lutter/Hommelhoff*, § 72 Rdnr. 11; *Rasner* in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, § 72 Rdnr. 12.

³⁶⁰ *Schulte* in: *Lang/Weidmüller*, § 7 Rdnr. 5.

³⁶¹ Negative Kapitalanteile entstehen, wenn ein Gesellschafter durch Entnahmen nach § 122 HGB das Gesellschaftsvermögen um einen Betrag gemindert hat, der seine Einlage übersteigt oder Verluste der Gesellschaft über die Höhe der Einlage eines Gesellschafters von seinem Kapitalanteil abgeschrieben werden, vgl. *Hopt* in: *Baumbach/Hopt*, § 121 Rdnr. 22.

³⁶² *Hopt* in: *Baumbach/Hopt*, § 155 Rdnr. 2; *Koller* in: *Koller/Roth/Morck*, § 155 Rdnr. 2.

³⁶³ *Hillmann* in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, § 155 Rdnr. 15; *Hopt* in: *Baumbach/Hopt*, § 155 Rdnr. 2.

³⁶⁴ *BGH* BB 1966, 844; *BGH* NJW 1978, 424; *BGH* NJW 1984, 435.

³⁶⁵ *Hillmann* in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, § 155 Rdnr. 23; *Koller* in: *Koller/Roth/Morck*, § 155 Rdnr. 4; a.A. im Hinblick auf das Vollbeendigungsziel der Liquidation hinsichtlich sämtlicher Vermögensverhältnisse der Gesellschaft *K. Schmidt* in: *MüKo HGB*, § 155 Rdnr. 17.

Von den dargestellten Verteilungsmaßstäben kann aber abgewichen werden, indem im Gesellschaftsvertrag einer GmbH oder im Genossenschaftsstatut einer eG ein anderes Verhältnis für die Verteilung bestimmt ist, §§ 72 Satz 2 GmbHG, 91 Abs. 3 GenG. Auch bei der AG erfolgen Abweichungen, wenn Aktien mit verschiedenen Rechten³⁶⁶ bei der Verteilung vorhanden sind, § 271 Abs. 2 AktG. Eine Abweichung vom Grundsatz der Vermögensverteilung nach den Verhältnissen der Kapitalanteile wird daneben auch für Personengesellschaften zugelassen, allerdings nur, wenn die betroffenen Gesellschafter zugestimmt haben³⁶⁷.

Neben der Schlussverteilung ist nach § 155 Abs. 2 HGB für Personenhandelsgesellschaften auch die Möglichkeit einer Zwischenverteilung des während der Liquidation entbehrlichen Geldes vorgesehen³⁶⁸. Entbehrlich und damit verteilbar ist aber nur Vermögen, welches weder für die noch folgenden Liquidationsmaßnahmen noch für die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist³⁶⁹. Anders ist dies bei juristischen Personen. Eine Verteilung des Vermögens an die Gesellschafter ist bei diesen aus Gründen des Gläubigerschutzes³⁷⁰ frühestens nach Ablauf eines sogenannten Sperrjahres, also einem Zeitraum von einem Jahr ab dem Aufruf der Gläubiger³⁷¹ zur Geltendmachung ihrer Forderung, möglich, vgl. §§ 272 Abs. 1 AktG, 73 Abs. 1 GmbHG³⁷², 90 Abs. 1 GenG. Auch nach Ablauf des Sperrjahres darf eine Verteilung allerdings nur dann erfolgen, wenn die Verbindlichkeiten der Gesellschaft getilgt oder zumindest gesichert sind, vgl. §§ 271 AktG, 73 GmbHG, 90 GenG. Ist die Gesellschaft bereits vermögenslos, ohne dass eine Verteilung von Restvermögen an die Gesellschafter erfolgt wäre, bedarf es einer Einhaltung des Sperrjahres mangels dadurch erreichten Gläubigerschutzes nicht³⁷³.

³⁶⁶ Die Regelung bezieht sich auf die Regelung des § 11 Satz 1 AktG, wonach Aktien unterschiedliche Rechte namentlich bei der Verteilung des Gewinns und des Gesellschaftsvermögens gewähren können.

³⁶⁷ *Hillmann* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 155 Rdnr. 3; *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 155 Rdnr. 8.

³⁶⁸ Nach § 155 Abs. 2 Satz 2 HGB sind jedenfalls Mittel zur Deckung nicht fälliger oder streitiger Verbindlichkeiten sowie zur Sicherung der den Gesellschaftern bei der Schlussverteilung zukommenden Beträge zurückzubehalten.

³⁶⁹ *Hillmann* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 155 Rdnr. 6.

³⁷⁰ Vgl. *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 73 Rdnr. 1; *Hüffer*, § 272 Rdnr. 1.

³⁷¹ Vgl. Erster Teil III. 7., S. 60.

³⁷² Ob ein Sperrjahr analog §§ 73 GmbHG, 272 AktG auch bei der GmbH & Co. KG und sonstigen atypischen Personengesellschaften ohne natürliche Personen als Gesellschafter einzuhalten ist, ist umstritten. Für die Notwendigkeit eines Sperrjahres *Habersack* in: Staub, § 155 Rdnr. 17; *H.-F. Müller*, S. 20 f.; *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 155 Rdnr. 49; *derselbe* in: GmbHR 1989, 141 (144); ablehnend demgegenüber *Rasner* in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 73 Rdnr. 37.

³⁷³ *OLG Köln* NZG 2005, 83 (84); *Haas* in: Gottwald, § 93 Rdnr. 127; offen gelassen von *OLG Naumburg* RNotZ 2002, 462 (463).

Da das Gesellschaftsvermögen vor der Verteilung des Restvermögens an die Gesellschafter bereits in Geld umgesetzt wurde³⁷⁴, richtet sich der Anspruch der Gesellschafter grundsätzlich auf eine Geldleistung³⁷⁵. Dies gilt auch für Gesellschafter, die Sacheinlagen geleistet, nicht aber für jene, welche der Gesellschaft Gegenstände zur Nutzung überlassen haben und folglich Herausgabe der entsprechend überlassenen Gegenstände in Natur verlangen können.³⁷⁶

8. Liquidationsschlussbilanz und Schlussrechnungslegung

Bereits vor der Vermögensverteilung an die Gesellschafter ist zu deren Vorbereitung³⁷⁷ eine Schlussbilanz der Gesellschaft aufzustellen. Zwar fehlt bei sämtlichen Gesellschaftstypen eine diesbezügliche Regelung³⁷⁸, dennoch wird die Bilanzierungspflicht aus allgemeinen Grundsätzen bzw. aufgrund der öffentlich-rechtlichen Pflicht zur Rechnungslegung von der weit überwiegenden Meinung gesellschaftsformübergreifend angenommen³⁷⁹.

Daneben muss nach herrschender Auffassung mit Beendigung der Liquidation, also nach der Vermögensverteilung an die Gesellschafter³⁸⁰, eine Schlussrechnungslegung der Liquidatoren erfolgen³⁸¹. Ihr Erfordernis ergibt sich bei den Personenhandelsgesellschaften aus § 154 HGB, im Übrigen aus § 259 BGB und wird in §§ 273 Abs. 1 AktG, 74 Abs. 1 GmbHG sowie bei der eG lediglich vorausgesetzt³⁸². Die Schlussrechnungslegung dient der internen Rechenschaft der Liquidatoren gegenüber der Gesellschaft und ist von der externen Rechnungslegung der Gesellschaft im Rahmen der

³⁷⁴ Vgl. hierzu Erster Teil III, 5., S. 40 ff.

³⁷⁵ *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 72 Rdnr. 3; *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 155 Rdnr. 1.

³⁷⁶ *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 72 Rdnr. 3; vgl. auch *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 155 Rdnr. 6.

³⁷⁷ Vgl. *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 71 Rdnr. 28; *Habersack* in: Staub, § 154 Rdnr. 16; *Hillmann* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 154 Rdnr. 9; *Rodewald*, GmbHHR 1994, 454 (455); *Sonnenschein/Weitemeyer* in: Heymann, § 155 Rdnr. 4.

³⁷⁸ Der für Personenhandelsgesellschaften geltende § 154 HGB erfasst lediglich die Schlussrechnungslegung der Liquidatoren, vgl. *Habersack* in: Staub, § 154 Rdnr. 16, 25; *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 154 Rdnr. 12.

³⁷⁹ *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 71 Rdnr. 28; *Kleindiek* in: Lutter/Hommelhoff, § 71 Rdnr. 12; *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 154 Rdnr. 22; *derselbe* in: Scholz, § 71 Rdnr. 30; a.A. *K. Müller*, GenG, § 93 Rdnr. 9, der davon ausgeht, dass eine Schlussbilanz neben einer Schlussrechnungslegung nicht erforderlich ist. Insgesamt ist bezüglich der Unterscheidung und Notwendigkeit von Liquidationsschlussbilanz und Schlussrechnungslegung vieles umstritten.

³⁸⁰ *Kleindiek* in: Lutter/Hommelhoff, § 71 Rdnr. 13; *Rodewald*, GmbHHR 1994, 454 (455); *K. Schmidt* in: Scholz, § 71 Rdnr. 35; a.A. *Rasner* in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 71 Rdnr. 27.

³⁸¹ Vgl. *Beuthien*, § 93 Rdnr. 2; *Hillmann* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 154 Rdnr. 9 f.; *Kleindiek* in: Lutter/Hommelhoff, § 71 Rdnr. 13; *K. Schmidt* in: Scholz, § 71 Rdnr. 30; a.A.: *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen, § 71 Rdnr. 34; *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 71 Rdnr. 28 f.

³⁸² Vgl. *Hirte*, ZInsO 2000, 127 (130); *Hüffer*, § 273 Rdnr. 3; *Rasner* in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 71 Rdnr. 26; *Riesenhuber* in: K. Schmidt/Lutter, § 273 Rdnr. 6.

Liquidationsschlussbilanz zu unterscheiden³⁸³. Der Informationsgehalt der Schlussrechnungslegung geht insoweit über denjenigen der Liquidationsschlussbilanz hinaus, als in der Schlussrechnungslegung Rechenschaft über die planmäßige Verteilung des Restvermögens abgelegt wird³⁸⁴. Dennoch kann es in Einzelfällen zweckmäßig sein, die interne und die externe Rechnungslegung in einem Bilanzierungswerk zusammenzufassen³⁸⁵ und nach der Schlussverteilung eine bloße Vollzugsmeldung herauszugeben³⁸⁶.

9. Anmeldung der Löschung der Gesellschaft und Aufbewahrung der Bücher und Papiere

Zum Abschluss des Liquidationsverfahrens ist die Liquidationsbeendigung der Gesellschaft, vgl. §§ 273 Abs. 1 AktG, 74 Abs. 1 GmbHG, bzw. die Eintragung des Erlöschens der Firma, § 157 Abs. 1 HGB, von den Liquidatoren zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden. Zwar besteht für die eG keine ausdrückliche Regelung für die Eintragung des Erlöschens³⁸⁷, aus § 31 Abs. 2 HGB ist jedoch zu entnehmen, dass auch das Erlöschen der Firma der eG zur Eintragung in das Genossenschaftsregister anzumelden ist³⁸⁸. Ob die Eintragung des Erlöschens im Handelsregister für die Vollbeendigung der Gesellschaft konstitutive Wirkung hat, hängt davon ab, welche Anforderungen man an die Vollbeendigung einer Gesellschaft stellt. Nach herrschender Auffassung wird hierbei zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften unterschieden. Während bei Personenhandelsgesellschaften für die Vollbeendigung Vermögenslosigkeit ausreichen soll und eine Löschung daher nur deklaratorisch ist, wird für Kapitalgesellschaften ein Doppelatbestand aus Vermögenslosigkeit und der dann konstitutiven Löschung im Handelsregister gefordert³⁸⁹.

Stellt sich nach der Vermögensverteilung an die Gesellschafter oder nach Löschung der Firma oder Gesellschaft im Handelsregister heraus, dass noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist bzw. nach teilweise vertretener Auffassung sonstiger Abwicklungs-

³⁸³ Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, § 71 Rdnr. 13; K. Schmidt in: Scholz, § 71 Rdnr. 35.

³⁸⁴ Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, § 71 Rdnr. 13.

³⁸⁵ Hillmann in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 154 Rdnr. 10; vgl. auch K. Schmidt in: MüKo HGB, § 154 Rdnr. 12.

³⁸⁶ Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, § 71 Rdnr. 13.

³⁸⁷ Vorgesehen ist lediglich die Anmeldung der Beendigung ihrer Vertretungsmacht durch die Liquidatoren, vgl. §§ 84 Abs. 1 GenG i.V.m. 21 Abs. 1 GenRegV (Verordnung über das Genossenschaftsregister vom 11.07.1889 in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Oktober 2006, BGBl. I 2006, S. 2268).

³⁸⁸ Beuthien, § 93 Rdnr. 2; K. Müller, § 93 Rdnr. 18.

³⁸⁹ Vgl. dazu ausführlich Zweiter Teil, S. 68 ff.

bedarf besteht³⁹⁰, ist die Liquidation nicht beendet und zu vollenden³⁹¹. Zuständig hierfür sind bei den Personengesellschaften die bisherigen Liquidatoren, deren Vertretungsmacht ohne Neubestellung fortbesteht³⁹². Bei den juristischen Personen ist dagegen ein neuer Bestellungsakt hinsichtlich der Personen der Abwickler auf Antrag eines Beteiligten durch das Registergericht erforderlich, vgl. § 273 Abs. 4 AktG. Zwar ist dies für die GmbH und die eG mit Ausnahme der Nachtragsliquidation nach Löschung wegen Vermögenslosigkeit gemäß §§ 66 Abs. 5 Satz 2 GmbHG, 83 Abs. 5 Satz 2 GenG nicht ausdrücklich geregelt, die entsprechende Anwendbarkeit des § 273 Abs. 4 AktG wird jedoch allgemein bejaht³⁹³.

Über die Beendigung der Liquidation hinaus, sind die Bücher und Papiere der aufgelösten Gesellschaft einem Gesellschafter oder einem Dritten in Verwahrung zu geben, §§ 157 Abs. 2 HGB, 74 Abs. 2 GmbHG, 93 GenG bzw. bei der liquidierten AG sowie der KGaA durch die Abwickler oder die Mitglieder des Vorstandes³⁹⁴ an einem vom Gericht bestimmten Ort zu hinterlegen, §§ 273 Abs. 2 AktG, 278 Abs. 3 AktG. Die Aufbewahrung der Bücher und Papiere muss bei Handelsgesellschaften mit Rechtspersönlichkeit einen Zeitraum von zehn Jahren, vgl. §§ 273 Abs. 2 AktG, 74 Abs. 2 GmbHG, 93 GenG, bei den Personengesellschaften je nach Art der Papiere und Bücher einen Zeitraum von sechs oder zehn Jahren umfassen, vgl. § 257 Abs. 4 HGB. Hinzu kommt die steuerrechtliche Aufbewahrungspflicht von Unterlagen nach § 147

³⁹⁰ Nach wohl überwiegender Ansicht besteht Abwicklungsbedarf, wenn weitere Abwicklungsmaßnahmen erforderlich sind, wie z.B. die Erteilung von Arbeitnehmerzeugnissen, der Empfang von Zustellungen oder die Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen für die Gesellschaft, vgl. *BAG* NJW 1982, 1831 = AP Nr. 4 zu § 50 ZPO; *BayObLG* Rpfleger 1983, 404; *BayObLG* Rpfleger 1985, 69 (70); *OLG Hamm* NJW-RR 1990, 1371 (1372); *OLG Hamm* NJW-RR 1997, 32 (33). Demgegenüber sieht *K. Schmidt* nur fortbestehenden Abwicklungsbedarf, wenn noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist. Bei sonstigem Handlungsbedarf, wie z.B. für die Erteilung von Zeugnissen, soll dieser Ansicht nach die Gesellschaft nicht „wiederbelebt“, sondern lediglich Personen für die Vornahme der notwendigen Handlungen bestimmt werden, vgl. *K. Schmidt*, *GesR*, S. 317; *derselbe* in: *GmbHR* 1988, 209 (212); offengelassen von *BGHZ* 105, 259 (262) = NJW 1989, 220; da eine Nachtragsliquidation jedenfalls dann nicht mehr möglich ist, wenn die Gesellschaft vollbeendet und als Rechtsträger erloschen ist, hängt die Frage, ob sonstiger Abwicklungsbedarf für eine Nachtragsliquidation ausreicht, damit zusammen, welche Anforderungen man an die Vollbeendigung einer Gesellschaft stellt, vgl. dazu Zweiter Teil, S. 68 ff.

³⁹¹ Vgl. *BGH* NJW 1979, 1987; *Hopt* in: *Baumbach/Hopt*, § 157 Rdnr. 3.

³⁹² *BGH* NJW 1979, 1987; *BGHZ* 110, 342 (352) = NJW 1990, 1725 (1728); dagegen ist bei einer Publikumspersonenhandelsgesellschaft in entsprechender Anwendung des § 273 Abs. 4 AktG die gerichtliche Liquidatorenbestellung für die Nachtragsliquidation erforderlich, vgl. *BGHZ* 155, 121 (123) = NJW 2003, 2676; nach *Riehm* soll eine gerichtliche Liquidatorenbestellung in der Nachtragsliquidation dagegen bei jeder Personengesellschaft analog § 273 Abs. 4 AktG erforderlich sein, vgl. *Riehm*, *NZG* 2003, 1055 (1056).

³⁹³ Vgl. für die GmbH: *BGHZ* 53, 264 (266 ff.); *BGH* NJW 1985, 2479; *BGHZ* 105, 259 (262); *OLG Hamm* NJW-RR 1990, 1371 (1372); *OLG Hamm* NJW-RR 1997, 32 (33); *Hirte*, *ZInsO* 2000, 127 (131); für die eG *Beuthien*, § 93 Rdnr. 5; *Cario* in: *Lang/Weidmüller*, § 93 Rdnr. 3; a.A. für die eG: *K. Müller*, § 93 Rdnr. 6.

³⁹⁴ *Hiffer*, § 273 Rdnr. 10; *derselbe* in: *MüKo AktG*, § 273 Rdnr. 17. Die Mitglieder des Vorstandes sind zur Aufbewahrung dann verpflichtet, wenn Abwickler, wie im Fall des § 394 Abs. 1 FamFG, nicht bestellt sind, vgl. *Hiffer* in: *MüKo AktG*, § 273 Rdnr. 17.

AO, welche je nach Art der aufzubewahrenden Unterlagen zwischen sechs und zehn Jahren besteht, vgl. § 147 Abs. 3 AO.

IV. FORTSETZUNG DER AUFGEÖSTEN GESELLSCHAFT

Eine aufgelöste Gesellschaft wird durch die Liquidatoren nach den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften vollständig abgewickelt, wenn nicht ein unmittelbar zur Vollbeendigung führender Auflösungsgrund³⁹⁵ vorliegt oder die Auflösung aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt. Es stellt sich daher die Frage, ob eine aufgelöste Gesellschaft innerhalb des Liquidationsverfahrens fortgesetzt, also zurück in das werbende Stadium überführt werden kann. Gesetzliche geregelt ist die Möglichkeit der Fortsetzung nach Auflösung aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, wenn das Verfahren auf Antrag des Schuldners nach §§ 212 f. InsO eingestellt oder nach der Bestätigung (§ 248 InsO) eines den Fortbestand der Gesellschaft vorsehenden Insolvenzplans gemäß § 258 InsO aufgehoben wird, vgl. §§ 144 HGB, 274 Abs. 2 Nr. 1, 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG, 117 Abs. 1 Satz 1 GenG. Für die Fortsetzung einer aus anderen Gründen aufgelösten Gesellschaft besteht dagegen lediglich für die AG in § 274 AktG sowie nach § 79a GenG für die eG eine Regelung. Eine Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft ist hiernach unter den genannten Voraussetzungen möglich, soweit noch nicht mit der Vermögensverteilung an die Aktionäre begonnen wurde, §§ 274 Abs. 1 Satz 1 AktG, 79a Abs. 1 Satz 1 GenG.

Auch bei sonstigen Handelsgesellschaften ist die Möglichkeit einer Fortsetzung unter bestimmten Voraussetzungen jedoch allgemein anerkannt³⁹⁶. Unabhängig vom Typus der aufgelösten Gesellschaft ist für eine Fortsetzung aber jedenfalls erforderlich, dass der Auflösungsgrund beseitigt und die Fortsetzung beschlossen wird³⁹⁷, wobei ein konkludenter Fortsetzungsbeschluss genügt³⁹⁸. Eine Vollbeendigung³⁹⁹ darf noch nicht vorliegen⁴⁰⁰. Dies bedeutet allerdings nicht, dass eine Fortsetzung ohne Rücksicht auf den Grund der Auflösung möglich ist. Die Beseitigung des Auflösungsgrundes erfordert zunächst, dass dieser auch tatsächlich beseitigt werden kann. Beseitigt werden können diejenigen Auflösungsgründe, die auf einer autonomen Entscheidung der Ge-

³⁹⁵ Siehe dazu Erster Teil I., S. 9 ff.

³⁹⁶ Vgl. *RGZ* 118, 337 (338 ff.); *BGHZ* 1, 324 (327); *BGHZ* 84, 379 (381); *BGH* NJW 1995, 196; *Fichtelmann*, *GmbHR* 2003, 67; *Hopt* in: *Baumbach/Hopt*, § 131 Rdnr. 30 ff.

³⁹⁷ *Haas* in: *Baumbach/Hueck*, § 60 Rdnr. 92; *Meyer-Sommer*, S. 159; *K. Schmidt* in: *MüKo HGB*, § 145 Rdnr. 72; *derselbe*, *KTS* 1984, 345 (365); *derselbe*, *ZHR* 153 (1989), 270 (281).

³⁹⁸ *BGH* NJW 1995, 2843 (2844); *Bork/Jacoby*, *ZGR* 2005, 611 (617).

³⁹⁹ Zu den Voraussetzungen der Vollbeendigung siehe unten, Zweiter Teil, S. 68 ff.

⁴⁰⁰ *Fichtelmann*, *GmbHR* 2003, 67; *Hopt* in: *Baumbach/Hopt*, § 131 Rdnr. 33; *Rasner* in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, § 60 Rdnr. 65; *K. Schmidt* in: *MüKo HGB*, § 145 Rdnr. 73.

sellschafter beruhen. Im öffentlichen Interesse liegende Auflösungsgründe können dagegen nur dann beseitigt werden, wenn deren Ursache entfällt. So können zum Beispiel nach herrschender Ansicht Gesellschaften nicht fortgesetzt werden, die durch den Ablehnungsbeschluss hinsichtlich der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse aufgelöst wurden⁴⁰¹. Gleiches gilt nach der Auflösung aufgrund behördlicher Entscheidung⁴⁰². Wird die Gesellschaft durch gerichtliches Urteil aufgelöst, hängt die Fortsetzungsmöglichkeit grundsätzlich von der Zustimmung des Auflösungsklägers ab⁴⁰³.

Wird die Fortsetzung nach der Beseitigung der vorliegenden Auflösungsgründe beschlossen, ist dieser Beschluss in das Handels- bzw. Genossenschaftsregister einzutragen. Nach der hier vertretenen Ansicht⁴⁰⁴ beinhaltet der Fortsetzungsbeschluss eine (erneute) Änderung des Gesellschaftszwecks. Der durch die Auflösung geänderte und nur noch auf Abwicklung gerichtete Gesellschaftszweck wird wieder in Gewinnerzielung durch Betreiben eines Unternehmens umgewandelt⁴⁰⁵. Die Eintragung der Fortsetzung in das Handelsregister hat selbst keine konstitutive, sondern lediglich deklaratorische Wirkung⁴⁰⁶.

Äußerst strittig ist, welche Anforderungen an die Kapitalausstattung einer fortzusetzenden GmbH⁴⁰⁷ zu stellen sind. Nach der herrschenden Ansicht steht lediglich die Überschuldung der Gesellschaft einer Fortsetzung entgegen⁴⁰⁸, da eine Prüfung der Kapitalausstattung bei der Fortsetzung durch das Registerrecht ohnehin nicht vorgesehen ist⁴⁰⁹. Es wird stattdessen für die Fortsetzung gefordert, dass mit der Schlussverteilung des Vermögens an die Gesellschafter im Anschluss an die Regelung des § 274

⁴⁰¹ Insgesamt sehr str.: gegen die Möglichkeit der Fortsetzung *BGHZ* 75, 178 (180); *KG* NJW-RR 1994, 229; *BayObLG* NJW-RR 1996, 417; *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 60 Rdnr. 96; *Halm/Linder*, DStR 1999, 379 (380); *Hüffer*, § 274 Rdnr. 6; *derselbe* in: MüKo AktG, § 274 Rdnr. 6; *Rasner* in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 60 Rdnr. 77; *W. Uhlenbruck*, GmbHR 1999, 313 (314); a.A.: *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen, § 60 Rdnr. 48 ff.; *Fichtelmann*, GmbHR 2003, 67 (71); *Haas* in: Gottwald, § 92 Rdnr. 254 f.; *Hirte*, ZInsO 2000, 127 (132).

⁴⁰² *Fichtelmann*, GmbHR 2003, 67 (70); *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 60 Rdnr. 93.

⁴⁰³ *Fichtelmann*, GmbHR 2003, 67 (70); *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 60 Rdnr. 94; *Rasner* in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 60 Rdnr. 75.

⁴⁰⁴ Vgl. Erster Teil II., S. 29 ff.

⁴⁰⁵ So auch *Erle*, GmbHR 1997, 973 (974); *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 131 Rdnr. 30; *Hüffer*, § 274 Rdnr. 2; *Lorz* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 131 Rdnr. 33.

⁴⁰⁶ *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen, § 60 Rdnr. 37; *Rasner* in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 60 Rdnr. 84; *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 145 Rdnr. 83.

⁴⁰⁷ Für die AG wird im Hinblick auf die Regelung des § 274 AktG, der keine besondere Kapitalausstattung vorsieht, dagegen lediglich gefordert, dass keine Überschuldung vorliegen darf, vgl. *Hüffer*, § 274 Rdnr. 4.

⁴⁰⁸ *BayObLG* NJW-RR 1998, 902 (903); *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen, § 60 Rdnr. 44; *Hüffer*, § 274 Rdnr. 4; *Rasner* in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 60 Rdnr. 68.

⁴⁰⁹ *Rasner* in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 60 Rdnr. 68; *P. Ulmer* in: Hachenburg, § 60 Rdnr. 85.

Abs. 1 Satz 1 AktG noch nicht begonnen worden sein darf⁴¹⁰. Nach anderen Auffassungen ist demgegenüber zum Zeitpunkt der Fortsetzung die Unversehrtheit bzw. die Wiederauffüllung des Stammkapitals⁴¹¹ oder das Vorhandensein des gesetzlichen Mindestkapitals⁴¹² erforderlich.

Die Argumentation der herrschenden Auffassung kann nicht überzeugen: Wird eine Kapitalausstattung der aufgelösten Gesellschaft nur in dem Maße verlangt, dass keine Überschuldung vorliegt, ist es widersprüchlich, ohne Rücksicht auf die Höhe eventuell verteilter Beträge den fehlenden Beginn der Schlussverteilung zu fordern⁴¹³. Die Zulässigkeit der Fortsetzung darf folglich nicht allein vom Beginn der Vermögensverteilung abhängig gemacht werden, sondern muss zum Schutz der Gläubiger an der materiellen Unterkapitalisierung selbst ansetzen⁴¹⁴. Auch das teilweise vorgetragene Argument der erkennbaren Vollbeendigungsabsicht durch die Schlussverteilung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter⁴¹⁵ trägt nicht, da diese Absicht nicht erst mit der Schlussverteilung an die Gesellschafter, sondern bereits mit der Liquidation des gesamten Gesellschaftsvermögens nach außen in Erscheinung tritt. Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, welche Kapitalausstattung zu fordern ist. Da jedenfalls keine Überschuldung der Gesellschaft vorliegen darf, kann sich die Fragestellung darauf konzentrieren, ob über die fehlende Überschuldung hinausgehende Anforderungen zu stellen sind. Zu beachten ist, dass die Fortsetzung einer bestehenden, wenn auch in Auflösung befindlichen Gesellschaft nicht mit der Neugründung einer Gesellschaft vergleichbar ist. Die bei Neugründungen geltenden Kapitalaufbringungsregelungen sind daher nicht ohne Weiteres auf die fortzusetzende Gesellschaft übertragbar. Im Gegensatz zur neugegründeten Gesellschaft können die Gläubiger in diesem Fall gerade nicht auf ein unversehrtes gesetzliches oder satzungsmäßiges Stammkapital vertrauen⁴¹⁶. *Erle* betont zu Recht, dass es keinen Grund gibt, die Gläubiger der Gesellschaft wegen der Fortsetzung besser zu stellen, als sie ohne Auflösung und Liquidation der Gesellschaft stünden⁴¹⁷. Eine Fortsetzung ist folglich bereits dann möglich, wenn keine Überschuldung vorliegt. Außer in den gesetzlich angeordneten Fällen nach §§ 274 Abs. 1 Satz 1 AktG, 79a Abs. 1 Satz 1 GenG ist darüber hinaus

⁴¹⁰ *Rasner* in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 60 Rdnr. 66; *K. Schmidt* ZHR 153 (1989), 270 (281); *P. Ulmer* in: Hachenburg, § 60 Rdnr. 85; anders noch *RGZ* 118, 337 (340); im Ergebnis ebenso *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen, § 60 Rdnr. 44 f. sowie *Erle*, GmbHR 1997, 973 ff.; differenzierend nach dem Gesellschaftstypus *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 145 Rdnr. 76.

⁴¹¹ *RGZ* 118, 337 (340); *Hirte*, ZInsO 2000, 127 (131).

⁴¹² *OLG Düsseldorf* GmbHR 1979, 227 (228); *Winkler* in: Keidel/Kuntze/Winkler, Anh § 144b, Rdnr. 11.

⁴¹³ So auch *Erle*, GmbHR 1997, 973 (979); *Fichtelmann*, GmbHR 2003, 67 (68).

⁴¹⁴ Vgl. *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen, § 60 Rdnr. 44.

⁴¹⁵ *Rasner* in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 60 Rdnr. 66; ähnlich *K. Schmidt*, GesR, S. 315.

⁴¹⁶ *Erle*, GmbHR 1997, 973 (979); *P. Ulmer* in: Hachenburg, § 60 Rdnr. 86.

⁴¹⁷ *Erle*, GmbHR 1997, 973 (979).

nicht zu fordern, dass die Schlussverteilung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter noch nicht begonnen haben darf.

V. ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK

Die gesellschaftsrechtliche Abwicklung von Handelsgesellschaften wird regelmäßig bei Vorliegen eines Auflösungsgrundes eingeleitet. Ein Abwicklungsverfahren findet nur dann nicht statt, wenn ein Ausnahmefall der Beendigung der Gesellschaft ohne Abwicklungsverfahren gegeben ist⁴¹⁸. Die Durchführung der Abwicklung obliegt den Liquidatoren, die im gesetzlichen Regelfall mit den vor der Auflösung geschäftsführenden Organen identisch sind⁴¹⁹. Nach der Feststellung des Gesellschaftsvermögens⁴²⁰ beginnt die Abwicklung ohne Rücksicht auf die Rechtsform der abzuwickelnden Gesellschaft durch Beendigung der laufenden Geschäfte der Handelsgesellschaft⁴²¹ sowie Einziehung der Forderungen⁴²². Daraufhin ist das gesamte Gesellschaftsvermögen in Geld umzusetzen⁴²³, um die Gläubiger der Gesellschaft zu befriedigen⁴²⁴. Eine Pflicht zur gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger besteht dabei im Gegensatz zum Insolvenzverfahren nicht⁴²⁵. Eventuell vorhandenes Restvermögen wird an die Gesellschafter verteilt⁴²⁶, so dass nach einer Schlussbilanz und -rechnungslegung⁴²⁷ die Löschung der Gesellschaft im Handels- oder Genossenschaftsregister angemeldet werden kann⁴²⁸.

Die rechtsformübergreifenden wesentlichen Grundzüge einer gesellschaftsrechtlichen Abwicklung stehen damit fest. Bevor sich die vorliegende Untersuchung nunmehr der Frage zuwendet, wie die vollständige Abwicklung insolventer Handelsgesellschaften erfolgen muss, bleibt allerdings zu klären, was überhaupt unter einer „vollständigen Abwicklung“ zu verstehen ist, wann eine Handelsgesellschaft also in der Weise abgewickelt ist, dass sie aufhört zu existieren.

⁴¹⁸ Siehe oben, Erster Teil I., S. 9 ff.

⁴¹⁹ Siehe zur Person des Liquidators Erster Teil III. 1. a., S. 32 ff.

⁴²⁰ Erster Teil III. 2., S. 37 f.

⁴²¹ Erster Teil III. 3., S. 38 f.

⁴²² Erster Teil III. 4., S. 39 f.

⁴²³ Erster Teil III. 5., S. 40 ff.

⁴²⁴ Erster Teil III. 6., S. 42 ff.

⁴²⁵ Erster Teil III. 6. b., S. 43 ff.

⁴²⁶ Erster Teil III. 7., S. 58 ff.

⁴²⁷ Erster Teil III. 8., S. 61 f.

⁴²⁸ Erster Teil III. 9., S. 63 ff.

ZWEITER TEIL: VOLLBEENDIGUNG VON HANDELSGESELLSCHAFTEN

Ist das verwertbare Gesellschaftsvermögen nach Ablauf eines unter Umständen abzuwartenden Sperrjahres⁴²⁹ verteilt und besteht kein weiterer Abwicklungsbedarf, ist die Liquidation beendet⁴³⁰. Ziel der Abwicklung ist die Vollbeendigung der Gesellschaft⁴³¹. Mit dem Ende der Abwicklung tritt daher auch regelmäßig die Vollbeendigung der Gesellschaft ein⁴³². Bisher blieb jedoch noch offen, woran genau die Vollbeendigung der Gesellschaft anknüpft, zu welchem Zeitpunkt die Gesellschaft als solche also aufhört zu existieren. Diese bereits seit langem strittige Frage wird auch heute noch kontrovers diskutiert. Übereinstimmung herrscht allerdings insoweit, dass Voraussetzung für die Vollbeendigung die Vermögenslosigkeit der Gesellschaft, deren Löschung im Handelsregister, das Fehlen sonstigen Abwicklungsbedarfs oder eine Kombination aus diesen Merkmalen sein muss.

I. VERMÖGENSLOSIGKEIT ALS VOLLBEENDIGUNGSVORAUSSETZUNG

Nach früher herrschender Auffassung ist eine Gesellschaft dann vollbeendet, wenn sie vermögenslos ist⁴³³. Der Löschung im Handels- oder Genossenschaftsregister soll daneben lediglich deklaratorische Bedeutung zukommen⁴³⁴. Die Löschung im Register trägt allerdings die widerlegbare Vermutung, dass tatsächlich kein Gesellschaftsvermögen vorhanden und die Gesellschaft daher vollbeendet ist⁴³⁵. Gestützt wird diese Auffassung von § 2 Abs. 3 LösChG a.F. bzw. den inhaltsgleichen spezialgesetzlichen Nachfolgeregelungen §§ 264 Abs. 2 AktG, 290 Abs. 3 AktG, 66 Abs. 5 GmbHG, 145 Abs. 3 HGB, 83 Abs. 5 GenG, wonach trotz der Löschung einer Gesellschaft wegen Vermögenslosigkeit ein Liquidationsverfahren dann durchzuführen ist, wenn sich

⁴²⁹ Vgl. hierzu Erster Teil III. 7., S. 60.

⁴³⁰ Vgl. *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 74 Rdnr. 2; *Hüffer* in: MüKo AktG, § 273 Rdnr. 3.

⁴³¹ *Hüffer*, § 264 Rdnr. 2; *K. Schmidt*, ZHR 153 (1989), 270 (283).

⁴³² *Hopi* in: Baumbach/Hopt, § 131 Rdnr. 2; *K. Schmidt*, GesR, S. 311 m.w.N.; zu beachten ist, dass die Vollbeendigung einer Gesellschaft in bestimmten Fällen auch ohne Durchführung eines Liquidationsverfahrens eintreten kann, vgl. Erster Teil I., S. 9 ff.

⁴³³ Vgl. *RGZ* 109, 387 (391); *RGZ* 156, 23 (26 f.); *BGHZ* 74, 212 (213); *BGH* NJW-RR 1986, 394; *BAG* NJW 1982, 1831; *KG* JW 1927, 1383; *OLG Stuttgart* NJW 1969, 1493; *Bokelmann*, NJW 1977, 1130; aus neuerer Zeit auch *K. Müller*, GenG, § 93 Rdnr. 5b; *Vollkommer* in: Zöller, § 50 Rdnr. 4.

⁴³⁴ Vgl. *RGZ* 109, 387 (391); *RGZ* 149, 293 (296); *RGZ* 155, 42 (44); *RGZ* 156, 23 (26); *BGHZ* 48, 303 (307); *BGH* NJW 1979, 1987; *BAG* NJW 1982, 1831 = AP Nr. 4 zu § 50 ZPO; *OLG Stuttgart* NJW 1969, 1493; *OLG Frankfurt* NJW-RR 1988, 318; *KG* NJW-RR 1991, 933; *LG München* Rpfleger 1974, 371; *Bokelmann*, NJW 1977, 1130.

⁴³⁵ *RGZ* 155, 42 (44); *KG* NJW-RR 1991, 933; *Bokelmann*, NJW 1977, 1130 (1131); *Kirberger*, Rpfleger 1975, 341 (343).

herausstellt, dass noch Vermögen vorhanden ist. Hieraus wird gefolgert, dass die Löschung selbst keine Auswirkungen auf die Existenz der Gesellschaft habe, sondern dem Vorhandensein von Gesellschaftsvermögen ausschließliche Bedeutung zukomme⁴³⁶.

II. REGISTERLÖSCHUNG ALS VOLLBEENDIGUNGSVORAUSSETZUNG

Demgegenüber entwickelte sich eine abweichende Auffassung, die ohne Rücksicht auf den Bestand von Gesellschaftsvermögen als einziges Kriterium der Vollbeendigung die Löschung der aufgelösten Gesellschaft im Handels- oder Genossenschaftsregister ansieht⁴³⁷. Durch die Löschung erfährt eine Handelsgesellschaft nach dieser Ansicht einen Strukturwandel, der sich unter anderem dadurch zeigt, dass nach der Löschung die Gesellschaft nach bzw. analog § 273 Abs. 4 AktG⁴³⁸ die Befugnis verliert, Liquidatoren zu bestellen und abzurufen. Diesem Strukturwandel würde nicht hinreichend Rechnung getragen, sähe man die Vermögenslosigkeit als für die Vollbeendigung mitentscheidend an⁴³⁹. Darüber hinaus hat die Betrachtung der Registerlöschung als einziger Beendigungsvoraussetzung den Vorteil, dass keine Unsicherheit über den genauen Beendigungszeitpunkt besteht, da dieser von jedermann durch einen Blick in das Handels- oder Genossenschaftsregister eindeutig bestimmt werden kann.

Wird eine Gesellschaft allerdings lediglich aufgrund der Registerlöschung vollbeendet, stellt sich die Frage, welchem Rechtsträger eventuell nach der Löschung bekannt werdendes Gesellschaftsvermögen zugeordnet werden soll. Im Wesentlichen wurden hierzu von den Vertretern der allein auf die Registerlöschung abstellenden Ansicht drei Modelle herausgearbeitet⁴⁴⁰. Teilweise wird davon ausgegangen, dass der Fortbestand der Gesellschaft als Rechtsträger des aufgefundenen Gesellschaftsvermögens fingiert wird⁴⁴¹. Eine andere Auffassung sieht das später in Erscheinung getretene Gesellschaftsvermögen als Sondervermögen der Gesellschafter an⁴⁴². Daneben wird

⁴³⁶ Vgl. dazu *BGHZ* 48, 303 (307).

⁴³⁷ *Hohner* in: *Hachenburg*, § 74 Rdnr. 26; *Hönn*, *ZHR* 138 (1974), 50 ff.; *Hüffer*, § 273 Rdnr. 7; *derselbe* in: *GS Schultz*, 99 (105); *derselbe* in: *MüKo AktG*, § 273 Rdnr. 16; *Kraft* in: *KK AktG*, § 273 Rdnr. 37; *Kraft/Kreutz*, S. 65; *P. Ulmer* in: *Hachenburg*, Anh. § 60 Rdnr. 35.

⁴³⁸ Siehe Erster Teil III. 9., S. 62 f.

⁴³⁹ *P. Ulmer* in: *Hachenburg*, § 60 Rdnr. 18 sowie Anh. § 60 Rdnr. 37; vgl. auch *Lindacher*, *FS Henckel*, 549 (555 f.); ähnlich *Heller*, S. 109; *Hüffer*, *GS Schultz*, 99 (105); *H. Schmidt*, S. 129, 149.

⁴⁴⁰ Zur Auseinandersetzung mit den verschiedenen Modellen siehe Zweiter Teil VI. 2., S. 75 ff.

⁴⁴¹ *Hönn*, *ZHR* 138 (1974), 50 (78); *Winkler* in: *Keidel/Kuntze/Winkler*, Anh. § 144b Rdnr. 10.

⁴⁴² *P. Ulmer* in: *Hachenburg*, 7. Aufl., § 60 Rdnr. 16 sowie Anh. § 60 Rdnr. 35. Inzwischen soll nach *P. Ulmer* in: *Hachenburg*, Anh. § 60 Rdnr. 37 ein Sondervermögen nur noch nach der Vollbeendigung einer Einmann-gesellschaft vorliegen. Die in der Vorauffage vertretene Auffassung, dass bei nachträglich aufgefundenem

vertreten, die Gesellschafter als Gesamthandsgesellschaft träten die Rechtsnachfolge der aufgelösten und aufgrund der Registerlöschung vollbeendeten Handelsgesellschaft an⁴⁴³.

III. LÖSCHUNG UND FEHLEN SONSTIGEN ABWICKLUNGSBEDARFS

Angelehnt an die soeben dargestellte Ansicht, nach der die Registerlöschung einzige Voraussetzung der Vollbeendigung sein soll, bildete sich eine weitere Meinung, welche die Löschung einer Handelsgesellschaft im Register grundsätzlich ebenfalls als alleinige konstitutive Voraussetzung der Vollbeendigung ansieht. Dies soll allerdings nur dann gelten, wenn keinerlei sonstiges Abwicklungsinteresse oder sonstiger Abwicklungsbedarf vermögens- oder nichtvermögensrechtlicher Art vorhanden ist⁴⁴⁴. Besteht hingegen weiterer Abwicklungsbedarf⁴⁴⁵ bzw. weiteres Abwicklungsinteresse der Gläubiger⁴⁴⁶, soll die Gesellschaft durch die Registerlöschung als *actus contrarius* zur Eintragung der Gesellschaft⁴⁴⁷ lediglich ihre (Voll-) Rechtsfähigkeit verlieren⁴⁴⁸. Die Gesellschaft selbst wird nach dem Verlust der Rechtsfähigkeit als nicht in Form einer Gesamthand bestehende⁴⁴⁹, parteifähige Nachgesellschaft angesehen, die „unterhalb der Stufe der juristischen Person“⁴⁵⁰ angesiedelt sein bzw. als „juristische Person in Nachexistenz“⁴⁵¹ verstanden werden soll⁴⁵².

Vermögen ohne Rücksicht auf das Bestehen einer Einmangengesellschaft ein Sondervermögen entstehen soll, hat *Ulmer* ausdrücklich aufgegeben, vgl. *P. Ulmer* in: Hachenburg, § 60 Rdnr. 18 FN 28.

⁴⁴³ *Hüffer*, GS Schultz, 99 (107 ff.); *derselbe* in: MüKo AktG, § 273 Rdnr. 16, 31; *P. Ulmer* in: Hachenburg, § 60 Rdnr. 18 sowie Anh § 60 Rdnr. 37.

⁴⁴⁴ *Lindacher* in: MüKo ZPO, § 50 Rdnr. 14; *H. Schmidt*, S. 133; ähnlich auch *Buchner*, S. 94 ff.

⁴⁴⁵ *Lindacher* in: MüKo ZPO, § 50 Rdnr. 14.

⁴⁴⁶ *H. Schmidt*, S. 109 ff., wobei nach dessen Ansicht Vermögenslosigkeit gerade keine taugliche Voraussetzung der Vollbeendigung sein soll (S. 103 ff.), sondern eine Vollbeendigung dann eintritt, wenn keine Rechtsposition der Gesellschaft zu verbuchen ist, die zur Gläubigerbefriedigung herangezogen werden kann und damit im Gläubigerinteresse liegt.

⁴⁴⁷ *H. Schmidt*, S. 134.

⁴⁴⁸ *Buchner*, S. 95 ff.; *Lindacher* in: MüKo ZPO, § 50 Rdnr. 14; *H. Schmidt*, S. 138 ff.; vgl. auch *Heller*, S. 128 ff., der allerdings lediglich den teilweisen Verlust der Rechtsfähigkeit durch die Registerlöschung annimmt.

⁴⁴⁹ Vgl. zur Unterscheidung zwischen juristischen Personen und Gesamthand *Reuter* in: MüKo BGB, Vorbemerkung §§ 21 ff., Rdnr. 7.

⁴⁵⁰ *H. Schmidt*, S. 139.

⁴⁵¹ *Lindacher* in: MüKo ZPO, § 50 Rdnr. 14.

⁴⁵² *Lindacher* in: MüKo ZPO, § 50 Rdnr. 14; *H. Schmidt*, S. 138 f.

IV. LEHRE VOM DOPPELTATBESTAND

1. Grundsätze

Die in der Literatur herrschende und auch von der Rechtsprechung vertretene Lehre vom Doppelatbestand⁴⁵³ vermag es demgegenüber, sämtliche Probleme hinsichtlich der Zuordnung nach der Löschung aufgefundenen Gesellschaftsvermögens bereits von vornherein zu vermeiden. Nach dieser Ansicht werden für die Vollbeendigung einer Handelsgesellschaft kumulativ die Löschung im Register sowie die tatsächliche Vermögenslosigkeit vorausgesetzt. Bis beide Voraussetzungen erfüllt sind, besteht die Gesellschaft als Rechtsträger unverändert fort, weshalb auch nachträglich aufgefundenes Gesellschaftsvermögen trotz Löschung der Gesellschaft im Register den Eintritt der Vollbeendigung verhindert.

Fraglich ist allerdings, wie sich nach der Lehre vom Doppelatbestand beide Voraussetzungen für die Vollbeendigung einer Gesellschaft zueinander verhalten. *Schilken* sieht die Vermögenslosigkeit auf der einen sowie die Registerlöschung auf der anderen Seite nicht als gleichrangige Voraussetzungen für die Vollbeendigung an. Die Vermögenslosigkeit soll nach seiner Ansicht Wirksamkeitsbedingung für die Löschung sein, so dass eine Löschung bei vorhandenem Gesellschaftsvermögen ex tunc unwirksam ist⁴⁵⁴. Ob dabei tatsächlich noch der als vorzugswürdig erklärten Lehre vom Doppelatbestand gefolgt wird oder ob nicht eher die unter erhöhte Voraussetzungen gestellte Löschung tatsächlich als einziges Kriterium der Vollbeendigung angesehen wird, ist äußerst fraglich. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Ausführungen von *Schilken* ausschließlich die Löschung wegen Vermögenslosigkeit nach § 141a FGG a.F., also dem jetzigen § 394 FamFG, betreffen. Eine generelle Einordnung der Vermögenslosigkeit als Wirksamkeitsbedingung der Löschung sollte daher wohl nicht erfolgen.

Vorzugswürdig erscheint es vielmehr, nach der Lehre vom Doppelatbestand die Vermögenslosigkeit sowie die Löschung als grundsätzlich gleichrangige Voraussetzungen

⁴⁵³ Zur Lehre vom Doppelatbestand vgl. *BGH NJW-RR* 1996, 805 (806); *BGH NJW* 2001, 304 (305); *BAG NJW* 1988, 2637 = AP Nr. 6 zu § 50 ZPO, wobei das in Leitsatz Nr. 4 zum Ausdruck kommende Bekenntnis zur Lehre vom Doppelatbestand so nicht von den Entscheidungsgründen getragen wird, vgl. *Leipold*, AP Nr. 6 zu § 50 ZPO; *BAG GmbHR* 2003, 1009 (1010); *OLG Stuttgart NJW-RR* 1986, 836; *OLG Hamburg NJW-RR* 1997, 1400; *OLG Stuttgart NZG* 1999, 31 (32) m.w.N.; *OLG Düsseldorf GmbHR* 2004, 572 (574); *Bork* in: Stein/Jonas, § 50 Rdnr. 47; *derselbe*, *JZ* 1991, 841 (844); *Haarmeyer* in: MüKo InsO, § 26 Rdnr. 49; *Hirte* in: Uhlenbruck, § 11 Rdnr. 46; *Müther*, *Rpfleger* 1999, 10 (11); *Reuter* in: MüKo BGB, § 41 Rdnr. 13; *Schilken* in: Jaeger, § 26 Rdnr. 48; *K. Schmidt*, *GesR*, S. 316.

⁴⁵⁴ So bezüglich der Löschung nach § 141a FGG a.F. *Schilken* in: Jaeger, § 26 Rdnr. 48.

der Vollbeendigung anzusehen. Zwar hat das Registergericht vor der Eintragung nach § 26 FamFG (§ 12 FGG a.F.) zu prüfen, ob die Liquidation tatsächlich beendet wurde und folglich weder Restvermögen vorhanden ist noch sonstige Abwicklungsmaßnahmen erforderlich sind⁴⁵⁵. Setzt man jedoch für die Vollbeendigung einen Doppeltatbestand bestehend aus Löschung und Vermögenslosigkeit voraus, bedarf es bei trotz registergerichtlicher Prüfung nicht entdeckten Restvermögens der Gesellschaft keiner Annahme der Unwirksamkeit der Löschung, da eine Vollbeendigung mangels Vermögenslosigkeit ohnehin nicht eintreten kann.

2. Unterscheidung zwischen Personenhandelsgesellschaften und juristischen Personen

Die Anhänger der Lehre vom Doppeltatbestand heben hervor, dass der zur Vollbeendigung führende Doppeltatbestand aus Vermögenslosigkeit und Registerlöschung lediglich bei juristischen Personen vorliegen müsse, während bei Personenhandelsgesellschaften die Vermögenslosigkeit einzige Vollbeendigungsvoraussetzung sei⁴⁵⁶. Begründet wird dies damit, dass bei den Personenhandelsgesellschaften die Registereintragung im Gegensatz zur Rechtslage bei juristischen Personen, vgl. §§ 41 Abs. 1 AktG, 11 Abs. 1 GmbHG, 13 GenG, bereits keine zwingende Voraussetzung für das Entstehen der Gesellschaft ist. Betreibt eine Personengesellschaft mit ausschließlich persönlich haftenden Gesellschaftern ein Handelsgewerbe, ist sie nach §§ 105, 1 HGB ohne Rücksicht auf die nach § 106 HGB anzumeldende Handelsregistereintragung eine oHG. Allerdings wirkt die Eintragung nach § 105 Abs. 2 HGB für Gesellschaften, deren Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 HGB Handelsgewerbe ist, für das Entstehen einer oHG konstitutiv. Für das Entstehen einer KG gilt das Gesagte entsprechend, wenn eine Haftungsbeschränkung nach § 161 Abs. 1 HGB vereinbart ist⁴⁵⁷. Ist die Registereintragung bei Personenhandelsgesellschaften grundsätzlich aber keine Voraussetzung für die Entstehung der Gesellschaft, soll sie auch keine Bedingung für den Bestand der Gesellschaft sein⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ BayObLG NJW-RR 1995, 612 (613); BayObLG NJW-RR 1999, 1054; OLG Hamm GmbHR 2001, 819 (820); Haas in: Baumbach/Hueck, § 74 Rdnr. 5.

⁴⁵⁶ Vgl. nur K. Schmidt, GesR, S. 316 f.; differenzierend: Hüffer in: Staub, § 31 Rdnr. 19.

⁴⁵⁷ Vgl. K. Schmidt, GesR, S. 1535.

⁴⁵⁸ Vgl. K. Schmidt, GesR, S. 316.

V. LEHRE VOM TRIPLETATBESTAND

Über die Anforderungen an die Vollbeendigung seitens der Lehre vom Doppeltatbestand hinaus geht die teilweise als „Lehre vom Tripletatbestand“⁴⁵⁹ bezeichnete Auffassung. Neben der Löschung der Gesellschaft bzw. der Firma im Register und der Vermögenslosigkeit wird nach dieser Ansicht zusätzlich gefordert, dass kein sonstiger, nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf mehr bestehen darf⁴⁶⁰. Wird nach der Löschung der tatsächlich vermögenslosen Gesellschaft bekannt, dass weiterer sonstiger Abwicklungsbedarf vorhanden ist, also z.B. noch Arbeitnehmerzeugnisse zu erteilen, Zustellungen zu empfangen oder rechtsgeschäftliche Erklärungen für die Gesellschaft abzugeben sind, müsse auch ein Träger für die weiteren Abwicklungspflichten existieren, weshalb die Gesellschaft bis zu diesem Zeitpunkt fortbestehen soll⁴⁶¹. Zwar wird auch von den Vertretern anderer Ansichten nicht in Zweifel gezogen, dass derartige Abwicklungspflichten zu erbringen sind, diese weisen verbleibende Abwicklungsaufgaben jedoch nach bereits erfolgter Vollbeendigung analog § 1913 BGB einem Pfleger⁴⁶² oder einem Gesellschafter oder Dritten zu, dem die Zuständigkeit in Entsprechung zur Pflicht zur Aufbewahrung der Geschäftsbücher nach § 74 Abs. 1 GmbHG für derartige Handlungen übertragen wird⁴⁶³. Nach den Befürwortern der Lehre vom Tripletatbestand kann dies nicht überzeugen, da zwar ein Handlungsverantwortlicher benannt, aber nicht geklärt wird, für welchen Rechtsträger dieser handeln soll, wer also Träger der verbleibenden Abwicklungspflicht ist⁴⁶⁴.

VI. STELLUNGNAHME

Im Folgenden soll in der gebotenen Kürze eine Auseinandersetzung mit den zur Vollbeendigung von Handelsgesellschaften vertretenen Ansichten erfolgen, um einen für den weiteren Verlauf der Untersuchung notwendigen Begriff der Vollbeendigung zugrunde legen zu können. Dabei wird zur grundsätzlichen Auseinandersetzung mit den

⁴⁵⁹ *W. Uhlenbruck*, ZIP 1996, 1641 (1648).

⁴⁶⁰ *Vgl. BayObLG Rpfleger* 1983, 404 (405); *OLG Koblenz NJW-RR* 1999, 39 (40) = *NZG* 1998, 637 (638); *Bork* in: *Stein/Jonas*, § 50 Rdnr. 47; *derselbe*, *JZ* 1991, 841 (845); *Haas* in: *Baumbach/Hueck*, § 60 Rdnr. 7; *Rasner* in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, § 60 Rdnr. 55; *Saenger*, *GmbHR* 1994, 300 (302); *W. Uhlenbruck*, ZIP 1996, 1641 (1648); *Wenzel* in: *MüKo BGB*, vor § 362 Rdnr. 5; *Weth* in: *Musielak*, § 50 Rdnr. 18; hinsichtlich der Vornahme steuerrechtlicher Pflichten entspricht dies der ständigen Rechtsprechung des BFH, vgl. nur *BFH NJW* 1986, 2594 m.w.N.

⁴⁶¹ *Vgl. Bork*, *JZ* 1991, 841 (845).

⁴⁶² *P. Ulmer* in: *Hachenburg*, *Anh* § 60 Rdnr. 40.

⁴⁶³ *K. Schmidt*, *GmbHR* 1988, 209 (212); vgl. auch *K. Schmidt*, *GesR*, S. 317; offengelassen von *BGHZ* 102, 259 (262).

⁴⁶⁴ *Vgl. Bork*, *JZ* 1991, 841 (845); *Heller*, S. 123; offen gelassen von *BGHZ* 102, 259 (262); vgl. hierzu auch ausführlich *Zweiter Teil VI. 7. a.*, S. 85 f.

vertretenen Ansichten zunächst vorrangig auf juristische Personen eingegangen, während die Besonderheit von Personenhandelsgesellschaften, bei welchen eine Register­eintragung keine konstitutive Entstehungsvoraussetzung ist, erst im Anschluss⁴⁶⁵ be­trachtet wird.

1. Probleme bei alleinigem Abstellen auf die Vermögenslosigkeit

Stellt man als Kriterium der Vollbeendigung ausschließlich auf die Vermögenslosig­keit ab, ist der Zeitpunkt der Vollbeendigung kaum verlässlich zu ermitteln⁴⁶⁶. Für Außenstehende ist es praktisch sogar nahezu unmöglich zu beurteilen, ob noch Ver­mögen der aufgelösten Gesellschaft vorhanden ist oder nicht. Ein Blick in das Han­dels- oder Genossenschaftsregister hilft auch nicht weiter, da eine darin vermerkte Lö­schung lediglich die widerlegbare Vermutung der Vermögenslosigkeit aufstellt, wäh­rend ohne einen entsprechenden Vermerk ein Rückschluss auf die Vermögenslosigkeit und damit die Vollbeendigung der aufgelösten Gesellschaft überhaupt nicht gezogen werden kann⁴⁶⁷. Betrachtet man die Vermögenslosigkeit als alleiniges Kriterium der Vollbeendigung, bringt dies also erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich. Daneben sprechen aber auch noch andere Gründe gegen die Vermögenslosigkeit als einzige Voraussetzung der Vollbeendigung. Wird das Restvermögen der Gesellschaft nach der Befriedigung der Gläubiger vollständig unter die Gesellschafter verteilt⁴⁶⁸, erlischt die Gesellschaft nach dieser Ansicht. Eine von der herrschenden Meinung zu Recht gefor­derte Schlussrechnungslegung der Liquidatoren im Anschluss an die Befriedigung der Gläubiger⁴⁶⁹ bzw. die Vollzugsmeldung der bilanzmäßigen Vermögensverteilung bei Zusammenfassung der Schlussrechnungslegung mit der Liquidationsschlussbilanz wäre in diesem Fall allerdings weder gegenüber der Gesellschaft noch gegenüber den Gesellschaftern zu begründen, da die Gesellschaft mit der Vermögenslosigkeit bereits vollbeendet und daher nicht mehr existent wäre⁴⁷⁰.

⁴⁶⁵ Siehe unten, Zweiter Teil VI. 8., S. 89 f.

⁴⁶⁶ Vgl. auch *Bork*, JZ 1991, 841 (842); *Haas* in: *Baumbach/Hueck*, § 60 Rdnr. 6; *Saenger*, GmbHR 1994, 300 (302); *K. Schmidt* in: *Scholz*, § 74 Rdnr. 14; *derselbe*, GesR, S. 316.

⁴⁶⁷ Vgl. *Bork*, JZ 1991, 841 (843).

⁴⁶⁸ Vgl. dazu Erster Teil III. 7., S. 58 ff.

⁴⁶⁹ Siehe zu diesem Erfordernis Erster Teil III. 8., S. 61 f.

⁴⁷⁰ *Heller*, S. 43; vgl. auch *Hönn*, ZHR 138 (1974), 54.

2. Probleme bei alleinigem Abstellen auf die Registerlöschung

Stellt man demgegenüber allein auf die Registerlöschung als Voraussetzung für das Erlöschen der aufgelösten Handelsgesellschaft ab, hat dies den Vorteil, dass der Zeitpunkt der Beendigung eindeutig und von jedermann bestimmt werden kann. Eine allein konstitutive Wirkung der Registerlöschung kann jedoch nicht bereits damit begründet werden, dass ein Strukturwandel der aufgelösten Gesellschaft durch die Löschung eintritt, welcher sich darin zeigen soll, dass die Gesellschaft ab diesem Zeitpunkt nach bzw. analog § 273 Abs. 4 AktG die Befugnis verliert, für eventuell nachträglich erforderliche Abwicklungsmaßnahmen Liquidatoren zu bestellen oder abzuberufen⁴⁷¹. Der Übergang der Befugnis der Bestellung und Abberufung von Liquidatoren auf das Registergericht resultiert nicht aus einem Strukturwandel der Gesellschaft, sondern wird allein durch praktische, den Interessen des Rechtsverkehrs dienende Erwägungen getragen. Die Notwendigkeit einer Nachtragsliquidation wird häufig erst längere Zeit nach Löschung der Gesellschaft im Register erkannt. Ein automatisches Wiederaufleben des Liquidatorenamtes würde daher auf Bedenken stoßen. Hatte ein Liquidator bereits den Abschluss der Liquidation zur Eintragung angemeldet und sieht er damit sein Amt als beendet an, kann ihm nicht ohne Weiteres der Wille und nicht zuletzt auch die Fähigkeit zum Wiederaufleben seines Amtes bei später auftretendem Abwicklungsbedarf unterstellt werden⁴⁷². Würde das Wiederaufleben aber davon abhängen, ob im Einzelfall der ehemalige Liquidator noch erreichbar, zur Übernahme des Amtes bereit und weiterhin fähig ist, könnte eine zügige Nachtragsabwicklung häufig nicht gewährleistet werden. Folglich soll durch eine gerichtliche Bestellung und Abberufung der Liquidatoren zeitnah Klarheit geschaffen werden⁴⁷³. Ein Strukturwandel der Gesellschaft ergibt sich hieraus nicht.

Vor allem aber stellt sich bei Annahme der Registerlöschung als alleiniger Voraussetzung der Vollbeendigung die Frage, wer Träger eines eventuell nachträglich bekannt werdenden Gesellschaftsvermögens ist. Die Gesellschaft selbst kommt als Rechtsträger freilich nicht mehr in Betracht, da sie zu diesem Zeitpunkt nach der genannten Ansicht bereits vollbeendet ist.

⁴⁷¹ So aber *P. Ulmer* in: Hachenburg, § 60 Rdnr. 18 sowie Anh. § 60 Rdnr. 37; vgl. auch *Lindacher*, FS Henckel, 549 (555 f.); ähnlich *Heller*, S. 109; *Hüffer*, GS Schultz, 99 (105); *H. Schmidt*, S. 129.

⁴⁷² *BGHZ* 53, 264 (267 f.).

⁴⁷³ Vgl. *BGHZ* 53, 264 (267 f.); *Bork*, JZ 1991, 841 (843).

a. Fiktion des Fortbestands der Gesellschaft

Fingiert man den Fortbestand der Gesellschaft⁴⁷⁴, schafft man damit ein Gebilde, welches der existierenden Gesellschaft in sämtlichen Belangen entspricht, mit der einzigen Ausnahme, dass die Existenz lediglich fingiert wird⁴⁷⁵. Genau diese Fiktion ist aber auch der entscheidende Nachteil des Modells. Es besteht durch die Fiktion eben gerade kein realer Rechtsträger, dem das Vermögen der Gesellschaft zugeordnet werden könnte⁴⁷⁶. Unklar bleibt darüber hinaus, wie bei Streitigkeiten über die Abwicklung des nach der Löschung aufgefundenen Vermögens die fingierte Gesellschaft in Passivprozessen auftreten soll⁴⁷⁷.

b. Sondervermögenstheorie

Bei der Sondervermögenstheorie bleibt bereits im Unklaren, ob ein Sondervermögen eines jeden Gesellschafters oder einer aus den Gesellschaftern gebildeten Gesamthand entstehen soll⁴⁷⁸. Die größte Schwäche der Sondervermögenstheorie ist jedoch, dass diese nicht nachvollziehbar zu erklären vermag, wie der Übergang des Gesellschaftsvermögens nach Vollbeendigung der Gesellschaft auf die Gesellschafter von statten gehen soll⁴⁷⁹. Eine rechtsgeschäftliche Übertragung scheidet aus. Zu überlegen wäre allerdings, ob man analog § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2 UmwG eine Universalsukzession annehmen könnte. Nach der Norm führt die Registereintragung der Verschmelzung zu einem Übergang des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers auf den übernehmenden Rechtsträger einschließlich sämtlicher Verbindlichkeiten sowie zum Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers. Die Übertragung der umwandlungsrechtlichen Universalsukzession auf den Vermögensübergang von einer vollbeendeten Handelsgesellschaft auf ein Sondervermögen erscheint jedoch zweifelhaft, weil der Vermögensübergang im Fall der Umwandlung auf dem Willen der Gesellschafter beruht (vgl. § 4 UmwG), während sich eine Registerlöschung der Gesellschaft zumindest nicht zwangsläufig auf den Gesellschafterwillen zurückführen lässt⁴⁸⁰. Sähe man dagegen das Vermögen der aufgelösten und nach dieser Ansicht auch vollbeendeten Gesellschaft als Surrogat der Gesellschaftsanteile an, müsste dies nicht nur für die Aktiva,

⁴⁷⁴ So Hönn, ZHR 138 (1974), 50 (78); Winkler in: Keidel/Kuntze/Winkler, Anh § 144b Rdnr. 10.

⁴⁷⁵ K. Schmidt, GmbH 1988, 209 (210); K. Schmidt/Bitter in: Scholz, § 60 Rdnr. 56a.

⁴⁷⁶ Bork, JZ 1991, 841 (843); Heller, S. 120; Rasner in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 60 Rdnr. 53; P. Ulmer in: Hachenburg, 7. Aufl., Anh § 60 Rdnr. 35.

⁴⁷⁷ Bork, JZ 1991, 841 (843); Hüffer, GS Schultz, 99 (107).

⁴⁷⁸ H. Schmidt, S. 140.

⁴⁷⁹ Bork, JZ 1991, 841 (843); Hüffer, GS Schultz, 99 (108); Rasner in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 60 Rdnr. 53.

⁴⁸⁰ Vgl. Bork, JZ 1991, 841 (844).

sondern auch für die Passiva der beendigten Gesellschaft gelten⁴⁸¹. Jedenfalls bei Gesellschaftstypen, bei denen die persönliche Haftung der Gesellschafter nach Erbringung der Einlage ausgeschlossen ist, stünde eine persönliche wenn auch gegenständlich beschränkte Haftung der Gesellschafter im Widerspruch zum Wesen der Gesellschaft und ist daher abzulehnen⁴⁸².

Doch auch unabhängig von der Problematik des Übergangs des Gesellschaftsvermögens im Wege der Sukzession oder Surrogation kann die Annahme eines Sondervermögens der Gesellschafter nach Vollbeendigung der Gesellschaft nicht überzeugen. Schwierigkeiten bereitet die Sondervermögenstheorie nämlich darüber hinaus auch dann, wenn nichtvermögensrechtliche Pflichten der nach dieser Auffassung bereits vollbeendeten Handelsgesellschaft ausstehen. Dass derartige Pflichten mit der Handelsgesellschaft selbst untergehen sollen, während vermögensrechtliche Angelegenheiten weiterhin abgewickelt werden, lässt sich jedenfalls für im Gläubigerinteresse liegende Pflichten nicht begründen. Folglich wird auch von *P. Ulmer* als maßgeblichem Vertreter der Sondervermögenstheorie angenommen, dass neben der Vermögensverwaltung durch einen gerichtlich bestellten Nachtragsliquidator⁴⁸³ derartige Handlungspflichten durch einen Pfleger analog § 1913 BGB ausgeübt werden sollen⁴⁸⁴. Offen bleibt hingegen, wer Träger dieser Pflichten sein soll. Das Sondervermögen als Träger des Aktivvermögens sowie der Verbindlichkeiten der vollbeendeten Gesellschaften bis zur Höhe des Aktivvermögens anzusehen, bereitet keine Probleme. Dass das Sondervermögen dagegen auch Träger der nichtvermögensrechtlichen Pflichten der Gesellschaft sein soll, lässt sich bereits nur schwer begründen⁴⁸⁵ und kann insbesondere dann nicht mehr angenommen werden, wenn Vermögen nicht mehr besteht und damit die nichtvermögensrechtlichen Pflichten einem vermögenslosen Sondervermögen als Träger zugeordnet werden müssten⁴⁸⁶. Als Zuordnungsobjekt käme daher lediglich die gelöschte Gesellschaft in Betracht. Während § 1913 BGB die Einsetzung eines Pflegers jedoch für bestehende aber unbekanntete Beteiligte ermöglicht, ist die Gesellschaft nach den Vertretern dieser Ansicht bereits vollbeendet, weshalb kein unbekanntete Beteiligter vorliegt, sondern der Beteiligte nicht mehr existiert⁴⁸⁷. An einer für einen Analogieschluss erforderlichen Vergleichbarkeit der Sachverhalte fehlt es daher. Denkbar wäre es zwar auch, die Zuständigkeit für sonstige

⁴⁸¹ Ebenso *P. Ulmer* in: Hachenburg, Anh § 60 Rdnr. 37.

⁴⁸² Vgl. *Bork*, JZ 1991, 841 (843 f.); *Saenger*, GmbHR 1994, 300 (302).

⁴⁸³ *P. Ulmer* in: Hachenburg, 7. Aufl., Anh § 60 Rdnr. 35; *derselbe* in: Hachenburg, Anh § 60 Rdnr. 37.

⁴⁸⁴ *P. Ulmer* in: Hachenburg, Anh § 60 Rdnr. 40.

⁴⁸⁵ Vgl. *Heller*, S. 123; *H. Schmidt*, S. 140 f.

⁴⁸⁶ *Buchner*, S. 108; *Heller*, S. 123; *H. Schmidt*, S. 141.

⁴⁸⁷ *K. Schmidt*, GmbHR 1988, 209 (212); *K. Schmidt/Bitter* in: Scholz, § 60 Rdnr. 61; vgl. auch *H. Schmidt*, S. 141.

Abwicklungsmaßnahmen einem Gesellschafter oder Dritten in Entsprechung zur Pflicht zur Aufbewahrung der Geschäftsbücher und -papiere⁴⁸⁸ nach §§ 157 Abs. 2 HGB, 74 Abs. 1 GmbHG⁴⁸⁹ zu übertragen. Aber auch eine analoge Anwendung dieser Regelungen löst die Problematik der Zuordnung derartiger Pflichten nicht. Während die Aufbewahrungspflicht einem Gesellschafter oder Dritten obliegt, handelt es sich bei den sonstigen Abwicklungshandlungen um Pflichten der Gesellschaft⁴⁹⁰. Diese ist jedoch nach der vertretenen Ansicht bereits vollbeendet, so dass nunmehr kein Träger der Pflicht mehr besteht, für die ein Gesellschafter oder Dritter zuständig sein soll.

Die Sondervermögenstheorie wirft also unbeantwortete Fragen und ungelöste Probleme auf, die einer umfänglichen und stimmigen Lösung der Problematik des Vollbeendigungszeitpunkts im Wege stehen, und soll hier daher nicht zugrunde gelegt werden.

c. Gesamthandsmodell

Daneben wird von einigen Vertretern der allein auf die Registerlöschung als Vollbeendigungsvoraussetzung abstellenden Ansicht ein weiteres Erklärungsmodell für die Zuordnung nachträglich aufgefundenen Vermögens angeboten, nach welchem eine Gesamthand der Gesellschafter Rechtsnachfolger der vollbeendeten Gesellschaft werden soll⁴⁹¹. Auch dieses Modell offenbart jedoch Schwächen: Eine aus den Gesellschaftern bestehende Gesamthand entbehrt in aller Regel ihrer vertraglichen Grundlage. Diese könnte lediglich im Gesellschaftsvertrag der inzwischen vollbeendeten Gesellschaft erblickt werden⁴⁹². Regelmäßig entfaltet ein Gesellschaftsvertrag jedoch keine über den Beendigungszeitpunkt hinausgehenden Rechtswirkungen⁴⁹³. Insbesondere lässt sich dem Vertrag üblicherweise kein Wille zur gesamthänderischen Bindung hinsichtlich des verbleibenden Gesellschaftsvermögens inklusive sämtlicher bestehender Verbindlichkeiten nach der Beendigung der Gesellschaft entnehmen. Ein entsprechender Wille kann den Gesellschaftern zum Zeitpunkt der Gründung der Gesellschaft auch nicht unterstellt werden. Augenscheinlich wird dies insbesondere, wenn eine – wenn auch auf das Restvermögen der Gesellschaft beschränkte – persönliche Haftung

⁴⁸⁸ Siehe dazu Erster Teil III. 9., S. 63 f.

⁴⁸⁹ So zu sonstigen Abwicklungsmaßnahmen nach Vollbeendigung der Gesellschaft nach der Lehre vom Doppeltatbestand *K. Schmidt*, GmbHR 1988, 209 (212); *derselbe* in: MüKo HGB, § 156 Rdnr. 57; vgl. auch *K. Schmidt*, GesR, S. 317; offengelassen von *BGHZ* 102, 259 (262).

⁴⁹⁰ *Bork*, JZ 1991, 841 (845); *H. Schmidt*, S. 144 f.; vgl. auch *Saenger*, GmbHR 1994, 300 (302).

⁴⁹¹ *Hüffer* in: MüKo AktG, § 273 Rdnr. 16, 31; *derselbe*, GS Schultz, 99 (107 ff.); *P. Ulmer* in: Hachenburg, § 60 Rdnr. 18 sowie Anh § 60 Rdnr. 37.

⁴⁹² *Hüffer*, GS Schultz, 99 (109).

⁴⁹³ Vgl. *Heller*, S. 127; *H. Schmidt*, S. 140.

der gesamthänderisch verbundenen Gesellschafter im Widerspruch zum Wesen der vollbeendeten Gesellschaft steht.

d. Ergebnis

Letztlich kann daher keines der genannten Vermögenszuordnungsmodelle für den Fall der eingetretenen Vollbeendigung überzeugen. Sie alle versuchen gedanklich ein Konstrukt anzubieten, welches mehr oder weniger weitgehend der vollbeendeten Gesellschaft entspricht. Nötig wird dies allerdings überhaupt erst deshalb, weil die Vollbeendigung nach der den Modellen zugrunde gelegten Auffassung ohne Rücksicht auf die Vermögenslage mit der Löschung im Register eintreten soll. Statt das Problem durch Theorien hinsichtlich der Zuordnung nachträglich aufgefundenen Gesellschaftsvermögens anzugehen, erscheint es daher sachgerechter, bereits am Zeitpunkt der Vollbeendigung anzusetzen. Begnügt man sich gerade nicht mit der Registerlöschung als Voraussetzung für die Vollbeendigung, treten die Probleme der Zuordnung des nachträglich aufgefundenen Gesellschaftsvermögens nämlich gar nicht erst auf.

3. Probleme beim Abstellen auf Löschung und Fehlen sonstigen Abwicklungsbedarfs

Doch auch die Ansicht, die der Löschung alleinige konstitutive Wirkung nur dann beimisst, wenn keine sonstigen Abwicklungsmaßnahmen erforderlich sind, überzeugt nicht. Zwar ist der Zeitpunkt der Vollbeendigung nach dieser Auffassung später angesetzt, nimmt man mit den Vertretern der Meinung jedoch an, dass die Gesellschaft mit der Löschung nur ihre Rechtspersönlichkeit verliert und erst das Fehlen sonstigen Abwicklungsbedarfs dazu führt, dass die Gesellschaft vollbeendet wird, besteht ebenso wie bei der allein auf die Löschung abstellenden Ansicht die Frage, in welcher Form die Gesellschaft nach der Löschung bei noch ausstehendem Abwicklungsbedarf fortbestehen soll. Gelöst wird das Problem, indem die Existenz eines Verbandes anerkannt wird, der „unterhalb der Stufe der juristischen Person“⁴⁹⁴ steht. Eine derartige Betrachtung gerät allerdings in Konflikt mit dem im Gesellschaftsrecht geltenden Numerus clausus der Rechtsformen⁴⁹⁵. Dies erkennen auch die Vertreter der genannten Ansicht, weshalb hervorgehoben wird, dass es einen Numerus clausus der Personifikationen überhaupt nicht gebe, sondern vielmehr vielfältige zwischen Person und Nichtperson bestehende Personifikationen bestünden, denen gegenständlich begrenzte Rechtssub-

⁴⁹⁴ H. Schmidt, S. 139.

⁴⁹⁵ Vgl. zum Numerus clausus der gesellschaftsrechtlichen Rechtsformen nur K. Schmidt, GesR, S. 96 ff.

ektivität nicht versagt werden dürfe⁴⁹⁶. In der Tat ist auch für die Vorgesellschaften der AG, GmbH oder GenG, also Gesellschaften die bereits durch Abschluss des Gesellschaftsvertrages errichtet wurden, jedoch noch nicht im Handelsregister eingetragen und folglich nach §§ 41 Abs. 1 Satz 1 AktG, 11 Abs. 1 GmbHG, 13 GenG nicht als solche bestehen, anerkannt, dass diese zwar nicht als juristische Person bestehen, aber eine Gesamthands- bzw. Personenvereinigung eigener Art darstellen⁴⁹⁷. Bei der Erfassung der Problematik der Vorgesellschaften handelt es sich aber um eine notwendige Korrektur des Numerus clausus der gesellschaftsrechtlichen Rechtsformen im Wege richterlicher Rechtsfortbildung⁴⁹⁸. So ist die Anerkennung der Vorgesellschaften als „zwischen Person und Nichtperson“ bestehende Personifikation als Rechtsträger notwendig, um die Gesellschaft zum Empfang von Einlagen, die nach §§ 36, 36a AktG, 7 GmbHG vor der Eintragung zu erbringen sind, sowie zum Betreiben ihrer eigenen Eintragung zu befähigen⁴⁹⁹. Demgegenüber geht es bei der Vollbeendigung einer Gesellschaft um den Verlust ihrer Existenz. Eine Notwendigkeit den gesetzlich im Gegensatz zum Entstehungszeitpunkt nicht geregelten Zeitpunkt des Verlusts der Rechtspersönlichkeit früh anzusetzen, um dann im Wege der Rechtsfortbildung eine unterhalb der juristischen Person bestehende Personifikation die Restabwicklung durchführen zu lassen, besteht nicht. Korrekturen sollten daher nicht die Folgen eines frühzeitig gewählten Zeitpunkts für den Verlust der Rechtspersönlichkeit betreffen, sondern ähnlich wie bereits zur vergleichbaren Problematik des Vollbeendigungszeitpunktes ausgeführt die Ursache und damit den Zeitpunkt des Erlöschens der Gesellschaft als Rechtsperson selbst. Es kann somit nicht überzeugen, grundsätzlich konstitutive Wirkung der Registerlöschung anzunehmen und bei Bestehen weiteren Abwicklungsbedarfs durch die Löschung „lediglich“ den Verlust der Rechtspersönlichkeit anzunehmen. Vielmehr sollte ebenso wie der Zeitpunkt der Vollbeendigung einer Gesellschaft auch der Verlust ihrer Rechtspersönlichkeit erst dann angenommen werden, wenn die Abwicklung abgeschlossen ist und kein weiterer Abwicklungsbedarf besteht.

⁴⁹⁶ Vgl. *Lindacher* in: MüKo ZPO, § 50 Rdnr. 4, 14.

⁴⁹⁷ Vgl. *BGHZ* 21, 242 (246); *BGHZ* 45, 338 (347); *BGHZ* 51, 30 (32); *BGHZ* 117, 323 (326 f.); *BGHZ* 143, 314 (319); *Hueck/Fastrich* in: *Baumbach/Hueck*, § 11 Rdnr. 6; *Hüffer*, § 41 Rdnr. 3 f.; *Pöhlmann/Fandrich/Bloehs*, § 13 Rdnr. 5.

⁴⁹⁸ *K. Schmidt*, *GesR*, S. 97.

⁴⁹⁹ Vgl. *Hueck/Fastrich* in: *Baumbach/Hueck*, § 11 Rdnr. 4; *K. Schmidt*, *GesR*, S. 299; zu beachten ist jedoch, dass selbst bei Aufgabe der Eintragungsabsicht die Vorgesellschaft bis zu ihrer vollständigen Abwicklung oder Fortsetzung rechts- und parteifähig bleibt, vgl. *BGH NJW* 2008, 2441 (2442); die Aufgabe der Eintragungsabsicht ist in diesem Fall allerdings als Auflösungsbeschluss anzusehen, der die Vorgesellschaft in das Stadium der Liquidation überführt.

4. Probleme bei der Lehre vom Doppeltatbestand

Neben der Löschung der Gesellschaft im Register ist daher nach den bisherigen Ausführungen die Vermögenslosigkeit als weitere konstitutive Vollbeendigungsvoraussetzung zu fordern. Schwierigkeiten bei der Zuordnung nach der Registerlöschung aufgefundenen Gesellschaftsvermögens lassen sich auf diese Weise vermeiden⁵⁰⁰. Dennoch offenbart auch die Lehre vom Doppeltatbestand Schwächen: Ebenso wie bei der Einordnung der Vermögenslosigkeit als einziger Vollbeendigungsvoraussetzung, kann bei der Lehre vom Doppeltatbestand der Beendigungszeitpunkt nicht ohne Weiteres bestimmt werden. Zwar herrscht insoweit Sicherheit, dass Gesellschaften vor der Löschung im Handels- oder Genossenschaftsregister nicht vollbeendet sein können, nach der Löschung besteht allerdings durchaus die Möglichkeit, dass die Gesellschaft außerhalb des Registers fortexistiert⁵⁰¹. Wie sämtliche Ansichten, die nicht allein auf die Registerlöschung als Voraussetzung des Untergangs der Gesellschaft abstellen, muss sich die Lehre vom Doppeltatbestand daher den Vorwurf eingeschränkter Rechtssicherheit gefallen lassen.

5. Zwischenergebnis

Im Ergebnis lassen sich die zur Vollbeendigung vertretenen Ansichten also in zwei Kategorien unterteilen: Die erste Kategorie misst der Rechtssicherheit entscheidende Bedeutung zu. Eindeutig und von jedermann bestimmbar ist der Vollbeendigungszeitpunkt jedoch nur, wenn man ausschließlich auf die Registerlöschung abstellt. Die Frage welchem Rechtsträger nachträglich aufgefundenes Gesellschaftsvermögen zugeordnet werden kann, bereitet hingegen nicht gelöste Probleme. Auf der anderen Seite wird der Rechtssicherheit geringere Bedeutung beigemessen, dafür können die Ansichten dieser Kategorie für sich in Anspruch nehmen, sämtliche Fragen der Rechtsträgerschaft von Gesellschaftsvermögen befriedigend beantworten zu können. Die Entscheidung lässt sich daher auf die Frage reduzieren, ob dem Bestand der Gesellschaft bis zur vollständigen Erreichung des Abwicklungszwecks oder der Rechtssicherheit hinsichtlich der Existenz der aufgelösten Gesellschaft der Vorzug zu geben ist.

Nachdem gezeigt wurde, dass bei Betrachtung der Registerlöschung als einziger konstitutiver Voraussetzung der Vollbeendigung einer Handelsgesellschaft erhebliche un-

⁵⁰⁰ Vgl. *Schilken* in: Jaeger, § 26 Rdnr. 48.

⁵⁰¹ Unklar hingegen *K. Schmidt*, GmbHR 1988, 209 (211), der davon ausgeht, dass die Existenz einer GmbH durch die Lehre vom Doppeltatbestand von der Ungewissheit über den Vermögensstand unabhängig gemacht wird.

gelöste Probleme hinsichtlich der Zuordnung nachträglich aufgefundenen Gesellschaftsvermögens bestehen, ist zu untersuchen, wie schwer auf der anderen Seite der Mangel an Rechtssicherheit wiegt, soweit man neben der Registerlöschung weitere Anforderungen an die Vollbeendigung stellt.

Nach *K. Schmidt* ist die bei der Lehre vom Doppeltatbestand verbleibende Rechtsunsicherheit deshalb unschädlich, weil der Fortbestand der Gesellschaft in den Fällen der erfolgten Löschung lediglich im Fall einer notwendigen Nachtragsliquidation von Bedeutung sei⁵⁰². Auch von *Bork* wird hervorgehoben, dass die unrichtige Registerlöschung in aller Regel unschädlich sein werde, da ein Schaden dadurch, dass auf den Untergang einer Gesellschaft vertraut wird, kaum entstehen könne⁵⁰³. Dem ist zuzustimmen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass auch bei Betrachtung der Registerlöschung als einzige konstitutive Voraussetzung der Vollbeendigung nur scheinbar eine höhere Rechtssicherheit besteht. Zwar ist nach dieser Ansicht die Gesellschaft selbst mit der Löschung vollbeendet, dafür besteht jedoch eine fiktive Gesellschaft, ein Sondervermögen oder eine aus den Gesellschaftern gebildete Gesamthand unerkannt fort, ohne dass dies für den Rechtsverkehr ersichtlich wäre. Ein Vorteil, statt der Gesellschaft selbst ein dieser nachgebildetes Konstrukt fortbestehen zu lassen, besteht aber nicht. Der Mangel an Rechtssicherheit bezüglich des Beendigungszeitpunkts bei Forderung weiterer Beendigungsvoraussetzungen neben der Registerlöschung wiegt also nicht so schwer, als dass er den Vorteil der dogmatisch sauberen Zuordnung nachträglich erkannter Abwicklungspflichten negieren könnte. Die Vermögenslosigkeit der Gesellschaft ist daher als weitere konstitutive Voraussetzung der Vollbeendigung zu fordern.

6. Definition der Vermögenslosigkeit

Ungeklärt ist allerdings noch, ob die Vermögenslosigkeit bereits bei Nichtexistenz von Aktivvermögen anzunehmen ist, oder ob zusätzlich das Fehlen von Gesellschaftsverbindlichkeiten gefordert werden muss. Vereinzelt wird entgegen der herrschenden Ansicht⁵⁰⁴ vertreten, dass die Existenz „negativen Vermögens“ den Eintritt der Vollbeendigung hindern solle⁵⁰⁵. Als Begründung hierfür wird am Beispiel der Gesell-

⁵⁰² *K. Schmidt* in: Scholz, § 74 Rdnr. 14.

⁵⁰³ *Bork*, JZ 1991, 841 (844).

⁵⁰⁴ Vgl. *BGH* NJW 1979, 1592; *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 157 Rdnr. 1; *Hüffer* in: MüKo AktG, § 262 Rdnr. 77; *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 155 Rdnr. 52; *derselbe*, GmbHR 1988, 209 (211); *derselbe*, ZHR 153 (1989), 270 (297 f.); *Schulz*, NJW 1984, 2428; *Wenzel* in: MüKo BGB, vor § 362 Rdnr. 5.

⁵⁰⁵ Vgl. *BAG* NJW 1982, 1831 (1832); *Ensthaler*, S. 61 ff; *derselbe* in: *Ensthaler*, HGB, § 131 Rdnr. 2; *Steffen* in: *RGRK*, § 41 Rdnr. 5.

schaft bürgerlichen Rechts angeführt, dass auch im Falle von Gesellschaftsverbindlichkeiten noch Vermögen der Gesellschaft in Gestalt von Nachschussforderungen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter nach § 735 BGB bestehen könne, auf die die Gesellschaftsgläubiger im Wege der Forderungspfändung nach §§ 829, 835 ZPO zugreifen könnten⁵⁰⁶. Einschränkend wird jedoch teilweise davon ausgegangen, dass im Falle eines Ausschlusses der Nachschusspflicht der Gesellschafter das Bestehen von Verbindlichkeiten die Vollbeendigung nicht hindern soll⁵⁰⁷. In der Tat vermag es nicht zu überzeugen, den Eintritt der Vollbeendigung der Gesellschaft zuzulassen, soweit die Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern Forderungen hat, auf die unbefriedigte Gläubiger zur Befriedigung zugreifen können. Dies verkennt jedoch auch die herrschende, lediglich die Nichtexistenz von Aktivvermögen fordernde Ansicht nicht. Allerdings ist in einem solchen Fall eben gerade nicht ausschlaggebend, dass Verbindlichkeiten der Gesellschaft vorhanden sind, sondern dass noch Aktivvermögen in Form der Forderungen der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern besteht⁵⁰⁸. Einen Rückschluss für den Zusammenhang zwischen dem Bestand von Verbindlichkeiten und der Vollbeendigung der Gesellschaft erlaubt diese Argumentation daher nicht.

Unabhängig davon kann das Fehlen von Gesellschaftsverbindlichkeiten als Voraussetzung für die Vermögenslosigkeit und damit die Vollbeendigung aber auch aus anderen Gründen nicht verlangt werden: Hilfreich zur Erläuterung ist ein vergleichender Blick auf § 394 Abs. 1, 4 FamFG, wonach Gesellschaften ohne natürliche Personen als persönlich haftende Gesellschafter bei Vermögenslosigkeit von Amts wegen oder auf Antrag der Steuerbehörde gelöscht werden können. Auch hier wird Vermögenslosigkeit vorausgesetzt. Vermögenslosigkeit im Sinne dieser Vorschrift wird jedoch im Anschluss an die Vorgängervorschriften des § 2 LösSchG a.F. sowie des § 141a Abs. 1, 3 FGG a.F. nur dann angenommen, wenn die Gesellschaft über keine bilanzierungsfähigen Vermögenswerte mehr verfügt, welche sich für eine Gläubigerbefriedigung oder eine Verteilung unter die Gesellschafter eignen⁵⁰⁹. Eine solche Eignung ist nur dann

⁵⁰⁶ *Ensthaler*, S. 62.

⁵⁰⁷ *Ensthaler*, S. 62, wobei im Folgenden davon ausgegangen wird, dass die gesetzliche Regelung zur Nachschusspflicht der Gesellschafter entgegen der h.M. gerade nicht disponibel sei.

⁵⁰⁸ Vgl. *Hopt* in: *Baumbach/Hopt*, § 157 Rdnr. 1; *K. Schmidt* in: *MüKo HGB*, § 155 Rdnr. 52; *derselbe*, *GmbHR* 1988, 209 (211); *derselbe*, *ZHR* 153 (1989), 270 (297).

⁵⁰⁹ Vgl. zu § 2 LösSchG *OLG Hamburg GmbHR* 1952, 92; *BayObLG NJW-RR* 1995, 612 (613); *OLG Düsseldorf NJW-RR* 1997, 870; *OLG Karlsruhe NJW-RR* 2000, 630; *OLG Brandenburg NJW-RR* 2001, 177; *Crisolli/Groschuff/Kaemmel*, S. 155; zu § 141a FGG *BayObLG NJW-RR* 1999, 1054; *OLG Düsseldorf NJW-RR* 2006, 903 (904); *Bumiller/Harders*, § 394 Rdnr. 3; *Haas* in: *Baumbach/Hueck*, Anh § 77 Rdnr. 5; *Hüffer* in: *MüKo AktG*, § 262 Rdnr. 76; *Müther*, *Rpfleger* 1999, 10 (12); *Nerlich* in: *Michalski*, § 69 Rdnr. 283; *Pieper*, S. 137; *K. Schmidt* in: *Scholz*, § 60 Rdnr. 49; *Steder* in: *Jansen*, § 141a Rdnr. 15; *Winkler* in: *Keidel/Kuntze/Winkler*, § 141a Rdnr. 9.

anzunehmen, wenn die entsprechenden Vermögenswerte auch verwertbar sind⁵¹⁰. Während also maßgebliche Kriterien für die Existenz von Vermögen im Sinn des § 394 FamFG Bilanzierungsfähigkeit und Verwertbarkeit sind, kommt es auf die (Nicht-)Existenz von Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht an. Zu beachten ist allerdings, dass die Vermögenslosigkeit im Rahmen des § 394 FamFG eine Voraussetzung der Löschung der Gesellschaft ist, während vorliegend die Anforderungen der Vermögenslosigkeit als Voraussetzung der Vollbeendigung untersucht werden. Die Definition der Vermögenslosigkeit im Rahmen der registergerichtlichen Löschung könnte also durchaus abweichend von derjenigen im Rahmen der Vermögenslosigkeit als Voraussetzung der Vollbeendigung erfolgen. Sinn und Zweck des § 394 FamFG bzw. der Vorgängernormen der §§ 2 LösSchG, 141a FGG ist es aber, „lebensunfähige“ Gesellschaften aus dem Rechtsleben ausscheiden zu lassen, um zu verhindern, dass möglichen Gläubigern durch Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit der Gesellschaft Schäden entstehen⁵¹¹. Würde man für die Vollbeendigung von Handelsgesellschaften die Nichtexistenz von Gesellschaftsverbindlichkeiten fordern, würde sich genau diese Gefahr realisieren, da verschuldete Gesellschaften nicht aus dem Rechtsleben ausscheiden könnten⁵¹². Insbesondere bei massearmen Gesellschaften, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren mangels Masse gemäß § 26 Abs. 1 InsO nicht eröffnet oder gemäß § 207 InsO mangels Masse eingestellt wurde, würde diese Ansicht im Regelfall zu einer unbegrenzten Fortexistenz der Gesellschaft führen⁵¹³. Gerade in Fällen, in denen die Gesellschaft kein verwertbares Aktivvermögen besitzt, kommt der zügigen Vollbeendigung zum Schutz des Rechtsverkehrs aber besondere Bedeutung zu. Die Vermögenslosigkeit als Voraussetzung der Vollbeendigung einer Gesellschaft sollte folglich ebenso definiert werden wie im Rahmen des § 394 FamFG⁵¹⁴. Das Fehlen negativen Gesellschaftsvermögens ist daher für die Vollbeendigung nicht zu fordern. Das Gleiche gilt für das Fehlen wertloser Gegenstände, da auch diese für eine Gläubigerbefriedigung oder Verteilung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter nicht in Betracht kommen⁵¹⁵. Bestehende Verbindlichkeiten der Ge-

⁵¹⁰ Vgl. *OLG Frankfurt* Rpfleger 1978, 22; *Haas* in: Baumbach/Hueck, Anh § 77 Rdnr. 5; *Krafi* in: KK AktG, § 262 Rdnr. 61; *K. Schmidt/Bitter* in: Scholz, § 60 Rdnr. 49.

⁵¹¹ Vgl. zu § 2 LösSchG die Amtlichen Erläuterungen zum Löschungsgesetz, Reichsanzeiger 1934, Nr. 243, abgedruckt in: *Crisolli/Groschuff/Kaemmel*, S. 141 (142); *BayObLG* NJW-RR 1995, 612 (613); *Müther*, Rpfleger 1999, 10 (11); *K. Schmidt*, GmbHR 1994, 829 (830); *Vallender*, NZG 1998, 249 (250); zu § 141a FGG *BayObLG* NJW-RR 1999, 1054.

⁵¹² Vgl. *Wenzel* in: MüKo BGB, vor § 362 Rdnr. 5, der vom „ewigen Leben“ juristischer Personen in diesem Fall spricht.

⁵¹³ *Schulz*, S. 229.

⁵¹⁴ Vgl. zu § 141a FGG: *K. Schmidt* in: Scholz, § 74 Rdnr. 12, der hinsichtlich des Begriffs der Vermögenslosigkeit auf die Ausführungen zur Vermögenslosigkeit im Tatbestand des § 141a Abs. 1 FGG (*K. Schmidt/Bitter* in: Scholz, § 60 Rdnr. 49) verweist.

⁵¹⁵ *OLG Frankfurt* Rpfleger 1978, 22; anders ohne nähere Begründung *Wittkowski* in: Nerlich/Römermann, § 80 Rdnr. 102.

sellschaft erlöschen vielmehr im Fall der Vollbeendigung durch den Wegfall des Schuldners, da schuldrechtliche Beziehungen nur solange bestehen können, wie Schuldner und Gläubiger vorhanden sind⁵¹⁶.

Als Zwischenergebnis lässt sich daher festhalten, dass neben der Registerlöschung für die Vollbeendigung einer Handelsgesellschaft Vermögenslosigkeit im Sinn des Fehlens bilanzierungsfähiger Vermögenswerte, die sich aufgrund ihrer Verwertbarkeit für eine Gläubigerbefriedigung oder eine Verteilung unter die Gesellschafter eignen, gefordert werden muss.

7. Nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf als Vollbeendigungsvoraussetzung

a. Vorteil der Lehre vom Tripletatbestand

Zu prüfen bleibt allerdings noch, ob das Bestehen sonstiger nichtvermögensrechtlicher Abwicklungspflichten den Eintritt der Vollbeendigung nach der Lehre vom Tripletatbestand verhindern kann. Einigkeit unter den Vertretern sämtlicher zur Vollbeendigung vertretener Ansichten besteht darin, dass derartige Pflichten mit der Vollbeendigung nicht einfach untergehen. Setzt man den Vollbeendigungszeitpunkt allerdings bereits zu einem Zeitpunkt an, in dem weiterer nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf besteht, stellt sich ebenso wie im Fall der Annahme einer Vollbeendigung vor Eintritt der Vermögenslosigkeit die Frage, wer Träger derartiger Pflichten sein soll. Die Erklärungsversuche, diese Pflichten einem Pfleger analog § 1913 BGB bzw. einem Gesellschafter oder Dritten entsprechend der Pflicht zur Aufbewahrung der Geschäftsbücher und -papiere nach §§ 157 Abs. 2 HGB; 74 Abs. 1 GmbHG zu übertragen, können die Zuordnungsproblematik, wie bereits ausgeführt⁵¹⁷, nicht lösen. Sowohl eine Analogie zu § 1913 BGB als auch eine entsprechende Anwendung der §§ 157 Abs. 2 HGB, 74 Abs. 1 GmbHG scheitern bereits an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Während § 1913 BGB die Bestellung eines Pflegers für unbekannte und eben nicht für inexistente Beteiligte regelt, geht es bei der Aufbewahrungspflicht bezüglich Geschäftsbüchern und -papieren erst gar nicht um eine Pflicht der Gesellschaft, sondern eine solche des verpflichteten Gesellschafters oder Dritten. Ohnehin könnte im Wege einer Analogie zur Pflegschaft oder der Aufbewahrungspflicht lediglich eine zuständige Person benannt werden; welchem Träger nachträglich entdeckte

⁵¹⁶ Vgl. *Wenzel* in: MüKo BGB, vor § 362 Rdnr. 5.

⁵¹⁷ Vgl. Zweiter Teil VI. 2. b., S. 76 ff.

Abwicklungspflichten zugewiesen sein sollen, bliebe aber auch bei einem Analogieschluss ungeklärt. Sonstige Abwicklungspflichten lassen sich daher nur dann in dogmatisch stimmiger Weise einem Rechtsträger zuordnen, wenn eine Vollbeendigung erst bei Erfüllung dieser Pflichten angenommen wird. Die Lehre vom Tripletatbestand überzeugt in dieser Hinsicht.

b. Konflikt mit § 394 FamFG

Setzt man für die Vollbeendigung voraus, dass neben der Vermögenslosigkeit und der Löschung im Handelsregister auch kein sonstiger Abwicklungsbedarf besteht bzw. keine sonstigen Abwicklungspflichten bestehen, scheint dies allerdings zu einem Konflikt mit § 394 Abs. 1, 4 FamFG zu führen, wonach eine Löschung von Gesellschaften ohne natürliche Personen als unbeschränkt haftende Gesellschafter von Amts wegen zu erfolgen hat, wenn kein verteilungsfähiges Gesellschaftsvermögen vorhanden ist. Auf das Fehlen sonstigen Abwicklungsbedarfs stellt die Norm für die Registerlöschung hingegen nicht ab. Misst man dem Fehlen von Abwicklungsbedarf tatsächlich konstitutive Bedeutung für die Vollbeendigung einer Handelsgesellschaft zu, hat dies zur Folge, dass ein Registerrichter, hat er vom Bedürfnis weiterer Abwicklungsmaßnahmen Kenntnis, entweder nach Maßgabe des § 394 Abs. 1 FamFG eine existente Gesellschaft löscht und folglich das Register unrichtig macht, oder entgegen dem Wortlaut der Norm wegen Vorliegens weiteren Abwicklungsbedarfs keine Löschung vornimmt. Ein Konflikt lässt sich aber vermeiden, wenn man § 394 Abs. 1 Satz 1 FamFG mit der Rechtsprechung⁵¹⁸ und herrschenden Lehre⁵¹⁹ als Ermessensvorschrift ansieht. In diesem Fall kann der zuständige Richter bei Bestehen weiteren Abwicklungsbedarfs im Einzelfall entscheiden, ob eine Löschung wegen Vermögenslosigkeit und der damit verbundene Fehler im Register zum Schutz des Rechtsverkehrs angezeigt ist, oder ob vielmehr trotz des § 394 Abs. 1 Satz 1 FamFG keine Löschung vorgenommen werden sollte.

Anders stellt sich die Situation dagegen dar, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft im Sinn des § 394 Abs. 1, 4 FamFG durchgeführt wurde und keine Anhaltspunkte für das Bestehen weiteren Vermögens vorliegen. In diesem Fall liegt die Löschung entsprechend der Formulierung des § 394 Abs. 1 Satz 2

⁵¹⁸ Vgl. zu § 141a FGG *OLG Karlsruhe* NZG 2000, 150 (151); *OLG Zweibrücken* NZG 2002, 426 (427); *OLG Düsseldorf* NJW-RR 2006, 903 (904).

⁵¹⁹ *Bumiller/Harders*, § 394 Rdnr. 5; vgl. auch zu § 141a FGG *Heller*, S. 92 ff.; *Hönn*, ZHR 138 (1974), 50 (67); *Rasner* in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 60 Rdnr. 38; *Winkler* in: Keidel/Kuntze/Winkler, § 141a Rdnr. 10; a.A. *Hüffer*, Anh § 262 Rdnr. 9; *derselbe* in: MüKo AktG, § 262 Rdnr. 98; *H. Schmidt*, S. 135 f.

FamFG auch nach herrschender Ansicht nicht im Ermessen des Gerichts⁵²⁰. Eine Löschung muss daher auch dann vorgenommen werden, wenn das zuständige Registergericht von der Notwendigkeit weiterer Abwicklungsmaßnahmen Kenntnis erlangt. Daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass das Bestehen weiteren Abwicklungsbedarfs keine konstitutive Voraussetzung der Vollbeendigung sein könne. § 394 FamFG regelt lediglich, unter welchen Voraussetzungen die Registerlöschung bei Vermögenslosigkeit erfolgen muss. Aussagen darüber, welche Anforderungen an eine Vollbeendigung zu stellen sind, lassen sich der Norm dagegen nicht entnehmen. Zwar kann die gebundene Löschanordnung nach § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG bei Betrachtung des fehlenden Abwicklungsbedarfs als dritter konstitutiver Voraussetzung der Vollbeendigung dazu führen, dass eine Löschung trotz Fortbestands der Gesellschaft zu erfolgen hat. Das steht jedoch im Einklang mit dem Zweck des § 394 FamFG, lebensunfähige Gesellschaften aus dem Rechtsleben auszuschneiden, um Schäden, die möglichen Gläubigern durch die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit der Gesellschaft entstehen könnten, zu verhindern. Gerade in Fällen, in denen neben der Vermögenslosigkeit bereits ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft durchgeführt wurde, ist die zügige Löschung zum Schutz des Rechtsverkehrs geboten⁵²¹. Mit der Durchführung der ausstehenden Abwicklungsmaßnahme ist die Gesellschaft dann vollbeendet, ohne dass es noch einer Handlung des Registergerichts bedarf. § 394 FamFG steht daher einer Anknüpfung der Vollbeendigung der Gesellschaft an das Fehlen weiteren Abwicklungsbedarfs neben der Vermögenslosigkeit sowie der Registerlöschung auch für den Fall nicht entgegen, in welchem die Vermögenslosigkeit auf der Durchführung des Insolvenzverfahrens beruht.

c. Begrenzung auf Abwicklungsmaßnahmen im Gläubigerinteresse

Zum Teil wird darüber hinaus vertreten, dass weiterer Abwicklungsbedarf die Vollbeendigung nur dann hindern soll, wenn die noch ausstehenden Abwicklungsmaßnahmen im Interesse der Gläubiger liegen⁵²². Bei der Bestimmung des Vollbeendigungszeitpunktes ist nach dieser Ansicht zu berücksichtigen, dass das Abwicklungsverfahren als solches bereits in erster Linie dem Interesse der Gläubiger dienen soll⁵²³. Ließe man die Vollbeendigung einer Gesellschaft erst bei Fehlen weiteren Abwicklungsbedarfs

⁵²⁰ Bumiller/Harders, § 394 Rdnr. 5; vgl. zu § 141a FGG Hüffer in: MüKo AktG, § 262 Rdnr. 99; Winkler in: Keidel/Kuntze/Winkler, § 141a Rdnr. 11.

⁵²¹ Selbst bei der Ermessensentscheidung nach § 394 Abs. 1 Satz 1 FamFG wird eine Löschung trotz Fortexistenz der Gesellschaft zum Schutz des Rechtsverkehrs im Regelfall angezeigt sein, vgl. Bork, JZ 1991, 841 (845).

⁵²² So Bork, JZ 1994, 841 (847); Saenger, GmbHR 1994, 300 (303).

⁵²³ Saenger, GmbHR 1994, 300 (303); vgl. zum Zweck des Abwicklungsverfahrens auch Haas in: Baumbach/Hueck, § 66 Rdnr. 2; H. Schmidt, S. 74, 123.

eintreten, ohne auf ein Interesse der Gläubiger an den noch ausstehenden Abwicklungsmaßnahmen abzustellen, würde damit den Gesellschaftern die Möglichkeit eröffnet, die Gesellschaft nach Belieben fortbestehen zu lassen⁵²⁴. Nicht im Gläubigerinteresse liegende Abwicklungsansprüche sollen daher mit der Gesellschaft erlöschen⁵²⁵.

Die Möglichkeit der Gesellschafter, die Fortexistenz der Gesellschaft über den zur Abwicklung notwendigen Zeitraum hinaus zu erreichen, ergibt sich jedoch nicht erst aus der Betrachtung des fehlenden sonstigen Abwicklungsbedarfs als dritter konstitutiver Vollbeendigungsvoraussetzung neben der Registerlöschung sowie der Vermögenslosigkeit. Selbst wenn man mit der früher herrschenden Lehre lediglich Vermögenslosigkeit oder mit der Lehre vom Doppeltatbestand nur Registerlöschung und Vermögenslosigkeit fordert, können Gesellschafter die Verteilung des Restvermögens der Gesellschaft⁵²⁶ und damit deren Vollbeendigung hinauszögern⁵²⁷. Verhindern ließe sich dies zwar, wenn man statt der Vermögenslosigkeit für die Vollbeendigung nur die Befriedigung der Gläubiger fordern würde, allerdings wäre hierdurch eine dogmatisch stimmige Zuordnung des nach der Gläubigerbefriedigung vorhandenen Gesellschaftsvermögens wieder ausgeschlossen.

Dass die Gefahr des mangelnden Bestrebens der Gesellschafter die Vollbeendigung herbeizuführen auch an anderer Stelle besteht, kann der Forderung, nur die Erfüllung von im Gläubigerinteresse liegenden Abwicklungspflichten für die Vollbeendigung zu verlangen, aber noch nicht die Grundlage entziehen. Dennoch überzeugt eine Unterscheidung zwischen sonstigen Abwicklungsmaßnahmen, die im Interesse der Gläubiger liegen und solchen, an denen die Gesellschaftsgläubiger kein Interesse haben, nicht. Nähme man den Fortbestand einer Gesellschaft nur dann an, wenn noch im Gläubigerinteresse liegende Abwicklungspflichten durchzuführen sind, ließe sich die Pflicht zur Schlussrechnungslegung der Liquidatoren nicht begründen, da diese, wie bereits ausgeführt, im Gegensatz zur Liquidationsschlussbilanz der internen Rechenschaft der Liquidatoren gegenüber der Gesellschaft dient⁵²⁸. Dennoch ist die Schlussrechnungslegung der Liquidatoren neben der Liquidationsschlussbilanz notwendig, um Rechenschaft über die planmäßige – also der Liquidationsschlussbilanz entsprechende – Verteilung des Restvermögens an die Gesellschafter abzulegen. Sähe man hingegen trotz noch ausstehender Schlussrechnungslegung die Gesellschaft als vollbeendet an, da diese als interne Rechenschaftspflicht nicht im Interesse der Gesellschafts-

⁵²⁴ *Saenger*, GmbH 1994, 300 (303).

⁵²⁵ *Bork*, JZ 1994, 841 (847); *Heller*, S. 153.

⁵²⁶ Siehe hierzu Erster Teil III. 7., S. 58 ff.

⁵²⁷ *Hönn*, ZHR 138 (1974), 50 (54).

⁵²⁸ Siehe Erster Teil III. 8., S. 61 f.

gläubiger liegt, wäre die Rechnungslegungspflicht der Liquidatoren weder gegenüber den Gesellschaftern noch gegenüber der Gesellschaft zu begründen⁵²⁹. Zwar ist es richtig, dass das Liquidationsverfahren dem Interesse der Gläubiger dienen soll⁵³⁰, daraus folgt jedoch nicht, dass sämtliche Pflichten, die nicht unmittelbar im Gläubigerinteresse liegen, für die Beendigung der Liquidation und damit die Vollbeendigung der Gesellschaft ohne Bedeutung wären. Neben dem Zweck, dem Gläubigerinteresse zu dienen, zielt die Abwicklung nämlich in erster Linie auf die Vollbeendigung der Gesellschaft⁵³¹. Um eine Gesellschaft vollständig aus dem Rechtsleben ausscheiden zu lassen, müssen aber nicht nur die Verhältnisse zu Gläubigern berücksichtigt, sondern auch interne Verhältnisse als Gegenstand der Abwicklung begriffen werden. Aus diesem Grund ist auch die Verteilung des Restvermögens der Gesellschaft an die Gesellschafter Bestandteil des Liquidationsverfahrens⁵³². Gründe dafür, bei nicht im Gläubigerinteresse liegenden Abwicklungsmaßnahmen zwischen vermögensrechtlichen und nichtvermögensrechtlichen zu differenzieren, sind jedoch nicht ersichtlich. Für die Vollbeendigung einer Gesellschaft ist daher neben der Registerlöschung sowie der Vermögenslosigkeit das Fehlen sonstigen Abwicklungsbedarfs zu fordern, unabhängig davon, ob ein Interesse der Gläubiger an den ausstehenden Abwicklungsmaßnahmen besteht.

8. Unterscheidung zwischen juristischen Personen und Personengesellschaften

Abschließend ist allerdings noch zu klären, ob, wie von den Vertretern der Lehre vom Doppeltatbestand hervorgehoben, lediglich bei juristischen Personen die Registerlöschung als konstitutive Voraussetzung der Vollbeendigung zu fordern ist, während bei Personenhandelsgesellschaften die Löschung keinen Einfluss auf deren Bestand hat. Dem ist beizupflichten: Setzt die Entstehung einer Personenhandelsgesellschaft grundsätzlich keine Registereintragung voraus, kann eine Registerlöschung auch nicht für die Beendigung der Gesellschaft entscheidend sein. Insbesondere bei Personenhandelsgesellschaften, die nie im Handelsregister eingetragen waren, kann die Vollbeendigung kaum von der Registerlöschung abhängen. Bei den Vollbeendigungsvoraussetzungen zwischen eingetragenen und nicht eingetragenen Handelsgesellschaften zu unterscheiden, obwohl deren rechtliche Rahmenbedingungen ansonsten identisch sind, kann dagegen auch nicht überzeugen. Bei Personenhandelsgesellschaften ist daher für

⁵²⁹ Heller, S. 43; vgl. auch Höm, ZHR 138 (1974), 54.

⁵³⁰ Vgl. zur teilweise angenommenen Gegenläufigkeit der Interessen zwischen Liquidations- und Insolvenzverfahren Dritter Teil IV. 4. d., S. 165 ff.

⁵³¹ Hüffer, § 264 Rdnr. 2.

⁵³² Siehe hierzu Erster Teil III. 7., S. 58 ff.

die Vollbeendigung neben der Vermögenslosigkeit lediglich das Fehlen sonstigen Abwicklungsbedarfs zu fordern. Einer Registerlöschung bedarf es nicht.

VII. ERGEBNIS

Betrachtet man die einzelnen zu den Voraussetzungen der Vollbeendigung vertretenen Meinungen, so fällt auf, dass überwiegend die Vollbeendigung zu einem Zeitpunkt angenommen wird, in welchem noch Handlungen der nach den vertretenen Ansichten vollbeendigten Gesellschaft bzw. Handlungen der Abwicklungsorgane vorgenommen werden müssen. Sämtliche Versuche, die Zuordnung derartiger Handlungen zu erklären, können jedoch nicht überzeugen. Eine konsequente und dogmatische stimmige Zuordnung verbleibender Abwicklungsmaßnahmen gelingt allein der Lehre vom Tripletatbestand, die für den Eintritt der Vollbeendigung voraussetzt, dass sämtliche vermögens- und nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsmaßnahmen durchgeführt sind und kein Aktivvermögen der zu beendigenden Gesellschaft verbleibt. Eine Besonderheit besteht für Personenhandelsgesellschaften, die zu ihrer Entstehung keiner Registereintragung bedürfen und daher auch nicht im Hinblick auf ihr Erlöschen von einer Registerlöschung abhängig gemacht werden können.

Nachdem sowohl der Ablauf einer gesellschaftsrechtlichen Liquidation als auch die Voraussetzungen der Vollbeendigung von Gesellschaften dargelegt wurden, kann sich die weitere Untersuchung auf dieser Grundlage nunmehr ihrer zentralen Fragestellung zuwenden, wie insolvente Handelsgesellschaften vollständig abzuwickeln sind.

DRITTER TEIL: VOLLABWICKLUNG IM INSOLVENZVERFAHREN

In den vorherigen Teilen der Untersuchung wurde herausgearbeitet, wie die Abwicklung innerhalb eines gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahrens von statten geht und welche Aufgaben die Liquidatoren dabei zu erfüllen haben. Außerdem wurde die Frage erörtert, welche Anforderungen an die Vollbeendigung einer Handelsgesellschaft zu stellen sind. Auf diesen Grundlagen kann sich die vorliegende Untersuchung nunmehr der Frage und damit ihrem zentralen Gegenstand zuwenden, ob Handelsgesellschaften nach geltendem Recht innerhalb des Insolvenzverfahrens zwingend abgewickelt werden müssen oder ob demgegenüber generell oder in Ausnahmefällen ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren im Anschluss an das Insolvenzverfahren durchzuführen ist. Vorweg soll allerdings der Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung und damit der aktuelle Stand der Meinungen zur Frage der Vollliquidation innerhalb des Insolvenzverfahrens dargestellt werden. Wie bereits kurz erwähnt, hat zu den Unsicherheiten bezüglich der Beantwortung dieser Frage insbesondere das Gesetzgebungsverfahren zur Insolvenzordnung beigetragen, in welchem der später zur „redaktionellen Straffung“⁵³³ gestrichene § 1 Abs. 2 Satz 3 RegE⁵³⁴ InsO zunächst vorsah, dass das Insolvenzverfahren bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit an die Stelle der gesellschafts- oder organisationsrechtlichen Abwicklung trete. Es bietet sich daher an, zu Beginn die Entwicklung der Ansichten zur Vollabwicklung von Handelsgesellschaften im Konkursverfahren zu Zeiten der Konkursordnung zu beleuchten (I.), anschließend das Gesetzgebungsverfahren zur Insolvenzordnung zu betrachten (II.) und abschließend die aktuell zur Insolvenzordnung vertretenen Meinungen unter besonderer Berücksichtigung der zur Begründung der Ansichten herangezogenen Normen der Insolvenzordnung darzustellen (III.). Darauf basierend soll im Anschluss zur Frage der Vollliquidation Stellung bezogen und, soweit von einer bestehenden Vollabwicklungspflicht auszugehen ist, deren Verhältnis zur Gläubigerbefriedigung geklärt werden (IV.).

I. MEINUNGSSPEKTRUM UND –ENTWICKLUNG UNTER GELTUNG DER KONKURSORDNUNG

Die zu Zeiten der Konkursordnung zunächst noch einhellige Meinung sah die Vollliquidation von Handelsgesellschaften nicht als Bestandteil des Konkursverfahrens an. Zwar gehen frühe Stellungnahmen größtenteils nicht ausdrücklich auf die Liquidation

⁵³³ Vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages BT-Drs. 12/7302, S. 155.

⁵³⁴ BT-Drs. 12/2443, S. 10.

als Verfahrenszweck oder -bestandteil des Konkursverfahrens ein, dennoch zeigen die jeweiligen Ausführungen eindeutig, dass nicht von einer Pflicht zur Vollliquidation im Konkursverfahren ausgegangen wird. So wird die Notwendigkeit einer gesellschaftsrechtlichen Liquidation nach Beendigung des Konkursverfahrens, sofern noch Aktivvermögen vorhanden ist⁵³⁵ bzw. neben dem Konkursverfahren, soweit die Abwicklung konkursfreien Vermögens zu besorgen ist⁵³⁶, dargestellt. Auch wird die Freigabebefugnis des Konkursverwalters teilweise ausdrücklich hinsichtlich des Konkursverfahrens über das Vermögen einer Handelsgesellschaft bzw. juristischen Person bejaht⁵³⁷. Das überwiegende Schrifttum zur Konkursordnung geht allerdings auf eine Freigabebefugnis des Verwalters bezüglich juristischer Personen oder Handelsgesellschaften nicht gesondert ein, sondern erklärt die Freigabe ohne Unterscheidung zwischen natürlichen Personen und Gesellschaften für zulässig⁵³⁸. Aus der bejahten Freigabebefugnis ergibt sich, dass eine Abwicklung des Schuldnervermögens außerhalb des Konkursverfahrens als zulässig erachtet wird. Mit der Freigabe wird der freigegebene Vermögensgegenstand nämlich aus dem Konkursbeschlagnahme gelöst. Dies hat zur Folge, dass damit die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, die der Schuldner nach § 6 Abs. 1, 2 KO (vgl. § 80 Abs. 1 InsO) mit der Verfahrenseröffnung an den Verwalter verloren hat, wieder auf den Schuldner zurückfällt⁵³⁹. Der Vermögensgegenstand scheidet mit der Freigabe aus der Masse aus⁵⁴⁰ und wird ebenso wie sonstiges massefreies Vermögen im Konkursverfahren nicht mehr verwertet. Wird die Freigabebefugnis des Verwalters ohne weitere Ausführungen bejaht, zeigt dies, dass nicht von einer zwingenden Vollabwicklung des Schuldners ausgegangen wird. Anderenfalls müsste problematisiert werden, welchem Rechtsträger freigegebenes Vermögen nach der Vollliquidation des Schuldners zugeordnet werden soll.

⁵³⁵ KG JW 1936, 335 f.; *Hellmann*, S. 573; *Jaeger*, KO, 3. u. 4. Aufl. (1913), § 213 Anm. 12; *Weber* in: *Jaeger*, KO, 8. Aufl. (1973), § 213 Rdnr. 14.

⁵³⁶ *Henckel* in: *Jaeger*, KO, 9. Aufl. (1997), § 6 Rdnr. 18, unter Hinweis darauf, dass die gesellschaftsrechtliche Liquidation durch den Konkurs nicht ausgeschlossen, sondern lediglich für die Dauer des Konkurses hinsichtlich der Konkursmasse verdrängt wird; *Kalter*, KTS 1975, 1 (12); *Schilling* in: *Staub* (1970), § 145 Rdnr. 6.

⁵³⁷ *RGZ* 127, 197 (200); *BGHZ* 35, 180 (181); *BVerwG* NJW 1984, 2427; *Henckel* in: *Jaeger*, KO, 9. Aufl. (1997), § 6 Rdnr. 18; *Kalter*, KTS 1975, 1 (12); *Kölsch*, KTS 1983, 466 (467); vgl. auch auf Grundlage der für die neuen Bundesländer gemäß des Einigungsvertrages (vgl. Anhang zum Einigungsvertrag II, Kapitel III, Sachgebiet A, Abschnitt II Nr. 1) fortgeltenden Gesamtvollstreckungsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.5.1991, BGBl. I 1991, 1185, *OVG Magdeburg*, ZIP 1994, 1130 (1131 f.).

⁵³⁸ Vgl. z.B. *Hess/Kropfshofer*, KO, § 6 Rdnr. 23; *Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 9. Aufl., § 6 Rdnr. 35; *Kilger*, KO, 15. Aufl., § 6 Nr. 9.

⁵³⁹ Vgl. *RGZ* 79, 27 (29); *Lüke*, Kölner Schrift, 3. Aufl., 706 (734); *Pape*, ZIP 1991, 1544 (1546); zur Ansicht, die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters erstreckt sich auf das durch Freigabe massefrei gewordene Schuldnervermögen siehe unten, Dritter Teil IV. 3. b. bb. aaa., S. 139 ff.

⁵⁴⁰ *RGZ* 60, 108 (109); *RGZ* 79, 27 (29); *Hirte* in: *Uhlenbruck*, § 35 Rdnr. 71; *Jaeger*, KO, 3. u. 4. Aufl. (1913), § 6 Anm. 44; *Pape*, ZIP 1991, 1544 (1546); *Windel* in: *Jaeger*, § 80 Rdnr. 31, 34.

Teilweise wird jedoch bereits in früheren Stellungnahmen gegen eine Freigabebefugnis des Konkursverwalters im Konkurs von Handelsgesellschaften argumentiert. Die früheste Stellungnahme in diese Richtung stammt von *Wolff*⁵⁴¹. In der Kommentierung zu § 162 KO, wonach der gerichtlich bestimmte Schlusstermin unter anderem der Beschlussfassung der Gläubiger über nicht verwertbare Vermögensstücke dient, führt *Wolff* aus, dass unverwertbare Massegegenstände grundsätzlich, wie bereits in den Materialien zur KO vorgesehen⁵⁴², dem Schuldner zur freien Verfügung überlassen werden könnten. Dies gelte jedoch dann nicht, wenn, wie beim Konkurs einer AG, der Eigentümer zu diesem Zeitpunkt nicht mehr vorhanden sei. In diesem Fall bliebe dem Konkursverwalter lediglich die Dereliktion derartiger Gegenstände⁵⁴³. Zwar scheinen diese Ausführungen von einer zwingenden Vollbeendigung der AG im Konkursverfahren auszugehen, dieser Schluss darf allerdings nicht vorschnell gezogen werden. Entgegen der von *Wimpfheimer*⁵⁴⁴ begründeten Ansicht geht *Wolff* nämlich mit der früher herrschenden Ansicht davon aus, dass eine Gesellschaft mit ihrer Auflösung nicht mehr als Rechtssubjekt existiert⁵⁴⁵. Vor diesem Hintergrund ist der Ausschluss der Freigabe von unverwertbaren Massegegenständen an den Schuldner nicht weiter verwunderlich. Die Ausführungen *Wolffs* als Annahme einer Pflicht zur Vollbeendigung im Konkursverfahren anzusehen, würde daher den Hintergrund der zum Zeitpunkt der Kommentierung von der heutigen herrschenden Meinung abweichenden Betrachtung der Rechtswirkungen der Auflösung einer Gesellschaft unberücksichtigt lassen.

*Weber*⁵⁴⁶ lässt die Frage der Zulässigkeit der Freigabe im Konkurs einer juristischen Person letztlich offen. Für Fälle, in denen keinerlei konkursfreies Vermögen juristischer Personen vorhanden ist, zieht er jedoch eine Verdrängung der handelsrechtlichen Liquidation durch das Konkursverfahren in der Weise in Erwägung, dass der verdrängende Charakter des Konkursverfahrens die Entstehung massefreien Vermögens durch Freigabe verhindere. Als Grund hierfür verweist *Weber* auf den strukturellen Unterschied des Konkurses natürlicher Personen, die eine von der Eröffnung des Konkursverfahrens unabhängige Existenz haben, zu demjenigen juristischer Personen, die von Ausnahmen abgesehen im Konkursverfahren „sterben“. Im Ergebnis propagiert *Weber* also eine Pflicht zur Vollabwicklung innerhalb des Konkursverfahrens in denjenigen

⁵⁴¹ *Wolff*, KO, 2. Aufl. (1921), § 162 Anm. 4.

⁵⁴² Vgl. *Hahn*, Mat. IV, S. 341.

⁵⁴³ *Wolff*, KO, 2. Aufl., (1921), § 162 Anm. 4 sowie § 207 Anm. 6; vgl. für Dereliktion statt Freigabe jetzt auch *K. Schmidt/Schulz*, ZIP 1982, 1015 (1022).

⁵⁴⁴ *Wimpfheimer*, S. 81 ff., insbesondere S. 114.

⁵⁴⁵ *Wolff*, KO, 2. Aufl., (1921), § 207 Anm. 6.

⁵⁴⁶ *Weber*, JZ 1963, 223.

Fällen, in denen konkursfreies Vermögen juristischer Personen ohne eine in dieser Konstellation ausgeschlossene Freigabe nicht besteht.

Die Ausführungen von *Weber* vermochten aber noch keine Diskussion im Schrifttum hinsichtlich der Freigabebefugnis des Konkursverwalters im Konkurs von Handelsgesellschaften, zur Frage der Möglichkeit konkursfreien Vermögens von Handelsgesellschaften oder gar zur Frage der Vollbeendigung innerhalb des Konkursverfahrens auszulösen. Eine eingehende Auseinandersetzung mit diesem Ansatz erfolgte erst, als *K. Schmidt* diesen im Zuge der Reform des Insolvenzrechts wieder aufgriff und fort-schrieb⁵⁴⁷. In seinem Gutachten für den 54. Deutschen Juristentag über die Möglichkeiten der Unternehmenssanierung durch Maßnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht legt *Schmidt* zunächst dar, dass der Massebegriff des § 1 KO wegen des exekutorischen Zuschnitts auf natürliche Personen nicht für die Unternehmensinsolvenz geeignet sei. In der Unternehmensinsolvenz bräuchte man die Masse als Sondervermögen nicht erst zu schaffen, sondern könne diese in Einklang mit dem Unternehmen sowie dem Gemeinschuldner bringen, weshalb das Unternehmen selbst, also das gesamte Gesellschaftsvermögen, die Konkursmasse bilden solle⁵⁴⁸. Konkursfreies Vermögen, sei es aufgrund Unpfändbarkeit, sei es aufgrund des im Rahmen der Konkursordnung noch konkursfreien Hinzuerwerbs (vgl. § 1 Abs. 1 KO im Gegensatz zu § 35 Abs. 1 InsO), solle es im Unternehmenskonkurs daher nicht geben. Aufgrund der Deckung von Gemeinschuldner, Unternehmen und Masse sei, so *Schmidt*, auch zumindest de lege ferenda eine andere Betrachtung der Stellung des Insolvenzverwalters erforderlich: In diesem Fall müsste nach *Schmidts* Ansicht der Konkursverwalter als „organschaftlicher Vertreter der Gemeinschuldnerin – und damit praktisch „des Unternehmens“ angesehen werden“⁵⁴⁹.

Im gleichen Jahr erschien ein diese Auffassung auch de lege lata begründender Beitrag von *K. Schmidt / Schulz* mit der These, konkursfreies Vermögen von Handelsgesellschaften gebe es nicht, vielmehr gehöre das gesamte Vermögen und damit auch das im Konkurs neu erworbene sowie das nicht der Pfändung unterliegende Vermögen einer Handelsgesellschaft zur Masse⁵⁵⁰. Begründet wird dies im Anschluss an *Weber* damit, dass Handelsgesellschaften als Zweckgebilde im Gegensatz zu natürlichen Personen keine individuelle Existenz hätten, welche die Möglichkeit verfahrensfreien Vermö-

⁵⁴⁷ Vgl. *K. Schmidt*, Gutachten Unternehmensinsolvenz, S. 45 ff.

⁵⁴⁸ *K. Schmidt*, Gutachten Unternehmensinsolvenz, S. 45 f.; zustimmend *Heinze*, NJW 1982, 1665 (1669).

⁵⁴⁹ *K. Schmidt*, Gutachten Unternehmensinsolvenz, S. 49.

⁵⁵⁰ *K. Schmidt/Schulz*, ZIP 1982, 1015 (1016 ff.); bereits *Baumann*, Konkurs und Vergleich, S. 170, nannte als Konkursmasse juristischer Personen deren Vermögen, ob die Existenz massefreien Vermögens damit jedoch gänzlich ausgeschlossen werden sollte, ist nicht ersichtlich.

gens erfordern würde⁵⁵¹. Zum Ausdruck komme das dadurch, dass Gesellschaften mit der Konkurseröffnung im Ganzen und nicht lediglich hinsichtlich eines bestimmten Teils einem neuen Status zugeführt würden, was durch die Auflösung der Gesellschaft (§§ 131 Nr. 3 HGB, 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG, 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG) zum Ausdruck gebracht werde. Ebenso wenig wie eine Gesellschaft in Liquidation liquidationsfreies Vermögen haben könne, sei Raum für ein konkursfreies Vermögen von Handelsgesellschaften, vielmehr bestehe Kongruenz zwischen Gemeinschuldner, Masse und Unternehmen⁵⁵². Zugleich wurde auch de lege lata für die von *Schmidt* bereits in dem Gutachten für den 54. Deutschen Juristentag propagierte neue Betrachtung der Stellung des Konkursverwalters geworben, wonach dieser als „Organ der Gemeinschuldnerin“ angesehen wird⁵⁵³.

Eine Pflicht zur Vollbeendigung von Handelsgesellschaften innerhalb des Insolvenzverfahrens wurde bis zu diesem Zeitpunkt allerdings noch nicht ausdrücklich gefordert. Die genannten Publikationen ebneten durch die darin enthaltenen Thesen – keine Existenz konkursfreien Vermögens sowie Einstufung des Konkursverwalters als Organ der Gemeinschuldnerin – zwar den Weg zu dieser Ansicht, beschränkten ihn jedoch noch nicht. Bereits wenig später erhob *K. Schmidt* dann aber den Zweck des Konkursverfahrens über das Vermögen einer Handelsgesellschaft zur „*Existenzfrage des Gemeinschuldners*“: neben der Gesamtvollstreckung bezwecke der Konkurs über das Vermögen einer Gesellschaft auch deren Liquidation⁵⁵⁴. Der Gesellschaftskonkurs sei also nicht nur ein Gesamtvollstreckungsverfahren, sondern ein „*staatlich geordnetes, besonderen Regeln unterliegendes Liquidationsverfahren*“, in welchem eine Gesellschaft, die nicht aus der Insolvenz herausgeführt werden kann, beseitigt werden müsse⁵⁵⁵. Auch *Schulz* sieht den Zerschlagungskonkurs in der Folge als „*Zwangsliquidationsverfahren*“ an, in welchem die Vollbeendigung als gleich- wenn nicht sogar vorrangiges Verfahrensziel neben der Gläubigerbefriedigung angesehen werden müsse⁵⁵⁶. Als Begründung hierfür hebt *Schulz* das öffentliche Interesse und damit die Notwendigkeit des Schutzes des Rechtsverkehrs vor der Teilnahme insolventer Gesellschaften am Wirtschaftsverkehr hervor⁵⁵⁷. Auch führe die häufige Illiquidität aufgelöster Handelsgesellschaften zu einer praktischen Undurchführbarkeit

⁵⁵¹ *K. Schmidt/Schulz*, ZIP 1982, 1015 (1017).

⁵⁵² Kritisch hierzu *H.-F. Müller*, S. 27 ff.

⁵⁵³ *K. Schmidt/Schulz*, ZIP 1982, 1015 (1018).

⁵⁵⁴ Vgl. *K. Schmidt*, KTS 1984, 345 (361).

⁵⁵⁵ *K. Schmidt*, KTS 1984, 345 (366).

⁵⁵⁶ *Schulz*, NJW 1984, 2428 f.

⁵⁵⁷ *Schulz*, S. 21; zustimmend *Pech*, S. 69.

des gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahrens mangels Bereitschaft geborener bzw. gekorener Liquidatoren zur Übernahme des Liquidatorenamtes⁵⁵⁸.

Die eine Vollliquidation insolventer Handelsgesellschaften als Aufgabe des Konkursverfahrens begreifende Ansicht wurde in der Folgezeit durch weitere Publikationen – vor allem von *K. Schmidt* und *Schulz* – immer weiter präzisiert und zu einem umfassenden „Konzept eines Unternehmens-Insolvenzrechts“⁵⁵⁹ erweitert. So wurde die Stellung des Konkursverwalters als obligatorisches Drittorgan des Konkursschuldners umfassend ausgearbeitet und begründet⁵⁶⁰ und damit die modifizierte oder neue Organtheorie⁵⁶¹ bzw. hinsichtlich natürlicher Personen die Schuldnervertretertheorie⁵⁶² als Alternative zur herrschenden Amtstheorie entwickelt⁵⁶³. Des Weiteren wurde für eine Abkehr vom Verständnis des Gesellschaftskonkurses als Gesamtvollstreckungsverfahren hin zum Verständnis als Zwangsliquidationsverfahren mit integriertem Vollbeendigungsziel geworben⁵⁶⁴. Daneben wurden die bereits bestehenden Thesen, das Konkursverfahren sei auf die natürliche Person mit einer im Gegensatz zu Handelsgesellschaften individuellen Existenz außerhalb des Verfahrens zugeschnitten⁵⁶⁵, weshalb es konkursfreies Vermögen bei Handelsgesellschaften nicht gebe⁵⁶⁶ und eine Deckung von Schuldnerunternehmen, Masse und Gesellschaftsvermögen angenommen werden müsse⁵⁶⁷ oder die Behauptung, der Konkursverwalter sei als obligatorisches Drittorgan und gesetzlicher Vertreter der Schuldnerin anzusehen⁵⁶⁸, immer wieder bekräftigt.

⁵⁵⁸ *Schulz*, S. 22 ff.

⁵⁵⁹ So *K. Schmidt*, *Wege*, S. 6.

⁵⁶⁰ *K. Schmidt*, KTS 1984, 345 ff.; zum Verhältnis der Rechte und Pflichten von Konkursverwalter und Organen der insolventen Gesellschaft vgl. auch *Schulz*, KTS 1986, 389 ff.

⁵⁶¹ Nach der Bezeichnung von *P. Ulmer* in: *Hachenburg*, 7. Aufl., § 63 Rdnr. 74; *K. Schmidt* selbst nennt die von ihm entwickelte Theorie der Rechtsstellung des Konkursverwalters teils auch bei Gesellschaften als Schuldner „neue Vertretertheorie“ bzw. als Gesamtname für die Rechtsstellung von natürlichen Personen und Gesellschaften „Repräsentationstheorie“, vgl. *K. Schmidt*, BB 1991, 1273 (1277).

⁵⁶² Da natürliche Personen eine individuelle und konkursfreie Existenz haben, sind Masse und Schuldnervermögen hier nach *K. Schmidt* nicht deckungsgleich. Außerdem passe die Rechtsfigur der Vertretung durch Organe nicht auf natürliche Personen, vgl. *K. Schmidt*, KTS 1984, 345 (370 f.).

⁵⁶³ *K. Schmidt*, KTS 1984, 345 ff.; vgl. auch *K. Schmidt*, ZIP 1985, 713 (723).

⁵⁶⁴ *K. Schmidt*, KTS 1988, 1 (7); *derselbe*, GS Martens, 699 (714); *derselbe*, *Wege*, S. 161; *derselbe*, GmbHR 1994, 829 (831); *derselbe*, KTS 1994, 309 (310); *derselbe*, ZGR 1998, 633 (636 f.); *Schulz*, S. 21, 46 f.; *derselbe*, NJW 1984, 2428; *derselbe*, KTS 1986, 389 (400 f.); vgl. auch *Kilger/K. Schmidt*, *InsG*, § 6 KO Anm. 5)a)cc).

⁵⁶⁵ *K. Schmidt*, KTS 1984, 345 (364); *derselbe* in: GS Martens, 699 (715 f.); *Schulz*, S. 45 f.; *derselbe*, KTS 1986, 389 (400); ähnlich auch *K. Schmidt*, KTS 1988, 1 (11 f.).

⁵⁶⁶ *Kilger/K. Schmidt*, *InsG*, § 1 KO Anm. 1)A.c); *K. Schmidt*, KTS 1984, 345 (364); *derselbe*, ZIP 1984, 713 (722); *derselbe*, ZGR 1986, 179 (187); *derselbe*, GS Martens, 699 (716); *derselbe*, KTS 1988, 1 (12); *derselbe*, *Wege*, S. 70; *derselbe*, NJW 1993, 2833 (2836); *derselbe*, GmbHR 1994, 829 (831); *derselbe*, KTS 1994, 309 (310); *derselbe*, ZGR 1998, 633 (637 f.); *Schulz*, S. 45 f.; *derselbe*, NJW 1984, 2428; *derselbe*, KTS 1986, 389 (400 f.).

⁵⁶⁷ *K. Schmidt*, KTS 1984, 345 (364); *derselbe*, ZGR 1986, 179 (184); *derselbe*, *Wege*, S. 70; *Schulz*, S. 20.

⁵⁶⁸ *K. Schmidt*, KTS 1984, 345 (364); *derselbe*, ZIP 1984, 713 (723); *derselbe*, ZGR 1986, 179 (188); *derselbe*, GS Martens, 699 (709 f./714 f.); *derselbe*, KTS 1988, 1 (9); *derselbe*, *Wege* S. 111 f.; *derselbe*, BB 1991,

Zwar fand die von *K. Schmidt* begründete Auffassung unter Geltung der Konkursordnung durchaus zahlreiche Anhänger⁵⁶⁹, sie stieß jedoch auch auf erhebliche Kritik und konnte sich daher *de lege lata*⁵⁷⁰ weder in der Rechtsprechung⁵⁷¹ noch im Schrifttum⁵⁷² durchsetzen. Entgegengehalten wurde ihr zunächst der Wortlaut des § 1 KO, wonach die Konkursmasse zum einen auf das der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Schuldners beschränkt ist und zum anderen lediglich das zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung vorhandene Vermögen umfasst⁵⁷³. Diese Regelung könne auch nicht durch das Verständnis des Gesellschaftskonkurses als staatlich geordnetes Liquidationsverfahren überwunden werden. Das an Gesetz und Recht gebundene Gericht (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) dürfe sich durch rechtspolitisch Wünschenswertes nicht beeinflussen lassen und habe daher, da der die Vollliquidation ablehnenden Auffassung rechtsdogmatische Gründe nicht entgegenstünden, die gesetzlichen Bestimmungen zu befolgen, weshalb nach § 1 KO auch bei Gesellschaften konkursfreies Vermögen existieren dürfe⁵⁷⁴. Die Zulässigkeit der Freigabe im Besonderen ergebe sich dagegen ohne Einschränkung hinsichtlich der Person des Schuldners bereits aus § 114 KO⁵⁷⁵. Die Konkursordnung dürfe diesbezüglich nicht in der Weise modifiziert werden, dass Sonderregelungen lediglich für juristische Personen angenommen werden und bei diesen dem Konkursverwalter das gesetzlich anerkannte Freigaberecht als „*unabdingbare Voraussetzung für eine sachgerechte Konkursabwicklung*“⁵⁷⁶ genommen wird⁵⁷⁶. Das für die Insolvenzabwicklung im Vordergrund stehende Interesse der Gläubiger führe im Übrigen dazu, dass der Verwalter nicht mit der Verwaltung von Massegegenständen belastet werden dürfe, die nicht oder jedenfalls nicht ertragsreich verwertet werden

1273 (1277); *derselbe*, GmbHR 1994, 829 (831); *derselbe*, KTS 1994, 309 (310); *derselbe*, ZGR 1998, 633 (644); *Schulz*, S. 21; *derselbe*, NJW 1984, 2428.

⁵⁶⁹ *OVG Greifswald* NJW 1998, 175 (178); *Balz* in: Kübler, Neuordnung des Insolvenzrechts, I (15); *Kuhn/Uhlenbruck*, 10. Aufl. (1986), § 1 Rdnr. 4a (anders jedoch dann *Kuhn/Uhlenbruck*, 11. Aufl., (1994), § 1 Rdnr. 4a); *Heinze* NJW 1982, 1665 (1669); *Pluta*, EWIR 1996, 265 (266).

⁵⁷⁰ *De lege ferenda* wurde die verfahrensimmanente Vollbeendigung hingegen auch von Gegnern einer solchen unter Geltung der Konkursordnung durchaus begrüßt, vgl. *OVG Magdeburg*, ZIP 1994, 1130 (1132).

⁵⁷¹ Vgl. *BGH* NJW 1996, 2035 (2036); *BVerwG* NJW 1984, 2427; *BVerwG*, Beschl. v. 4.10.2000, Az. 11 B 52/00; *OLG Naumburg* NZI 2000, 322 = ZIP 2000, 976 m. Anm. *Mitlehner*; *Brandenburgisches OLG ZInsO* 2001, 558 (559); *Brandenburgisches OLG ZInsO* 2002, 672 (673); *LG Neubrandenburg ZInsO* 1999, 411 f.; *OVG Magdeburg* ZIP 1994, 1130 ff.

⁵⁷² Vgl. *Henckel*, ZIP 1991, 133 (134); *derselbe*, FS Merz, 197 (203/205); *Kilger*, FS Merz, 253 (269 f.); *Kölsch*, KTS 1983, 466 (467); *Kuhn/Uhlenbruck*, 11. Aufl., (1994), § 1 Rdnr. 4a (anders jedoch noch *Kuhn/Uhlenbruck*, 10. Aufl. (1986), § 1 Rdnr. 4a); *Kuhn/Uhlenbruck*, 11. Aufl., (1994), Vorbem.D § 207 Rdnr. 22 f.; *Pape*, ZIP 1991, 1544 (1547); *derselbe*, EWIR 1994, 165 (166); *derselbe*, EWIR 1994, 675 (676); *derselbe*, WiPr 1996, 242 ff.; *Tetzlaff*, EWIR 2003, 535 (536); *P. Ulmer* in: Hachenburg, § 63 Rdnr. 80; *Weitemeyer*, 171 ff.

⁵⁷³ Vgl. *BGH* NJW 1996, 2035 (2036); *OVG Magdeburg* ZIP 1994, 1130 (1131); *P. Ulmer* in: Hachenburg, § 63 Rdnr. 80; vgl. auch *Henckel*, ZIP 1991, 133 (135).

⁵⁷⁴ *OVG Magdeburg* ZIP 1994, 1130 (1132).

⁵⁷⁵ *OLG Naumburg* NZI 2000, 322; *Brandenburgisches OLG ZInsO* 2001, 558 (559); *Brandenburgisches OLG ZInsO* 2002, 672 (673); *OVG Magdeburg* ZIP 1994, 1130 (1131); vgl. auch *BVerwG* NZI 2005, 51 (52 f.); *Westphal*, Rdnr. 318.

⁵⁷⁶ *Pape*, ZIP 1991, 1544 (1547).

können⁵⁷⁷. Gegen eine Pflicht zur Vollabwicklung von Handelsgesellschaften wurde daneben auch auf die Norm des § 10 Abs. 2 KO⁵⁷⁸ verwiesen, nach welcher sowohl der Schuldner als auch der Prozessgegner Rechtsstreite über das zur Konkursordnung gehörige Vermögen aufnehmen konnten, deren Aufnahme der Konkursverwalter abgelehnt hatte. Die Ablehnung der Aufnahme durch den Konkursverwalter führe nämlich regelmäßig bzw. vorbehaltlos⁵⁷⁹ ebenfalls zur Freigabe des Streitgegenstandes⁵⁸⁰. Schließlich wurde gegen die Einbeziehung der Vollliquidation in das Insolvenzverfahren vorgebracht, dass der Insolvenzverwalter vorrangig die Interessen der Gläubiger zu wahren habe, während die Interessen der Gesellschafter, an denen sich die Organisation bestehender oder nach den gesellschaftsrechtlichen Regelungen zu liquidierender Handelsgesellschaften vornehmlich ausrichtet⁵⁸¹, wie überhaupt die Interessen des Schuldners oder Drittbeteiligter, zwar im gesetzlich vorgegebenen Rahmen mit zu berücksichtigen seien, jedoch nicht als Selbstzweck ganz oder teilweise den Verfahrensablauf prägen könnten⁵⁸².

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass eine im Wesentlichen von *K. Schmidt* im Zuge der Reform des Konkurs- und Insolvenzrechts begründete und unter Geltung der Konkursordnung fortwährend erweiterte und präzierte Ansicht eine Diskussion über die Vollbeendigung von Handelsgesellschaften als Bestandteil des Insolvenzverfahrens in Gang gesetzt hat. Trotz wachsender Anhängerschaft stieß die neu begründete Ansicht jedoch auch auf erheblichen Widerstand und konnte sich daher de lege lata unter Geltung der Konkursordnung nicht durchsetzen.

II. DIE VOLLABWICKLUNG VON HANDELSGESELLSCHAFTEN IM GESETZGEBUNGSVERFAHREN ZUR INSOLVENZORDNUNG

Trotz der Widerstände gegen die propagierte Vollliquidation von Handelsgesellschaften im Konkursverfahren fand die neu begründete Ansicht Einzug in das Gesetzge-

⁵⁷⁷ *Henckel*, ZIP 1991, 133 (135); *Kilger*, FS Merz, 253 (269 f.); *Pape*, KTS 1993, 551 (583).

⁵⁷⁸ Vgl. jetzt § 85 Abs. 2 InsO.

⁵⁷⁹ Eine Freigabe des streitbefangenen Gegenstandes liegt nicht vor, wenn sich der Konkursverwalter bei Ablehnung der Aufnahme seine Ansprüche ausdrücklich vorbehält, vgl. *RGZ* 70, 368 (370); *KG JR* 1952, 28; *Pape*, EWiR 1994, 165.

⁵⁸⁰ *RGZ* 122, 51 (56); *RGZ* 127, 197 (200); *Kilger/K. Schmidt*, InsG, § 10 KO Anm. 7); *Kuhn/Uhlenbruck*, 11. Aufl., (1994), § 10 Rdnr. 11; vgl. unter Geltung der InsO auch *BGHZ* 163, 32 (36) = *NJW* 2005, 2015 (2016); *BGH NJW-RR* 2007, 845 (847); *Lüke* in: *Kübler/Prütting*, § 85 Rdnr. 69; *Pape*, EWiR 1994, 165 (166); *W. Uhlenbruck* in: *Uhlenbruck*, § 85 Rdnr. 94.

⁵⁸¹ *Henckel*, ZIP 1991, 133 (134); *Henckel*, FS Merz, 197 (203).

⁵⁸² *BGH NJW* 1996, 2035 (2036); vgl. auch *Henckel*, FS Merz, 197 (203 f.); *Kilger*, FS Merz, 253 (270); *Pape*, EWiR 1994, 165 (166); vgl. auch mit ähnlicher Begründung zum österreichischen Recht *Jelinek/Nunner*, ZIK 1997, 115 (119); *Nunner*, S. 324.

bungsverfahren zur Insolvenzordnung. Im Folgenden soll daher zunächst skizziert werden, wie die Vollabwicklung von Handelsgesellschaften in den verschiedenen Stadien des Gesetzgebungsverfahrens behandelt wurde. Im Anschluss daran ist unter Berücksichtigung der unter Geltung der Insolvenzordnung zur Vollbeendigung von Handelsgesellschaften vertretenen Ansichten zu untersuchen, ob eine Pflicht zur Vollliquidation in der Insolvenzordnung tatsächlich verwirklicht worden ist.

1. Darstellung des Gesetzgebungsverfahrens

Bereits der Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums zum Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts von 1988 griff die neue, eine verfahrensimmanente Vollabwicklung fordernde Ansicht auf. In § 1 – Ziel des Insolvenzverfahrens – heißt es zunächst:

*„Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, das Vermögen des Schuldners abzuwickeln und die Verbindlichkeiten des Schuldners zu bereinigen. Dabei können die Beteiligten in einem Insolvenzplan von den gesetzlichen Regelungen abweichen.“*⁵⁸³

Die Allgemeine Begründung hierzu führt aus:

*„Die Einbeziehung der Inhaber nachrangiger Forderungen und von Eigentumstiteln in das Insolvenzverfahren gestattet es, die Vollabwicklung des Schuldnervermögens als insolvenzrechtliche Aufgabe zu bewältigen. Das Verfahren übernimmt bei Gesellschaften damit zugleich die Aufgabe der gesellschaftsrechtlichen Abwicklung bis hin zur Herbeiführung der Lösungsreife. Für eine außergerichtliche Liquidation im Anschluss an das Insolvenzverfahren besteht dann kein Bedürfnis mehr. Im Interesse des Rechtsverkehrs wird sichergestellt, daß insolvente Gesellschaften nach Durchführung des Verfahrens gelöscht werden können.“*⁵⁸⁴

Die Begründung zu § 1 DiskE InsO lautet sodann:

„Das neue Insolvenzverfahren faßt wesentliche Elemente des bisherigen Vergleichsverfahrens und des bisherigen Konkursverfahrens zusammen. Es enthält damit unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten für die Rechtsbeziehungen zwischen Schuldner und Gläubigern. Insbesondere kann im Verfahren die Fortführung der unternehmeri-

⁵⁸³ DiskE InsO 1988, S. 1.

⁵⁸⁴ DiskE InsO 1988, S. A34 f.

sehen Tätigkeit des Schuldners, aber auch die Liquidation des Vermögens des Schuldners angestrebt werden. Das Verfahren kann nach den gesetzlichen Vorschriften über die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse abgewickelt werden; es kann aber auch durch eine Übereinkunft der Beteiligten („Insolvenzplan“) abweichend von den gesetzlichen Vorschriften beendet werden. Dennoch liegt dem neuen Verfahren ein einheitliches Ziel zugrunde: die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger. Dieses Ziel ist in erster Linie maßgeblich für die Entscheidungen, die innerhalb des Verfahrens zu treffen sind. (...)

Das Ziel der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger wird zu Beginn des Gesetzes hervorgehoben, da es das gesamte Insolvenzverfahren prägt. Aus ihm folgt insbesondere der starke Einfluß, der den Gläubigern auf den Beginn, den Ablauf und die Beendigung des Verfahrens eingeräumt wird. Aber auch die Tätigkeit des Insolvenzverwalters und die Aufsichts- und Eingriffsbefugnisse des Gerichts sind in erster Linie an diesem Ziel auszurichten.

*Neben dieses vorrangige Ziel des Insolvenzverfahrens stellt Satz 1 der Vorschrift die Abwicklung des Vermögens des Schuldners. Damit wird zunächst zum Ausdruck gebracht, daß die Befriedigung der Gläubiger regelmäßig im Wege der Verwertung dieses Vermögens und der Verteilung des Erlöses erfolgt. Bei Gesellschaften und juristischen Personen dient das Verfahren aber auch der gesellschafts- oder organisationsrechtlichen Abwicklung, wobei gegebenenfalls ein Restvermögen unter den am Schuldner beteiligten Personen verteilt wird. (...)*⁵⁸⁵

Im Referentenentwurf zum Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts wurden die Verfahrensziele des § 1 DiskE InsO im Wesentlichen unverändert übernommen⁵⁸⁶. Auch die Begründung zu § 1 RefE InsO entspricht ohne Änderungen derjenigen zu § 1 DiskE InsO⁵⁸⁷. In der Allgemeinen Begründung wurden jedoch wenige, aber durchaus bemerkenswerte Änderungen vorgenommen [Hervorhebungen im Original enthalten; Anm. d. Verf.]:

„Die Einbeziehung der Inhaber von nachrangigen Forderungen und von Eigentumstiteln in das Insolvenzverfahren gestattet es, die Vollabwicklung des Schuldnervermögens als insolvenzrechtliche Aufgabe zu bewältigen. Das Verfahren übernimmt bei Gesellschaften regelmäßig zugleich die Aufgabe der gesellschaftsrechtlichen Abwicklung

⁵⁸⁵ DiskE InsO 1988, S. B1 f.

⁵⁸⁶ RefE InsO 1989, S. 1; Änderungen bestehen lediglich hinsichtlich der Formulierung über die Zulässigkeit anderweitiger Regelungen im Rahmen eines Insolvenzplans.

⁵⁸⁷ RefE InsO 1989, S. B1 f.

bis hin zur Herbeiführung der Lösungsreife und anschließenden Löschung. Für eine außergerichtliche Liquidation im Anschluß an das Insolvenzverfahren besteht dann kein Bedürfnis mehr. Im Interesse des Rechtsverkehrs wird sichergestellt, daß insolvente Gesellschaften nach Durchführung des Verfahrens in aller Regel gelöscht werden können.“⁵⁸⁸

Die Begründung des Regierungsentwurfs einer Insolvenzordnung stimmt sodann im Rahmen der „Darstellung der Grundzüge der Neuregelung des Insolvenzverfahrens“⁵⁸⁹ wortgleich mit der Allgemeinen Begründung des Referentenentwurfs überein⁵⁹⁰. Auch die Begründung zu § 1 RegE InsO entspricht inhaltlich in sämtlichen im Hinblick auf die Vollbeendigung von Handelsgesellschaften im Insolvenzverfahren relevanten Punkten nahezu wortgleich der Begründung zu § 1 RefE InsO⁵⁹¹. Der Text des § 1 RegE wurde allerdings gegenüber der Regelung des DiskE sowie des RefE deutlich erweitert:

- „(1) Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt wird.*
- (2) Die Interessen des Schuldners und seiner Familie sowie die Interessen der Arbeitnehmer des Schuldners werden im Verfahren berücksichtigt. Dem redlichen Schuldner wird Gelegenheit gegeben, sich von seinen restlichen Verbindlichkeiten zu befreien. Bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit tritt das Verfahren an die Stelle der gesellschafts- oder organisationsrechtlichen Abwicklung.*
- (3) Die Beteiligten können ihre Rechte in einem Insolvenzplan abweichend von den gesetzlichen Vorschriften regeln. Sie können insbesondere bestimmen, daß der Schuldner sein Unternehmen fortführt und die Gläubiger aus den Erträgen des Unternehmens befriedigt werden.“⁵⁹²*

⁵⁸⁸ RefE InsO 1989, S. A40.

⁵⁸⁹ BT-Drs. 12/2443, 82.

⁵⁹⁰ BT-Drs. 12/2443, 83 f.; vgl. RefE InsO 1989, S. A40.

⁵⁹¹ BT-Drs. 12/2443, 108 f.; Änderungen ergeben sich lediglich durch Bezugnahmen auf Absätze bzw. Sätze des § 1 RegE InsO sowie die eingefügte Begründung zu § 1 Abs. 2 Satz 1, 2 RegE InsO, welcher die Berücksichtigung der Interessen des Schuldners sowie der Familie und der Arbeitnehmer des Schuldners regelt und die Gelegenheit zur Restschuldbefreiung vorsieht.

⁵⁹² BT-Drs. 12/2443, 9 f.

Damit bezieht der Regierungsentwurf erstmals das Vollbeendigungsziel in § 1 Abs. 2 Satz 3 RegE InsO ausdrücklich in den Entwurf mit ein und beschränkt sich nicht auf eine Darstellung dieses Ziels im Rahmen der Begründung. Allerdings findet sich die Vorschrift des § 1 Abs. 2 Satz 3 RegE InsO im Text der in Kraft getretenen Insolvenzordnung nicht mehr. Bereits in § 1 der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages fehlt eine Regelung hinsichtlich der Vollbeendigung von Gesellschaften⁵⁹³. Zur Begründung wird ausgeführt:

„Zu § 1

Die Vorschrift des Regierungsentwurfs über die Ziele des Insolvenzverfahrens ist redaktionell gestraft und dadurch auf ihre wesentlichen Elemente zurückgeführt worden.“⁵⁹⁴

Die Insolvenzordnung wurde im Anschluss vom Bundestag gemäß der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses beschlossen⁵⁹⁵. Zwar berief der Bundesrat in der Folge den Vermittlungsausschuss ein⁵⁹⁶, den für die Einberufung ursächlichen Bedenken der Landesjustizverwaltungen konnte allerdings mit der Festlegung des Zeitpunkts des Inkrafttretens auf den 01.01.1999 Rechnung getragen werden⁵⁹⁷, so dass keine Änderungen im Text erforderlich waren. § 1 InsO enthält demgemäß ebenso wie § 1 der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses keine Hinweise mehr für oder gegen eine Vollliquidation, sondern lautet:

„Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Dem redlichen Schuldner wird Gelegenheit gegeben, sich von seinen restlichen Verbindlichkeiten zu befreien.“

2. Zusammenfassung und Folgerungen

Bereits mit dem Diskussionsentwurf und im weiteren Verlauf mit dem Referenten- sowie dem Regierungsentwurf brachten die Begründungen der Entwürfe also den ge-

⁵⁹³ Vgl. BT-Drs. 12/7302, 5.

⁵⁹⁴ BT-Drs. 12/7302, 155.

⁵⁹⁵ Vgl. BR-Drs. 336/94, S. 1.

⁵⁹⁶ Vgl. BR-Drs. 336/94, Anlage 1, S. 1.

⁵⁹⁷ *Stürmer* in: MüKo InsO, Einleitung Rdnr. 45.

setzgeberischen Willen zum Ausdruck, dass das Insolvenzverfahren zugleich die Abwicklung von Handelsgesellschaften übernehmen solle. Im Regierungsentwurf fand sich sogar im Text des Entwurfs eine entsprechende Regelung (§ 1 Abs. 2 Satz 3 RegE InsO). Was dann aber die mit einer „redaktionellen Straffung“ bzw. einer „Zurückführung der Vorschrift auf ihre wesentlichen Elemente“ begründete Streichung der Regelung in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses für die Verwirklichung der verfahrensimmanenten Vollabwicklung in der Insolvenzordnung bedeutet, ist stark umstritten. Die Befürworter einer Vollliquidation von Handelsgesellschaften im Insolvenzverfahren sind der Meinung, dass das gesetzgeberische Ziel der Vollbeendigung von Handelsgesellschaften innerhalb des Insolvenzverfahrens mit der Straffung nicht in Frage gestellt werden sollte⁵⁹⁸. Dass der Rechtsausschuss die Begründung zu § 1 Abs. 2 Satz 3 RegE InsO nicht ausdrücklich beanstandet habe, zeige vielmehr, dass eine Änderung des Regelungsgehalts durch die Straffung nicht einhergehen sollte⁵⁹⁹. Darüber hinaus wird von den Befürwortern einer verfahrensimmanenten Vollbeendigung die Bezeichnung der Streichung als „redaktionell“ hervorgehoben⁶⁰⁰. Demgegenüber stellt sich die zur Konkursordnung herrschende und die Vollliquidation als Verfahrenszweck ablehnende Auffassung auf den Standpunkt, dass es in der InsO Normen, die eine Vollabwicklung des Schuldnerunternehmens anordnen würden, gerade nicht gebe⁶⁰¹. Durch die Straffung wäre die Vollabwicklung insolventer Handelsgesellschaften gerade kein zwingender Bestandteil des Insolvenzverfahrens geworden, so dass Insolvenzverfahren und gesellschaftsrechtliche Liquidation weiterhin nebeneinander stünden⁶⁰². Damit gehe die InsO ebenso wenig wie zuvor die KO von einer verfahrensimmanenten Vollabwicklung aus⁶⁰³. Der *BGH* wiederum lässt ausdrücklich offen, welche Schlüsse aus dem Gesetzgebungsverfahren zu ziehen sind⁶⁰⁴. Dennoch betrachtet der *BGH* die Gläubigerbefriedigung und damit den als „maßgeblich“ hervorgehobenen Hauptzweck⁶⁰⁵ des Insolvenzverfahrens als uneingeschränkt vorrangig vor der Vollliquidation, so dass diese jedenfalls dann zurücktreten müsse, wenn die

⁵⁹⁸ Bork, Rdnr. 135; Hirte, ZInsO 2000, 127 (133); Lüke, Kölner Schrift, 3. Aufl., 706 (735); H.-F. Müller, S. 13; derselbe in: Jaeger, § 35 Rdnr. 147; Noack, GesR, Rdnr. 86; Pape in: Uhlenbruck, § 1 Rdnr. 11; Pech, S. 68; Rödder, S. 18; K. Schmidt, GmbH 1994, 829 (831); derselbe in: ZGR 1998, 633 (637); derselbe in: ZIP 2000, 1913 (1916).

⁵⁹⁹ Rödder, S. 18.

⁶⁰⁰ Rödder, S. 20; Westpfahl, Rdnr. 320.

⁶⁰¹ Pape in: Hess/Pape, Rdnr. 34.

⁶⁰² Eickmann in: HK InsO, § 35 Rdnr. 47; Pape in: Hess/Pape, Rdnr. 269; derselbe in: Kübler/Prütting, InsO, § 15 Rdnr. 19; derselbe, WiPra 1996, 242 (243); derselbe, ZInsO 2002, 453 (460); vgl. auch BVerwG NZI 2005, 51 (52 f.).

⁶⁰³ OLG Rostock NZI 2001, 96.

⁶⁰⁴ BGHZ 148, 252 (258) = NJW 2001, 2966 (2967); BGHZ 163, 32 (35) = NJW 2005, 2015 (2016).

⁶⁰⁵ Vgl. BT-Drs. 12/2443, 108.

Gläubigerbefriedigung durch eine uneingeschränkte Vollabwicklung beeinträchtigt würde⁶⁰⁶.

III. MEINUNGSSTAND UNTER GELTUNG DER INSOLVENZORDNUNG

Der bereits unter Geltung der Konkursordnung bestehende Streit, ob eine Vollabwicklung insolventer Handelsgesellschaften Bestandteil des Insolvenzverfahrens über deren Vermögen ist, konnte mangels einer in Kraft getretenen ausdrücklichen Regelung durch die Einführung der Insolvenzordnung nicht beendet werden. Die bereits zur Konkursordnung bestehenden Ansichten⁶⁰⁷ werden vielmehr unter Geltung der Insolvenzordnung mit in wesentlichen Punkten gleicher Argumentation weiter vertreten. Aus dem Gesetzgebungsverfahren leiten sowohl die Befürworter einer verfahrensimmanenten Vollabwicklungspflicht als auch deren Gegner Argumente ab, indem sie entweder auf die Bezeichnung der Streichung als „redaktionell“ oder demgegenüber auf die Tatsache der Streichung selbst abstellen. Seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung untermauern beide Lager ihre Ansichten allerdings mit zusätzlichen, der geänderten gesetzlichen Regelungen Rechnung tragenden Argumenten. Diese Argumente sowie die Bezugnahmen auf die bereits zur Konkursordnung vorgetragenen Thesen sollen im Folgenden vorgestellt werden, um anschließend eine Analyse bezüglich der Verwirklichung der verfahrensimmanenten Vollbeendigung anstellen zu können.

1. Argumente für eine verfahrensimmanente Pflicht zur Vollliquidation unter Geltung der InsO

a. § 199 Satz 2 InsO

Seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung berufen sich die Vertreter einer verfahrensimmanenten Vollbeendigung neben der Bezeichnung der Straffung des § 1 Abs. 2 Satz 3 RegE InsO als „redaktionell“ vor allem auf die Existenz des § 199 Satz 2 InsO⁶⁰⁸. § 199 Satz 1 InsO regelt zunächst, dass der Insolvenzverwalter einen bei der

⁶⁰⁶ BGHZ 148, 252 (258 f.) = NJW 2001, 2966 (2967); BGHZ 163, 32 (35 f.) = NJW 2005, 2015 (2016) = BGHReport 2005, 1078 (1079) m. Anm. Rigol; vgl. auch BGH NJW-RR 2007, 1205 (1206) = NZI 2007, 407 (408).

⁶⁰⁷ Siehe oben, Dritter Teil I., S. 91 ff.

⁶⁰⁸ OLG Karlsruhe Rpfleger 2003, 614 = DZWIR 2004, 123 (124); Bork, Rdnr. 135; Gutsche, Rdnr. 134; Haarmeyer/Wutzke/Förster, Kap. 1 Rdnr. 61; Habersack in: Staub, § 145 Rdnr. 54; Holzer in: Kübler/Prütting, § 35 Rdnr. 32, § 199 Rdnr. 1; Lüke, Kölner Schrift, 3. Aufl., 706 (735); H.-F. Müller, S. 13; derselbe in: Jaeger, § 35 Rdnr. 147; Pape in: Uhlenbruck, § 1 Rdnr. 11; Pieper, S. 140 f.; Purps/Schumann,

Schlussverteilung nach der Berichtigung sämtlicher Forderungen der Insolvenzgläubiger verbleibenden Überschuss an den Schuldner herauszugeben hat. Satz 2 ordnet sodann an, dass, soweit es sich bei dem Schuldner nicht um eine natürliche Person handelt, jeder am Schuldner beteiligten Person derjenige Teil des Überschusses herauszugeben ist, der ihr bei einer Abwicklung außerhalb des Insolvenzverfahrens – und damit in der gesellschaftsrechtlichen Liquidation – zustünde. Dadurch kommt nach den Anhängern einer verfahrensimmanenten Vollbeendigung zum Ausdruck, dass trotz der Streichung des § 1 Abs. 2 Satz 3 RegE InsO kein Neben- bzw. Nacheinander von Insolvenzverfahren und gesellschaftsrechtlicher Liquidation intendiert war⁶⁰⁹, sondern im Gegenteil ein dem Insolvenzverfahren folgendes Liquidationsverfahren verhindert werden sollte. § 199 Satz 2 InsO sei daher mehr als eine reine Verteilungsregel⁶¹⁰. Diese Argumentation wird zusätzlich auf die Begründung zu § 227 Satz 2 RegE InsO⁶¹¹, welcher unverändert als § 199 Satz 2 InsO in Kraft getreten ist, gestützt⁶¹². Dort heißt es:

*„Verbleibt ein solcher Überschuß im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer juristischen Person oder einer Gesellschaft, so hat der Insolvenzverwalter auch für die Verteilung des Überschusses an die einzelnen Beteiligten zu sorgen. Auf die Weise wird vermieden, daß sich dem Insolvenzverfahren noch eine gesellschaftsrechtliche Liquidation anschließen muß. (...)“*⁶¹³

b. § 35 Abs. 1 InsO

Des Weiteren wird für eine in der InsO verwirklichte verfahrensimmanente Vollliquidation von Handelsgesellschaften unterstützend auf die Bestimmung der Insolvenzmasse nach § 35 Abs. 1 InsO verwiesen⁶¹⁴. Durch die Einbeziehung des Neuerwerbs

VIZ 1999, 385 (387); Rödder, S. 18; K. Schmidt, GesR, S. 325; derselbe in: GmbHR 1994, 829 (831), FN 23; derselbe in: GmbHR 1999, 9 (11); derselbe in: Kölner Schrift, 2. Aufl., 1199 (1208); derselbe, ZGR 1998, 633 (636); derselbe in: ZIP 2000, 1913 (1916); Westpfahl, Rdnr. 63, 320; Wittkowski in: Nerlich/Römermann, § 80 Rdnr. 103; dagegen geht Weitemeyer, S. 172, davon aus, dass § 199 Satz 2 InsO zeige, dass der Gesetzgeber mit der Abwicklung im Insolvenzverfahren einerseits und gesellschaftsrechtlicher Liquidation andererseits von einem zweigliedrigen Liquidationsverfahren ausgeht.

⁶⁰⁹ K. Schmidt, ZGR 1998, 633 (636 f.); Westpfahl, Rdnr. 63; unklar hingegen Hirte, ZInsO 2000, 127 (133), der entgegen dem allgemeinen Verständnis aus § 199 Satz 2 InsO die Verpflichtung herleitet, dass mit der Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens die gesellschaftsrechtliche Abwicklung einzuleiten ist.

⁶¹⁰ Holzer in: Kübler/Prütting, § 199 Rdnr. 1.

⁶¹¹ BT-Drs. 12/2443, 45.

⁶¹² So Gutsche, Rdnr. 134; Rödder, S. 18.

⁶¹³ BT-Drs. 12/2443, S. 187.

⁶¹⁴ Vgl. Adolphsen, KTS 2005, 53 (62); Gutsche, Rdnr. 131; Lüke, Kölner Schrift, 3. Aufl., 706 (735); H.-F. Müller, S. 13 f., 34; Pieper, S. 142 f.; Purps/Schumann, VIZ 1999, 385 (387); K. Schmidt, ZIP 2000, 1913 (1917); Westpfahl, Rdnr. 319.

im Gegensatz zur früheren Regelung nach § 1 KO umfasst die Insolvenzmasse damit das gesamte der Zwangsvollstreckung unterliegende Schuldnervermögen ohne Rücksicht darauf, ob dieses bereits bei Verfahrenseröffnung vorhanden war oder erst während des Verfahrens erworben wurde. Aus der Masse scheidet daher lediglich das nicht der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen aus (vgl. § 36 InsO). Da nach teilweise vertretener Auffassung bei Handelsgesellschaften pfändungsfreies Vermögen überhaupt nicht oder jedenfalls nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt⁶¹⁵, ermöglicht der auf den Neuerwerb erweiterte Massebegriff der InsO hiernach bei Handelsgesellschaften, dass deren gesamtes Vermögen zur Insolvenzmasse gehört. Damit eröffnet die insolvenzrechtliche Abwicklung einer Gesellschaft auch die Möglichkeit zu deren Vollliquidation bis hin zum Erlöschen der Gesellschaft.

c. §§ 32a Abs. 1 GmbHG a.F., 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO

Neben den genannten Normen wird zur Untermauerung der Integration einer Vollabwicklung von Handelsgesellschaften in das Insolvenzverfahren auch die Qualifikation kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen als nachrangige Insolvenzforderungen nach § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. sowie § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO herangezogen⁶¹⁶.

Nach § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. konnte ein Gesellschafter, welcher der Gesellschaft zu einem Zeitpunkt, zu dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten, ein Darlehen gewährt hatte, den Rückgewähranspruch hinsichtlich des Darlehens im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft nur als nachrangiger Insolvenzgläubiger geltend machen. Im Zuge der Modernisierung des GmbH-Rechts wurde § 32a GmbHG nunmehr gemäß Art. 1 Nr. 22 MoMiG⁶¹⁷ aufgehoben. Bereits unter Geltung des § 32a GmbHG war die Einbeziehung der Gläubiger eigenkapitalersetzender Darlehen als nachrangige Insolvenzgläubiger allerdings keinesfalls auf die GmbH beschränkt. Vielmehr ordnete § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auch vor der Aufhebung des § 32a GmbHG ohne Rücksicht auf die vorliegende Gesellschaftsform an, dass Forderungen auf Rückgewähr kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen

⁶¹⁵ Siehe hierzu Vierter Teil II. 1. b. hh., S. 227 ff.; vgl. bereits *Henckel*, ZIP, 1991, 133 (135); *H.-F. Müller*, S. 33 f.; *Rödter*, S. 24; *K. Schmidt*, Wege, S. 75; *derselbe* in: ZIP 2000, 1913 (1917); *Windel* in: Jaeger, § 80 Rdnr. 30; *Westpfahl*, Rdnr. 319; für Kapitalgesellschaften, nicht hingegen für Personengesellschaften auch *Baur/Stürner*, Insolvenzzrecht, Rdnr. 34.13; zu beachten ist, dass gem. § 36 Abs. 2 InsO ohnehin die Geschäftsbücher des Schuldners sowie das Inventar eines landwirtschaftlichen Betriebes sowie einer Apotheke gem. § 811 Abs. 1 Nr. 4, 9 ZPO im Gegensatz zur Einzelzwangsvollstreckung zur Befriedigung der Gläubiger herangezogen werden können.

⁶¹⁶ Vgl. *H.-F. Müller*, S. 13 f.; *derselbe* in: Jaeger, § 35 Rdnr 147; *K. Schmidt*, GmbHR 1999, 9 (11 f.); *derselbe*, ZGR 1998, 633 (657 f.).

⁶¹⁷ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008, BGBl. I 2008, 2026 (2029).

oder gleichgestellte Forderungen im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger berichtigt werden. Die Aufhebung des § 32a GmbHG ändert daher nichts an der Qualifizierung von Gesellschafterdarlehen als nachrangige Insolvenzforderungen, sondern verlagert die Regelung lediglich vollständig⁶¹⁸ in das systematisch einschlägige Insolvenzrecht, wo mit § 39 InsO seit Einführung der Insolvenzordnung ohnehin bereits eine dem § 32a GmbHG a.F. inhaltlich entsprechende rechtsformübergreifende Regelung bestanden hat⁶¹⁹. Zwar wurde auch § 39 InsO im Zuge der Einführung des MoMiG angepasst⁶²⁰, die vorgenommenen Änderungen betreffen jedoch nicht die Qualifizierung von eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen als nachrangige Insolvenzforderungen, sondern erweitern den Kreis demgegenüber sogar auf sämtliche Gesellschafterdarlehen, ohne dass die eigenkapitalersetzende Funktion weiterhin ausschlaggebend wäre⁶²¹.

Auch der persönliche Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO hat sich durch die Anpassung nicht verändert. Zwar beschränkt § 39 Abs. 4 Satz 1 InsO den Anwendungsbereich nunmehr auf Gesellschaften, die weder eine natürliche Person noch eine Gesellschaft als persönlich haftenden Gesellschafter haben, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, während eine entsprechende Einschränkung dem Wortlaut des § 39 InsO zuvor nicht zu entnehmen war, dennoch entspricht die Einschränkung der bisherigen Regelung der ebenfalls im Zuge des MoMiG aufgehobenen⁶²² und auf § 32a GmbHG a.F. verweisenden §§ 129a, 172a HGB a.F. Das von der Rechtsprechung entwickelte und vom Gesetzgeber in §§ 32a, 32b GmbHG a.F., 129a, 172a HGB a.F. kodifizierte Kapitalersatzrecht beruht auf den Kapitalschutzvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG, deren Sinngehalt nicht auf Gesellschaften ohne beschränkten Haftungsfonds übertragbar ist⁶²³, weshalb die auf dem Kapitalersatzrecht basierenden insolvenzrechtlichen Vorschriften der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO bereits vor Einführung des MoMiG – jedenfalls nicht direkt – auf gesetzestypische offene Handels- und Kommanditgesellschaften anwendbar waren⁶²⁴. Trotz

⁶¹⁸ So wurden im Zuge des MoMiG auch das Zwerganteils- bzw. Kleinbeteiligtenprivileg sowie das Sanierungsprivileg nach § 32a Abs. 3 Satz 2, 3 GmbHG a.F. in § 39 Abs. 5 InsO bzw. § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO eingegliedert, vgl. dazu *Dahl/Schmitz*, NZG 2009, 325 (326); *Ehrlicke* in: MüKo InsO, § 39 Rdnr. 56; *K. Schmidt*, GmbHR 2007, 1 (8).

⁶¹⁹ Vgl. Begründung zu Art. 1 Nr. 22 MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 42.

⁶²⁰ Vgl. Art. 9 Nr. 5 MoMiG, BGBl. I 2008, 2026 (2038).

⁶²¹ Siehe dazu die Begründung zu Art. 9 Nr. 5 MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 56; kritisch zur Aufgabe der eigenkapitalersetzenden Funktion *Hommelhoff*, GmbH-Reform, 115 (125 ff.).

⁶²² Art. 3 Nr. 12 a), 13 MoMiG, BGBl. I 2008, 2026 (2033 f.).

⁶²³ *Stodolkowitz/Bergmann* in: MüKo InsO, § 135 Rdnr. 124; für eine analoge Anwendung des § 129a HGB a.F. auf eine GbR ohne natürliche Personen als persönlich haftende Gesellschafter vgl. nunmehr *BGH* NZI 2009, 338.

⁶²⁴ Vgl. *Stodolkowitz/Bergmann* in: MüKo InsO, § 135 Rdnr. 122, 124 mit Nachweisen für eine analoge Anwendbarkeit der entsprechenden insolvenzrechtlichen Regelungen auf gesetzestypische Personenhandels-gesellschaften; vgl. auch *Haas* in: Gottwald, § 94 Rdnr. 56 ff.

Aufhebung des § 32a GmbHG im Zuge der Einführung des MoMiG bleibt es folglich dabei, dass Gesellschafterdarlehen bei sämtlichen Handelsgesellschaften ohne natürliche Personen als persönlich haftende Gesellschafter gemäß § 39 InsO als nachrangige Insolvenzforderungen zu qualifizieren sind.

Über die Einordnung eigenkapitalersetzender Darlehen als nachrangige Insolvenzforderungen nach den gesellschaftsrechtlichen Regelungen hinaus, ordnet § 39 Abs. 1 InsO zudem an, dass nicht nur die nicht nachrangigen, sondern auch sämtliche sonstige als nachrangig eingeordnete Insolvenzforderungen vor Gesellschafterdarlehen zu befriedigen sind. Sowohl § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO als auch § 32a GmbHG in seiner letzten Fassung traten mit der Einführung der Insolvenzordnung zum 01.01.1999 in Kraft. Nach der bis zum 31.12.1998 geltenden Rechtslage konnte ein Gesellschafter Rückgewähransprüche aus kapitalersetzenden Darlehen im Konkurs- oder Vergleichsverfahren über das Gesellschaftsvermögen nach § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. (i.V.m. §§ 129a, 172a HGB a.F.) dagegen überhaupt nicht, also auch nicht als nachrangig geltend machen⁶²⁵. Die in das Insolvenzverfahren integrierte Vollabwicklung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung lässt sich nach teilweise vertretener Ansicht deshalb an der Änderung des § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. zum 01.01.1999 bzw. allgemein für Handelsgesellschaften an der Einführung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO erkennen, weil hierdurch keineswegs eine Besserstellung der Gläubiger kapitalersetzender Darlehen bezweckt worden sei. Die Gesetzesänderung trage vielmehr der Tatsache Rechnung, dass Handelsgesellschaften mit Abschluss des Insolvenzverfahrens vollbeendet werden sollten, weshalb sämtliche Verbindlichkeiten – und damit auch die Rückforderungsansprüche der Gläubiger von Gesellschafterdarlehen – vor Verteilung der Liquidationsquoten an die Gesellschafter, Aktionäre und Genossen nach § 199 Satz 2 InsO zu erfüllen seien und folglich – wenn auch nachrangig – innerhalb des Insolvenzverfahrens berücksichtigt werden müssten⁶²⁶.

⁶²⁵ Zu beachten ist, dass nachrangige Forderungen im Sinn des § 39 InsO unter Geltung der Konkursordnung nicht existierten. Die Geltendmachung der meisten der jetzt in § 39 Abs. 1 InsO aufgeführten Forderungen war gemäß § 63 KO im Konkursverfahren gänzlich ausgeschlossen.

⁶²⁶ Vgl. *Hirte* in: Uhlenbruck, § 39 Rdnr. 32; *K. Schmidt*, GmbHR 1999, 9 (11 f.).

d. § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG bzw. § 141a Abs. 1 Satz 2 FGG a.F.

Darüber hinaus zeigt nach den Vertretern einer in das Insolvenzverfahren integrierten Vollabwicklung von Handelsgesellschaften auch § 141a Abs. 1 Satz 2 FGG a.F. bzw. die an dessen Stelle getretene Nachfolgeregelung des § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG, dass eine gesellschaftsrechtliche Liquidation im Anschluss an das Insolvenzverfahren vermieden werden sollte⁶²⁷. Dort ist geregelt, dass eine AG, KGaA, GmbH oder eG von Amts wegen im Handels- bzw. Genossenschaftsregister zu löschen ist, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft durchgeführt wurde und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Gesellschaft noch Vermögen besitzt⁶²⁸. Gleiches gilt nach § 394 Abs. 4 FamFG auch für oHG und KG, wenn kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist⁶²⁹. § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG wird daher auch regelmäßig in den soeben erwähnten Fällen der Überschussverteilung nach § 199 Satz 2 InsO zur Anwendung gelangen, da durch die Überschussverteilung eine Liquidation und Vermögensverteilung nach den einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Regelungen vermieden wird und daher nach der Verteilung regelmäßig⁶³⁰ keine weiteren Vermögenswerte der Gesellschaft vorhanden sind. Neben der Ermöglichung der Registerlöschung als weiterer konstitutiver Vollbeendigungsvoraussetzung spricht für das Verständnis des § 394 FamFG bzw. das Verständnis der Vorgängernorm des § 141a FGG a.F. als Ausdruck der gesetzgeberischen Intention der Vollliquidation im Insolvenzverfahren nach den eine verfahrensimmanente Vollliquidation befürwortenden Stimmen der Rechtsprechung und Literatur insbesondere der Regierungsentwurf zum Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung⁶³¹. Die Begründung zu Art. 22 RegE EG InsO, welcher die Einführung des § 141a FGG a.F. regelt⁶³² und dem in Kraft getretenen Art. 23 EGINsO entspricht, führt diesbezüglich aus:

„Es ist ein Ziel des neuen Insolvenzverfahrens, das Vermögen des Schuldners vollständig abzuwickeln. Bei Gesellschaften soll es vermieden werden, daß sich an die

⁶²⁷ OLG Karlsruhe Rpfleger 2003, 614 = DZWIR 2004, 123 (124); Haarmeyer/Wutzke/Förster, Kap. 1 Rdnr. 61; Haas in: Baumbach/Hueck, Anh. § 77 Rdnr. 12; Lüke, Kölner Schrift, 3. Aufl., 706 (735); H.-F. Müller, S. 13; derselbe in: Jaeger, § 35 Rdnr. 147; Pieper, S. 143; Purps/Schumann, VIZ 1999, 385 (387); K. Schmidt, GmbHR 1994, 829 (831).

⁶²⁸ Zur Wirkung des § 394 Abs. 1 FamFG vgl. Erster Teil I., S. 11

⁶²⁹ Zu weiteren Besonderheiten der Anwendung des § 394 Abs. 1 FamFG auf oHG und KG vgl. Erster Teil I., S. 11 insbesondere FN 38.

⁶³⁰ Ausnahmen können jedoch bei Annahme der Zulässigkeit der Freigabe durch diese, im Übrigen durch nachträglich aufgefundene Vermögenswerte eintreten.

⁶³¹ Vgl. OLG Karlsruhe Rpfleger 2003, 614 = DZWIR 2004, 123 (124); Bork, Rdnr. 135; Haarmeyer/Wutzke/Förster, Kap. 1 Rdnr. 61; Lüke, Kölner Schrift, 3. Aufl., 706 (735); H.-F. Müller in: Jaeger, § 35 Rdnr. 147; Pech, 68 f.; Pieper, S. 130 ff.; Purps/Schumann, VIZ 1999, 385 (387).

⁶³² BT-Drs. 12/3803, 19; vgl. auch zur Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestags, die weder die Regelung selbst noch die dazugehörige Begründung in den hier relevanten Punkten beanstandet hat BT-Drs. 12/7303, 24 f., 109.

*Liquidation im Insolvenzverfahren noch eine gesellschaftsrechtliche Liquidation anschließen muß. Eine Gesellschaft soll, sofern kein Sanierungsplan zustande kommt, im Insolvenzverfahren bis zur Lösungsreife abgewickelt werden; ein bei Verfahrensende etwa noch vorhandenes Restvermögen soll vom Insolvenzverwalter nach den Regeln des Gesellschaftsrechts an die am Schuldner beteiligten Personen verteilt werden (vgl. die §§ 1, 227 des Entwurfs der Insolvenzordnung). Auch für den Fall, daß im Insolvenzverfahren Masseunzulänglichkeit festgestellt wird, ist eine vollständige Verteilung der Insolvenzmasse durch den Insolvenzverwalter vorgesehen (§ 324 des Entwurfs der Insolvenzordnung). Nur wenn sich nach der Eröffnung des Verfahrens herausstellt, daß nicht einmal die Kosten des Verfahrens gedeckt werden können, wird das Verfahren ohne weitere Verwertungshandlungen mangels Masse eingestellt (§ 317 des Entwurfs der Insolvenzordnung). Auch die seltenen Fälle der Einstellung wegen Wegfalls des Eröffnungsgrundes oder mit Zustimmung der Gläubiger (§§ 325, 326 des Entwurfs der Insolvenzordnung) bilden Ausnahmen vom Grundsatz der vollständigen Verwertung des Schuldnervermögens im Insolvenzverfahren. In Zukunft kann damit im Regelfall davon ausgegangen werden, dass nach der Durchführung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Gesellschaft kein Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden ist. Es erscheint wünschenswert, für diesen Regelfall auch die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister sicherzustellen. Diesen Löschungsstatbestand sowie die weiteren bisher im Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften aufgeführten Löschungsstatbestände enthält der neue § 141a. (...)*⁶³³

Die Ersetzung des § 141a FGG a.F. durch § 394 FamFG beinhaltet keine Änderung des Regelungsgegenstandes und –zwecks des ehemaligen § 141a FGG a.F. In der Begründung zu § 394 RegE FamFG⁶³⁴ heißt es daher nur:

*„Die Vorschrift entspricht inhaltlich dem bisherigen § 141a FGG. In die Vorschrift integriert werden die entsprechenden Regelungen für die Genossenschaft (bisher § 147 Abs. 1 Satz 2 FGG).“*⁶³⁵

Aufgrund der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum FamFG⁶³⁶ wurde § 394 FamFG zwar geändert. Die Änderung umfasst allerdings im Wesentlichen nur die Einführung eines Antragsrechts der berufsständischen Organe hinsichtlich der

⁶³³ BT-Drs. 12/3803, 70.

⁶³⁴ BT-Drs. 16/6308, 1.

⁶³⁵ BT-Drs. 16/6308, 288.

⁶³⁶ BT-Drs. 16/9733, 1.

Löschung⁶³⁷, weshalb für die zentrale Konzeption der Regelung weiterhin die Begründung zu § 141a FGG a.F. aktuell ist.

e. Bezugnahmen auf die bereits zur Konkursordnung bestehenden Argumente

Schließlich nehmen die Anhänger einer verfahrensimmanenten Vollabwicklung auch weiterhin auf die bereits zur Konkursordnung vorgetragenen Argumente Bezug. Im Gegensatz zu natürlichen Personen besäßen Handelsgesellschaften keine individuelle Existenzberechtigung, die eine verfahrensfreie Vermögensmasse neben der Insolvenzmasse erfordern würde⁶³⁸. Zur Verwirklichung der Vollliquidation innerhalb des Insolvenzverfahrens sei vielmehr eine Abwicklung des gesamten Gesellschaftsvermögens innerhalb des Insolvenzverfahrens nötig, so dass es verfahrensfreies Vermögen nicht gebe⁶³⁹. Die vollständige Abwicklung innerhalb des Insolvenzverfahrens sei auch aus Gründen des Schutzes des Rechtsverkehrs vor der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit vermögenslosen Gesellschaften im öffentlichen Interesse geboten⁶⁴⁰. Würde man die Vollliquidation nämlich einem gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahren im Anschluss an das Insolvenzverfahren überlassen, wäre die Durchführung des Liquidationsverfahrens wegen fehlenden Interesses der Liquidatoren an einer ordnungsgemäßen Abwicklung insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Gesellschaftsvermögen im Insolvenzverfahren bereits verwertet ist und daher keine Mittel für die ebenfalls mit Kosten verbundene Liquidation zur Verfügung stehen, gefährdet⁶⁴¹. Der Insolvenzverwalter sei daher als obligatorischer Fremdliquidator anzusehen⁶⁴².

2. Argumente gegen eine verfahrensimmanente Pflicht zur Vollliquidation unter Geltung der InsO

Auch diejenigen Stimmen, die sich gegen die Verwirklichung einer Vollliquidationspflicht im Insolvenzverfahren wenden, stützen sich wie bereits erwähnt in erster Linie auf das Gesetzgebungsverfahren und ziehen aus der Streichung des § 1 Abs. 2 Satz 3 RegE InsO den Schluss, eine Vollliquidation von Handelsgesellschaften sollte auf-

⁶³⁷ BT-Drs. 16/9733, 147.

⁶³⁸ Pech, S. 66 ff.; vgl. auch H.-F. Müller, S. 16.

⁶³⁹ H.-F. Müller, S. 29.

⁶⁴⁰ H.-F. Müller, S. 22 f.; Pech, S. 69.

⁶⁴¹ H.-F. Müller in: Jaeger, § 35 Rdnr. 148; Pech, S. 69 f.; im Hinblick auf die Aufbewahrungspflicht hinsichtlich der Bücher und Papiere der Gesellschaft (vgl. Erster Teil III. 9., S. 63 f.) auch H.-F. Müller, S. 22 f.

⁶⁴² K. Schmidt, ZIP 2000, 1913 (1917).

grund der Kürzung gerade nicht Bestandteil des Insolvenzverfahrens werden. Daneben werden jedoch ebenso wie bei der Gegenansicht die bereits unter Geltung der Konkursordnung bestehenden Argumente beibehalten und im Hinblick auf die in Kraft getretene Insolvenzordnung angepasst und erweitert.

a. §§ 32 Abs. 3, 85 Abs. 2, 80 Abs. 1 InsO

Das unter Geltung der Insolvenzordnung neben der Streichung des § 1 Abs. 2 Satz 3 InsO wohl am häufigsten vorgetragene Argument gegen eine verfahrensimmanente Vollliquidation ist die Verwirklichung des Rechts des Insolvenzverwalters zur Freigabe von Massegegenständen in der Insolvenzordnung. Wie bereits erwähnt, führt die Freigabe zum Ausscheiden des freigegebenen Gegenstandes aus der Insolvenzmasse⁶⁴³. Damit würde neben der Insolvenzmasse eine weitere, gem. § 80 Abs. 1 InsO nicht der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters unterliegende Vermögensmasse geschaffen, deren Abwicklung dem Insolvenzverwalter verwehrt ist⁶⁴⁴. Eine vollständige Abwicklung des Schuldnervermögens wäre daher innerhalb des Insolvenzverfahrens nur bei einem Ausschluss des Freigaberechts durchführbar. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Freigabe kann nach den einer verfahrensimmanenten Vollliquidation entgegretretenden Stimmen allerdings aus § 32 Abs. 3 InsO gefolgert werden, wonach das Insolvenzgericht auf Antrag das Grundbuchamt um Löschung der Eintragung der Verfahrenseröffnung nach § 32 Abs. 1 InsO zu ersuchen hat, wenn der Insolvenzverwalter das Grundstück oder das eingetragene Recht freigibt⁶⁴⁵. Eine Unterscheidung zwischen natürlichen und juristischen Personen hinsichtlich der Freigabe erfolge gerade nicht⁶⁴⁶.

⁶⁴³ Vgl. *RGZ* 60, 108 (109); *RGZ* 79, 27 (29); *Hirte* in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 71; *Jaeger*, KO, 3. u. 4. Aufl. (1913), § 6 Anm. 44; *Pape*, ZIP 1991, 1544 (1546); *Windel* in: Jaeger, § 80 Rdnr. 31, 34; ausführlich zu den Wirkungen der Freigabe, *Vierter Teil II. 2.*, S. 233 ff.

⁶⁴⁴ Nach teilweise vertretener Auffassung soll allerdings die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters auf das massefreie Vermögen erweitert werden, vgl. *Breutigam* in: BK InsO, § 35 Rdnr. 110; siehe auch vgl. *Lüke* in: Kübler/Prütting, § 80 Rdnr. 93. Zur Auseinandersetzung mit dieser Ansicht siehe *Dritter Teil IV. 3. b. bb. aaa.*, S. 139 ff.

⁶⁴⁵ *OLG Naumburg* NZI 2000, 322 = ZIP 2000, 976; *Breutigam* in: BK InsO, § 35 Rdnr. 110; *Hüffer*, § 264 Rdnr. 7; *Johlke/Schröder*, EWiR 2003, 1095 (1096); *Kleine/Flöther*, NJW 2000, 405 (406); *Lüdte* in: *Hamburger Kommentar*, § 35 Rdnr. 64; *Lwowski/Tetzlaff*, NZI 2004, 225 (229); *Maus*, ZIP 2004, 389 (393); *Mitlehner*, ZIP 2000, 977 (978); vgl. auch *Smid* in: *Smid*, § 80 Rdnr. 35.

⁶⁴⁶ *OLG Naumburg* NZI 2000, 322 = ZIP 2000, 976; *Brandenburgisches OLG* ZInsO 2002, 672 (673); *Breutigam* in: BK InsO, § 35 Rdnr. 110; *Foerste*, Rdnr. 173, 175; *Johlke/Schröder*, EWiR 2003, 1095 (1096); *Lüke* in: Kübler/Prütting, § 80 Rdnr. 9; *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 69; *Pape/W. Uhlenbruck*, Insolvenzrecht, Rdnr. 494; vgl. auch *Henssler*, ZInsO 1999, 121 (127); *Pape*, ZInsO 2004, 237 (251); *Seidel/Flitsch*, DZWIR 2004, 125 (127).

Außerdem ergebe sich die Zulässigkeit der Freigabe – und damit gerade kein Zwang zur Vollliquidation insolventer Handelsgesellschaften im Insolvenzverfahren – aus § 85 Abs. 2 InsO, wonach der Schuldner oder die andere Prozesspartei einen zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens anhängigen Aktivprozess aufnehmen kann, wenn der Insolvenzverwalter die Aufnahme ablehnt⁶⁴⁷. Auch die Ablehnung der Aufnahme eines Aktivprozesses nach § 85 Abs. 2 InsO hat nach herrschender Ansicht Freibewirkung, sofern sie vorbehaltlos erklärt wird, da der Schuldner die gesetzliche Prozessführungsbefugnis nur dann zurückerhält, wenn der Streitgegenstand als Bestandteil der Masse ausscheidet⁶⁴⁸. Zwischen natürlichen Personen und sonstigen Schuldnern werde jedoch auch im Rahmen des § 85 Abs. 2 InsO nicht unterschieden⁶⁴⁹. Die durch die gesetzliche Regelung zum Ausdruck kommende Zulässigkeit der Freigabe sei zur Ermöglichung einer effektiven Gesamtvollstreckung im Übrigen auch unerlässlich⁶⁵⁰.

b. § 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 InsO

Daneben wird auch die Regelung des § 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 InsO gegen eine Pflicht zur Vollliquidation von Handelsgesellschaften im Insolvenzverfahren angeführt. Dort ist geregelt, dass der Termin zur Schlussverteilung unter anderem der Entscheidung der Gläubiger über nicht verwertbare Gegenstände dient. Regelmäßig und jedenfalls häufig wird hinsichtlich derartiger Gegenstände nur eine Freigabe an den Insolvenzschuldner in Betracht kommen⁶⁵¹. Die Existenz des § 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 InsO setze daher die Existenz eines Freigaberechts voraus und spreche folglich gegen eine Vollbeendigung von Handelsgesellschaften im Insolvenzverfahren⁶⁵². An dieser

⁶⁴⁷ *Breutigam* in: BK InsO, § 35 Rdnr. 110; *Lüke* in: Kübler/Prütting, § 85 Rdnr. 69; *Pape/Voigt*, WiB 1995, 618 (620); *Pape*, WiPra 1996, 242 (243); *Pape/Uhlenbruck*, Insolvenzrecht Rdnr. 578.

⁶⁴⁸ *BGHZ* 163, 32 (36) = NJW 2005, 2015 (2016); *BGH* NJW-RR 2007, 845 (847); *Lüke* in: Kübler/Prütting, § 85 Rdnr. 69; *Pieper*, S. 21; *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 85 Rdnr. 94; die Erklärung, einen Passivprozess nicht aufnehmen zu wollen, stellt dagegen regelmäßig keine Freigabe dar, da der im Streit befindliche Anspruch nicht in die Masse fällt sondern gegen diese gerichtet ist, vgl. *BGH* NJW-RR 2007, 845 (847).

⁶⁴⁹ *Breutigam* in: BK InsO, § 35 Rdnr. 110; *Pape/Voigt*, WiB 1995, 618 (620); *Schumacher* in: MüKo InsO, § 85 Rdnr. 28.

⁶⁵⁰ *Hüffer*, § 264 Rdnr. 7; vgl. auch *Lüdtk*e in: Hamburger Kommentar, § 35 Rdnr. 64; *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 113 f.

⁶⁵¹ *Pape*, WiPra 1996, 242 (zur Vorgängernorm des § 162 Abs. 1 KO); vgl. auch *Füchsl/Weishäupl* in: MüKo InsO, § 197 Rdnr. 7; *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 197 Rdnr. 14 sowie *Kilger/K. Schmidt*, InsG, § 162 KO Anm. 1)c), wobei letztere neben einer auf Freigabe gerichteten Beschlussfassung auch die – teilweise als bedenklich angesehene – Übertragung der kaum oder schwer verwertbaren Massegegenstände an einen Treuhänder mit der Befugnis, die Gegenstände nach Möglichkeit zu verwerten und den Erlös an die Gläubiger auszukehren, die Anweisung, die entsprechenden Gegenstände einzelnen Gläubigern zum Kauf anzubieten, oder die Aufforderung der Vornahme eines weiteren Veräußerungsversuchs nennen.

⁶⁵² *Foerste*, Rdnr. 175; *Gutsche*, Rdnr. 141 ff.; *Pape* in: Kübler/Prütting, § 15 Rdnr. 19; vgl. hierzu sowie zur Vorgängernorm des § 162 Abs. 1 KO bereits *Pape*, WiPra 1996, 242 f.

Stelle wird auch ein von *Henckel* bereits unter Geltung der Konkursordnung gegen die Unzulässigkeit der Freigabe ins Feld geführtes Argument relevant, dass das im Vordergrund der Insolvenzabwicklung stehende Gläubigerinteresse die Erstreckung der Masseverwaltung auf Gegenstände, deren Verwertung nicht oder jedenfalls nicht zum Vorteil der Masse möglich ist, verbiete⁶⁵³.

c. § 184 Abs. 1 InsO

Die fehlende Verwirklichung der Vollarbeitungspflicht im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften zeigt sich nach *Pape* darüber hinaus an § 184 Abs. 1 InsO⁶⁵⁴. Danach kann, soweit der Schuldner im Prüfungstermin bzw. im schriftlichen Verfahren eine angemeldete Forderung bestritten hat, der Gläubiger der angemeldeten Forderung Klage auf Feststellung der Forderung gegen den Schuldner erheben bzw. einen zum Zeitpunkt der Insolvenzverfahrenseröffnung anhängigen Rechtsstreit über die Forderung aufnehmen. Der nach § 178 Abs. 1 Satz 2 InsO zulässige Widerspruch des Schuldners gegen angemeldete Forderungen hindert zwar im Gegensatz zu Widersprüchen des Insolvenzverwalters oder von Insolvenzgläubigern die Feststellung der Forderung nicht⁶⁵⁵, so dass die in die Tabelle eingetragene Gläubigerforderung⁶⁵⁶ nach § 178 Abs. 3 InsO hinsichtlich des Betrages und Ranges der festgestellten Forderung trotz des Schuldnerwiderspruchs wie ein rechtskräftiges Urteil gegenüber dem Insolvenzverwalter sowie den übrigen Insolvenzgläubigern wirkt und in späteren Verteilungsverfahren ebenso wie sämtliche sonstige Gläubigerforderungen zu berücksichtigen ist⁶⁵⁷. Allerdings kann aus der nach § 178 Abs. 2 InsO erfolgten Tabelleneintragung der trotz Schuldnerwiderspruchs festgestellten Forderung nur dann gemäß § 201 Abs. 2 InsO nach Aufhebung oder Einstellung (vgl. § 215 Abs. 2 Satz 2 InsO) des Insolvenzverfahrens wie aus einem rechtskräftigen Urteil⁶⁵⁸ die Zwangs-

⁶⁵³ *Henckel*, ZIP 1991, 133 (135); vgl. auch *Hüffer*, § 264 Rdnr. 7; *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 114; *Schumacher* in: FK InsO, § 35 Rdnr. 12.

⁶⁵⁴ *Pape*, WiPra 1996, 258 (261); da § 184 Abs. 2 InsO erst durch Art. 1 Nr. 23 des Gesetzes zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 13. April 2007, BGBl. I, S. 509 eingefügt wurde, beziehen sich die Ausführungen *Papes* pauschal auf § 184 InsO.

⁶⁵⁵ Eine Ausnahme besteht jedoch gem. § 283 Abs. 1 Satz 2 InsO bei der Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO, bei welcher der Widerspruch des Schuldners wie derjenige des Insolvenzverwalters nach § 178 Abs. 1 Satz 1 InsO wirkt, vgl. *Sinz* in: UHlenbruck, § 184 Rdnr. 2.

⁶⁵⁶ Ob erst die Eintragung der Forderung Urteilswirkung entfaltet – so die überzeugende h.M. – oder bereits das Nichtbestreiten der Forderung im Prüfungstermin, ist streitig. Vgl. dazu *Schumacher* in: MüKo InsO, § 178 Rdnr. 56.

⁶⁵⁷ Vgl. *Schumacher* in: MüKo InsO, § 178 Rdnr. 59.

⁶⁵⁸ Der Wortlaut des § 201 Abs. 2 InsO, wonach die Zwangsvollstreckung aus dem Tabelleneintrag wie aus einem „vollstreckbaren Urteil“ möglich sein soll, ist insofern ungenau. Da vollstreckbare Titel auch eine Vollstreckungsklausel enthalten müssen, die Insolvenzordnung allerdings keine Sonderregelung zu §§ 724 ff. ZPO getroffen hat, sondern nach der Begründung des Gesetzgebers die Regelung des § 164 Abs. 2 KO übernommen werden sollte (vgl. Begründung zu § 229 RegE InsO, BT-Drs. 12/2443, S. 187), bedarf es vor

vollstreckung betrieben werden, wenn der Widerspruch durch Klage nach § 184 Abs. 1 InsO beseitigt wurde. Da die Klage gegen den Widerspruch nach § 184 Abs. 1 InsO nicht auf natürliche Personen beschränkt ist, müsste diese auch im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften zulässig sein. Bestünde aber eine verfahrensimmanente Pflicht zur Vollabwicklung, wäre die Zulässigkeit einer derartigen Klage sinnlos, da eine Aufhebung des Insolvenzverfahrens zwingend mit der Vollliquidation des Schuldners bis hin zur Lösungsreife einhergehen würde, weshalb eine anschließende Zwangsvollstreckung von vornherein ausscheidet⁶⁵⁹.

d. § 201 Abs. 1 InsO

In die gleiche Richtung zielt der Verweis auf § 201 Abs. 1 InsO⁶⁶⁰, wonach die Insolvenzgläubiger nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens gemäß § 200 InsO ihre restlichen Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt geltend machen können. Dieses unbeschränkte Nachforderungsrecht der Gläubiger liefe leer, wenn der Insolvenzschuldner im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften mit Aufhebung des Verfahrens vollbeendet oder jedenfalls bis zur Lösungsreife abgewickelt würde. Der Gesetzgeber gehe daher in § 201 Abs. 1 InsO davon aus, dass das Insolvenzverfahren nicht zu einer Vollbeendigung von Handelsgesellschaften führe⁶⁶¹.

e. Sonstige Argumente

Des Weiteren wird gegen eine Verdrängung der gesellschaftsrechtlichen Liquidation durch die insolvenzrechtliche Abwicklung eingewandt, dass eine derartige Ausweitung des Pflichtenkreises des Insolvenzverwalters über die Haftungsrealisierung der Gesamtvollstreckung hinausgehe, indem die Erfüllung nichtvermögensrechtlicher Pflichten des Schuldners dem Insolvenzverwalter auferlegt würde. Dies sei jedoch ein „*systemwidriger Fremdkörper*“ im Insolvenzrecht⁶⁶². Im Übrigen wäre eine derartige Ausweitung des Pflichtenkreises des Insolvenzverwalters auch gegenüber dem Schuldner nicht gerechtfertigt, da zwar der Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis grundsätzlich mit der Befriedigung der Gläubiger gerechtfertigt werden

der Vollstreckung der Erteilung einer Klausel. Der Tabelleneintrag hat daher lediglich die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils. Vgl. dazu *Hintzen* in: MüKo InsO, § 201 Rdnr. 27; *Holzer*, NZI 1999, 44 (46).

⁶⁵⁹ Vgl. *Pape*, WiPra 1996, 258 (261).

⁶⁶⁰ *Seidel/Flitsch*, DZWIR 2004, 125 (126).

⁶⁶¹ *Seidel/Flitsch*, DZWIR 2004, 125 (126).

⁶⁶² *Rigol*, BGHReport 2005, 1080.

könne, eine Verdrängung des Schuldners über diesen Bereich hinaus allerdings nicht erforderlich sei⁶⁶³.

Gegen die Einbeziehung der Vollliquidation in das Insolvenzverfahren unter Geltung der InsO werden schließlich auch bereits unter Geltung der Konkursordnung bestehende Einwände erhoben. Es sei nicht verständlich, weshalb die Insolvenzmasse mit den Kosten der Verwertung von Gegenständen, die an sich erst im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Liquidation zu verwerten wären, belastet werden solle⁶⁶⁴. Solange nicht geklärt sei, inwieweit die Belastung der Insolvenzgläubiger mit derartigen Kosten gerechtfertigt ist, könne vom Insolvenzverwalter die Durchführung der Vollliquidation nicht verlangt werden, da dieser ansonsten dem Vorwurf ausgesetzt wäre, durch die zusätzlich anfallenden Kosten schuldhaft die Masse verkürzt zu haben⁶⁶⁵.

3. Zusammenfassung

Durch die Einführung der Insolvenzordnung hat sich der Streit darüber, ob eine Vollbeendigung von Handelsgesellschaften Bestandteil oder gar Zweck des Verfahrens geworden ist, nicht erledigt. § 1 Abs. 2 Satz 3 RegE InsO, welcher eine eindeutige Klärung der Rechtslage herbeigeführt hätte, wurde im Gesetzgebungsverfahren gestrichen. Sowohl die Anhänger als auch die Gegner einer verfahrensimmanenten Liquidation berufen sich neben den Besonderheiten des Gesetzgebungsverfahrens nun auf bestimmte Normen der in Kraft getretenen Insolvenzordnung und damit verbundener Gesetze, um die jeweilige Ansicht zu untermauern. Für eine in das Insolvenzverfahren integrierte Vollabwicklung sind dies insbesondere §§ 199 Satz 2 InsO, 35 Abs. 1 InsO, 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG bzw. 141 Abs. 1 Satz 2 FGG a.F. sowie §§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, 32a GmbHG a.F. Demgegenüber beruft sich die Gegenansicht auf das Freigaberecht des Insolvenzverwalters im Sinn der §§ 32 Abs. 3, 85 Abs. 2, 80 Abs. 1 InsO sowie auf die §§ 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3, 184, 201 Abs. 1 InsO. Inwiefern diese Normen tatsächlich eine vorhandene oder fehlende Verwirklichung der verfahrensimmanenten Vollliquidation dokumentieren, welche Schlüsse aus dem Gesetzgebungsverfahren zu ziehen sind und ob die Vollabwicklung Bestandteil oder sogar Zweck des Insolvenzverfahrens wurde, ist daher im Folgenden zu untersuchen.

⁶⁶³ Rigol, BGHReport 2005, 1080.

⁶⁶⁴ Lüke in: Kübler/Prütting, § 80 Rdnr. 9; Pape in: Hess/Pape, InsO, Rdnr. 269; Rigol, BGHReport 2005, 1080; Sonnen/Tetzlaff, wistra 1999, 1 (5); vgl. im Hinblick auf das Risiko der Prozessführung auch Henssler, Kölner Schrift, 3. Aufl., 990 (1016).

⁶⁶⁵ Pape in: Hess/Pape, InsO, Rdnr. 269.

IV. STELLUNGNAHME

Bevor auf die zentrale Frage der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften im Insolvenzverfahren eingegangen wird, ist zunächst zu klären, ob das Verhältnis von Insolvenzverfahren und gesellschaftsrechtlicher Liquidation eine Vollabwicklung innerhalb des Insolvenzverfahrens in der Weise ermöglicht, dass ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren neben oder im Anschluss an das Insolvenzverfahren entbehrlich ist. Daraufhin soll dargestellt werden, welche Rahmenbedingungen vorliegen müssen, damit die Vollabwicklung einer Handelsgesellschaft im Insolvenzverfahren überhaupt möglich ist. Erst im Anschluss daran soll sich die Untersuchung der zentralen Frage zuwenden, ob eine Vollabwicklung von Handelsgesellschaften unter Geltung der InsO zwingender Bestandteil des Insolvenzverfahrens geworden ist.

1. Entbehrlichkeit der gesellschaftsrechtlichen Liquidation neben dem Insolvenzverfahren

Auch wenn weiterhin umstritten ist, ob eine Vollabwicklung von Handelsgesellschaften im Insolvenzverfahren erfolgen muss, besteht insoweit Einigkeit, dass eine Vollliquidation innerhalb des Insolvenzverfahrens erfolgen kann und damit die Durchführung eines gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahrens nach oder neben⁶⁶⁶ dem Insolvenzverfahren entbehrlich wird. Auf die Durchführung eines gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahrens kann jedenfalls immer dann verzichtet werden, wenn dessen Ziele vollständig im Insolvenzverfahren verwirklicht werden. Sofern im Insolvenzverfahren das gesamte Gesellschaftsvermögen verwertet und zur Befriedigung der Gläubiger verteilt wird und darüber hinaus auch kein weiterer nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf existiert, steht auch ohne gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren der Löschung der insolventen Gesellschaft und damit ihrer Vollbeendigung nichts mehr im Wege. Daher ordnet auch § 394 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 FamFG an, dass Gesellschaften, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren durchgeführt ist und bei denen keine Anhaltspunkte für weiteres Vermögen vorliegen, von Amts wegen zu löschen sind. Im Gegensatz zu § 394 Abs. 1 Satz 1 FamFG, der dem Registergericht bei der Löschung einer vermögenslosen Gesellschaft einen Ermessensspielraum einräumt⁶⁶⁷, besteht bei Vermögenslosigkeit nach Durchführung des Insolvenzverfahrens

⁶⁶⁶ Für die Zulässigkeit eines Liquidationsverfahrens neben dem Insolvenzverfahren bei Bestehen verfahrensfreien Vermögens: *Hüffer* in: MüKo AktG, § 264 Rdnr. 36; vgl. auch schon *Henckel* in: Jaeger, KO, 9. Aufl. (1997), § 6 Rdnr. 18, *Kalter*, KTS 1975, 1 (12); *Schilling* in: Staub (1970), § 145 Rdnr. 6.

⁶⁶⁷ Siehe Zweiter Teil, VI. 7. b., S. 86 f. m.w.N.

gemäß § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG eine Pflicht zur Löschung⁶⁶⁸. Die „Durchführung“ des Insolvenzverfahrens im Sinn des § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG erfordert dabei keine Verfahrensaufhebung nach § 200 InsO, sondern liegt bereits dann vor, wenn die Schlussverteilung nach § 196 InsO erfolgt ist⁶⁶⁹. Auch bei der Einstellung des Insolvenzverfahrens nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit wird man dementsprechend für die Durchführung im Sinn des § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG nicht die Einstellung selbst, sondern lediglich die nach § 211 Abs. 1 InsO zuvor notwendige Masseverteilung nach Maßgabe des § 209 InsO voraussetzen müssen. Dass die Gesellschaft tatsächlich vermögenslos ist, bedarf nach Durchführung des Insolvenzverfahrens keiner eingehenden Prüfung mehr, sondern wird, da die Vermögenslosigkeit in diesem Fall in der Praxis die Regel ist, vermutet⁶⁷⁰. Mit dem Abschluss des Insolvenzverfahrens und der anschließenden Registerlöschung ist die Gesellschaft daher – von den Fällen abgesehen, in denen weiterhin Gesellschaftsvermögen oder sonstiger Abwicklungsbedarf besteht – vollbeendet und scheidet aus dem Rechtsleben aus, so dass potenzielle Vertragspartner vor der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen zur Gesellschaft und damit verbundenen möglichen Schäden geschützt sind⁶⁷¹. Wenn bereits sämtlicher Abwicklungsbedarf innerhalb des Insolvenzverfahrens gedeckt wurde, hätte ein Liquidationsverfahren neben oder im Anschluss an das Insolvenzverfahren keine weitergehende Funktion mehr und ist daher überflüssig. Da das Registergericht allerdings den genauen Zeitpunkt der Schluss- bzw. Masseverteilung üblicherweise nicht kennt und das Insolvenzgericht nach den gesetzlichen Vorschriften erst die Aufhebung des Insolvenzverfahrens gemäß §§ 200 Abs. 2 Satz 2, 31 InsO bzw. die Verfahrenseinstellung nach §§ 215 Abs. 1 Satz 3, 200 Abs. 2 Satz 2, 31 InsO an das Registergericht übermittelt, wird die Löschung jedenfalls bei Ablehnung einer Pflicht zur verfahrensimmanenten Vollabwicklung⁶⁷² regelmäßig erst nach der Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens erfolgen. Zwischen der Beendigung des Insolvenzverfahrens und der Registerlöschung unterliegen Handelsgesellschaften daher wegen des Fortbestehens des Auflösungsgrundes der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in aller Regel den jeweils

⁶⁶⁸ Siehe Zweiter Teil, VI. 7. b., S. 86 f. m.w.N.

⁶⁶⁹ Vgl. zur Vorgängernorm des § 141a FGG *Hüffer*, Anh § 262 Rdnr. 6; *derselbe* in: *MüKo AktG*, Anh § 262 Rdnr. 6.

⁶⁷⁰ Vgl. *Haas* in: *Baumbach/Hueck*, Anh nach § 77 Rdnr. 13; *Hüffer*, Anh § 262 Rdnr. 8; *Steder* in: *Jansen*, § 141a Rdnr. 27; dagegen besteht keine Vermutung für die Vermögenslosigkeit, wenn die Einstellung des Insolvenzverfahrens nach §§ 207, 212, 213 InsO erfolgt, vgl. *Steder* in: *Jansen*, § 141a Rdnr. 28.

⁶⁷¹ Dies ist auch der Zweck des § 394 FamFG bzw. dessen Vorgängernorm des § 141a FGG, vgl. *BayObLG* NJW-RR 1999, 1054; zur Vorgängernorm des § 2 LösChG bereits Amtliche Erläuterungen zum Löschungsgesetz, Reichsanzeiger 1934, Nr. 243, abgedruckt in: *Crisolli/Groschuff/Kaemmel*, S. 141 (142); *BayObLG* NJW-RR 1995, 612 (613); *Müther*, Rpfleger 1999, 10 (11); *K. Schmidt*, GmbHR 1994, 829 (830); *Vallender*, NZG 1998, 249 (250).

⁶⁷² Zu den Auswirkungen des Vollabwicklungszwecks auf den Zeitpunkt der Registerlöschung vgl. *Vierter Teil* I. 2., S. 182 ff.

einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Liquidationsregelungen⁶⁷³. Dennoch ist in diesem Fall aber kein – unter diesen Umständen funktionsloses – gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren einzuleiten oder durchzuführen⁶⁷⁴.

Dass ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren neben oder nach dem Insolvenzverfahren nicht zwingend ist, steht auch im Einklang mit den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften, die eine gesellschaftsrechtliche Abwicklung nur in den Fällen vorschreiben, in denen die Auflösung nicht auf der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Handelsgesellschaft beruht (§§ 145 Abs. 1 HGB [für die KG i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB], 66 Abs. 1 GmbHG, 264 Abs. 1 AktG [für die KGaA i.V.m. § 278 Abs. 3 AktG]). Gleiches gilt für die eG, auch wenn keine ausdrückliche Regelung im GenG besteht⁶⁷⁵. Es kann also festgehalten werden, dass ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren im Anschluss an das oder neben dem Insolvenzverfahren immer dann entbehrlich ist, wenn sämtlicher Abwicklungsbedarf innerhalb des Insolvenzverfahrens gedeckt wird. Da nach Durchführung des Insolvenzverfahrens in aller Regel kein Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden ist⁶⁷⁶ und in den meisten Fällen auch kein weiterer Abwicklungsbedarf besteht, wird die insolvente Handelsgesellschaft regelmäßig im Anschluss an die Aufhebung des Insolvenzverfahrens gelöscht⁶⁷⁷ und damit vollbeendet, ohne dass es eines gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahrens bedürfte⁶⁷⁸.

2. Rahmenbedingungen einer Vollabwicklung im Insolvenzverfahren

Das Insolvenzverfahren ersetzt die gesellschaftsrechtliche Liquidation somit gänzlich, wenn eine vollständige Abwicklung der insolventen Handelsgesellschaft innerhalb des Insolvenzverfahrens erfolgt. Ungeklärt ist aber bisher, welche Rahmenbedingungen für die Möglichkeit einer vollständigen Abwicklung im Insolvenzverfahren bestehen müssen, wann eine Vollliquidation im Insolvenzverfahren also überhaupt erfolgen kann.

⁶⁷³ Haarmeyer/Wutzke/Förster, Kap. 1 Rdnr. 62; Hirte, ZInsO 2000, 127 (133); Hüffer in: MüKo InsO, § 264 Rdnr. 84.

⁶⁷⁴ Vgl. Haarmeyer/Wutzke/Förster, Kap. 1 Rdnr. 62; Hirte, ZInsO 2000, 127 (133); derselbe in: Uhlenbruck, § 11 Rdnr. 149.

⁶⁷⁵ 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.

⁶⁷⁶ Haas in: Baumbach/Hueck, Anh nach § 77 Rdnr. 13; Hüffer, Anh § 262 Rdnr. 8.

⁶⁷⁷ Vgl. Smid in: Smid, § 80 Rdnr. 18.

⁶⁷⁸ Rigol, BGHReport 2005, 1080.

a. Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Damit die gesellschaftsrechtliche Liquidation hinter die insolvenzrechtliche Abwicklung zurücktritt, muss das Insolvenzverfahren zunächst eröffnet werden, vgl. §§ 145 Abs. 1 HGB (für die KG i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB), 66 Abs. 1 GmbHG, 264 Abs. 1 AktG (für die KGaA i.V.m. § 278 Abs. 3 AktG). Das bloße Vorliegen eines Eröffnungsgrundes kann die Notwendigkeit eines gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahrens noch nicht ausschließen⁶⁷⁹. Folglich kann eine Vollabwicklung im Insolvenzverfahren auch dann nicht erfolgen, wenn der Eröffnungsantrag gemäß § 26 InsO abgewiesen wird.

b. Keine Einstellung des Verfahrens ohne Verwertung und Verteilung der Masse

Doch selbst wenn das Insolvenzverfahren eröffnet wird, ermöglicht die Insolvenzzordnung nicht in allen Fällen eine Vollabwicklung des Schuldners. Wird das Insolvenzverfahren nämlich eingestellt, ohne dass die Insolvenzmasse vollständig verwertet und verteilt wurde, tritt wegen des weiterhin bestehenden Abwicklungsbedarfs keine Lösungsreife der insolventen Handelsgesellschaft ein, so dass auch keine Vollliquidation gegeben ist. Zum einen ist dies bei Einstellung mangels Masse nach § 207 InsO der Fall⁶⁸⁰. Nach dieser Norm stellt das Insolvenzgericht das Verfahren ein, wenn sich nach Eröffnung des Verfahrens herausstellt, dass die Insolvenzmasse zur Deckung der Verfahrenskosten nicht ausreicht und weder ein ausreichender Geldbetrag vorgeschossen wird noch die Verfahrenskosten gestundet werden. Zur Verwertung von Massegegenständen ist der Insolvenzverwalter dann gemäß § 207 Abs. 3 Satz 2 InsO nicht mehr verpflichtet⁶⁸¹. Zwar könnte man annehmen, dass der Insolvenzverwalter zur Verwertung von Massegegenständen dann ja immer noch berechtigt sei, so dass eine Vollabwicklung trotz Einstellung mangels Masse dennoch möglich wäre, allerdings

⁶⁷⁹ Allerdings besteht auch in der gesellschaftsrechtlichen Liquidation nach § 15a InsO die Pflicht, bei Vorliegen eines Eröffnungsgrundes Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen, vgl. Erster Teil III. 6. b. aa., S. 43 f.

⁶⁸⁰ Zu beachten ist, dass eine Einstellung des Verfahrens mangels Masse bei eingetragenen Genossenschaften nur dann in Betracht kommt, wenn eine Nachschusspflicht der Genossen gemäß § 105 GenG ausgeschlossen ist oder solche Nachschüsse nicht zu erlangen sind, vgl. *Pape* in: *Hefermehl* in: *MüKo InsO*, § 207 Rdnr. 51; *derselbe* in: *Kübler/Prütting*, § 207 Rdnr. 55.

⁶⁸¹ Grund hierfür ist, dass in Fällen der Einstellung mangels Masse die Verfahrenskosten und daher gemäß § 54 Nr. 2 InsO auch die Auslagen und Vergütungen des Insolvenzverwalters nicht mehr gedeckt sind, weshalb diesem der Aufwand der Verwertung nicht mehr zuzumuten ist, vgl. *Hefermehl* in: *MüKo InsO*, § 207 Rdnr. 62; vgl. auch zur Begründung des bereits wortgleichen § 317 Abs. 3 RegE InsO BT-Drs. 12/2443, 218; liegt dagegen Masseunzulänglichkeit vor, sind also die Verfahrenskosten, nicht aber die sonstigen Masseverbindlichkeiten gedeckt (vgl. § 208 Abs. 1 InsO), hat der Insolvenzverwalter die Masse nach § 208 Abs. 3 InsO weiterhin zu verwalten und zu verwerten. Die Einstellung des Verfahrens erfolgt im Fall der Masseunzulänglichkeit nach § 211 Abs. 1 InsO erst, wenn die Masse gemäß § 209 InsO verteilt ist.

besteht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters hinsichtlich der Masse nach § 215 Abs. 2 InsO lediglich bis zur Wirksamkeit der Einstellung des Verfahrens (vgl. § 9 Abs. 1 Satz 3 InsO) fort, so dass auch nur bis zu diesem Zeitpunkt die Abwicklung des Schuldners betrieben werden kann. Selbst in diesem kurzen Zeitraum dürfte das Betreiben der Vollabwicklung jedoch nur theoretisch relevant sein, da der Insolvenzverwalter eine weitere Verwertung lediglich insoweit durchführen wird, wie dadurch eine erhöhte Befriedigungsaussicht hinsichtlich seiner eigenen Auslagen und Vergütungsansprüche nach § 54 Nr. 2 InsO entstände.

Neben dem Fall der Einstellung mangels Masse nach § 207 InsO unterbleibt die vollständige Verwertung und Verteilung der Masse und damit die Vollabwicklung der insolventen Handelsgesellschaft auch bei der Einstellung auf Antrag des Schuldners wegen Wegfalls des Eröffnungsgrundes nach § 212 InsO, vgl. § 215 Abs. 2 InsO. In diesem Fall wird aber regelmäßig auch keine Abwicklung der Gesellschaft im Rahmen eines anschließenden gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahrens erfolgen⁶⁸², da der Auflösungsgrund entfallen und die Gesellschaft daher fortsetzungsfähig⁶⁸³ ist. Schließlich führt auch die Einstellung auf Antrag des Schuldners mit Zustimmung aller Gläubiger nach § 213 InsO dazu, dass eine vollständige Abwicklung der insolventen Handelsgesellschaft unterbleibt und der Schuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich der Masse gemäß § 215 Abs. 2 InsO mit der Verfahrenseinstellung zurückerhält⁶⁸⁴. Da das Insolvenzverfahren der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger dient, besteht für die Durchführung des Verfahrens dann kein Bedürfnis mehr, wenn sämtliche Gläubiger darauf verzichten⁶⁸⁵. In der Praxis ist die Einstellung mit Zustimmung aller Gläubiger jedoch äußerst selten und am ehesten dann vorstellbar, wenn die Abwicklung des Schuldnervermögens im Rahmen einer außergerichtlichen Schuldenregulierung gegenüber dem Insolvenzverfahren eine Verfahrensvereinfachung oder Zeitersparnis bietet⁶⁸⁶. Bei Handelsgesellschaften spielt die Einstellung nach § 213 InsO praktisch kaum eine Rolle.

c. Nachtragsverteilung bei unvollständiger Verwertung und Verteilung der Masse

In den vorstehend genannten Fällen der Einstellung des Insolvenzverfahrens ohne vollständige Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse unterbleibt also eine ver-

⁶⁸² K. Schmidt in: MüKo HGB, § 144 Rdnr. 3.

⁶⁸³ Siehe zur Fortsetzung Erster Teil IV., S. 64 ff.

⁶⁸⁴ Vgl. auch Begründung zu Art. 22 RegE EGInsO zur Einführung des § 141a FGG BT-Drs. 12/3803, 70.

⁶⁸⁵ Hefermehl in: MüKo InsO, § 213 Rdnr. 1.

⁶⁸⁶ Hefermehl in: MüKo InsO, § 213 Rdnr. 4.

fahrensimmanente Vollliquidation⁶⁸⁷. Die Vollabwicklung kann innerhalb des Insolvenzverfahrens nur durchgeführt werden, wenn das Verfahren entweder nach Vollzug der Schlussverteilung gemäß § 200 Abs. 1 InsO aufgehoben oder nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit und der dann noch gemäß § 211 Abs. 1 InsO notwendigen Verteilung der Masse in der Reihenfolge des § 209 InsO eingestellt wird. Was passiert nun aber, wenn das Verfahren nach Durchführung der Schlussverteilung aufgehoben oder im Anschluss an die Verteilung der Masse nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit eingestellt wird und dennoch keine vollständige Abwicklung des Gesellschaftsvermögens erfolgt ist? In diesem Fall ordnet das Insolvenzgericht auf Antrag oder von Amts wegen gemäß § 203 Abs. 1 InsO für die dort genannten Vermögensbestandteile eine Nachtragsverteilung an, wobei die Aufhebung des Insolvenzverfahrens der Anordnung nach § 203 Abs. 2 InsO nicht entgegensteht. Durch die Möglichkeit der Nachtragsverteilung wird gewährleistet, dass das frei werdende, zurückfließende oder neu ermittelte (vgl. § 203 Abs. 1 InsO) Massevermögen abgewickelt und damit die Liquidation des Schuldners abgeschlossen werden kann. Gleiches gilt gemäß § 211 Abs. 3 Satz 1 InsO bei der nachträglichen Ermittlung von Massegegenständen nach Einstellung des Verfahrens wegen Masseunzulänglichkeit⁶⁸⁸. Selbst nach einer Einstellung des Verfahrens mangels Masse nach § 207 InsO, die den Insolvenzverwalter nach § 207 Abs. 3 Satz 2 InsO nicht zur weiteren Verwertung von Massegegenständen verpflichtet, soll eine Nachtragsverteilung möglich sein⁶⁸⁹. Zwar fehlt für den Fall der Einstellung mangels Masse eine entsprechende ausdrückliche Regelung, die Gesetzesmaterialien zeigen jedoch, dass aufgrund der Vergleichbarkeit zur Einstellung wegen Masseunzulänglichkeit § 211 Abs. 3 InsO auch in diesem Fall entsprechend anwendbar sein soll⁶⁹⁰. Allerdings kann das Gericht nach § 203 Abs. 3 InsO bzw. im Fall der Masseunzulänglichkeit oder Einstellung mangels Masse nach §§ 211 Abs. 3 Satz 2, 203 Abs. 3 InsO bei geringfügigen Beträgen oder geringwertigen Gegenständen aus Kostengründen von der Anordnung einer Nachtragsverteilung absehen und den zur Verfügung stehenden Betrag bzw. den ermittelten Gegenstand dem Schuldner überlassen oder die Anordnung einer Nachtragsverteilung von einem Kostenvorschuss

⁶⁸⁷ Vgl. *Ganter* in: MüKo InsO, § 1 Rdnr. 47.

⁶⁸⁸ Zwar ist in § 211 Abs. 3 InsO lediglich von der Ermittlung weiterer Massegegenstände und damit vom Fall des § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO die Rede, so dass die Nachtragsverteilung für die Fälle des § 203 Abs. 1 Nr. 1, 2 InsO bei Masseunzulänglichkeit nicht möglich scheint, dies würde jedoch der gesetzgeberischen Intention zuwider laufen, wonach die Nachtragsverteilung einer vollständigen Haftungsrealisierung dienen soll, vgl. *Hefermehl* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 20; *W. Uhlenbruck*, NZI 2001, 408 (409).

⁶⁸⁹ Str.; wie hier *Hintzen* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 29; *Holzer*, NZI 1999, 44 (46 f.); *Kießner* in: Braun, § 203 Rdnr. 27; siehe bereits zu § 166 KO: *LG Oldenburg* ZIP 1992, 200; *LG Darmstadt* Rpfleger 2001, 512; *Pape*, ZIP 1992, 747 ff.; a.A. *LG Marburg* NJW-RR 2003, 266 (267); *Hefermehl* in: MüKo InsO, § 207 Rdnr. 87.

⁶⁹⁰ Vgl. Begründung zu § 324 RegE InsO (entspricht § 211 InsO), BT-Drs. 12/2443, S. 221.

abhängig machen⁶⁹¹. Soweit das Insolvenzverfahren also durchgeführt, aber keine vollständige Verwertung und Verteilung des Schuldnervermögens erfolgt ist, kommt nur im Fall der Anordnung und Durchführung einer Nachtragsverteilung die Vollliquidation der Schuldnerin nach insolvenzrechtlichen Grundsätzen in Betracht. Sieht das Gericht hingegen von der Anordnung einer Nachtragsliquidation ab, findet keine Abwicklung der Schuldnergesellschaft innerhalb des Insolvenzverfahrens oder einer sich anschließenden Nachtragsverteilung bis zur Lösungsreife statt, so dass ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren zur Restabwicklung im Anschluss an das Insolvenzverfahren notwendig ist⁶⁹².

d. Fortsetzung als Hindernis der Vollabwicklung

Als weiterer Fall, in dem eine Vollabwicklung innerhalb des Insolvenzverfahrens unterbleibt, wird die tatsächliche Fortsetzung fortsetzungsfähiger Gesellschaften genannt⁶⁹³. Zu beachten ist aber, dass die Fortsetzung einer Handelsgesellschaft, sofern man die Fortsetzung trotz Auflösung der Gesellschaft wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens überhaupt zulässt⁶⁹⁴, jedenfalls nur dann in Betracht kommt, wenn die fortzusetzende Handelsgesellschaft im Insolvenzverfahren nicht vollständig abgewickelt worden ist. Während eines auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahrens ist ein Fortsetzungsbeschluss dagegen unzulässig⁶⁹⁵. Genau genommen handelt es sich bei der Fortsetzung daher nicht um einen Fall, in dem die Vollabwicklung innerhalb des Insolvenzverfahrens unterbleibt, sondern vielmehr um einen solchen, in dem die Vollabwicklung im Insolvenzverfahren bereits unterblieben ist. Richtig ist zwar folglich, dass immer dann, wenn eine fortsetzungsfähige Gesellschaft fortgesetzt wird, keine Vollabwicklung innerhalb des Insolvenzverfahrens vorliegt. Dies hat aber den

⁶⁹¹ Vgl. zur Möglichkeit des Absehens von einer Nachtragsverteilung unten, Vierter Teil II. 3. a., insbesondere bb., S. 256 ff.

⁶⁹² Hüffer, § 264 Rdnr. 6.

⁶⁹³ Pape, WiPra 1996, 258 (259).

⁶⁹⁴ Gesetzlich geregelt ist die Fortsetzungsfähigkeit für Fälle der Einstellung des Insolvenzverfahrens auf Antrag des Schuldners oder nach Bestätigung eines den Fortbestand der Gesellschaft vorsehenden Insolvenzplans: §§ 144 HGB, 274 Abs. 2 Nr. 1 AktG, 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG; 117 Abs. 1 Satz 1 GenG, vgl. bereits Erster Teil IV., S. 64 ff. Ob eine Fortsetzung daneben auch in Fällen der Einstellung des Insolvenzverfahrens mangels Masse, der Einstellung des Verfahrens wegen Masseunzulänglichkeit oder im gesetzlichen Regelfall der Aufhebung des Insolvenzverfahrens nach Schlussverteilung zulässig ist, wird äußerst kontrovers diskutiert. Für die Fortsetzungsfähigkeit in diesen Fällen: BGH NJW 1995, 196; Altmeyen in: Roth/Altmeyen, § 60 Rdnr. 47; Haas in: Gottwald, § 92 Rdnr. 254 f.; Koller in: Koller/Roth/Morck, § 144 Rdnr. 1; Lorz in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 144 Rdnr. 6; Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, § 60 Rdnr. 31; 33; K. Schmidt in: MüKo HGB, § 145 Rdnr. 86; Schäfer in: Staub, § 144 Rdnr. 2; K. Schmidt, Wege, S. 156; a.A.: Haas in: Baumbach/Hueck, § 60 Rdnr. 95; Hüffer, § 274 Rdnr. 6; derselbe in: MüKo AktG, § 274 Rdnr. 19.

⁶⁹⁵ Hüffer in: MüKo AktG, § 274 Rdnr. 8; Schäfer in: Staub, § 144 Rdnr. 2; a.A. für den Fall der Zustimmung des Insolvenzverwalters: Hopt in: Baumbach/Hopt, § 144 Rdnr. 4.

Grund, dass eine Fortsetzung überhaupt nur dann in Betracht kommt, wenn keine Vollliquidation erfolgt ist. Die Fortsetzung hat keine Auswirkungen mehr auf das bereits abgeschlossene Insolvenzverfahren, sondern bewirkt lediglich, dass keine gesellschaftsrechtliche Liquidation durchgeführt werden muss. Ein kausaler Zusammenhang zwischen der Fortsetzung als Ursache und der Vollbeendigung als Folge besteht dagegen nicht.

e. Kein auf Sanierung oder Reorganisation gerichtetes Insolvenzplanverfahren

Nach den bisherigen Ausführungen ist also für eine verfahrensimmanente Vollabwicklung die Durchführung des Insolvenzverfahrens in der Weise erforderlich, dass sämtlicher Abwicklungsbedarf der insolventen Handelsgesellschaft innerhalb des Verfahrens oder im Rahmen einer Nachtragsverteilung gedeckt wird. Daher scheidet eine insolvenzrechtliche Vollliquidation immer dann aus, wenn kein Liquidationsverfahren, sondern ein auf Sanierung gerichtetes, reorganisierendes Insolvenzplanverfahren nach §§ 217 ff. InsO durchgeführt wird⁶⁹⁶. In einem Insolvenzplan haben die Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit, wesentliche Punkte des Verfahrens abweichend von den gesetzlichen Vorschriften zu regeln. Bereits § 1 Satz 1 InsO stellt der Verwertung und Verteilung des Schuldnervermögens als Mittel zur Gläubigerbefriedigung⁶⁹⁷ die Möglichkeit abweichender Regelungen im Rahmen eines Insolvenzplans gegenüber, wobei der Erhalt des Schuldnerunternehmens als möglicher Planinhalt ausdrücklich vorgesehen ist. Sofern also die Sanierung des Schuldnerunternehmens im Rahmen eines Insolvenzplans beschlossen wird, kommt eine Vollabwicklung im Rahmen des Insolvenzverfahrens ebenfalls nicht in Betracht.

f. Zusammenfassung

Es kann also festgehalten werden, dass Handelsgesellschaften nur dann innerhalb des Insolvenzverfahrens abgewickelt werden können, wenn ein auf Liquidation gerichtetes Insolvenzverfahren eröffnet und vollständig, also einschließlich der Verwertung des gesamten Gesellschaftsvermögens sowie der Erfüllung sämtlicher nichtvermögensrechtlicher Abwicklungspflichten, durchgeführt wird. Wird das Verfahren dagegen eingestellt oder aufgehoben, bevor sämtlicher Abwicklungsbedarf gedeckt und ohne dass in der Folge eine Nachtragsverteilung angeordnet wird, oder wird statt des Liquidationsverfahrens ein sanierendes oder reorganisierendes Insolvenzplanverfahren

⁶⁹⁶ So auch *H.-F. Müller*, S. 15; *Seidel/Flitsch*, DZWIR 2004, 125 (126).

⁶⁹⁷ Siehe unten Dritter Teil IV. 4. a., S. 160 ff.

durchgeführt, kommt eine Vollabwicklung von Handelsgesellschaften im Rahmen des Insolvenzverfahrens nicht in Betracht.

3. Gesetzliche Pflicht zur verfahrensimmanenten Vollabwicklung

Eine gesellschaftsrechtliche Liquidation neben oder im Anschluss an das Insolvenzverfahren ist entbehrlich, wenn Handelsgesellschaften innerhalb eines auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahrens vollständig abgewickelt werden. In diesem Fall tritt das Insolvenzverfahren, wie es § 1 Abs. 2 Satz 3 RegE vor der Straffung vorgesehen hat, bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit an die Stelle der gesellschafts- oder organisationsrechtlichen Abwicklung. Die entscheidende und seit Einführung der Insolvenzordnung weiterhin heftig umstrittene Frage⁶⁹⁸ ist aber, ob eine Pflicht zur vollständigen Abwicklung von Handelsgesellschaften im Insolvenzverfahren bei Vorliegen der soeben genannten Rahmenbedingungen besteht, so dass mit der nach Durchführung des Verfahrens vorzunehmenden Registerlöschung nach § 394 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 FamFG die Vollbeendigung der Gesellschaft eintritt und ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren daneben ausnahmslos entbehrlich ist.

Die Antwort auf die Frage nach der Verwirklichung einer Pflicht zur verfahrensimmanenten Vollliquidation ist in den gesetzlichen Regelungen der in Kraft getretenen Insolvenzordnung selbst zu suchen. Die in die Diskussion um eine Verwirklichung der Vollbeendigung im Insolvenzverfahren teilweise eingebrachten rechtspolitischen Vorstellungen müssen demgegenüber in den Hintergrund treten und dürfen nicht den Blick auf den bestehenden Regelungsgehalt trüben. Maßgeblich für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist nach der herrschenden objektiven Theorie der in der Bestimmung zum Ausdruck kommende objektiviertete Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut der Bestimmung sowie ihrem Sinnzusammenhang ergibt⁶⁹⁹.

⁶⁹⁸ Siehe zum Meinungsstand Dritter Teil III., S. 104 ff.

⁶⁹⁹ *BVerfGE* 1, 299 (312); *BVerfGE* 11, 126 (130); *BVerfG* NJW 2002, 1779 (1781); *BGHZ* 42, 182 (183); *BGHZ* 46, 74 (76); *BGHZ* 148, 270 (275); *BGH* NJW 2001, 1138 (1139); *BGH* NJW 2006, 777 (778); *BGH* NJW-RR 2008, 412 (413); *BFH* DStR 2003, 199 (201); *BGHSt* 17, 21 (23); im Gegensatz dazu sieht die historische Theorie den historischen Gesetzgeberwillen im Sinn seiner Motive in ihrem geschichtlichen Zusammenhang als entscheidend an, vgl. *BVerfGE* 11, 126 (130); zur aktuellen Kritik an der objektiven Theorie wegen Unvereinbarkeit mit der Gesetzesbindung und dem Rechtsstaatsprinzip und einem damit verbundenen befürchteten Machtzuwachs der Judikative zulasten der anderen Gewalten vgl. *Rüthers*, JZ 2002, 365 (368 f.); *derselbe*, NJW 2005, 2759 (2760); *derselbe*, JZ 2006, 53 (56 ff.); kritisch demgegenüber wiederum *Hassemer*, ZRP 2007, 213 ff.; zu den Bedenken gegen die objektiven Theorie vgl. auch *Säcker* in: *MüKo* BGB, Einleitung Rdnr. 71.

Hiervon ist der unbeachtliche subjektive Wille⁷⁰⁰ der an der Gesetzgebung beteiligten Personen zu unterscheiden⁷⁰¹. Ermittelt wird der objektive Gesetzgeberwille durch die Auslegung nach dem Wortlaut, der Systematik, dem Zweck sowie der Entstehungsgeschichte der betreffenden Norm⁷⁰². Der Entstehungsgeschichte kommt – auch wenn diese, wie hinsichtlich der verfahrensimmanenten Vollarbeitung von Handelsgesellschaften, durchaus bemerkenswerte Besonderheiten aufweisen kann – bei der Auslegung nach der Rechtsprechung jedoch nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit der nach dem objektivierten Gesetzgeberwillen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die unter Berücksichtigung des Wortlauts und des Sinnzusammenhangs allein nicht ausgeräumt werden können⁷⁰³. Dies bedeutet allerdings nicht, dass eine Heranziehung der Gesetzesmaterialien bereits zur Ermittlung des Gesetzesinhalts nicht zulässig wäre und erst im Rahmen einer Kontrolle des durch die anderen Auslegungsmethoden gefundenen Ergebnisses stattfinden dürfte. Im Gegenteil kann durchaus bereits zur Feststellung des objektivierten Gesetzgeberwillens im Wege der historischen Auslegung auf die Gesetzesmaterialien zurückgegriffen werden⁷⁰⁴. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Gesetzesmaterialien oder sonstige Hinweise auf die Entstehungsgeschichte der jeweiligen Norm lediglich zurückhaltend und unterstützend für die Auslegung herangezogen werden können⁷⁰⁵. Lässt sich jedoch aus den vorhandenen historischen Erkenntnisquellen besonders zuverlässig auf den Gesetzesgrund und -zweck schließen, können diese im Einzelfall auch stärker gewichtet werden⁷⁰⁶. Keinesfalls darf der Entstehungsgeschichte und dem hierdurch zum Ausdruck kommenden subjektiven Willen des Gesetzgebers aber Vorrang oder auch nur gleiches Gewicht wie dem objektivierten Inhalt des Gesetzes eingeräumt werden⁷⁰⁷. Der gesetzgeberische Wille ist vielmehr lediglich insoweit einzubeziehen, wie er in dem untersuchten Gesetz selbst „*einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat*“⁷⁰⁸. Die Entstehungsgeschichte sowie die Gesetzesmaterialien können

⁷⁰⁰ Der Wille der an der Gesetzgebung beteiligten Personen kann zwar mit zu berücksichtigen sein, wenn er aus dem Gesetz selbst erkennbar ist, jedoch handelt es sich dann bereits wieder um einen objektivierten Willen.

⁷⁰¹ *BVerfGE* 1, 299 (312); *BGHZ* 13, 265 (277) = *NJW* 1954, 1073 (1074); *BGH NJW* 2001, 1138 (1139).

⁷⁰² *BVerfGE* 11, 126 (130); *BGHZ* 46, 74 (76); *BGH GRUR* 2000, 698; *BGH GRUR* 2000, 1018 (1019); *BGH NJW* 2006, 777 (778); *BGH NJW-RR* 2008, 412 (413); *BFH DSIR* 2003, 199 (201).

⁷⁰³ Vgl. *BVerfGE* 1, 299 (312); *BVerfGE* 11, 126 (130); *BGHZ* 13, 265 (277); *BGHZ* 36, 370 (377); *BGHZ* 42, 182 (183); *BGH NJW* 2001, 1138 (1139); vgl. auch bereits *RGZ* 21, 420 (437).

⁷⁰⁴ Vgl. *BVerfGE* 11, 126 (130); *BVerfGE* 62, 1 (45); *BGHZ* 148, 270 (275).

⁷⁰⁵ *RGZ* 128, 102 (111).

⁷⁰⁶ *BVerfGE* NJW 1981, 39 (42); *RGZ* 128, 102 (111).

⁷⁰⁷ Vgl. *BVerfGE* 62, 1 (45); *BGHZ* 148, 270 (276); vgl. auch bereits *RGZ* 11, 432 (434); *RGZ* 16, 189 (195); *RGZ* 27, 69 (72).

⁷⁰⁸ *BVerfGE* 11, 126 (130); vgl. auch *BVerfGE* 62, 1 (45); *RGZ* 20, 157 (162); *RGZ* 27, 409 (411).

daher auch keine Auslegung entgegen der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers verhindern, soweit diese Intention nicht objektiv aus dem Gesetz erkennbar ist⁷⁰⁹.

Die Gesetzesauslegung darf sich folglich nicht ausschließlich oder auch nur im Schwerpunkt auf historische Gesichtspunkte beschränken, sondern muss diese im Zusammenspiel mit den sonstigen, sich gegenseitig ergänzenden Erkenntnisquellen sehen. Grundsätzlich ist für die Ermittlung des objektivierten Gesetzgeberwillens zunächst der Wortlaut des Gesetzes als Grenze der Auslegungsfähigkeit zu untersuchen⁷¹⁰.

a. Logisch-grammatische Auslegung

Ausgangspunkt einer Gesetzesanalyse ist also die Ermittlung des möglichen Wortsinns⁷¹¹. Wie bereits bei der Darstellung des Gesetzgebungsverfahrens zur Insolvenzordnung geschildert, ist die zunächst geplante Regelung der Verdrängung der gesellschafts- oder organisationsrechtlichen Abwicklung durch das Insolvenzverfahren bei Handelsgesellschaften gemäß § 1 Abs. 2 Satz 3 RegE InsO entsprechend der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses gestrichen worden und findet sich im Wortlaut des § 1 InsO nicht wieder. Auch ansonsten enthält die Insolvenzordnung weder eine ausdrückliche Regelung, die eine Vollliquidation innerhalb des Insolvenzverfahrens immer oder unter gewissen Umständen anordnet, noch eine solche, die eine verfahrensimmanente Vollabwicklung ausschließen würde. Lediglich die bereits aufgezählten Rahmenbedingungen⁷¹², die für eine Vollabwicklung von Handelsgesellschaften im Insolvenzverfahren vorliegen müssen, können dem Text der Insolvenzordnung entnommen werden. Ob eine Vollabwicklung aber zwingend bei Durchführung eines auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahrens zu erfolgen hat, ergibt sich aus dem Wortlaut der Insolvenzordnung nicht.

⁷⁰⁹ BGHZ 148, 270 (275 f.).

⁷¹⁰ BGHZ 46, 74 (76); BGH GRUR 2000, 698; ähnlich auch BGHZ 148, 270 (275); Larenz, S. 321; Lutter, JZ 1992, 593 (595); vgl. zum Wortlaut als Grenze der Auslegung auch BGH NJW 2003, 3717 (3718); differenzierend Biaggini, „Ratio legis“, S. 51 (60 f.).

⁷¹¹ BGHZ 46, 74 (76); Canaris, Methodenlehre, S. 141; Larenz, S. 321; Larenz/Canaris, S. 141; Säcker in: MüKo BGB, Einleitung Rdnr. 128.

⁷¹² Siehe Dritter Teil IV. 2., S. 119 ff.

b. Systematische Analyse

Da die logisch-grammatische Analyse hinsichtlich einer Vollabwicklungspflicht von Handelsgesellschaften im Insolvenzverfahren keine eindeutige Auslegung zulässt, ist das Gesetz systematisch zu interpretieren. Die in Betracht kommenden Normen der Insolvenzordnung sowie weitere im Zuge der Insolvenzrechtsreform geänderte bzw. erlassene Gesetze sind hierbei zu einer widerspruchsfreien und kohärenten Wertungseinheit zusammenzufassen⁷¹³, um aus der Wertung des Regelungsgefüges als Ganzes eine Antwort auf die Frage der Verwirklichung einer Vollbeendigungspflicht herausarbeiten zu können.

aa. Untersuchung der für eine Vollliquidationspflicht vorgebrachten Normen

aaa. § 199 Satz 2 InsO

Die vielfach ins Feld geführte Regelung des § 199 Satz 2 InsO deutet zunächst – wie von den Befürwortern einer verfahrensimmanenten Vollliquidation hervorgehoben⁷¹⁴ – tatsächlich darauf hin, dass eine gesellschaftsrechtliche Liquidation durch die Verteilung von vorhandenen Überschüssen an die Beteiligten der Gesellschaft in Höhe der gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen über die Aufteilung des Vermögens in der gesellschaftsrechtlichen Abwicklung vermieden werden soll⁷¹⁵. Allerdings ist zu beachten, dass § 199 Satz 2 InsO Voraussetzungen aufstellt, die in der weit überwiegenden Zahl der Insolvenzverfahren nicht erfüllt werden können. Lediglich bei überschüssigem Schuldnervermögen nach der Erfüllung sämtlicher Masseverbindlichkeiten sowie der Befriedigung sämtlicher in das Schlussverzeichnis aufgenommener Gläubigerforderungen⁷¹⁶ wird eine Verteilung an die Gesellschafter, Aktionäre oder Genossen nach Liquidationsquoten angeordnet. Ob der Norm darüber hinaus auch eine Aussage über das Bestehen einer generellen Vollabwicklungspflicht im Insolvenzverfahren und damit auch in den praktisch weit überwiegenden Fällen entnommen werden kann, in denen die Insolvenzmasse nicht zur Befriedigung sämtlicher Gläubiger ausreicht, ist hingegen fraglich. Der *BGH* stellt sich gegenüber der Argumentation, § 199 Satz 2 InsO zeige, dass eine Vollbeendigung von Handelsgesellschaften im Insolvenzverfahren erfolgen solle, auf den Standpunkt, dass die Vorschrift lediglich die Vertei-

⁷¹³ Vgl. *Looschelders/Roth*, S. 149; *Säcker* in: *MüKo BGB*, Einleitung Rdnr. 131.

⁷¹⁴ Siehe Dritter Teil III. 1. a., S. 104 f.

⁷¹⁵ *Hintzen* in: *MüKo InsO*, § 199 Rdnr. 2; *Weis* in: *Hess/Weis/Wienberg*, § 199 Rdnr. 1.

⁷¹⁶ Vgl. *W. Uhlenbruck* in: *Uhlenbruck*, § 199 Rdnr. 2.

lung eines vorausgesetzten und bei der Schlussverteilung verbleibenden Überschusses regle⁷¹⁷.

Zwar mag es richtig sein, dass der Regelungsgehalt der Norm nicht über die Verteilung eines vorliegenden Überschusses der Schlussverteilungsmasse hinausgeht, dennoch kann die Norm über den Regelungsgehalt hinausgehende Wertungen des gesamten Regelungskomplexes hinsichtlich der Abwicklung insolventer Handelsgesellschaften zum Ausdruck bringen. Dem *BGH* ist durchaus zuzustimmen, dass lediglich die Verteilung eines bei der Schlussverteilung verbleibenden Überschusses an die Gesellschafter, Aktionäre und Genossen in § 199 Satz 2 InsO geregelt ist. Ein praktischer Anwendungsbereich wird der Norm daher in der Praxis kaum zukommen. Allerdings ist ebenfalls zu beachten, dass die Norm durch ihren Regelungsgehalt die Vollbeendigung von Handelsgesellschaften unabhängig vom Typ der jeweiligen Gesellschaft unter Voraussetzungen ermöglicht, unter denen andernfalls mangels einer vollständigen Verteilung des Restvermögens der Gesellschaft eine verfahrensimmanente Vollabwicklung von vornherein ausgeschlossen wäre⁷¹⁸.

Näher liegt es daher, die Norm nicht lediglich auf ihren eng begrenzten Regelungsgehalt zu reduzieren, sondern sie als Ausdruck einer generellen gesetzgeberischen Intention zur Verwirklichung einer Vollliquidation in der Insolvenzordnung zu sehen – und zwar nicht nur in dem seltenen Fall des Vorhandenseins eines Verteilungsüberschusses, sondern vielmehr selbst für diesen Ausnahmefall.

bbb. § 35 Abs. 1 InsO und Neuerwerb bei Handelsgesellschaften

Um feststellen zu können, inwiefern der Einbeziehung des Neuerwerbs in die Insolvenzmasse nach § 35 Abs. 1 Satz 1 InsO im Gegensatz zur Rechtslage unter Geltung der Konkursordnung (vgl. § 1 Abs. 1 KO) Anhaltspunkte hinsichtlich der Verwirklichung einer Pflicht zur verfahrensimmanenten Vollabwicklung insolventer Handelsgesellschaften entnommen werden können, ist zu untersuchen, welche tragenden Erwägungen hinter der früheren Nichteinbeziehung und jetzigen Einbeziehung des Neuerwerbs stehen.

⁷¹⁷ BGHZ 148, 252 (259) = NJW 2001, 2966 (2967); so auch Förster, ZInsO 2000, 315 (316 f.); Gutsche, Rdnr. 137; Meyer-Sommer, S. 62; Seidel/Flüsch, DZWIR 2004, 125; W. Uhlenbruck, GmbHR 1999, 313 (314 f.).

⁷¹⁸ Da eine dem § 199 Satz 2 InsO entsprechende Norm unter Geltung der Konkursordnung nicht existierte, fiel das überschüssige Vermögen nach Aufhebung des Konkursverfahrens und damit Aufhebung des Konkursbeschlags wieder dem Schuldner und damit im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften den Gesellschaften zu, so dass eine Vollbeendigung bis zu der Verteilung dieses Vermögens im Rahmen einer gesellschaftsrechtlichen Liquidation nicht eintreten konnte.

Unter Geltung der Konkursordnung wurde auf eine Einbeziehung des Neuerwerbs, vor allem aus zwei Gründen verzichtet: Einerseits sollte der Schuldner hierdurch in seinem Bestreben bestärkt werden, neues Vermögen zu erlangen⁷¹⁹. Andererseits wurde es als ungerecht angesehen, wenn vom Konkursverfahren ausgeschlossene Neugläubiger nicht einmal auf den Neuerwerb zugreifen können⁷²⁰. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass ein verfahrensfreier Neuerwerb das Interesse des Schuldners, einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen und damit neues Vermögen zu erarbeiten, nicht fördern kann, wenn die Erträge dieser Tätigkeit und damit der Neuerwerb, wie unter Geltung der Konkursordnung gemäß § 164 Abs. 1 KO, nach Beendigung des Konkursverfahrens wieder dem Zugriff der nicht befriedigten Konkursgläubiger unterliegen⁷²¹. Die Zielsetzung, dem Schuldner nach der Insolvenz einen wirtschaftlichen Neubeginn zu ermöglichen und ihn zur bestmöglichen Förderung dieses Neubeginns anzuhalten, wird daher im Rahmen der Insolvenzordnung nicht mehr durch den Ausschluss des Neuerwerbs, sondern vielmehr durch die Aussicht auf Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO verwirklicht⁷²². Die Einführung der Restschuldbefreiung wird folglich auch als maßgeblicher Grund für die Erweiterung des Massebegriffs nach § 35 Abs. 1 InsO angesehen⁷²³. Des Weiteren kann der Einbeziehung des Neuerwerbs auch nicht entgegengehalten werden, dass diese die Neugläubiger unangemessen benachteiligt. Auch unter Geltung der Konkursordnung war der Neuerwerb nicht exklusiv dem Zugriff der Neugläubiger vorbehalten, da dieser insbesondere aus Arbeitseinkommen besteht, welches regelmäßig bereits an Altgläubiger abgetreten oder von diesen gepfändet worden ist⁷²⁴.

Sowohl der Ausschluss in der Konkursordnung als auch die Einbeziehung des Neuerwerbs in der Insolvenzordnung beruhen also in erster Linie auf Erwägungen, welche die Insolvenz natürlicher Personen betreffen⁷²⁵. Die Problematik der Vollbeendigung als möglichem Bestandteil des Insolvenzverfahrens besteht dagegen lediglich bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit. Für diese bringt die Einbeziehung des Neuerwerbs hingegen kaum Änderungen⁷²⁶. Grund hierfür ist, dass bereits unter Geltung der Konkursordnung Gegenstände, die der Konkursverwal-

⁷¹⁹ Hahn, Mat. IV, S. 49.

⁷²⁰ Vgl. Hahn, Mat. IV, S. 49; siehe auch Begründung zu § 42 RegE InsO, BT-Drs. 12/2443, 122.

⁷²¹ Begründung zu § 42 RegE InsO, BT-Drs. 12/2443, 122; Weis in: Hess/Weis/Wienberg, §§ 35, 36 Rdnr. 8.

⁷²² Begründung zu § 42 RegE InsO, BT-Drs. 12/2443, 122; Lwowski/Peters in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 3 f.; Maus, ZIP 2004, 389.

⁷²³ Ahrens, NZI 2007, 622 (623); Dieckmann, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 127 (128); Lwowski/Peters in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 44; Meyer-Sommer, S. 59.

⁷²⁴ Begründung zu § 42 RegE InsO, BT-Drs. 12/2443, 122; Lwowski/Peters in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 5; Weis in: Hess/Weis/Wienberg, §§ 35, 36 Rdnr. 11.

⁷²⁵ Vgl. Dieckmann, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 127 (128);

⁷²⁶ Begründung zu § 42 RegE InsO, BT-Drs. 12/2443, 122; Lwowski/Peters in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 6; Weis in: Hess/Weis/Wienberg, §§ 35, 36 Rdnr. 6.

ter mit Massemitteln für die Masse erworben hat, im Wege der Surrogation als zur Masse gehörend angesehen wurden⁷²⁷ und die Differenzierung zwischen Surrogationserwerb und Neuerwerb im Sinn des § 35 Abs. 1 InsO auch unter Geltung der Insolvenzordnung beibehalten werden soll⁷²⁸. Neuerwerb im Sinn des § 35 Abs. 1 InsO wird daher bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit tatsächlich selten vorkommen. Die Forderung, § 35 Abs. 1 InsO hinsichtlich des Neuerwerbs teleologisch auf Verfahren mit Restschuldbefreiungsmöglichkeit zu reduzieren, während im Insolvenzverfahren über das Vermögen von juristischen Personen oder Handelsgesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit nach Verfahrenseröffnung erworbenes Vermögen generell kraft Surrogation Massebestandteil werden soll⁷²⁹, geht dennoch fehl. Auch bei Gesellschaften kommt nach der Verfahrenseröffnung der Erwerb von Vermögensgegenständen in Betracht, die nicht als Surrogat für Massegegenstände angesehen werden können. Zu denken ist nur an Schenkungen oder Erbschaften zugunsten der Gesellschaft sowie die Vornahme sanierender Kapitalerhöhungen⁷³⁰.

Aber selbst wenn Neuerwerb nach § 35 Abs. 1 InsO auch bei Handelsgesellschaften möglich ist, kann der Norm nicht die Verwirklichung eines Verfahrensbestandteils der Vollliquidation entnommen werden. In erster Linie geht es bei der Neubestimmung der Masse nämlich um eine Harmonisierung der Insolvenzmassebestimmung mit dem neu eingeführten Institut der Restschuldbefreiung. Zwar ist durchaus zuzugeben, dass die Neubestimmung der Insolvenzmasse in der InsO ein entscheidendes Argument gegen die Vollabwicklung zum Zeitpunkt der Konkursordnung entwertet: Geht man davon aus, dass pfändungsfreies Vermögen bei Gesellschaften nicht existieren kann⁷³¹, sind nämlich durch die Einbeziehung des Neuerwerbs alle vermögenswerten Gesellschaftsgegenstände ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihres Erwerbs Bestandteil der Insolvenzmasse und damit einer Verwertung durch den Insolvenzverwalter zugänglich. Sollte sich aus der Insolvenzordnung an anderer Stelle also ergeben, dass die Vollbeendigung von Handelsgesellschaften integrierter Verfahrensbestandteil geworden ist, würde sich die Neubestimmung der Masse positiv auf die Realisierbarkeit der vollständigen Abwicklung im Vergleich zur Rechtslage unter Geltung der Konkursordnung auswirken. Als eigenständige Begründung für eine Verwirklichung der verfahrensimmanenten Pflicht zur Vollbeendigung oder auch nur Ausdruck einer solchen

⁷²⁷ Begründung zu § 42 RegE InsO, BT-Drs. 12/2443, 122; *Meyer-Sommer*, S. 60.

⁷²⁸ Begründung zu § 42 RegE InsO, BT-Drs. 12/2443, 122; *Häsemeyer*, Rdnr. 9.28.

⁷²⁹ Vgl. *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 44; dagegen strebt *Dieckmann* an, dass Neuerwerb lediglich bei natürlichen Personen in die Masse falle und zwar zudem nur dann, wenn Restschuldbefreiung tatsächlich beantragt wird, vgl. *Dieckmann*, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 127 (128 f.).

⁷³⁰ Vgl. hierzu Vierter Teil II. 1. b. jj., S. 229 f.

⁷³¹ Zu dieser Problematik unten, Vierter Teil II. 1. b., insbesondere hh., S. 227 ff.

kann die insbesondere auf natürliche Personen bezogene Erweiterung des Massebegriffs in § 35 Abs. 1 InsO dagegen nicht angesehen werden.

ccc. §§ 32a Abs. 1 GmbHG a.F., 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO

Als Ausdruck einer Pflicht zur verfahrensimmanenten Liquidation von Handelsgesellschaften wird des Weiteren der inzwischen vollständig in die Regelung des § 39 InsO überführte § 32a GmbHG a.F.⁷³² genannt, wonach Gläubiger von Gesellschafterdarlehen ihre Rückzahlungsansprüche nur als nachrangige Insolvenzgläubiger geltend machen konnten. Die Einbeziehung der Rückforderungsansprüche bezüglich kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen in das Insolvenzverfahren erfolgte für die GmbH nach § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. im Zuge der Insolvenzrechtsreform gemäß Art. 48 Nr. 2 EGIInsO. Gleichzeitig trat § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO in Kraft, wonach Forderungen auf Rückgewähr kapitalersetzender⁷³³ Darlehen eines Gesellschafters oder diesen gleichgestellte Forderungen nur als nachrangige Insolvenzforderungen und darüber hinaus im Rang hinter sämtlichen übrigen nachrangigen Insolvenzforderungen zu befriedigen sind. Der Verweis auf die Einbeziehung der Gläubiger von Rückforderungsansprüchen aus Gesellschafterdarlehen als Argument für eine Verwirklichung der Vollabwicklungspflicht wird damit begründet, dass diese Gläubiger keineswegs im Vergleich zur Rechtslage vor Inkrafttreten der Insolvenzordnung, nach welcher Rückgewähransprüche aus kapitalersetzenden Darlehen nicht im Konkursverfahren geltend gemacht werden konnten, besser gestellt werden sollen. Die Einbeziehung sei vielmehr aufgrund einer insolvenzverfahrensimmanenten Vollliquidation erforderlich, da wegen des intendierten Erlöschens des Schuldners mit Abschluss des Insolvenzverfahrens sämtliche Verbindlichkeiten und damit auch die Rückforderungsansprüche aus Gesellschafterdarlehen vor der Herausgabe eines möglichen Verteilungsüberschusses nach § 199 Satz 2 InsO zu befriedigen seien⁷³⁴.

Ob § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. und nunmehr § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO tatsächlich als Ausdruck einer gesetzgeberischen Intention zur Integration der Vollliquidation in das Insolvenzverfahren verstanden werden können, hängt entscheidend davon ab, welche Gründe für die Einbeziehung der Gesellschafterdarlehensgeber tatsächlich bestehen. Die Einbeziehung als rangletzte nachrangige Insolvenzgläubiger ändert gegenüber

⁷³² Vgl. zur Aufhebung des § 32a GmbHG und der damit verbundenen Änderung des § 39 InsO durch das MoMiG Dritter Teil III. 1. c., S. 106 ff.

⁷³³ Die kapitalersetzende Funktion des Gesellschafterdarlehens ist seit Einführung des MoMiG nicht mehr notwendig, vgl. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sowie die Begründung zu Art. 9 Nr. 5 MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 56.

⁷³⁴ Vgl. *Hirte* in: Uhlenbruck, § 39 Rdnr. 32; *K. Schmidt*, GmbHR 1999, 9 (11 f.).

einem Ausschluss von der Verfahrensteilnahme, wie er bis zur Einführung der Insolvenzordnung vorgesehen war, nur in den praktisch seltenen Fällen etwas, in denen im Insolvenzverfahren sämtliche Insolvenzgläubiger sowie sämtliche ranghöhere nachrangige Insolvenzgläubiger befriedigt werden können⁷³⁵ oder ein Insolvenzplan auch die Befriedigung der nachrangigen Gläubiger vorsieht⁷³⁶. Die als nachrangig in das Insolvenzverfahren einbezogenen Forderungen werden folglich jedenfalls vor einem an den Schuldner nach § 199 Satz 1 InsO bzw. an die am Schuldner Beteiligten nach § 199 Satz 2 InsO herauszugebenden Überschusses bei der Schlussverteilung befriedigt. Vor Inkrafttreten der Insolvenzordnung sowie des § 32a GmbHG in der ab 1.1.1999 bis zum 31.10.2008 gültigen Fassung gab es keine dem § 199 Satz 2 InsO entsprechende Regelung⁷³⁷, weshalb ein Überschuss bei der Schlussverteilung an den Schuldner selbst und nicht an die an ihm Beteiligten zurückgefallen ist. Rückforderungsansprüche aus einem Gesellschafterdarlehen konnten entweder während des Verfahrens im Wege der Einzelzwangsvollstreckung in das verfahrensfreie Vermögen des Schuldners (vgl. § 15 KO) oder im Falle eines Überschusses bei der Schlussverteilung nach Aufhebung des Konkursverfahrens unmittelbar vom Gläubiger gegen die Gesellschaft als Darlehensnehmerin beigetrieben werden. Anders stellt sich die Situation nach Einführung der Insolvenzordnung dar. Auch wenn die Gläubiger von Gesellschafterdarlehen nicht in das Insolvenzverfahren als nachrangige Insolvenzgläubiger einbezogen wären⁷³⁸, könnten sie gemäß § 91 Abs. 1 InsO an der Masse keine Rechte durch Zwangsvollstreckung erwerben. Es bliebe ihnen ebenso wie unter Geltung der Konkursordnung lediglich die Vollstreckung in das verfahrensfreie Schuldnervermögen. Sollte ein solches bei Handelsgesellschaften überhaupt bestehen könnte⁷³⁹, würde dieses allerdings entgegen der früheren Rechtslage nicht mehr den Neuerwerb, sondern nur noch solche Gegenstände erfassen, die gemäß § 36 InsO nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen oder freigegeben wurden und damit nicht oder schwer verwertbar sind. Eine realistische Befriedigungsaussicht bestünde daher bei der Vollstreckung in das verfahrensfreie Vermögen nicht. Entgegen der Rechtslage vor Einführung der Insolvenzordnung könnten die Gläubiger von Gesellschafterdarlehen aber auch nicht von einem Überschuss bei der Schlussverteilung profitieren: Blicke bei der

⁷³⁵ So auch die Begründung zu § 46 RegE InsO, BT-Drs. 12/2443, 123; da folglich in der weit überwiegenden Zahl der Insolvenzverfahren keine Befriedigungsaussicht der nachrangigen Insolvenzgläubiger besteht und eine Belastung des Verfahrens durch die Anmeldung derartiger Forderungen vermieden werden soll (vgl. *Specovius* in: Braun, § 174 Rdnr. 33), sind die Forderungen nachrangiger Insolvenzgläubiger nach § 174 Abs. 3 InsO überhaupt nur dann anzumelden, wenn das Insolvenzgericht zur Anmeldung auffordert.

⁷³⁶ *Specovius* in: Braun, § 174 Rdnr. 33.

⁷³⁷ Vgl. *Leithaus* in: Andres/Leithaus, § 199 Rdnr. 1.

⁷³⁸ Für Insolvenzgläubiger schließt § 89 Abs. 1 InsO die Vollstreckung in die Masse aus. Zudem ist für Insolvenzgläubiger hiernach auch die Zwangsvollstreckung in das verfahrensfreie Vermögen des Schuldners unzulässig. Insolvenzgläubiger im Sinn der Norm sind auch nachrangige Insolvenzgläubiger, vgl. Begründung zu § 100 RegE InsO, BT-Drs. 12/2443, 137; *Breuer* in: MüKo InsO, § 89 Rdnr. 21.

⁷³⁹ Vgl. dazu unten, Vierter Teil II. 1. und 2., S. 190 ff. bzw. S. 233 ff.

Schlussverteilung nämlich ein Überschuss, würde dieser nach § 199 Satz 2 InsO an die an der Schuldnergesellschaft Beteiligten herausgegeben, so dass der Weg zur amtswegigen Registerlöschung nach § 394 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 FamFG offen stünde. Ohne eine Einbeziehung als nachrangige Insolvenzforderungen könnten Rückforderungsansprüche aus Gesellschafterdarlehen also selbst bei Vorliegen eines Überschusses bei der Schlussverteilung nicht geltend gemacht werden. Die Einbeziehung war folglich notwendig, um die Möglichkeit der Geltendmachung solcher Ansprüche nicht gänzlich auszuschließen. Bei der Einbeziehung der Gläubiger von Gesellschafterdarlehen als nachrangige Insolvenzgläubiger geht es also tatsächlich nicht um eine Besserstellung, sondern vielmehr um die Verhinderung einer Schlechterstellung im Vergleich zur früheren Rechtslage aufgrund der Regelung des § 199 Satz 2 InsO. Die Einbeziehung der Rückgewähransprüche aus Gesellschafterdarlehen als nachrangige Insolvenzforderungen nach § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. sowie § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO muss daher im Zusammenhang mit § 199 Satz 2 InsO gesehen werden⁷⁴⁰. Da § 199 Satz 2 InsO, wie bereits ausgeführt, als Ausdruck einer generellen gesetzgeberischen Intention zur Verwirklichung einer Vollliquidation in der Insolvenzordnung anzusehen ist, beruht auch die Einbeziehung der Gesellschafterdarlehen als nachrangige Insolvenzforderungen jedenfalls mittelbar auf diesem Gedanken. Auch § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sowie die Regelung des § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. bis zur Aufhebung im Zuge der Einführung des MoMiG lassen folglich das gesetzgeberische Ziel der Integration einer Vollliquidation von Handelsgesellschaften in das Insolvenzverfahren erkennen.

ddd. §§ 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG bzw. § 141a Abs. 1 Satz 2 FGG a.F.

Zwar sind im Rahmen der systematischen Analyse vor allem diejenigen Normen der Insolvenzordnung, welche Rückschlüsse hinsichtlich der Verwirklichung einer in das Insolvenzverfahren integrierten Vollabwicklung von Handelsgesellschaften ermöglichen, zu untersuchen, dennoch müssen – wie bereits zu § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. geschehen – auch Normen außerhalb der Insolvenzordnung, die im Zuge der Insolvenzrechtsreform erlassen oder geändert wurden, auf ihren Aussagegehalt hinsichtlich der Frage der Vollabwicklung untersucht werden. § 141a Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 FGG a.F., dessen Einführung auf Art. 23 EGIInsO beruhte und der gemäß § 147 Abs. 1 Satz 2 FGG a.F. auch auf Eintragungen im Genossenschaftsregister Anwendung fand, ordnete die amtswegige Löschung von Gesellschaften ohne natürliche Personen als persönlich haftende Gesellschafter an⁷⁴¹, wenn das Insolvenzverfahren über das

⁷⁴⁰ Vgl. auch *Meyer-Sommer*, S. 63 f.

⁷⁴¹ Bei oHG und KG gilt dies nach § 394 Abs. 4 Satz 2 FamFG bzw. § 141a Abs. 3 Satz 2 FGG a.F. allerdings nur dann, wenn die zur Vermögenslosigkeit geforderten Voraussetzungen sowohl bei der Gesellschaft als

Gesellschaftsvermögen durchgeführt ist und keine Anhaltspunkte für das Vorhandensein weiteren Vermögens bestehen. Inzwischen ist die Regelung ohne wesentliche Änderungen unter Einbeziehung der Genossenschaft in § 394 FamFG enthalten.

§ 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG führt zu einer Vollbeendigung von Handelsgesellschaften, die im Insolvenzverfahren bereits vollständig abgewickelt wurden. Ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren im Anschluss an das Insolvenzverfahren soll in diesen Fällen vermieden werden. Die amtswegige Registerlöschung nach § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG setzt allerdings das Fehlen von Anhaltspunkten für den Bestand weiteren Gesellschaftsvermögens nach Durchführung des Insolvenzverfahrens und damit nach erfolgter Schlussverteilung⁷⁴² voraus. Da ein Überschuss bei der Schlussverteilung nach § 199 Satz 2 InsO an die am Schuldner beteiligten Personen herauszugeben ist, kommen als weiteres Vermögen im Sinn des § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG nur solche Vermögenswerte in Betracht, welche im Verfahren nicht zugunsten der Gläubiger oder der am Schuldner beteiligten Personen verwertet wurden.

Es stellt sich daher die Frage, unter welchen Umständen die Verwertung von Vermögen im Insolvenzverfahren von Handelsgesellschaften unterbleibt. Zum einen ist dies der Fall, wenn neben der Masse ein verfahrensfreier Vermögensbereich der Gesellschaft – sei es durch originär nicht massezugehöriges Vermögen, sei es durch die Möglichkeit der Freigabe von Massegegenständen – anzuerkennen wäre, dessen Abwicklung dem Insolvenzverwalter entzogen ist. Selbst wenn man allerdings die Existenz verfahrensfreien Vermögens bei Handelsgesellschaften ablehnt, ist eine unvollständige Masseverwertung im Einzelfall denkbar, etwa wenn einzelne Massegegenstände derzeit nicht verwertbar sind oder an sich zur Masse gehörige Vermögenswerte erst gar nicht aufgefunden werden. Eine Löschung nach § 394 FamFG käme bei den genannten Beispielen lediglich im letzten Fall in Betracht, da nur hier Anhaltspunkte für tatsächlich vorhandenes weiteres Vermögen fehlen. Auch in diesem Fall würde jedoch keine Vollbeendigung eintreten, da eine Vollbeendigung neben der Löschung nach der hier vertretenen Ansicht das Nichtvorhandensein von einerseits Gesell-

auch bei den persönlich haftenden Gesellschaftern vorliegen. Ein persönlich haftender Gesellschafter im Sinn der Norm liegt gemäß § 394 Abs. 4 Satz 2 FamFG bzw. § 141a Abs. 3 Satz 3 FGG a.F. bei den genannten Gesellschaftstypen auch dann vor, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere oHG oder KG gehört, bei welcher ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Dass § 394 FamFG sowie § 141a FGG a.F. Personengesellschaften mit natürlichen Personen als persönlich haftende Gesellschafter ausklammert, ändert für die hier untersuchte Frage einer verfahrensimmanenten Vollliquidation jedoch nichts, da diese ohnehin durch die bloße Vermögenslosigkeit und das Fehlen weiteren Abwicklungsbedarfs vollbeendet sind, während eine Registerlöschung hier lediglich deklaratorische Wirkung hat, vgl. Zweiter Teil VI. 8., S. 89 f.

⁷⁴² Vgl. Hüffer, Anh § 262 Rdnr. 6.

schaftsvermögen und andererseits weiterem Abwicklungsbedarf voraussetzt⁷⁴³. In den beiden anderen genannten Fällen nicht vollständiger Vermögensverteilung wäre § 394 Abs. 1, 4 FamFG hingegen aufgrund bestehender Anhaltspunkte für weiteres Vermögen bereits nicht einschlägig.

Die Norm in der Weise zu interpretieren, dass die Existenz verfahrensfreien Vermögens ausgeschlossen und eine Entscheidung hinsichtlich des Vorgehens bei unverwertbaren oder schwer verwertbaren Massegegenständen⁷⁴⁴ hierdurch in der Weise präjudiziert sein sollte, dass eine Freigabe des entsprechenden Gegenstandes ausscheidet, geht zu weit. Die Bestimmung der Insolvenzmasse ist für den Gang des Insolvenzverfahrens von überragender Bedeutung und folglich in der Insolvenzordnung geregelt. § 394 FamFG befasst sich demgegenüber wie der gesamte dritte Abschnitt des fünften Buches des FamFG mit der Führung von Handels-, Genossenschafts-, Partnerschafts-, Vereins- und Güterrechtsregistern (vgl. § 374 FamFG) sowie mit dem hierbei maßgeblichen Verfahren zur Antragsstellung, Eintragung und Löschung von Registereintragungen. Eine Bestimmung der Insolvenzmasse bei Handelsgesellschaften oder eine Entscheidung über das Vorgehen bei schwer- oder nichtverwertbaren Massegegenständen kann § 394 FamFG daher nicht vornehmen bzw. treffen. Ob die Abwicklung von Handelsgesellschaften im Insolvenzverfahren bis zu einem Stadium vorangetrieben werden soll, in dem lediglich noch die Registerlöschung als konstitutive Voraussetzung⁷⁴⁵ für die Vollbeendigung erforderlich ist, vermag § 394 FamFG daher nicht zu klären.

Selbst als Ausdruck einer anderweitig verwirklichten Pflicht zur Vollabwicklung im Rahmen des Insolvenzverfahrens kann § 394 FamFG nicht dienen, da der Wortlaut der Norm eindeutig von der Möglichkeit der Existenz im Insolvenzverfahren nicht verwerteten Vermögens ausgeht⁷⁴⁶. Dabei können auch nicht nur jene Fälle gemeint sein, in denen mangels Vorliegens der für eine Vollliquidation notwendigen Rahmenbedingungen eine vollständige Vermögensabwicklung unterbleibt⁷⁴⁷, da andernfalls in § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG nicht die Durchführung des Insolvenzverfahrens und damit eine erfolgte Schlussverteilung⁷⁴⁸ vorausgesetzt wäre. Selbst wenn § 394 Abs. 1 FamFG aber eindeutig die Möglichkeit von Restvermögen nach der insolvenzrechtlichen Ab-

⁷⁴³ Vgl. vgl. Zweiter Teil VI., S. 73 ff.

⁷⁴⁴ Siehe zu möglichen Entscheidungen über nicht verwertbare Massegegenstände unten, Dritter Teil IV. 3. b. bb. bbb., S. 144.

⁷⁴⁵ Zur deklaratorischen Wirkung der Registerlöschung bei Personenhandelsgesellschaften vgl. Zweiter Teil VI. 8., S. 89 f.

⁷⁴⁶ Vgl. auch *Gutsche*, Rdnr. 139; *Hüffer*, Anh § 262 Rdnr. 5; *Meyer-Sommer*, S. 61; *Weis* in: *Hess/Weis/Wienberg*, § 38 Rdnr. 68.

⁷⁴⁷ So aber *Pieper*, S. 131 f.; vgl. zu den Rahmenbedingungen der Vollabwicklung Dritter Teil IV. 2., S. 119 ff.

⁷⁴⁸ *Hüffer*, Anh § 262 Rdnr. 6.

wicklung einer Gesellschaft anerkennt, ist das in der Norm zum Ausdruck kommende Leitbild ein anderes. Durch die Regelung sollen mögliche Gläubiger vor der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit einer vermögenslosen Gesellschaft nach Durchführung des Insolvenzverfahrens geschützt werden, indem eine Vollbeendigung der Gesellschaft durch die Registerlöschung herbeigeführt wird. Die Vermögenslosigkeit und die damit verbundene Rechtsfolge der Registerlöschung wird im Rahmen des § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG wie auch der Vorgängerregelung des § 141a Abs. 1 Satz 2 FGG nach Durchführung eines Insolvenzverfahrens über das Gesellschaftsvermögen vermutet⁷⁴⁹: Eine Löschung scheidet nur dann aus, wenn konkrete Anhaltspunkte für die Existenz von Vermögen vorliegen, so dass im gesetzlichen Regelfall die Vermögenslosigkeit der insolvenzrechtlich abgewickelten Gesellschaft anzunehmen ist. Damit erlaubt die im Rahmen der Insolvenzrechtsreform geschaffene Norm einen Rückschluss auf die gesetzgeberische Intention zur Frage der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften im Rahmen des Insolvenzverfahrens. Zwar geht § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG von der Möglichkeit weiteren Abwicklungsbedarfs nach Abschluss des Insolvenzverfahrens aus, gleichzeitig zeigt die Regelung jedoch, dass zum Schutz möglicher Gläubiger regelmäßig nach Durchführung des Insolvenzverfahrens kein weiterer Abwicklungsbedarf besteht und damit eine Vollabwicklung innerhalb des Insolvenzverfahrens durchgeführt werden soll. § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG deutet folglich auf eine regelmäßige, nicht aber generelle verfahrensimmanente Vollliquidation von Handelsgesellschaften hin.

bb. Untersuchung der gegen eine Vollliquidationspflicht vorgebrachten Normen

aaa. §§ 32 Abs. 3, 85 Abs. 2, 80 Abs. 1 InsO

Gegen die Verwirklichung einer Vollliquidationspflicht in der Insolvenz von Handelsgesellschaften werden mit §§ 32 Abs. 3, 85 Abs. 2, § 80 Abs. 1 InsO in erster Linie diejenigen Normen der Insolvenzordnung angeführt, aus denen sich das Recht des Insolvenzverwalters zur Freigabe von Massegegenständen ergibt bzw. die das Freigaberecht voraussetzen. Zusätzlich kann nunmehr auch der durch Art. 1 Nr. 12 des Gesetzes zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens⁷⁵⁰ eingeführte § 35 Abs. 2 InsO genannt werden, wonach der Insolvenzverwalter gegenüber dem Schuldner erklären kann, ob Vermögen aus einer von diesem ausgeübten oder angestrebten selbstständigen

⁷⁴⁹ Haas in: Baumbach/Hueck, Anh nach § 77 Rdnr. 13; vgl. zu § 141a Abs. 1 Satz 2 FGG Hüffer, Anh § 262 Rdnr. 8; Steder in: Jansen, § 141a Rdnr. 27.

⁷⁵⁰ BGBl. I 2007, S. 509.

gen Tätigkeit zur Insolvenzmasse gehört und ob Ansprüche aus dieser Tätigkeit⁷⁵¹ im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können. Obwohl die Begründung des Gesetzes zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens diese Erklärung des Insolvenzverwalters lediglich als der echten Freigabe⁷⁵² ähnlich ansieht⁷⁵³, wird durch eine Ablehnung der Massezugehörigkeit der Insolvenzbeschlagnahme gelöst und damit die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Schuldner übertragen, so dass tatsächlich ein Fall der echten Freigabe anzunehmen ist⁷⁵⁴.

Die genannten Normen setzen aber die Zulässigkeit der Freigabe von Massegegenständen wie § 32 Abs. 3 InsO lediglich voraus⁷⁵⁵ oder regeln wie §§ 85 Abs. 2, 35 Abs. 2 InsO nur spezielle Freigabefälle, die nicht auf ein allgemeines Freigaberecht schließen lassen⁷⁵⁶. Eine ausdrückliche Regelung bezüglich eines allgemeinen Freigaberechts sucht man in der Insolvenzordnung hingegen vergebens. Dennoch wird ein solches gestützt auf die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters über das massezugehörige Vermögen nach § 80 Abs. 1 InsO allgemein anerkannt⁷⁵⁷. Hat der Insolvenzverwalter die Befugnis, zur Insolvenzmasse gehörende Vermögensgegenstände an Dritte zu übertragen, so muss der Insolvenzbeschlagnahme erst recht zugunsten des Insolvenzschuldners und damit des Inhabers des Vermögensgegenstandes aufgehoben werden können⁷⁵⁸. Mit Ausnahme von § 35 Abs. 2 InsO, welcher nach seinem Sinn und Zweck ausschließlich auf natürliche Personen Anwendung finden kann, unterscheidet jedoch weder die spezielle Freigaberegulation des § 85 Abs. 2 InsO noch § 32 Abs. 3 InsO oder die Regelung des § 80 Abs. 1 InsO zwischen natürlichen Personen und Gesellschaften. Damit liegt jedenfalls ein Anhaltspunkt dafür vor, dass hinsichtlich der Freigabe zwischen natürlichen Personen und Handelsgesellschaften kein Unterschied besteht⁷⁵⁹. Wäre die Freigabe im Insolvenzverfahren über das Ver-

⁷⁵¹ Gemeint sind Verbindlichkeiten, die der Schuldner durch die selbstständige Tätigkeit eingeht, vgl. *Smid*, DZWIR 2008, 133 (137).

⁷⁵² Vgl. zu den Arten der Freigabe unten, Vierter Teil II. 2. a., S. 233 ff.

⁷⁵³ BT-Drs. 16/4194, S. 14.

⁷⁵⁴ Im Ergebnis ebenso *Foerste*, Rdnr. 171a; *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 47, 84; *Sternal*, NJW 2007, 1909 (1912); a.A. mit der Begründung, die Freigabe könne sich immer nur auf einzelne Gegenstände beziehen, während die Erklärung nach § 35 Abs. 2 InsO einen auslegungsbedürftigen Rahmen festlegt *Ahrens*, NZI 2007, 622 (624 f.).

⁷⁵⁵ *BGHZ* 163, 32 (35) = NJW 2005, 2015 (2016); *OLG Naumburg* NZI 2000, 322 = ZIP 2000, 976; *Breutigam* in: BK InsO, § 35 Rdnr. 106; *Lütke*, Kölner Schrift, 3. Aufl., 706 (734); *Meyer-Sommer*, S. 24; *Ott/Vuiba* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 65; *Pieper*, S. 97; *Smid*, DZWIR 2008, 133 (134); vgl. auch *Haas* in: Gottwald, § 92 Rdnr. 309; *Kluth*, NZI 2000, 351 (356).

⁷⁵⁶ Bezüglich § 85 Abs. 2 InsO offenbar a.A. *Smid*, DZWIR 2008, 133 (134).

⁷⁵⁷ *Benckendorff*, Kölner Schrift, 3. Aufl., 1389 f.; *Meyer-Sommer*, S. 51; *Ott/Vuiba* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 68; *Windel* in: Jaeger, § 80 Rdnr. 28; vgl. auch *Henssler*, ZInsO 1999, 121 (127) sowie *Pieper*, S. 97 f., die allerdings als weitere normative Grundlage der Freigabe die begrenzte Massezugehörigkeit des Schuldnervermögens nach §§ 35, 36, 37 InsO annimmt; siehe zu § 6 KO bereits RGZ 60, 107 (109).

⁷⁵⁸ *Foerste*, Rdnr. 171.

⁷⁵⁹ *Gutsche*, Rdnr. 80; vgl. auch *Meyer-Sommer*, S. 51 f.

mögen von Handelsgesellschaften allerdings tatsächlich ohne Rücksicht darauf zulässig, ob die freigegebenen Massegegenstände Abwicklungsbedarf begründen⁷⁶⁰, könnte durch Freigabe abwicklungsbedürftiges Schuldnervermögen entstehen, welches der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters entzogen wäre. Jedenfalls eine zwingende verfahrensimmanente Vollabwicklung würde in diesem Fall verhindert.

Allerdings ließe sich diese Kollision vermeiden, wenn man dem Insolvenzverwalter bei Handelsgesellschaften über den Wortlaut des § 80 Abs. 1 InsO hinaus auch die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich der freigegebenen und damit an für sich insolvenzfremden Vermögensgegenstände übertragen würde⁷⁶¹. Der Insolvenzverwalter könnte auf diese Weise einerseits Massegegenstände ohne Rücksicht auf deren Abwicklungsbedürftigkeit zur Entlastung der Masse freigeben und andererseits durch seine auch im Bezug auf das insolvenzfreie Vermögen bestehende Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis dennoch die Vollabwicklung insolventer Handelsgesellschaften innerhalb des Insolvenzverfahrens betreiben. Dagegen spricht jedoch bereits der Wortlaut des § 80 Abs. 1 InsO, der lediglich das massezugehörige Vermögen der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters unterstellt. Der Eingriff in Eigentum und Freiheit des Schuldners (Art. 14 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG)⁷⁶² durch den Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis in Form einer Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG⁷⁶³ ist bezüglich der massezugehörigen Vermögensgegenstände durch die Garantie der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes zugunsten der Gläubiger (Art. 2 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip) einerseits sowie das öffentliche Interesse an einer geordneten Rechtspflege andererseits gerechtfertigt⁷⁶⁴. Gleiches gilt für den durch den Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bestehenden Eingriff in die auf der verfassungsrechtlich garantierten Verbandsautonomie aus Art. 9 Abs. 1 GG beruhende Befugnis einer Handelsgesellschaft, durch selbstbestimmte Organe zu handeln⁷⁶⁵.

⁷⁶⁰ Vgl. zu den Voraussetzungen der Vollbeendigung Zweiter Teil, insbesondere VI., S. 73 ff.

⁷⁶¹ So *Breutigam* in: BK InsO, § 35 Rdnr. 110; vgl. auch *Lüke* in: Kübler/Prütting, § 80 Rdnr. 93.

⁷⁶² Auch juristische Personen und sonstige Handelsgesellschaften können sich nach Art. 19 Abs. 3 GG auf Grundrechte berufen, soweit das in Betreff stehende Grundrecht nicht nur individuell, sondern auch kooperativ betätigt werden kann, vgl. *BVerfGE* 42, 212 (219). Handelsgesellschaften können sich daher wie natürliche Personen auf Handlungsfreiheit – jedenfalls im Sinn der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit – nach Art. 2 Abs. 1 GG (vgl. *BVerfGE* 10, 89 [99]; *BVerfGE* 20, 323 [336]; *BVerfGE* 44, 353 [372]) und Eigentum gemäß Art. 14 Abs. 1 GG (*BVerfGE* 4, 7 [17]; *BVerfGE* 53, 336 [345]; *BVerfGE* 66, 116 [133]) berufen.

⁷⁶³ Vgl. *BVerfGE* 51, 405 (408).

⁷⁶⁴ Vgl. *Stürner* in: MüKo InsO, Einleitung Rdnr. 88.

⁷⁶⁵ Vgl. *H.-F. Müller*, S. 62; zur Bestimmung der eigenen Organisation als Inhalt der Verbandsautonomie *BVerfGE* 50, 290 (354); *BVerfGE* 80, 244 (253).

Würde man die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters bei Handelsgesellschaften auch auf freigegebene Vermögensgegenstände erstrecken, wäre der weitergehende Eingriff in Freiheit, Eigentum und Verbandsautonomie des Insolvenzschuldners jedenfalls nicht mehr durch das Recht der Gläubiger auf Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes im Hinblick auf Verletzungen von Freiheits- und Eigentumsgrundrechten gerechtfertigt. Da freigegebene Vermögensgegenstände aus der Masse ausscheiden und daher zur Befriedigung der Gläubiger nicht mehr zur Verfügung stehen, wird der Insolvenzverwalter regelmäßig nur solche Gegenstände freigeben, die über ihren Wert hinaus belastet oder unwerthbar sind⁷⁶⁶. Dementsprechend gründet auch das Bestreben, die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters auf das insolvenzfreie Vermögen des Schuldners trotz Annahme einer Vollarwicklungspflicht zu erstrecken, gerade darauf, die Masse durch die Möglichkeit zur Freigabe derartiger Gegenstände zu entlasten. Selbst wenn man also dem Insolvenzverwalter die Verwertungsbefugnis über das freigegebene Vermögen überträgt, wird sich kaum jemals ein Erlös durch die Verwertung erzielen lassen. Daher wäre der weitergehende Eingriff in die Grundrechte des Schuldners durch Übertragung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bezüglich des freigegebenen Vermögens auf den Insolvenzverwalter nicht durch kollidierende Grundrechte der Gläubiger gerechtfertigt, vielmehr ist der Eingriff zum Schutz der Rechtspositionen der Gläubiger in aller Regel bereits gar nicht geeignet⁷⁶⁷. Selbst wenn im Einzelfall ein Erlös bei der Verwertung eines freigegebenen Vermögensgegenstandes erzielt werden könnte, würde das nichts am vorherigen Ausscheiden des Gegenstandes aus der Masse ändern. Dass aber der erzielte Erlös trotz der vorherigen Freigabe zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden soll, während im Falle ausbleibender Erlöserzielung oder gar weitergehender Kostenverursachung die Masse entlastet wäre, lässt sich nicht begründen. Im Übrigen sind die Gläubiger in diesem Fall bereits dadurch geschützt, dass ihnen der Insolvenzverwalter bei einer unberechtigten Freigabe unter Verletzung des Gläubigerinteresses nach § 60 InsO persönlich haftet⁷⁶⁸. Selbst wenn im Einzelfall ein Erlös durch die Verwertung eines freigegebenen Gegenstandes erzielt werden kann, lässt sich der weitergehende Eingriff in die insolvenzfreie Vermögenssphäre des

⁷⁶⁶ *Breutigam* in: BK InsO, § 35 Rdnr. 106; *Häsemeyer*, Rdnr. 13.18; vgl. auch *Haas* in: Gottwald, § 92 Rdnr. 309; *Höpfner*, ZIP 2000, 1517 (1518); *Meyer-Sommer*, S. 61; *Windel* in: Jaeger, § 80 Rdnr. 28.

⁷⁶⁷ Auch Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums müssen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zur Erreichung des mit ihnen verfolgten Ziels geeignet sein, um einen Grundrechtseingriff rechtfertigen zu können, vgl. *BVerfGE* 70, 278 (286).

⁷⁶⁸ Vgl. *Breutigam* in: BK InsO, § 35 Rdnr. 106; *Ehrlicke* in: Jaeger, § 1 Rdnr. 99; *Foerste*, Rdnr. 171; *Höpfner*, ZIP 2000, 1517 f.; *Meyer-Sommer*, S. 127; *Purps/Schumann*, VIZ 1999, 385 (386).

Schuldners also nicht mit kollidierenden verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen der Gläubiger rechtfertigen⁷⁶⁹.

Die Erstreckung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters auf das insolvenzfremde Vermögen des Schuldners könnte folglich lediglich mit dem öffentlichen Interesse an einer geordneten Rechtspflege gerechtfertigt werden. Das einen Eingriff in Freiheit, Eigentum und Verbandsautonomie des Schuldners rechtfertigende öffentliche Interesse an einer geordneten Rechtspflege bezieht sich jedoch darauf, zum Schutz der eigenen Grundrechte eine Möglichkeit zur Rechtsverwirklichung durch Vollstreckung – sei es im Rahmen der Einzel- oder Gesamtvollstreckung – zur Verfügung zu haben⁷⁷⁰. Durch die Erweiterung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters wird die Rechtsverwirklichung gegen den Schuldner hingegen – wie bereits bezüglich des Rechtsschutzes zugunsten der Gläubiger gezeigt – nicht erweitert. Darüber hinaus besteht aber auch ein öffentliches Interesse an einer möglichst raschen und koordinierten Vollarbeitung insolventer Handelsgesellschaften, um auf diese Weise den Rechtsverkehr vor der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen zu dieser zu schützen⁷⁷¹. Ob dieses öffentliche Interesse geeignet wäre, einen weitergehenden Eingriff in die Schuldnerrechte durch die Erweiterung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters zu rechtfertigen, kann allerdings dahingestellt bleiben, da eine Rechtfertigung bereits aus einem anderen Grund ausscheidet. Der Grund ist, dass auch Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums durch Rechtsnormen erfolgen müssen⁷⁷². Zwar ist eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums in § 80 Abs. 1 InsO enthalten, allerdings bezieht sich die darin enthaltene Beschränkung des Art. 14 Abs. 1 GG lediglich auf die Insolvenzmasse. Eine darüber hinausgehende, auch das insolvenzfremde Vermögen des Schuldners betreffende Inhalts- und Schrankenbestimmung in Form einer Rechtsnorm existiert hingegen nicht. Auch § 199 Satz 2 InsO stellt keine solche dar: Zwar kann § 199 Satz 2 InsO als Ausdruck einer in der Insolvenzordnung verwirklichten Vollarbeitungspflicht angesehen werden, der Regelungsgehalt beschränkt sich allerdings auf die Übertragung von Überschüssen und damit Massebestandteilen an die am Schuldner beteiligten Personen. Eine Verwaltungs- und Verfügungsgewalt des Insolvenzverwalters bezüglich massefreier Vermögensgegenstände kann der Norm hingegen nicht entnommen werden. Auch sonstige der Rechtfertigung zugängliche Beeinträchtigungen des Grundrechts auf Eigentum nach Art. 14 GG, sei es durch Enteignungen im Sinn des Art. 14 Abs. 3 GG, sei es durch sonstige Beeinträchtigungen ohne Enteignung

⁷⁶⁹ Vgl. auch *Rigol*, BGHReport 2005, 1080.

⁷⁷⁰ Vgl. *Stürner* in: MüKo InsO, Einleitung Rdnr. 88 in Verbindung mit dem dortigen Verweis auf Rdnr. 77.

⁷⁷¹ Vgl. *Pech*, S. 69; *Westpfahl*, Rdnr. 309; siehe außerdem BT-Drs. 12/2443, S. 84; *H.-F. Müller*, S. 22.

⁷⁷² *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, Art. 14 Rdnr. 37.

nungscharakter⁷⁷³, bedürfen einer rechtlichen Grundlage⁷⁷⁴. Gleiches gilt für die Beeinträchtigung der Verbandsautonomie⁷⁷⁵. Mangels entsprechender gesetzlicher Grundlage kann der weitergehende Eingriff in die Schuldnergrundrechte durch Erweiterung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters auf den insolvenzfreien Vermögensbereich des Schuldners daher auch nicht durch das öffentliche Interesse an einer geordneten Rechtspflege gerechtfertigt werden.

Im Übrigen spricht gegen eine Ausweitung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf das insolvenzfreie Vermögen bereits, dass in diesem Fall zwei verschiedene vom Insolvenzverwalter zu verwaltende Vermögensmassen entstünden, zwischen denen auf Kosten der Rechtssicherheit Vermögensgegenstände des Insolvenzschuldners verschoben werden könnten, ohne dass die Zuordnung einzelner Vermögensgegenstände für Außenstehende nachvollziehbar wäre⁷⁷⁶. Insolvenzbeschlagnahme auf der einen und die insolvenzfreie Vermögenssphäre des Schuldners auf der anderen Seite – soweit eine solche bei Handelsgesellschaften überhaupt anzuerkennen ist⁷⁷⁷ – könnten nach dieser Ansicht nicht mehr eindeutig auseinander gehalten werden. Auch de lege ferenda ist die Ausweitung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters auf durch Freigabe verfahrensfrei gewordene Vermögensgegenstände des Schuldners daher abzulehnen. Die Erweiterung der Befugnisse des Insolvenzverwalters auf den insolvenzfreien Vermögensbereich des Schuldners ist folglich unzulässig⁷⁷⁸, so dass sich auf diese Weise auch keine Kollision der Freigabebefugnis mit der unter Umständen verwirklichten generellen Vollabwicklungspflicht verhindern ließe.

Ist eine Erstreckung der Verwalterbefugnisse auf den insolvenzfreien Vermögensbereich des Schuldners also nicht gerechtfertigt, bleibt es bei einer Kollision der Freigabe von Abwicklungsbedarf begründenden Massegegenständen mit einer unter Umständen bestehenden Pflicht des Insolvenzverwalters zur verfahrensimmanenten Vollliquidation.

Teilweise wird daher der Schluss gezogen, dass eine Vollabwicklung im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften nicht zwingend sei und jedenfalls dann ausscheiden müsse, wenn abwicklungsbedürftige Massegegenstände vom

⁷⁷³ Vgl. dazu *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, Art. 14 Rdnr. 49.

⁷⁷⁴ Vgl. *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, Art. 14 Rdnr. 50 für sonstige Beeinträchtigungen ohne Enteignungscharakter sowie Rdnr. 78 für Enteignungen.

⁷⁷⁵ *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, Art. 9 Rdnr. 17.

⁷⁷⁶ Vgl. *Rödter*, S. 28.

⁷⁷⁷ Siehe unten, *Vierter Teil II. 1. und 2.*, S. 190 ff. bzw. S. 233 ff.

⁷⁷⁸ Im Ergebnis ebenso *BGH ZinsO* 2006, 260 f.

Insolvenzverwalter freigegeben werden⁷⁷⁹. Die eine Pflicht zur verfahrensimmanenten Vollliquidation bejahende Ansicht folgert demgegenüber aus der Kollision, dass ein Freigaberecht im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften nicht bestehen könne⁷⁸⁰.

Daraus, dass das Gesetz hinsichtlich der Freigabe nicht zwischen natürlichen Personen und Gesellschaften unterscheidet, kann nicht auf eine fehlende Vollabwicklungspflicht geschlossen werden. Die Freigabe ist weder für natürliche Personen noch für Gesellschaften ausdrücklich gesetzlich geregelt, sondern ergibt sich aus der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters bezüglich des massezugehörigen Vermögens gemäß § 80 Abs. 1 InsO. Bestünde eine ausnahmslose Pflicht zur vollständigen Abwicklung von Handelsgesellschaften, wäre die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Verwalters entgegen der Rechtslage bei natürlichen Personen hier insoweit eingeschränkt, als keine die Vollabwicklung hindernden Maßnahmen und damit auch keine Freigaben abwicklungsbedürftiger Gegenstände erfolgen dürften. Wäre dagegen die Zulässigkeit der Freigabe auch in der Insolvenz von Handelsgesellschaften generell oder unter gewissen Voraussetzungen anzuerkennen, stünde dies jedenfalls einer ausnahmslosen Pflicht zur verfahrensimmanenten Vollabwicklung entgegen.

Letztlich hängt das Verhältnis zwischen Freigabe und Vollabwicklung davon ab, welcher Stellenwert einer gegebenenfalls bestehenden Vollabwicklungspflicht gegenüber dem Verfahrenszweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung, auf welchem die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters und damit auch die Freigabe basiert, zukommt. Bevor das Verhältnis von Freigabe und Vollabwicklung geklärt werden kann, ist daher zu prüfen, ob überhaupt eine Pflicht zur Vollabwicklung von Handelsgesellschaften im Insolvenzverfahren besteht. Sollte dies der Fall sein, müsste untersucht werden, in welchem Verhältnis die Vollabwicklungspflicht zur Gläubigerbefriedigung im Insolvenzverfahren steht, ob der Gläubigerbefriedigungszweck also Ausnahmen von der Pflicht zur Vollabwicklung erfordert. Erst daraufhin kann das Verhältnis von Freigabe und Vollabwicklung geklärt werden, welches sich den §§ 32 Abs. 3, 85 Abs. 2, 80 Abs. 1 InsO nicht abschließend entnehmen lässt.

⁷⁷⁹ Vgl. *BGHZ* 163, 32 (35 f.) = *NJW* 2005, 2015 (2016); *OLG Naumburg* NZI 2000, 322; *Hüffer*, § 264 Rdnr. 7; *derselbe* in: *MüKo AktG*, § 264 Rdnr. 36; *Lwowski/Peters* in: *MüKo InsO*, § 35 Rdnr. 112 f.; *Meyer-Sommer*, S. 51 f.; *Pape* in: *Kübler/Prütting*, § 15 Rdnr. 19; *Seidel/Flitsch*, *DZWIR* 2004, 125 (126); vgl. auch bereits *Pape*, *WiPra* 1996, 242 (243).

⁷⁸⁰ *OLG Karlsruhe* *Rpfleger* 2003, 614 f. = *DZWIR* 2004, 123 (124 f.); *H.-F. Müller*, S. 38 ff.; *K. Schmidt*, *ZIP* 2000, 1913 (1917); vgl. auch bereits *Pluta*, *EWIR* 1996, 265 (266); *Rödter*, S. 24 ff.; *K. Schmidt*, *Wege*, S. 73; *derselbe*, *ZIP* 1985, 713 (722); *derselbe*, *ZGR* 1986, 178 (187); *derselbe*, *GmbHR* 1994, 829 (831); *Schulz*, *NJW* 1984, 2428.

bbb. § 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 InsO

Neben §§ 32 Abs. 3, 35 Abs. 2, 85 Abs. 2, 80 Abs. 1 InsO wird gegen eine Pflicht zur verfahrensimmanenten Vollabwicklung unter Geltung der Insolvenzordnung, wie erwähnt⁷⁸¹, § 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 InsO angeführt, wonach der Schlusstermin zur Entscheidung der Gläubiger über die nicht verwertbaren Gegenstände der Insolvenzmasse dient. Da die Entscheidung der Gläubiger regelmäßig nur auf Freigabe des unverwertbaren Gegenstandes lauten könne, fände die Norm im Fall einer zwingenden Vollabwicklung von Handelsgesellschaften auf diese überhaupt keine Anwendung mehr, so dass die Gläubiger das unverwertbare Vermögen auf eigene Kosten entsorgen müssten⁷⁸². Die Mehrkosten, die den Gläubigern hierdurch aufgebürdet würden, hätten ihre Ursache dann aber nicht in dem Verfahrenszweck der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung, sondern vielmehr in der Liquidation der Gesellschaft⁷⁸³. Allerdings unterscheide § 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 InsO nicht zwischen natürlichen und juristischen Personen, so dass die Entscheidungsbefugnis der Gläubigerversammlung und damit die Möglichkeit der Freigabe auch bei Handelsgesellschaften gegeben sei⁷⁸⁴.

Dem ist teilweise entgegenzutreten. Zunächst besteht auch bei Annahme einer Vollabwicklungspflicht ein Anwendungsbereich des § 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 InsO im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften. Zwar mag die Entscheidung der Gläubiger im Schlusstermin tatsächlich häufig oder sogar in der Regel auf Freigabe des unverwertbaren Gegenstandes lauten⁷⁸⁵, dennoch ist dies keinesfalls die einzig mögliche Entscheidung. Vorstellbar ist zum Beispiel auch, dass die unverwertbaren Gegenstände an einzelne Gläubiger veräußert oder diesen unentgeltlich übertragen werden oder schlicht die Vornahme weiterer Verwertungsversuche beschlossen wird⁷⁸⁶. Selbst wenn eine Pflicht zur Vollbeendigung im Insolvenzverfahren bestünde und diese Pflicht zudem die Freigabe im Insolvenzverfahren von Handelsgesellschaften vollständig ausschließen würde, bliebe daher ein Anwendungsbereich für § 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 InsO. Dass die im Fall des Freigabeausschlusses aufgrund der Integration der Abwicklung anfallenden Entsorgungskosten von den Gläubigern zu tragen wären, ist dagegen richtig. Hieraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass die Freigabe aus diesem Grund möglich sein müsse und daher die Vollab-

⁷⁸¹ Siehe Dritter Teil III. 2. b., S. 113 f.

⁷⁸² Vgl. zur Vorgängernorm des § 162 Abs. 1 KO *Pape*, WiPra 1996, 242.

⁷⁸³ *Pape*, WiPra 1996, 242; vgl. auch *Henckel*, ZIP 1991, 133 (135).

⁷⁸⁴ *Pape* in: Kübler/Prütting, § 15 Rdnr. 19; *derselbe*, WiPra 1996, 242 (243); vgl. auch *Foerste*, Rdnr. 175.

⁷⁸⁵ Ergeht kein anderweitiger Beschluss der Gläubigerversammlung gilt der Vermögensgegenstand sogar ohne dass es eines konkreten Freigabebeschlusses bedürfte als freigegeben, vgl. *Westphal* in: Nerlich/Römermann, § 199 Rdnr. 3; *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 197 Rdnr. 14.

⁷⁸⁶ *Kilger/K. Schmidt*, InsG, § 162 KO Anm. 1)c); vgl. auch *Füchsl/Weishäupl* in: MüKo InsO, § 197 Rdnr. 8; *Kießner* in: Braun, § 197 Rdnr. 18 f.; *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 197 Rdnr. 14.

wicklung zu unterbleiben habe. Im Wesentlichen kann dabei auf die bereits zur Freigabe gemachten Ausführungen Bezug genommen werden⁷⁸⁷: Sollte eine Pflicht zur verfahrensimmanenten Liquidation von Handelsgesellschaften bestehen, ist zu untersuchen, wie Vollabwicklung einerseits und bestmögliche Gläubigerbefriedigung sowie die daraus resultierende Freigabebefugnis andererseits zueinander in Beziehung gesetzt werden müssen. Falls der Vollliquidation von Handelsgesellschaften im Vergleich zum Insolvenzziel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung nach der bestehenden Rechtslage mindestens gleiches Gewicht eingeräumt werden muss, ist sowohl der Ausschluss der Freigabe als auch die vollständige Liquidation der insolventen Handelsgesellschaft auf Kosten der Gläubiger wegen des Verfahrensziels der Abwicklung hinzunehmen. Die Argumentation, dass die Erstreckung der Masseverwaltung auf Gegenstände, deren Verwertung der Masse keinen Vorteil bringt, dem im Vordergrund der Insolvenzabwicklung stehenden Gläubigerinteresse zuwiderliefe⁷⁸⁸, könnte dann nicht mehr überzeugen. In diesem Fall müsste mit der Vollabwicklung ein weiteres Verfahrensziel beachtet werden, welches mit der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung in einen angemessenen Ausgleich zu bringen wäre. Die Gläubigerbefriedigung stünde daher nicht alleine im Vordergrund der Insolvenzabwicklung. Ein Ausgleich zwischen Gläubigerbefriedigung und Vollabwicklung würde allerdings unmöglich gemacht, wenn mit dem Hinweis auf die Zulässigkeit der Freigabe mangels Differenzierung der gesetzlichen Regelungen zwischen natürlichen Personen und anderen Schuldern die Vollabwicklung ausgeschlossen wird.

Die Existenz des § 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 InsO lässt also wegen eines über den Fall der Freigabe hinausgehenden Anwendungsbereichs einerseits sowie des unter Umständen noch zu klärenden Verhältnisses zwischen Liquidation und bestmöglicher Gläubigerbefriedigung andererseits nicht auf das Fehlen einer Vollabwicklungspflicht schließen.

cc. § 184 Abs. 1 InsO

Die fehlende Verwirklichung einer Vollabwicklungspflicht im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften soll sich darüber hinaus an § 184 Abs. 1 InsO erkennen lassen⁷⁸⁹. Ohne Unterscheidung zwischen natürlichen Personen und Gesellschaften mit und ohne Rechtspersönlichkeit wird einem Insolvenzgläubiger,

⁷⁸⁷ Siehe Dritter Teil IV. 3. b. bb. aaa., S. 137 ff.

⁷⁸⁸ *Henckel*, ZIP 1991, 133 (135); *Kilger*, FS Merz, 253 (269); *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 114; vgl. auch *Pape*, KTS 1993, 551 (583).

⁷⁸⁹ *Pape*, WiPra 1996, 258 (261).

dessen zur Tabelle angemeldeter Forderung vom Schuldner widersprochen wurde, durch § 184 Abs. 1 InsO die Möglichkeit eingeräumt, Klage auf Feststellung der bestrittenen Forderung zu erheben oder einen zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens anhängigen Rechtsstreit über die Forderung aufzunehmen. Da ein Widerspruch des Schuldners im Gegensatz zu einem solchen des Insolvenzverwalters oder eines Gläubigers nach § 178 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht die Feststellung der widersprochenen Forderung hindert, wird diese ebenso wie sämtliche nicht widersprochenen Forderungen in späteren Verteilungsverfahren berücksichtigt⁷⁹⁰. Der Widerspruch des Schuldners entfaltet also innerhalb des Insolvenzverfahrens – von den Fällen angeordneter Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO abgesehen, in denen gemäß § 283 Abs. 1 Satz 2 InsO eine vom Schuldner widersprochene Forderung als nicht festgestellt gilt – keine Wirkung und hindert insbesondere nicht die quotale Befriedigung des Gläubigers der widersprochenen Forderung aus der Insolvenzmasse. Erst nach Abschluss bzw. Einstellung des Insolvenzverfahrens zeigt sich die Bedeutung des Schuldnerwiderspruchs: Wurde dieser nicht nach § 184 Abs. 1 InsO beseitigt, kann der Gläubiger der entsprechenden Forderung nach § 201 Abs. 2 InsO (im Fall der Einstellung in Verbindung mit § 215 Abs. 2 Satz 2 InsO) – anders als bei unwidersprochenen Forderungen – nicht aus dem Tabelleneintrag (vgl. § 178 Abs. 2 InsO) wie aus einem rechtskräftigen Urteil gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung betreiben. Ebenso wie der Schuldnerwiderspruch selbst wirkt sich die Feststellung der Forderung im Klageweg nach § 184 Abs. 1 Satz 1 InsO also erst nach Abschluss bzw. Einstellung des Insolvenzverfahrens auf die Vollstreckbarkeit der Forderung aus. Würden Handelsgesellschaften jedoch innerhalb des Insolvenzverfahrens vollständig abgewickelt und mit oder im direkten Anschluss an die Verfahrensaufhebung vollbeendet, hätte sowohl der Widerspruch des Schuldners als auch die hiergegen erhobene Klage des Gläubigers nach § 184 Abs. 1 Satz 1 InsO mangels Auswirkungen keine Bedeutung⁷⁹¹.

Allerdings ist fraglich, ob hieraus zu folgern ist, dass keine Vollliquidationspflicht im Rahmen des Insolvenzverfahrens bei Handelsgesellschaften bestehen kann. Wie bereits ausgeführt, ist ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren auch ohne eine Pflicht zur Vollarwicklung im Insolvenzverfahren nicht unter allen Umständen im Anschluss an das oder neben dem Insolvenzverfahren durchzuführen. Die Durchführung eines gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahrens ist immer dann entbehrlich, wenn sämtlicher Abwicklungsbedarf der insolventen Handelsgesellschaft innerhalb des Insolvenzverfahrens gedeckt werden kann⁷⁹². In diesen Fällen wird die Gesell-

⁷⁹⁰ Vgl. *Schumacher* in: MüKo InsO, § 178 Rdnr. 59.

⁷⁹¹ Vgl. *Pape*, WiPra 1996, 258 (261).

⁷⁹² Vgl. Dritter Teil IV. 1., S. 117 ff.

schaft nach Durchführung des Insolvenzverfahrens gemäß § 394 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 FamFG im Register gelöscht und ist mangels weiteren Abwicklungsbedarfs vollbeendet⁷⁹³. Das vollständige Erlöschen von Handelsgesellschaften unmittelbar nach dem Abschluss eines auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahrens dürfte in der Praxis unabhängig vom Bestehen einer Vollabwicklungspflicht der Normalfall sein, so dass bei Handelsgesellschaften regelmäßig weder ein Widerspruch des Schuldners im Sinn des § 178 Abs. 1 Satz 2 InsO noch eine hiergegen erhobene Klage des Gläubigers gemäß § 184 Abs. 1 Satz 1 InsO Wirkung entfaltet. Bestünde keine ausnahmslose Pflicht zur Vollabwicklung, wäre aber sowohl der Schuldnerwiderspruch, als auch eine entsprechende Klage des durch den Widerspruch belasteten Gläubigers unter Umständen trotzdem sinnvoll, da immerhin die Möglichkeit der ausbleibenden verfahrensimmanenten Vollabwicklung und der damit verbundenen Fortexistenz der Gesellschaft über das Ende des Insolvenzverfahrens hinaus gegeben wäre. Lediglich wenn eine ausnahmslose Pflicht zur verfahrensimmanenten Vollbeendigung vorläge, wären Schuldnerwiderspruch und dagegen erhobene Gläubigerklage im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften generell wirkungslos.

Eine für den Fall der zwingenden Vollabwicklung nahe liegende Beschränkung des Schuldnerwiderspruchs- und Gläubigerklagerechts auf die Insolvenz natürlicher Personen ist der Insolvenzordnung aber nicht zu entnehmen. Allerdings kann allein das Bestehen des Widerspruchsrechts des Schuldners und des Rechts der Gläubiger, Klage auf Feststellung der widersprochenen Forderung zu erheben, nicht zu dem Schluss führen, eine zwingende Vollabwicklungspflicht in der Insolvenz von Handelsgesellschaften gebe es nicht. Das Bestehen eines Rechts sagt nämlich noch nichts darüber aus, in welchen Fällen dessen Geltendmachung Erfolg verspricht bzw. Wirkung entfaltet. So führen zum Beispiel Schuldnerwiderspruch und Gläubigerklage trotz ihrer Zulässigkeit in aller Regel auch dann nicht zum Ziel, wenn sich an das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer natürlichen Person ein Restschuldbefreiungsverfahren mit abschließend erteilter Restschuldbefreiung anschließt⁷⁹⁴. Gleiches gilt im Fall der Vollabwicklung einer Handelsgesellschaft im Rahmen eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Handelsgesellschaft auch wenn keine Pflicht zur verfahrensimmanenten Vollliquidation besteht.

⁷⁹³ Bei Personenhandelsgesellschaften bedarf es der Löschung im Register für den Eintritt der Vollbeendigung hingegen nicht; siehe Zweiter Teil VI. 8., S. 89 f.

⁷⁹⁴ Etwas anderes gilt jedoch insbesondere dann, wenn der Schuldner einer aufgrund unerlaubter Handlung (vgl. § 174 Abs. 2 InsO) angemeldeten Forderung lediglich dem Grund nach widerspricht, da Forderungen aus unerlaubter Handlung nach § 302 Nr. 1 InsO von der Restschuldbefreiung ausgenommen sind, vgl. dazu *BGH NZI* 2006, 536; *OLG Rostock OLG R* 2005, 972 f.; dem Insolvenzverwalter steht demgegenüber kein auf den Rechtsgrund der Forderung beschränktes Widerspruchsrecht zu, vgl. *BGH NJW* 2008, 3285 ff.

Dennoch erscheint es wenig überzeugend, dass Schuldnerwiderspruch und Gläubigerklage in der Insolvenz von Handelsgesellschaften und damit einem äußerst bedeutenden Teil aller Insolvenzverfahren⁷⁹⁵ generell funktionslos sein sollen. Im Gegensatz zur Rechtslage bei Restschuldbefreiung⁷⁹⁶ und fakultativer Vollabwicklung, bei denen zum Zeitpunkt des Widerspruchs oder der Erhebung der Klage zumindest noch die Möglichkeit besteht, dass diese Wirkung nach Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens entfalten, wären bei Annahme einer ausnahmslosen Pflicht zur verfahrensimmanenten Vollliquidation der Schuldnerwiderspruch und die dagegen erhobene Gläubigerklage von vornherein wirkungslos. Obwohl allein das Bestehen des Widerspruchs- bzw. Klagerechts noch nichts darüber aussagt, inwiefern die Zwangsvollstreckung nach Abschluss des Insolvenzverfahrens überhaupt noch in Betracht kommt, hätte es nahe gelegen, bei beabsichtigter Verwirklichung einer ausnahmslosen Pflicht zur Vollabwicklung das Widerspruchsrecht des Schuldners sowie das Recht des Gläubigers, Klage auf Feststellung der angemeldeten Forderung zu erheben, im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften auszuschließen. Dass diese Rechte auch bei Handelsgesellschaften bestehen sollen, die Geltendmachung in sämtlichen Fällen aber wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses aufgrund einer zwingenden verfahrensimmanenten Vollabwicklung unzulässig wäre, erscheint demgegenüber unbefriedigend. Die unbeschränkte Gewährleistung von Widerspruchs- und Klagerecht liefert daher zumindest einen Anhaltspunkt dafür, dass keine ausnahmslose Pflicht zur Vollabwicklung im Insolvenzverfahren besteht, sondern im Einzelfall Ausnahmen zulässig sein müssen.

ddd. §§ 201 Abs. 1, 215 Abs. 2 Satz 2 InsO

Ein weiterer Anhaltspunkt gegen eine ausnahmslose Pflicht zur Vollabwicklung von Handelsgesellschaften im Insolvenzverfahren wird in § 201 Abs. 1 InsO gesehen. § 201 Abs. 1 InsO ermöglicht den Gläubigern nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens ihre Restforderungen unbeschränkt gegen den Schuldner geltend zu machen. Gleiches gilt nach § 215 Abs. 2 Satz 2 InsO nach Einstellung des Verfahrens. Wird der Schuldner aber unmittelbar nach Aufhebung oder im Fall einer dennoch erfolgten vollständigen Abwicklung auch bei Einstellung des Insolvenzverfahrens vollbeendet, ent-

⁷⁹⁵ Zwar betreffen von den insgesamt im Jahr 2008 eröffneten 140.979 Insolvenzverfahren nur 21.359 und damit ca. 15 % Unternehmen, von den voraussichtlichen Forderungen in Höhe von 33.495.230.000 € sind allerdings 22.063.237.000 € gegen Unternehmen gerichtet, was einem Anteil von 66 % entspricht, vgl. Statistisches Jahrbuch 2009, S. 503.

⁷⁹⁶ Über die Restschuldbefreiung entscheidet das Insolvenzgericht nach § 289 Abs. 1 Satz 1 InsO erst im Schlusstermin. Selbst bei angekündigter Restschuldbefreiung besteht jedoch unter den Voraussetzungen der §§ 296 bis 298 InsO noch die Möglichkeit, die Restschuldbefreiung zu versagen.

fällt damit die Möglichkeit, gegen diesen Restforderungen geltend zu machen. § 201 Abs. 1 InsO hebt allerdings lediglich die gemäß §§ 88, 89 InsO unmittelbar vor Eröffnung und während des Insolvenzverfahrens bestehenden Beschränkungen der Einzelzwangsvollstreckung auf und stellt außerdem klar, dass der im Insolvenzverfahren nicht befriedigte Teil der Forderungen nach Abschluss des Verfahrens – von den Fällen erteilter Restschuldbefreiung bei natürlichen Personen abgesehen, vgl. §§ 201 Abs. 3, 294 Abs. 1, 301 InsO – weiterhin geltend gemacht werden kann. Zu der Frage, ob und wie die Durchsetzung aus tatsächlichen Gründen möglich ist, kann der Norm nichts entnommen werden. Ein anderes Verständnis des § 201 Abs. 1 InsO würde dazu führen, dass nicht nur keine Pflicht zur Vollabwicklung im Insolvenzverfahren bestünde, sondern eine Vollabwicklung im Insolvenzverfahren auch gar nicht erfolgen dürfte. Dass eine vollständige Abwicklung insolventer Handelsgesellschaften innerhalb des Insolvenzverfahrens aber zulässig und möglich ist, ergibt sich eindeutig aus §§ 394 Abs. 1 FamFG, 199 Satz 2 InsO und ist – soweit ersichtlich – unstrittig. Die Notwendigkeit eines dem Insolvenzverfahren nachfolgenden gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahrens zu dem Zweck, den Gläubigern die Durchsetzung ihrer Restforderungen zu ermöglichen, wäre im Übrigen auch nicht begründbar, wenn bereits sämtlicher Abwicklungsbedarf innerhalb des Insolvenzverfahrens gedeckt wurde. In diesem Fall wäre die Handelsgesellschaft ohnehin vermögenslos, so dass eine Durchsetzung der Restforderungen scheitern würde. § 201 Abs. 1 InsO kann daher nicht gegen eine Pflicht zur Vollabwicklung im Insolvenzverfahren herangezogen werden.

eee. § 89 Abs. 1 InsO

Gegen eine Pflicht zur Vollabwicklung von Handelsgesellschaften innerhalb des Insolvenzverfahrens könnte schließlich auf § 89 InsO verwiesen werden. Nach § 89 Abs. 1 InsO ist die Zwangsvollstreckung für einzelne Insolvenzgläubiger während der Dauer des Insolvenzverfahrens weder in die Insolvenzmasse noch in das sonstige Vermögen des Schuldners zulässig. Damit geht § 89 Abs. 1 InsO von zwei getrennten Vermögensmassen aus, von denen nur die Insolvenzmasse der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters unterliegt und abgewickelt werden kann⁷⁹⁷. Durch die Einbeziehung des Neuerwerbs zur Masse nach § 35 Abs. 1 InsO hat das Vollstreckungsverbot in das sonstige Vermögen allerdings kaum noch praktische Bedeutung⁷⁹⁸ und wird teilweise sogar als „*Versehen*“ eingestuft⁷⁹⁹. Sonstiges Vermögen

⁷⁹⁷ Siehe zur Unzulässigkeit der Erstreckung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters auf das verfahrensfreie Vermögen des Schuldners Dritter Teil IV. 3. b. bb. aaa., S. 139 ff.

⁷⁹⁸ Breuer in: MüKo InsO, § 89 Rdnr. 18; Leithaus in: Andres/Leithaus, § 89 Rdnr. 4.

⁷⁹⁹ Hintzen in: MüKo InsO, § 201 Rdnr. 8.

im Sinn des § 89 Abs. 1 InsO sind lediglich die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegenden Gegenstände des Schuldners sowie vom Insolvenzverwalter freigegebene Gegenstände⁸⁰⁰. Das Verhältnis der Freigabe als Ausdruck des Prinzips der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung zu einer unter Umständen verwirklichten Vollabwicklung im Insolvenzverfahren ist, wie bereits ausgeführt⁸⁰¹, noch zu klären. Auch ob pfändungsfreies Vermögen bei Handelsgesellschaften bestehen kann, wird zu diskutieren sein⁸⁰². Beide Entscheidungen können an dieser Stelle jedoch dahinstehen, da § 89 Abs. 1 InsO zwar die Zwangsvollstreckung in Insolvenzmasse einerseits und verfahrensfreies Vermögen andererseits ausschließt, dabei aber keine Vorgabe hinsichtlich der Notwendigkeit verfahrensfreien Vermögens macht. Wie zu § 201 Abs. 1 InsO ausgeführt⁸⁰³, ist die grundsätzliche Zulässigkeit der vollständigen Abwicklung von Handelsgesellschaften zweifellos gegeben. Auch § 89 Abs. 1 InsO zwingt nicht zu einer anderen Betrachtung. § 89 Abs. 1 InsO ordnet die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung lediglich für zwei getrennte Vermögensmassen an, setzt jedoch nicht das Bestehen beider Vermögensmassen voraus. Als Anhaltspunkt für oder wider das Bestehen einer Vollabwicklungspflicht im Rahmen des Insolvenzverfahrens kann § 89 Abs. 1 InsO daher nicht herangezogen werden.

cc. Ergebnis der systematischen Analyse

Betrachtet man das Regelungsgefüge der Insolvenzordnung sowie die damit eng verbundenen Regelungen im Ganzen, zeigt sich einerseits, dass die Vollabwicklung von Handelsgesellschaften innerhalb des Insolvenzverfahrens im Zuge der Insolvenzrechtsreform durchaus als Bestandteil des Insolvenzverfahrens in die gesetzlichen Regelungen integriert wurde. Sowohl die Pflicht des Insolvenzverwalters zur Herausgabe eines bei der Schlussverteilung verbleibenden Überschusses an die Gesellschafter, Aktionäre und Genossen gemäß § 199 Satz 2 InsO als auch die Einbeziehung der Gläubiger von Gesellschafterdarlehen als nachrangige Insolvenzgläubiger nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO bzw. § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. deuten darauf hin, dass im Insolvenzverfahren auch die vollständige Abwicklung von Handelsgesellschaften erfolgen sollte. Auch § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG bringt zum Ausdruck, dass, wenn auch nicht ausnahmslos, jedenfalls regelmäßig eine verfahrensimmanente Vollliquidation von Handelsgesellschaften erfolgen soll. Mit der Einbeziehung des Neuerwerbs nach § 35

⁸⁰⁰ Breuer in: MüKo InsO, § 89 Rdnr. 18; Leithaus in: Andres/Leithaus, § 89 Rdnr. 4.

⁸⁰¹ Dritter Teil IV. 3. b. bb. aaa., S. 137 ff.

⁸⁰² Vierter Teil II. 1. b., insbesondere hh., S. 227 ff.

⁸⁰³ Siehe Dritter Teil IV. 3. b. bb. ddd., S. 148 f.

Abs. 1 InsO ist die Vollabwicklung innerhalb des Insolvenzverfahrens im Gegensatz zur früheren Rechtslage auch realisierbar geworden.

Andererseits ist aber auch zu erkennen, dass eine Vollliquidation nach der gesetzlichen Regelung nicht unter allen Umständen zu erfolgen hat. Wie bereits erwähnt, geht § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG eindeutig von der Möglichkeit unverwerteten Vermögens nach Abschluss des Insolvenzverfahrens über das Vermögen von Handelsgesellschaften aus. Auch die Möglichkeit des Schuldners, angemeldeten Forderungen nach § 178 Abs. 1 Satz 2 InsO zu widersprechen, sowie das Recht des Gläubigers, Klage zur Feststellung einer widersprochenen Forderung nach § 184 Abs. 1 InsO zu erheben, deuten darauf hin, dass keine ausnahmslos verwirklichte Pflicht zur Vollliquidation besteht. Weder § 178 Abs. 1 Satz 2 InsO noch § 184 Abs. 1 InsO zeigen allerdings, dass eine Vollabwicklung von Handelsgesellschaften im Insolvenzverfahren generell ausgeschlossen wäre oder auch nur in der Regel nicht erfolgen dürfte. Vielmehr kann den genannten Regelungen nur entnommen werden, dass es unter gewissen Umständen Ausnahmen von der ansonsten verwirklichten Vollabwicklungspflicht geben muss. Der ebenfalls betrachteten Freigabebefugnis des Insolvenzverwalters können schließlich bislang keine Anhaltspunkte hinsichtlich der Verwirklichung einer Vollabwicklungspflicht in der Insolvenz von Handelsgesellschaften entnommen werden. Sollte sich allerdings das Bestehen einer Vollabwicklungspflicht im weiteren Verlauf der Untersuchung bestätigen, wäre deren Verhältnis zum Verfahrenszweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung, auf welchem die Freigabebefugnis des Insolvenzverwalters beruht, noch zu klären.

Nach der systematischen Analyse sämtlicher Normen, die Aufschluss für oder wider das Bestehen einer Vollabwicklungspflicht im Insolvenzverfahren geben können, lässt sich festhalten, dass die Verwirklichung einer Pflicht zur Vollabwicklung im Insolvenzverfahren dem Regelungsgefüge der Insolvenzordnung entnommen werden kann. Ebenso hat die systematische Analyse jedoch ergeben, dass die verwirklichte Vollabwicklungspflicht Raum für Ausnahmen im Einzelfall lässt.

c. Entstehungsgeschichte und Gesetzgebungsverfahren

Das im Wege der systematischen Auslegung gefundene Ergebnis soll im Folgenden im Wege der Untersuchung der Entstehungsgeschichte der Insolvenzordnung sowie der Gesetzesmaterialien einer Kontrolle unterzogen werden. Da die Entstehungsgeschichte und die Materialien verschiedener Normen Rückschlüsse auf die Regelungsabsicht

bezüglich einer verfahrensimmanenten Vollabwicklung zulassen, erfolgt die historische Betrachtung im Folgenden für jede dieser Normen gesondert.

aa. § 1 InsO

Zunächst soll untersucht werden, welche Folgerungen die Entstehung des § 1 InsO zulässt, dessen Entwurf in § 1 Abs. 2 Satz 3 RegE InsO die Verdrängung der gesellschafts- und organisationsrechtlichen Abwicklung durch das Insolvenzverfahren noch ausdrücklich vorsah, während in der letztlich Gesetz gewordenen Fassung eine entsprechende Regelung fehlt.

Der Text des Diskussionsentwurfs von 1988⁸⁰⁴ nennt als Ziel des Insolvenzverfahrens in § 1 neben der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger auch die Abwicklung des Schuldnervermögens sowie die Bereinigung der Verbindlichkeiten des Schuldners. Damit lässt der Text des § 1 DiskE InsO 1988 allerdings noch nicht eindeutig auf eine in das Insolvenzverfahren integrierte Vollabwicklung von Handelsgesellschaften schließen. Zwar ist von der Abwicklung des Schuldnervermögens die Rede, ob damit aber die zwingende vollständige Vermögensabwicklung mit dem Ziel der Vollbeendigung insolventer Handelsgesellschaften oder nur die Abwicklung der Insolvenzmasse zur Befriedigung der Gläubiger gemeint ist, geht aus der Regelung nicht hervor. Insbesondere die fehlende Unterscheidung zwischen natürlichen Personen und sonstigen Schuldnern deutet darauf hin, dass eine Abwicklung des haftenden, also massezugehörigen Vermögens gemeint ist, während eine Bestimmung der Masse oder konkreter ein Ausschluss massefreien Vermögens bei Handelsgesellschaften an dieser Stelle wohl nicht erfolgen sollte. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass lediglich von einer Abwicklung des Vermögens die Rede ist, während nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf – jedenfalls nach dem Wortlaut – nicht im Insolvenzverfahren zu decken wäre. Aufschluss über die genaue gesetzgeberische Intention gibt dann allerdings die allgemeine Begründung des Diskussionsentwurfs 1988: Die Vollabwicklung des Schuldnervermögens sei durch die Einbeziehung der Inhaber nachrangiger Forderungen sowie der Inhaber von Eigentumstiteln ermöglicht, so dass das Insolvenzverfahren bei Gesellschaften zugleich die Aufgabe der gesellschaftsrechtlichen Abwicklung bis zur Herbeiführung der Lösungsreife übernehme. Für ein außergerichtliches Liquidationsverfahren im Anschluss an das Insolvenzverfahren bestehe kein Bedürfnis

⁸⁰⁴ Vgl. die Auszüge der Materialien unter Dritter Teil II. 1., S. 99 ff.

mehr⁸⁰⁵. Die allgemeine Begründung zeigt damit einen eindeutigen, auf zwingende Vollabwicklung im Rahmen des Insolvenzverfahrens gerichteten Gesetzgeberwillen.

Auch die Begründung zu § 1 DiskE InsO 1988 bringt das gesetzgeberische Verständnis des Insolvenzverfahrens als Liquidationsverfahren bei Handelsgesellschaften zum Ausdruck, wenn es dort im Rahmen der Begründung des Verfahrensziels der Abwicklung des Schuldnervermögens heißt, dass das Insolvenzverfahren bei Gesellschaften und juristischen Personen auch der gesellschafts- oder organisationsrechtlichen Abwicklung diene und ein gegebenenfalls verbleibendes Restvermögen unter den am Schuldner beteiligten Personen zu verteilen sei⁸⁰⁶. Damit wird nicht nur das im Rahmen der vorliegenden Untersuchung herausgearbeitete Verständnis des § 199 Satz 2 InsO als Ausdruck einer verfahrensimmanenten Vollabwicklung⁸⁰⁷ bestätigt, sondern insbesondere das Verfahrensziel der Liquidation ausdrücklich neben dasjenige der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger gestellt⁸⁰⁸.

Dennoch bleibt auch der in den für die vorliegende Untersuchung wesentlichen Punkten gegenüber § 1 DiskE InsO 1988 unveränderte Text des § 1 RefE InsO 1989 hinsichtlich der Frage der verfahrensimmanenten Vollbeendigung von Handelsgesellschaften unklar. Erneut schafft aber die Begründung Klarheit über die gesetzgeberische Intention. Die Begründung zu § 1 RefE InsO 1989 entspricht dabei wortgleich derjenigen zu § 1 DiskE InsO 1988⁸⁰⁹. Aufschlussreich sind jedoch in erster Linie die gegenüber der allgemeinen Begründung des Diskussionsentwurfs vorgenommenen Änderungen⁸¹⁰: Im Gegensatz zur Begründung des Diskussionsentwurfs soll das Insolvenzverfahren nunmehr lediglich *„regelmäßig zugleich die Aufgabe der gesellschaftsrechtlichen Abwicklung bis hin zur Herbeiführung der Lösungsreife und anschließenden Löschung“* übernehmen. Außerdem soll nicht mehr ausnahmslos sichergestellt werden, dass insolvente Handelsgesellschaften nach Durchführung des Insolvenzverfahrens gelöscht werden können⁸¹¹, sondern lediglich *„in aller Regel“*. Der Gesetzgeber geht also beim Referentenentwurf nicht mehr von einer zwingenden Vollabwicklung von Handelsgesellschaften aus, sondern lässt erkennen, dass eine solche im Einzelfall unterbleiben kann. Unter welchen Umständen eine Abwicklung aber unterbleiben kann oder welche Erwägungen zu einer Abkehr von der zwingenden verfahrens-

⁸⁰⁵ DiskE InsO 1988, S. A34 f.

⁸⁰⁶ DiskE InsO 1988, S. B1 f.

⁸⁰⁷ Siehe Dritter Teil IV. 3. b. aa. aaa., S. 128 f.

⁸⁰⁸ DiskE InsO 1988, S. B1 f.

⁸⁰⁹ Vgl. RefE InsO 1989, S. B1 f.

⁸¹⁰ Vgl. RefE InsO 1989, S. A40.

⁸¹¹ So noch DiskE InsO 1988, A 34 f.

immanenten Vollarwicklung geführt haben, lässt sich den Materialien nicht entnehmen.

Der spätere Regierungsentwurf aus dem Jahr 1992 behält sowohl die allgemeine Begründung des Referentenentwurfs als auch diejenige zu § 1 bei⁸¹². Allerdings schafft nun auch der Entwurfstext mit § 1 Abs. 2 Satz 3 RegE InsO selbst Klarheit hinsichtlich der Vollarwicklung von Handelsgesellschaften innerhalb des Insolvenzverfahrens. Zu beachten ist aber, dass § 1 Abs. 2 Satz 3 RegE InsO zwar anordnet, dass bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit das Verfahren an die Stelle der gesellschafts- oder organisationsrechtlichen Abwicklung tritt, die in der Begründung enthaltenen Einschränkungen auf den Regelfall dem Normtext selbst jedoch nicht entnommen werden können. Dennoch geht bei gemeinsamer Betrachtung des Textes und der dazu gelieferten Begründungen eindeutig hervor, dass der gesetzgeberische Wille zwar auf eine Pflicht zur Vollarwicklung gerichtet war, Ausnahmen aber zugelassen werden sollen. Erneut finden sich allerdings keine Hinweise darauf, welche Umstände zu einer Ausnahme zwingen.

Die deutliche Aussage des Regierungsentwurfs bezüglich einer verfahrensimmanenten Vollarwicklungspflicht bei Handelsgesellschaften ist in § 1 der in Kraft getretenen Insolvenzordnung jedoch nicht mehr enthalten. Bereits der wortgleich dem jetzigen § 1 InsO entsprechende § 1 der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses sieht keine ausdrückliche Regelung zur Vollarwicklung mehr vor. Die Begründung zu § 1 der Beschlussempfehlung spricht diesbezüglich von einer redaktionellen Straffung und einer Rückführung der Vorschrift auf ihre wesentlichen Elemente⁸¹³. Welche Wirkungen die „Straffung“ nach der gesetzgeberischen Intention haben soll, ist allerdings unklar. Stellt man nur auf den Text des § 1 der Beschlussempfehlung bzw. der InsO ab, ist die Vollarwicklung als Verfahrensziel nicht mehr erwähnt. Dies sagt zwar noch nichts über die Verwirklichung einer Liquidation von Handelsgesellschaften als Bestandteil des Insolvenzverfahrens aus, die durchaus auch an anderer Stelle der Insolvenzordnung geregelt sein könnte, bezieht die Vollarwicklung aber auch nicht in die ausdrücklich genannten Ziele des Verfahrens ein. Die Begründung der Beschlussempfehlung scheint demgegenüber für sich betrachtet durch die Bezeichnung der Straffung als „redaktionell“ zum Ausdruck zu bringen, dass eine inhaltliche Änderung nicht erfolgen sollte. Bevor nun allerdings vorschnell aus der Bezeichnung der Straf-

⁸¹² BT-Drs. 12/2443, 108 f.; die Begründung zu § 1 RegE InsO wurde lediglich im Hinblick auf den eingefügten § 1 Abs. 2 Satz 1, 2 RegE InsO, die die Berücksichtigung der Interessen des Schuldners sowie der Familie und der Arbeitnehmer des Schuldners regelt und Gelegenheit zur Restschuldbefreiung vorsieht, erweitert.

⁸¹³ BT-Drs. 12/7302, 155.

fung als „redaktionell“⁸¹⁴ oder demgegenüber aus der Straffung als solcher⁸¹⁵ Schlüsse auf den (vermeintlichen) dahinter stehenden Gesetzgeberwillen gezogen werden, sollte untersucht werden, ob die Materialien selbst Anhaltspunkte für die intendierte Bedeutung einer redaktionellen Straffung liefern. Aufschlussreich ist in dieser Hinsicht ein Blick auf die allgemeine Begründung der Beschlussempfehlung, wo unter Nr. 8 Ausführungen zur Neugliederung und redaktionellen Straffung des Entwurfs enthalten sind⁸¹⁶. In erster Linie hebt der Rechtsausschuss dort das mit der Neugliederung und Straffung verfolgte Ziel hervor, den Gesetzesentwurf übersichtlicher zu gestalten. Hinsichtlich jeder Norm, die ohne inhaltliche Einbuße gekürzt oder gestrichen werden konnte, sei abzuwägen gewesen, ob eine Straffung des Entwurfs den Vorrang verdiente oder ob die ausführlichere Fassung im Interesse der besseren Verständlichkeit und der Vermeidung gerichtsbelastender Auslegungsschwierigkeiten beibehalten werden sollte. Im Ergebnis sei der Entwurfstext in dieser Weise von 399 auf 335 Paragraphen gekürzt worden⁸¹⁷. Der Rechtsausschuss geht also davon aus, dass eine redaktionelle Straffung überhaupt nur bei solchen Normen erfolgt ist, die ohne inhaltliche Einbuße gekürzt oder gestrichen werden konnten⁸¹⁸. Zudem wurden die gesetzlichen Regelungen nach Ansicht des Rechtsausschusses nur dort redaktionell gekürzt, wo Straffungen weder auf Kosten der Verständlichkeit noch der Normenklarheit gingen. Für die Frage der verfahrensimmanenten Vollabwicklung bedeutet das also, dass die Straffung des § 1 RegE InsO und damit die Streichung des § 1 Abs. 2 Satz 3 RegE InsO nach Vorstellung des Rechtsausschusses nichts an der – jedenfalls regelmäßigen – Verdrängung der gesellschafts- oder organisationsrechtlichen Abwicklung durch das Insolvenzverfahren geändert hat. Zwar wurde die Kürzung des § 1 RegE InsO nicht lediglich mit einer redaktionellen Straffung, sondern zudem mit einer Rückführung der Vorschrift auf ihre wesentlichen Elemente begründet, was auf den ersten Blick durchaus Spielraum für Interpretationen in Richtung einer inhaltlichen Kürzung ließe, dennoch kann die Beurteilung nicht anders ausfallen. Die Rückführung der Vorschrift auf ihre wesentlichen Elemente sollte nach der Begründung gerade durch die redaktionelle Straffung erfolgen⁸¹⁹. Da die redaktionelle Straffung nach dem Willen des Gesetzgebers aber nicht mit inhaltlichen Einbußen verbunden sein sollte, muss dies auch für die hierdurch bewirkte Rückführung der Vorschrift auf ihre wesentlichen Elemente gelten.

⁸¹⁴ Vgl. Rödler, S. 18; K. Schmidt, GmbHR 1994, 829 (831); derselbe, ZIP 2000, 1913 (1916); Westpfahl, RdNr. 63, 320.

⁸¹⁵ Vgl. BVerwG NZI 2005, 51 (52 f.); Eickmann in: HK InsO, § 35 Rdnr. 47; Pape, WiPra 1996, 242 (243); derselbe, ZInsO 2002, 453 (460).

⁸¹⁶ BT-Drs. 12/7302, S. 154 f.

⁸¹⁷ BT-Drs. 12/7302, S. 155.

⁸¹⁸ Auch Landfermann unterscheidet bei seinem Bericht über die Erörterungen des Rechtsausschusses deutlich zwischen den intendierten redaktionellen Kürzungen einerseits und inhaltlichen Vereinfachungen andererseits, vgl. Landfermann, FS Henckel, 515 (528 f.).

⁸¹⁹ BT-Drs. 12/7302, S. 155; insofern ungenau Meyer-Sommer, S. 54.

Trotz der Straffung kann also zur Beurteilung des gesetzgeberischen Willens auf den Text und die Begründungen zum Regierungsentwurf abgestellt werden. Die historische Betrachtung des § 1 InsO bestätigt daher das im Rahmen der systematischen Interpretation gewonnene Ergebnis einer Pflicht zur Vollabwicklung im Insolvenzverfahren mit Raum für Ausnahmen im Einzelfall.

bb. § 199 Satz 2 InsO

Die Begründung zu § 227 RegE InsO, der im Zuge der „redaktionellen Straffung“ und Neugliederung der Insolvenzordnung nach Maßgabe der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum wortgleichen § 199 InsO wurde, führt aus, durch die Überschussverteilung an die am Schuldner beteiligten Personen werde vermieden, dass sich ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren an das Insolvenzverfahren anschließen muss⁸²⁰. Bereits die Begründungen der inhaltsgleichen Vorgängernormen des § 227 RegE InsO, § 217 DiskE InsO sowie § 217 RefE InsO, hoben hervor, dass sich aufgrund der Überschussverteilung kein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren an das Insolvenzverfahren anschließen müsse⁸²¹. Ob sich ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren an das Insolvenzverfahren anschließen kann, ist den Begründungen hingegen nicht zu entnehmen. Wie bereits im Rahmen der systematischen Analyse des § 199 Satz 2 InsO ausgeführt, wird durch die Überschussverteilung an die Gesellschafter, Genossen und Aktionäre die Liquidation auch für einen Fall ermöglicht, in welchem andernfalls keine Möglichkeit des Insolvenzverwalters bestünde, die vollständige Abwicklung des Schuldnervermögens innerhalb des Insolvenzverfahrens zu betreiben. Es ist daher davon auszugehen, dass auch die gesetzgeberische Intention, auf deren Grundlage § 199 Satz 2 InsO entstanden ist, auf eine Verwirklichung der verfahrensimmanenten Vollabwicklung gerichtet war. Der Entstehungsgeschichte oder den Materialien der Norm selbst lassen sich allerdings keine weitergehenden Anhaltspunkte entnehmen.

cc. Art. 23 Nr. 1 EGIInsO i.V.m. §§ 141a Abs. 1 Satz 2 FGG a.F., 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG

Fraglich ist auch, welche Hinweise die historische Betrachtung des § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG auf den gesetzgeberischen Willen zur Verwirklichung der verfahrensimmanenten Vollabwicklung geben kann. § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG ersetzt inhalts-

⁸²⁰ BT-Drs. 12/2443, S. 187.

⁸²¹ DiskE InsO 1988, B228; RefE InsO 1989, B192.

gleich⁸²² den bis zum 31 August 2009 geltenden § 141a FGG, der gemäß Art. 112 Abs. 1 FGG RG⁸²³ mit Inkrafttreten des FamFG wie das gesamte FGG außer Kraft trat. Die Begründung zu Art. 22 Nr. 1 RegE EGInsO, welcher mit kleineren – für die Frage der Vollbeendigung unbedeutenden – Änderungen⁸²⁴ als Art. 23 Nr. 1 EGInsO in Kraft trat und die Einführung des § 141a FGG a.F. regelt, hebt die vollständige Abwicklung des Schuldnervermögens als Ziel des Insolvenzverfahrens hervor⁸²⁵. Ebenso wie in der Begründung zu § 227 RegE InsO, der als § 199 InsO in die Insolvenzordnung eingeflossen ist, heißt es weiter, durch die Regelung solle vermieden werden, dass sich ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren an das Insolvenzverfahren anschließen müsse. Auch hier stellt sich daher die Frage, ob sich ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich nicht anschließen muss oder nicht bzw. regelmäßig nicht anschließen kann. Im Gegensatz zur Begründung des § 227 RegE InsO liefern die Materialien zu Art. 23 Nr. 1 EGInsO bzw. § 141a Abs. 1 Satz 2 FGG a.F. jedoch weitere Anhaltspunkte dafür, inwieweit eine gesellschaftsrechtliche Liquidation im Anschluss an das Insolvenzverfahren vermieden werden soll. Im Regelfall ist nach der Begründung nämlich davon auszugehen, dass eine Gesellschaft nach Abschluss des Insolvenzverfahrens kein Vermögen mehr besitzt. Als Gegenbeispiele, in denen keine vollständige Abwicklung des Gesellschaftsvermögens durch den Insolvenzverwalter in Betracht kommt, wird das Zustandekommen eines Sanierungsplans sowie die Einstellung des Verfahrens mangels Masse, auf Antrag des Schuldners wegen Wegfalls des Eröffnungsgrundes oder mit Zustimmung aller Gläubiger genannt. Die genannten Beispiele betreffen damit alleamt Fälle, in denen eine vollständige Verwertung und Verteilung des Schuldnervermögens wegen vorzeitiger Verfahrenseinstellung oder Sanierung unterbleibt und damit bereits diejenigen Rahmenbedingungen, die für eine verfahrensimmanente Vollabwicklung vorliegen müssen, nicht gegeben sind⁸²⁶. Die Begründung zu Art. 22 Nr. 1 RegE EG InsO deutet folglich darauf hin, dass eine Vollabwicklung in allen übrigen Fällen, in denen ein auf Liquidation gerichtetes Insolvenzverfahren vollständig durchgeführt wird, erfolgen muss⁸²⁷. Andererseits lässt sich die Beschränkung der möglichen Ausnahmen einer Vollabwicklungspflicht im Insolvenzverfahren auf diejenigen

⁸²² Durch den systematischen Zusammenhang mit § 394 Abs. 1 Satz 1 FamFG ist allerdings nunmehr die eG unmittelbar mit einbezogen, welche zuvor nur über § 147 FGG der Regelung des § 141a FGG unterstellt war, vgl. Begründung zu § 394 FamFG, BT-Drs. 16/6308, S. 288.

⁸²³ Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG) vom 17. Dezember 2008, (BGBl. I 2008, S. 2586).

⁸²⁴ Vgl. BT-Drs. 12/7303, S. 24 f. sowie die Begründung zu Art. 22 RegE EGInsO, BT-Drs. 12/7303, S. 109.

⁸²⁵ BT-Drs. 12/3803, S. 70; siehe hierzu den abgedruckten Auszug unter Dritter Teil III. 1. d., S. 109 f.

⁸²⁶ Siehe zu den für eine Vollabwicklung notwendigen Rahmenbedingungen Dritter Teil IV. 2., S. 119 ff.

⁸²⁷ Vgl. auch *Pieper*, S. 131 ff.; dagegen beruft sich *Lwowski* in MüKo InsO, § 35 Rdnr. 112 auf die Begründung zu Art. 22 RegE EGInsO, um die Zulässigkeit der Freigabe zu begründen; auch *Gutsche*, Rdnr. 140, stützt sich ohne Berücksichtigung der Art der genannten Ausnahmen auf die genannte Begründung, um eine bloße Abwicklungspflicht im Regelfall zu untermauern.

Fälle, in denen das Insolvenzverfahren nicht auf Liquidation gerichtet ist oder vor erfolgter Schlussverteilung eingestellt wird, dem Wortlaut des § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG wie auch schon demjenigen des § 141a Abs. 1 Satz 2 FGG a.F. nicht entnehmen. Die Möglichkeit vorhandenen Restvermögens besteht nach dem Gesetzestext auch nach Durchführung des Insolvenzverfahrens, wobei die Durchführung eine erfolgte Schlussverteilung voraussetzt und daher lediglich mit Abschluss eines liquidierenden Insolvenzverfahrens, nicht aber bei vorzeitiger Einstellung oder Sanierung vorliegt⁸²⁸. Dass die in der Begründung genannten Fallgruppen, in denen die Liquidation bereits am fehlenden Vorliegen der erforderlichen Rahmenbedingungen scheitert, nach der gesetzgeberischen Intention tatsächlich abschließend sein sollen, lässt sich also einerseits der Begründung nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen und widerspricht andererseits dem Text der Norm⁸²⁹.

Fest steht daher nach der Betrachtung der Entstehungsgeschichte des Art. 23 Nr. 1 EGInsO bzw. der §§ 394 Abs. 2 Satz 1 FamFG, 141a Abs. 1 Satz 2 FGG a.F. nur, dass nach dem Willen des Gesetzgebers in aller Regel eine verfahrensimmanente Vollabwicklung bei Handelsgesellschaften zu erfolgen hat, im Einzelfall aber Ausnahmen bestehen können⁸³⁰.

Zwar ist sowohl die Begründung zu Art. 22 Nr. 1 RegE EGInsO als auch der für die Frage der Vollabwicklung maßgebliche Normtext vor der redaktionellen Straffung des § 1 RegE InsO entstanden, daraus ergibt sich aber schon deshalb keine Notwendigkeit einer anderen Betrachtung, weil mit der Straffung des § 1 RegE InsO keine inhaltlichen Veränderungen verbunden sein sollten⁸³¹. Die bloße Beibehaltung der vorliegend betrachteten Begründung kann also nicht auf eine versehentlich unterlassene Anpassung im Hinblick auf eine – tatsächlich nicht intendierte – Änderung des § 1 RegE InsO gestützt werden. Ebenso wie durch die Entstehungsgeschichte des § 1 InsO wird das im Rahmen der logisch-grammatischen sowie systematischen Interpretation der Insolvenzordnung im Hinblick auf die Vollbeendigung von Handelsgesellschaften gefundene Ergebnis in den Materialien zu Art. 23 Nr. 1 EGInsO bzw. §§ 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG, 141a Abs. 1 Satz 2 FGG a.F. also bestätigt.

⁸²⁸ Vgl. *Hüffer*, Anh § 262 Rdnr. 6.

⁸²⁹ Vgl. hierzu bereits Dritter Teil IV. 3. b. aa. ddd., S. 134 ff.

⁸³⁰ Im Ergebnis ebenso *Gutsche*, Rdnr. 139 f.

⁸³¹ Vgl. Dritter Teil IV. 3. c. aa., S. 152 ff.

d. Zusammenfassung und Ergebnis

Da der Blick auf die Entstehungsgeschichte bzw. das Gesetzgebungsverfahren zu einzelnen Normen der Insolvenzordnung oder damit in Zusammenhang stehender Regelungen das zur Frage der Vollbeendigung im Wege der bisherigen Auslegung gefundene Ergebnis bestätigt, kann eine Untersuchung, inwiefern sich die historische Interpretation auf das Ergebnis der Auslegung niederschlägt, im Folgenden unterbleiben. Sowohl die anhand einzelner Normen erarbeiteten Wertungen des gesamten Regelungsgefüges als auch der durch die Betrachtung der Gesetzesmaterialien ermittelte Gesetzgeberwille zeigen, dass im Rahmen des Insolvenzverfahrens eine Pflicht zur Vollabwicklung von Handelsgesellschaften besteht, allerdings im Einzelfall Ausnahmen zulässig sind. Wann eine Vollabwicklung im Einzelfall unterbleiben kann und welche Auswirkungen das grundsätzliche Bestehen einer Vollabwicklungspflicht hat, ist im weiteren Verlauf der Untersuchung zu klären.

4. Die Vollabwicklung als Zweck des Insolvenzverfahrens

Bevor auf Ausnahmen der bestehenden Vollabwicklungspflicht eingegangen wird, bleibt aber zu prüfen, ob die in der Insolvenzordnung verwirklichte Pflicht zur Vollabwicklung von Handelsgesellschaften Zweck des Insolvenzverfahrens geworden ist. Im Rahmen der bisherigen Untersuchung wurde durch logisch-grammatische Auslegung, im Wege der systematischen Analyse sowie durch Betrachtung der Entstehungsgeschichte und des Gesetzgebungsverfahrens zur Insolvenzordnung der Frage nachgegangen, inwiefern eine Pflicht zur Vollabwicklung von Handelsgesellschaften im Insolvenzverfahren besteht. Eine Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Regelungskomplexes ist dabei bislang unterblieben. Der Grund hierfür ist, dass es zunächst einer Untersuchung bedarf, inwiefern die bestehende Vollabwicklungspflicht selbst Zweck des Insolvenzverfahrens ist. Sollte dies der Fall sein, wäre zu untersuchen, in welchem Verhältnis die Vollabwicklung zu den übrigen Verfahrenszwecken steht. Andernfalls müsste geprüft werden, welche Auswirkungen die Verfahrenszwecke auf die Auslegung der bestehenden Vollabwicklungspflicht haben, um auf diese Weise den Verfahrenszwecken widersprechende Einzelfallentscheidungen zu vermeiden⁸³².

⁸³² Vgl. Säcker in: MüKo BGB, Einleitung Rdnr. 134; vgl. auch Larenz/Canaris, S. 153 f.

a. Zwecke des § 1 InsO

Zweck des Insolvenzverfahrens ist gemäß § 1 Satz 1 InsO jedenfalls die gemeinschaftliche, also gemeinsame, gleichmäßige und anteilige⁸³³ Befriedigung der Gläubiger⁸³⁴ im Wege der Verwertung und Verteilung des Erlöses oder abweichend – insbesondere durch Erhalt des Unternehmens – im Rahmen eines Insolvenzplans. Nach einhelliger Auffassung umfasst der in § 1 Satz 1 InsO herausgestellte Gläubigerbefriedigungszweck dabei nicht nur eine gemeinschaftliche, sondern insbesondere auch eine bestmögliche Gläubigerbefriedigung⁸³⁵. Ob daneben auch die zur Verwirklichung der Gläubigerbefriedigung in § 1 Satz 1 InsO genannte Vermögensverwertung auf der einen oder Sanierung bzw. Reorganisation auf der anderen Seite Verfahrenszwecke darstellen, ist umstritten. Teilweise werden Vermögensverwertung und Sanierung als weitere, gleichrangig nebeneinander stehende Verfahrenszwecke betrachtet⁸³⁶. Nach anderer Ansicht zeigt die Regelung des § 1 Satz 1 InsO, dass der Gesetzgeber im Insolvenzverfahren möglichst einen Erhalt des Unternehmens als Nebenziel des Verfahrens anstrebt⁸³⁷. Tatsächlich ist weder in der Vermögensverwertung noch in der Sanierung ein Zweck oder Nebenzweck des Insolvenzverfahrens zu sehen: Beides ist nur Mittel zur Erreichung des Zwecks der gemeinschaftlichen und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung⁸³⁸. Bereits in der Begründung des Rechtsausschusses zur letztlich Gesetz gewordenen Fassung des § 1 InsO wird die Erhaltung von Unternehmen durch einen Insolvenzplan lediglich als ein Weg zur Gläubigerbefriedigung beschrieben⁸³⁹. Weder bei der Vermögensverwertung noch bei der Sanierung bzw. Reorganisation handelt es sich folglich um Verfahrenszwecke.

Eine Aussage über einen möglichen Verfahrenszweck der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften ist damit aber noch nicht getroffen. Zwar handelt es sich bei der Verwertung des Schuldnervermögens im Sinne des § 1 Satz 1 InsO ohne Weiteres um

⁸³³ *Ganter* in: MüKo InsO, § 1 Rdnr. 52; *Goetsch* in: BK InsO, § 1 Rdnr. 2.

⁸³⁴ *Ganter* in: MüKo InsO, § 1 Rdnr. 51; *Goetsch* in: BK InsO, § 1 Rdnr. 2; *Kießner* in: Braun, § 1 Rdnr. 3; *Meyer-Sommer*, S. 53; *Smid*, DZWIR 1997, 309 (310 f.); *Stürner* in: MüKo InsO, Einleitung Rdnr. 1.

⁸³⁵ Vgl. *BGHZ* 167, 363 (371) = NJW 2006, 2485 (2487); *OLG Karlsruhe* Rpfleger 2003, 614 (615) = DZWIR 2004, 123 (124); *Ganter* in: MüKo InsO, § 1 Rdnr. 20; *Goetsch* in: BK InsO, § 1 Rdnr. 2; *Höpfner*, ZIP 2000, 1517 (1518); *Johlke/Schröder*, EWiR 2003, 1095 (1096); *Kirchhof* in: HK InsO, § 1 Rdnr. 4; *Meyer-Sommer*, S. 55; *Rödter*, S. 17, 26 f.; *Smid* in: *Smid*, § 1 Rdnr. 32; *Weis* in: Hess/Weis/Wienberg, § 1 Rdnr. 1.

⁸³⁶ *Prütting*, Kölner Schrift, 2. Aufl., S. 221 (240); vgl. auch hinsichtlich der Gleichrangigkeit der Verwertungsarten BT-Drs. 12/2443, S. 77 f.

⁸³⁷ *Smid*, DZWIR 1997, 309 (311); *derselbe* in: *Smid*, § 1 Rdnr. 40.

⁸³⁸ *Balz*, Kölner Schrift, 2. Aufl., S. 3 (15); *Goetsch* in: BK InsO, § 1 Rdnr. 7; *Henckel* in: Jaeger, § 1 Rdnr. 2; *Kirchhof* in: HK InsO, § 1 Rdnr. 3; *H.-F. Müller*, S. 10; *Rödter*, S. 31 f.; *Pape* in: Uhlenbruck, § 1 Rdnr. 1; *Westpfahl*, Rdnr. 53; vgl. auch *Windel* in: Jaeger, § 80 Rdnr. 18.

⁸³⁹ BT-Drs. 12/7302, S. 155.

eine „Liquidation“⁸⁴⁰. Diese als Mittel zur bestmöglichen Gläubigerbefriedigung existierende Liquidation ist allerdings von der Vollliquidation als möglichem Verfahrenszweck zu unterscheiden. Bei der verfahrensimmanenten Vollabwicklung geht es darum, eine insolvente Gesellschaft bis zur Lösungsreife abzuwickeln, um auf diese Weise ein sich anschließendes gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren zu vermeiden. Die Vollabwicklung ist folglich auf Herbeiführung der Lösungsreife und letztlich auf Vollbeendigung der insolventen Handelsgesellschaft gerichtet. Bei der Liquidation im Sinn des § 1 Satz 1 InsO geht es demgegenüber nur um die Verwertung des nach §§ 35, 36 InsO zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens zur Befriedigung der Gläubiger. Damit ist die Vermögensverwertung im Rahmen des § 1 Satz 1 InsO zwar nicht nur Mittel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung, sondern ebenso Mittel eines unter Umständen bestehenden Verfahrenszwecks der Vollabwicklung. Die Vollabwicklung geht aber über die Vermögensverteilung im Sinn des § 1 InsO hinaus, indem sie zum einen das gesamte und damit nicht nur das zur Befriedigung der Gläubiger geeignete bzw. notwendige Schuldnervermögen umfasst und zum anderen auch sämtlichen nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarf einbezieht. Dass weder Sanierung noch Vermögensverteilung als Zweck des Insolvenzverfahrens qualifiziert werden können, sondern lediglich Mittel zur gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung sind, sagt folglich nichts über die Existenz eines Verfahrenszwecks der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften aus. Auch § 1 Satz 1 InsO liefert diesbezüglich keine Anhaltspunkte, sondern beinhaltet nur den Zweck der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung.

Daneben ordnet § 1 Satz 2 InsO an, dass dem redlichen Schuldner Gelegenheit zur Befreiung von seinen restlichen Verbindlichkeiten gegeben wird⁸⁴¹. Ob es sich bei der Restschuldbefreiung um einen eigenständigen Verfahrenszweck handelt, ist ebenfalls streitig. Während der *BGH* und Teile der Literatur die Restschuldbefreiungsmöglichkeit als eigenständiges Verfahrensziel neben der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung anerkennen⁸⁴², wird die Einordnung der Restschuldbefreiung als Verfahrens-

⁸⁴⁰ Vgl. auch *Stürner* in: *MüKo InsO*, Einleitung Rdnr. 2.

⁸⁴¹ Die Möglichkeit der Restschuldbefreiung besteht nach § 286 InsO lediglich für natürliche Personen. Nach *Smid* soll § 1 Satz 2 InsO darüber hinaus aber auch für Gesellschaften Anwendung finden, da eine insolvenzplanmäßige Sanierung regelmäßig auch eine teilweise Befreiung von bestehenden Verbindlichkeiten voraussetzt, vgl. *Smid* in: *Smid*, § 1 Rdnr. 44; *derselbe*, *DZWIR* 1997, 309 (312).

⁸⁴² *BGHZ* 144, 78 (83 f., 85) = *NJW* 2000, 1869 (1870); *Balz*, *Kölner Schrift*, 2. Aufl., S. 3 (12); *Bork*, Rdnr. 7; *Goetsch* in: *BK InsO*, § 1 Rdnr. 10; *Häsemeyer*, Rdnr. 1.12; *Kirchhof* in: *HK InsO*, § 1 Rdnr. 7; *H.-F. Müller*, S. 10; *Smid* in: *Smid*, § 1 Rdnr. 43; *derselbe*, *DZWIR* 1997, 309 (311 f.); *Stürner* in: *MüKo InsO*, Einleitung Rdnr. 1; *Weis* in: *Hess/Weis/Wienberg*, § 1 Rdnr. 1, 8; *Westpfahl*, Rdnr. 55; vgl. auch bereits zum Referentenentwurf *Dorndorf*, *FS Merz*, 31 (38).

ziel von anderen Stimmen wegen der Eigenständigkeit des Restschuldbefreiungsverfahrens über das Insolvenzverfahren hinaus⁸⁴³ als verfehlt angesehen.

Zwar ist es richtig, dass das Restschuldbefreiungsverfahren mit der sechsjährigen Wohlverhaltensphase das Insolvenzverfahren überdauert, dennoch ist die Durchführung des Insolvenzverfahrens notwendige Voraussetzung für die Restschuldbefreiung, so dass letztere durchaus als Ziel des Insolvenzverfahrens begriffen werden kann⁸⁴⁴. Dass die Restschuldbefreiung erst nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens erteilt wird, bedeutet daher nicht, dass das vorgelagerte Insolvenzverfahren das Erreichen der anschließenden Restschuldbefreiung nicht bereits bezwecken könnte. Sowohl die systematische Stellung der normierten Restschuldbefreiungsmöglichkeit in § 1 Satz 2 InsO als auch die Gesetzesmaterialien, in welchen die Restschuldbefreiung ausdrücklich als Zweck des Insolvenzverfahrens bezeichnet wird⁸⁴⁵, deuten vielmehr darauf hin, dass die Restschuldbefreiung neben der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung ein weiteres Verfahrensziel darstellt.

b. Abschließende Aufzählung der Verfahrensziele in § 1 InsO

Damit auch die Vollabwicklung als Zweck des Insolvenzverfahrens verstanden werden kann, dürfte es sich bei den in § 1 InsO genannten Verfahrenszielen – gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung sowie Restschuldbefreiung – nicht um eine abschließende Aufzählung handeln. Teilweise wird vertreten, dass die Aufzählung der Verfahrensziele in § 1 InsO umfassend sei⁸⁴⁶. Über die Dokumentation seines auf ein einheitliches Verfahren gerichteten Reformwillens hinaus, habe der Gesetzgeber der Norm einen unmittelbaren Regelungsgehalt dergestalt gegeben, dass der Instrumentalisierung anderer als der genannten Zwecke ein gesetzlicher Riegel vorgeschoben wurde⁸⁴⁷. Demgegenüber wird der ausdrücklichen Nennung der Ziele in § 1 InsO nach anderer Ansicht eine begrenzte Aussagekraft beigemessen, nach der in der Norm nicht genannte Ziele nicht nur bestehen, sondern den genannten sogar im Rang gleichstehen können⁸⁴⁸. Die Aufzählung bestimmter Ziele in § 1 InsO sei darauf zurückzuführen,

⁸⁴³ Prütting, *Kölner Schrift*, 2. Aufl., S. 221 (245); vgl. auch *Ganter* in: *MüKo InsO*, § 1 Rdnr. 97 f.; *Henckel* in: *Jaeger*, § 1 Rdnr. 20.

⁸⁴⁴ Vgl. *Ganter* in: *MüKo InsO*, § 1 Rdnr. 98, der insoweit von einem „Fernziel“ spricht.

⁸⁴⁵ Vgl. die allgemeine Begründung zum Regierungsentwurf einer Insolvenzordnung, BT-Drs. 12/2443, S. 84.

⁸⁴⁶ *Ganter* in: *MüKo InsO*, § 1 Rdnr. 7; *Smid*, *DZWIR* 1997, 309 (312); dagegen geht *Meyer-Sommer*, S. 53, davon aus, dass die Vollbeendigung als Zweck der Gesellschaft unbestritten sei und lediglich der Rang gegenüber den sonstigen Zwecken zweifelhaft sei.

⁸⁴⁷ *Ganter* in: *MüKo InsO*, § 1 Rdnr. 7; *Smid* in: *Smid*, § 1 Rdnr. 20, 22, 24; *derselbe*, *DZWIR* 1997, 309 (312).

⁸⁴⁸ Vgl. *Prütting* in: *Kübler/Prütting*, § 1 Rdnr. 3.

dass es sich bei den genannten um solche Ziele handelt, die das Insolvenzverfahren im Besonderen prägen⁸⁴⁹.

Allein die Tatsache, dass ein Verfahrenszweck nicht ausdrücklich genannt ist, lässt grundsätzlich nicht auf dessen fehlende Existenz schließen. Die verfahrensrechtlichen Gesetze des 19. Jahrhunderts verzichteten beispielsweise vollständig auf eine ausdrückliche Zweckbestimmung ohne selbstverständlich auf Verfahrenszwecke zu verzichten⁸⁵⁰. Dennoch ist eine andere Beurteilung unter Umständen dann angezeigt, wenn – wie im Rahmen der Insolvenzordnung – ausdrücklich normierte Zwecke bestehen. Zunächst sollte man sich vor Augen führen, was der Gesetzgeber mit der einer Kodifikation vorangestellten Regelung der verfolgten Zwecke beabsichtigt. Zwar können der ausdrücklichen Zweckbestimmung weder Rechte und Pflichten noch Einzelheiten zum Verfahrensgang oder den Verfahrensbeteiligten entnommen werden, dennoch bringt der Gesetzgeber einen legislatorischen Grundgedanken zum Ausdruck, der – bezogen auf die Insolvenzordnung – das Verfahren prägt und für die innerhalb des Verfahrens zu treffenden Entscheidungen maßgeblich ist⁸⁵¹. Der Gesetzgeber verdeutlicht mit der Bestimmung von Verfahrenszwecken also, welche maßgeblichen gesetzgeberischen Überlegungen der Kodifikation innewohnen, um so eine zweckgerichtete Auslegung und Anwendung des Gesetzes zu ermöglichen. Nun ist es keineswegs so, dass sämtliche Regelungen eines Gesetzes auf wenige Zwecke zurückgeführt werden könnten. Vielmehr werden im Rahmen der einzelnen Regelungen einer Verfahrensordnung wie der Insolvenzordnung sehr unterschiedliche Zwecke verfolgt. Eine einleitende Aufzählung aller so in die legislatorischen Überlegungen einbezogener Zwecke würde nicht nur zur Unübersichtlichkeit führen, sondern hätte mangels griffiger Auslegungsdirektiven keine eigenständige Bedeutung mehr. Je mehr Zwecke der Gesetzgeber zur zielgerichteten Anwendung und Auslegung nennt, desto eher werden diese Zwecke kollidieren und eine angemessene Entscheidung erschweren. Der Gesetzgeber muss sich also, um der ausdrücklichen Zweckbestimmung einen praktischen Nutzen zu geben, auf die Aufführung weniger, das Gesetz in besonderem Maße prägender Kernaspekte beschränken. Aus der ausdrücklichen Aufführung bestimmter Verfahrenszwecke lässt sich also nicht schließen, dass weitere Zwecke nicht bestehen

⁸⁴⁹ Prütting in: Kübler/Prütting, § 1 Rdnr. 10; vgl. auch Pech, S. 68 f.

⁸⁵⁰ Vgl. zur Kritik an einer einleitenden Zweckbestimmung Smid in: Smid, § 1 Rdnr. 2; derselbe, DZWIR 1997, 309 f.

⁸⁵¹ Vgl. BT.-Drs. 12/2443, S. 108; Henckel in: Jaeger, § 1 Rdnr. 2.

könnten⁸⁵². Damit schließt die Aufzählung der Verfahrensziele in § 1 InsO die Einbeziehung der Vollliquidation als weiteren Verfahrenszweck nicht aus.

c. Vollabwicklung als Verfahrenszweck

Ob es sich bei der Vollabwicklung allerdings tatsächlich um einen Verfahrenszweck handelt, ist weiterhin nicht entschieden. Unter dem Zweck eines Gesetzes oder Verfahrens, der *ratio legis*, versteht man den dahinter stehenden Beweggrund, also das mit dem Gesetz oder Verfahren verfolgte Ziel. Ob die verfahrensimmanente Vollliquidation ein seinerseits für die Auslegung einzelner Regelungen der Insolvenzordnung maßgebliches Ziel ist, muss daher selbst zunächst im Wege der Auslegung bestimmt werden, wobei die neben der teleologischen Analyse bestehenden Auslegungsmethoden, also die logisch-grammatische, die systematische sowie die historische Auslegung, zur Verfügung stehen⁸⁵³.

Betrachtet man den Wortlaut des § 1 InsO, findet sich die Vollabwicklung von Handelsgesellschaften nicht unter den ausdrücklich genannten Zielen des Insolvenzverfahrens⁸⁵⁴. Allerdings ergeben sich Hinweise bei der systematischen Analyse: In der Insolvenzordnung finden sich, wie gezeigt⁸⁵⁵, deutliche Anhaltspunkte für eine Pflicht zur verfahrensimmanenten Vollliquidation von Handelsgesellschaften. Um festzustellen, ob es sich dabei um einen bloßen Bestandteil oder vielmehr um einen Zweck des Verfahrens handelt, muss zunächst geklärt werden, was bloße Verfahrensbestandteile von Verfahrenszwecken unterscheidet. Im Unterschied zu bloßen Verfahrensbestandteilen handelt es sich bei einem Zweck um das Ziel einer Norm und damit selbst um den Grund, weshalb eine Norm bzw. im vorliegenden Fall ein Verfahren, existiert. Soweit mit der bestehenden Pflicht zur Vollabwicklung also andere Verfahrensziele verfolgt würden, läge ein unselbstständiger und den Verfahrenszwecken untergeordneter Verfahrensbestandteil vor. Bestünde die Pflicht zur Vollabwicklung hingegen um ihrer selbst willen, ohne dass hierdurch in erster Linie das Erreichen sonstiger Verfahrensziele intendiert wäre, würde dies auf einen eigenständigen Verfahrenszweck hindeuten. Die Verwirklichung der verfahrensimmanenten Vollabwicklung ergibt sich insbesondere aus § 199 Satz 2 InsO, wonach der Insolvenzverwalter den am Schuldner beteiligten Personen den diesen nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zustehen-

⁸⁵² Vgl. auch *H.-F. Müller*, S. 7 sowie *Pape* in: Uhlenbruck, § 1 Rdnr. 4, der über § 1 InsO hinaus auf die Allgemeinen Begründung des Regierungsentwurfs hinsichtlich bestehender Zwecke und Ziele des Insolvenzverfahrens verweist.

⁸⁵³ *Leipold*, § 5 Rdnr. 9; vgl. auch *Brugger*, AöR 119 (1994), 1 (27).

⁸⁵⁴ Vgl. Dritter Teil IV. 4. a., S. 160 ff.

⁸⁵⁵ Siehe Dritter Teil IV. 3. b., S. 128 ff.

den Teil eines Überschusses bei der Schlussverteilung herauszugeben hat. Eine Herausgabe der Liquidationsquoten kann aber nicht auf andere Zwecke, insbesondere nicht auf die gleichmäßige Gläubigerbefriedigung, zurückgeführt werden, sondern existiert einzig aus dem Grund, ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren im Anschluss an das Insolvenzverfahren zu vermeiden⁸⁵⁶ und folglich innerhalb des Insolvenzverfahrens eine Vollbeendigung herbeizuführen.

Dass es sich bei der Vollabwicklung nicht lediglich um einen unselbstständigen Verfahrensbestandteil, sondern um einen eigenständigen Verfahrenszweck handelt, ergibt sich darüber hinaus auch aus den Gesetzesmaterialien zur Insolvenzordnung. Nach der gesetzgeberischen Intention übernimmt das Insolvenzverfahren jedenfalls regelmäßig „die Aufgabe der gesellschaftsrechtlichen Liquidation bis hin zur Herbeiführung der Lösungsreife“⁸⁵⁷. Neben das Ziel der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger werde die Abwicklung des Schuldnervermögens gestellt, so dass das Insolvenzverfahren bei Gesellschaften zugleich der gesellschafts- oder organisationsrechtlichen Abwicklung diene⁸⁵⁸. Schließlich lässt auch die Begründung zu Art. 22 RegE EGInsO auf die Integration der Vollabwicklung als eigenständigen Verfahrenszweck schließen, wenn es dort heißt, Ziel des neuen Insolvenzverfahrens sei es, das Vermögen des Schuldners vollständig abzuwickeln, um so die Notwendigkeit einer an das Insolvenzverfahren anschließenden gesellschaftsrechtlichen Liquidation zu vermeiden⁸⁵⁹. Neben der systematischen kommt daher auch die historische Betrachtung zum Ergebnis, dass es sich bei der Vollabwicklung nicht lediglich um einen Bestandteil, sondern um einen selbstständigen Zweck des Insolvenzverfahrens handelt.

d. Unvereinbarkeit von Vollabwicklung und gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung

Gegen eine Einordnung der Vollabwicklung als eigenständigen Verfahrenszweck könnte jedoch unter Umständen eine Unvereinbarkeit mit der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung sprechen. Insbesondere *Henckel* hat seit Aufkommen des von *K. Schmidt* geprägten insolvenzrechtlichen Liquidationsmodells darauf hingewiesen, dass gesellschaftsrechtliche Liquidation einerseits und Insolvenzabwicklung andererseits unterschiedliche Zwecke verfolgen⁸⁶⁰. Während die gesellschaftsrechtliche Liquidation den Interessen der Gesellschafter der aufgelösten Gesellschaft diene und

⁸⁵⁶ BT-Drs. 12/2443, S. 187.

⁸⁵⁷ DiskE InsO 1988, S. A34 f.; RefE InsO 1989, S. A40.

⁸⁵⁸ DiskE InsO 1988, S. B1 f.; RefE InsO 1989, S. B1 f.

⁸⁵⁹ BT-Drs. 12/3803, 70.

⁸⁶⁰ *Henckel*, ZIP 1991, 133 (134); *derselbe* in: FS Merz, 197 (203); vgl. auch *BGHZ* 163, 32 (36 f.) = NJW 2005, 2015 (2016).

sicherstellen solle, dass diese den ihnen gebührenden Anteil am Gesellschaftsvermögen erhalten, sei das Insolvenzverfahren insbesondere an der gemeinschaftlichen und gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger ausgerichtet⁸⁶¹. Dem später tatsächlich erhobenen Einwand, neben den Interessen der Gesellschafter bezwecke das gesellschaftsrechtliche Liquidationsverfahren auch die Befriedigung der Gläubiger⁸⁶², beugt *Henckel* vor, indem er die Befriedigung der Gläubiger im Rahmen des Liquidationsverfahrens ebenfalls auf das Gesellschafterinteresse zurückführt: Jedenfalls bei drohender persönlicher Haftung diene die Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten allein dem Interesse der Gesellschafter, die einer nachträglichen persönlichen Inanspruchnahme entgehen wollten⁸⁶³. Da im Insolvenzverfahren demgegenüber die gemeinschaftliche und gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger im Vordergrund stehe und die Interessen der Gesellschafter in den Hintergrund treten müssten, könne die Masse dort nicht mit bloßen Liquidationskosten belastet werden. Die Verwertung und Verwaltung von Gegenständen, die eine Anreicherung der Masse nicht erwarten lassen, könne daher nicht zu Lasten der Masse erfolgen, weshalb auch die Freigabe von Massegegenständen sowie die Existenz massefreien Vermögens zulässig sein müssten⁸⁶⁴.

Den Ausführungen *Henckels* zum gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahren kann allerdings nicht uneingeschränkt zugestimmt werden. Zwar ist es richtig, dass die gesellschaftsrechtliche Abwicklung dem Interesse der Gesellschafter dient, was bereits daran zu erkennen ist, dass das Verfahren nach der Befriedigung der Gläubiger eine Verteilung des Restvermögens an die Gesellschafter vorsieht. Im Gegensatz zum Insolvenzverfahren wird nach der Gläubigerbefriedigung im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Liquidation in der Regel auch noch verteilbares Restvermögen vorhanden sein. Reicht die Liquidationsmasse nicht zur Befriedigung sämtlicher Gläubiger aus, hätten die Liquidatoren nämlich nach § 15a Abs. 1 InsO einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen⁸⁶⁵. Dennoch darf die ebenfalls vorhandene, auf Gläubigerschutz gerichtete Zielrichtung des gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahrens nicht übergangen werden. Zu Recht wird diesbezüglich in Rechtsprechung⁸⁶⁶ und Literatur⁸⁶⁷ auf das nach dem Aufruf an die Gläubiger abzuwartende und selbst

⁸⁶¹ *Henckel*, ZIP 1991, 133 (134); *derselbe* in: FS Merz, 197 (203).

⁸⁶² Vgl. *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 66 Rdnr. 2; *Meyer-Sommer*, S. 38; *H.-F. Müller*, S. 19 ff..

⁸⁶³ *Henckel*, ZIP 1991, 133 (134); vgl. auch *Henckel*, FS Merz, 197 (203).

⁸⁶⁴ Vgl. *Henckel*, ZIP 1991, 133 (135); ebenso *BGHZ* 163, 32 (36) = NJW 2005, 2015 (2016); *Johlke/Schröder*, EWiR 2003, 1095 (1096); *Kilger*, FS Merz, 253 (269); *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 114; *Pape*, KTS 1993, 551 (583).

⁸⁶⁵ Vgl. *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 149 Rdnr. 5; vgl. dazu Erster Teil III. 6. b. aa., S. 43 f.

⁸⁶⁶ *OLG Rostock GmbHR* 1996, 621 (622).

⁸⁶⁷ *Haas* in: Gottwald, § 92 Rdnr. 233; *Meyer-Sommer*, S. 38; *H.-F. Müller*, S. 19.

bei Zustimmung sämtlicher bekannter Gläubiger nicht abdingbare⁸⁶⁸ Sperrjahr nach §§ 272 AktG, 73 GmbHG, 90 GenG sowie den Umstand verwiesen, dass selbst nach Ablauf des Sperrjahres nach den zitierten Regelungen eine Verteilung des Restvermögens unter die Gesellschafter nur dann in Betracht kommt, wenn die Verbindlichkeiten der Gesellschaft getilgt oder zumindest gesichert sind, vgl. §§ 271 AktG, 73 GmbHG, 90 GenG. Die Absicherung der Gläubigerbefriedigung vor der Verteilung des Restvermögens an die Gesellschafter lässt sich hier auch nicht auf das Interesse der persönlich haftenden Gesellschafter, einer nachträglichen Inanspruchnahme zu entgehen, zurückführen, da bei den genannten Gesellschaftstypen lediglich das Verbandsvermögen gegenüber Dritten haftet. Allenfalls bei der eG ließe sich die vorrangige Gläubigerbefriedigung auf ein besonderes Interesse der Genossen stützen, die bei ausbleibender vollständiger Gläubigerbefriedigung im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 105 GenG Nachschüsse zu leisten hätten, soweit die Nachschusspflicht nicht in der Satzung ausgeschlossen wurde. Dennoch kann ein zumindest neben dem Genosseninteresse bestehendes Interesse der Gläubiger an der vorrangigen Befriedigung auch hier nicht geleugnet werden. Schließlich dient das gesellschaftsrechtliche Liquidationsverfahren selbst bei den Personenhandelsgesellschaften, bei denen keine Sperrjahresregelung existiert⁸⁶⁹, auch dem Gläubigerinteresse⁸⁷⁰, da auch dort die Gläubiger grundsätzlich vor Verteilung des Restvermögens zu befriedigen sind, vgl. §§ 149, 155 HGB⁸⁷¹. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die entsprechenden Regelungen im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften und der eG hier disponibel sind⁸⁷², da das primäre Sicherungsinstrument des Gläubigerschutzes im Liquidationsrecht der Personengesellschaften die persönliche Haftung der Gesellschafter ist⁸⁷³.

Der Gläubigerschutz lässt sich also, wie von *Henckel* hervorgehoben, auf das Gesellschafterinteresse zurückführen. Es ist jedoch auch zu beachten, dass das gesetzliche Regelungsgefüge nur deshalb durch die drohende persönliche Haftung ein Interesse der Gesellschafter an der Befriedigung der Gläubiger vor Verteilung des Restvermögens auslöst, um die vorrangige Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten tatsächlich sicherzustellen. Letztlich muss daher auch im gesellschaftsrechtlichen Liquidati-

⁸⁶⁸ *OLG Rostock* GmbH 1996, 621 (622); *Erle*, GmbH 1998, 216 (217); *Fandrich* in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, § 90 Rdnr. 2; *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 73 Rdnr. 2; *Hüffer*, § 272 Rdnr. 1; *derselbe* in: MüKo AktG, § 272 Rdnr. 3; *Kleindiek* in: Lutter/Hommelhoff, § 73 Rdnr. 1.

⁸⁶⁹ Zur umstrittenen Frage der Anwendbarkeit der Sperrjahresregelungen auf atypische Personenhandelsgesellschaften vgl. FN 372.

⁸⁷⁰ Vgl. *Hillers*, S. 141 ff.; *H.-F. Müller*, S. 20; *K. Schmidt*, ZHR 153 (1989), 270 (283 f.). *Erle*, GmbH 1998, 216 sieht das Gläubigerinteresse sogar als gegenüber dem Gesellschafterinteresse uneingeschränkt vorrangig an.

⁸⁷¹ Vgl. *Hillers*, S. 141 f.; *H.-F. Müller*, S. 20.

⁸⁷² *Hillers*, S. 142; *H.-F. Müller*, S. 20; a.A.: *K. Schmidt*, ZHR 153 (1989), 270 (284).

⁸⁷³ *Hillers*, S. 143 ff.; ähnlich auch *H.-F. Müller*, S. 20.

onsverfahren neben dem Gesellschafterinteresse ein Interesse der Gläubiger anerkannt werden⁸⁷⁴.

Das gesellschaftsrechtliche Liquidationsverfahren bezweckt folglich neben der in erster Linie den Interessen der Gesellschafter dienenden Vollabwicklung als Ziel des Verfahrens auch die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger. Damit ist die gesellschaftsrechtliche Liquidation ein Beispiel dafür, dass Vollabwicklung auf der einen und Gläubigerbefriedigung auf der anderen Seite keine unvereinbaren und sich gegenseitig ausschließenden Gegensätze darstellen⁸⁷⁵. Zu Recht weist *Gutsche* darauf hin, dass mit der Abwicklung des Schuldnervermögens sogar ein identisches Mittel zur Verwirklichung von Gläubigerbefriedigung und Vollabwicklung besteht⁸⁷⁶. Dennoch wird sich eine an den Verfahrenszwecken auszurichtende Anwendung und Auslegung der bestehenden Normen in vielen Fällen nicht gleichermaßen an beiden Zwecken orientieren können. Selbst wenn beide Zwecke also nicht per se unvereinbar sind, stellt sich die Frage, welchem im Falle einer Gegenläufigkeit im Einzelfall der Geltungsvorrang zukommen muss. Sachgerechte und stimmige Ergebnisse beim Rückgriff auf die Verfahrenszwecke als Auslegungs- oder Anwendungshilfe lassen sich nämlich nur dann erzielen, wenn das zwischen den Verfahrenszwecken bestehende Rangverhältnis eindeutig geklärt ist.

e. Rangverhältnis zwischen Gläubigerbefriedigung und Vollabwicklung

aa. Die Gläubigerbefriedigung als „Hauptzweck“ des Insolvenzverfahrens

Selbst diejenigen Stimmen, die eine Vollabwicklung von Handelsgesellschaften als neben der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung bestehenden Verfahrenszweck anerkennen, sind sich über das zwischen beiden Zwecken bestehende Rangverhältnis keineswegs einig, obwohl die Gläubigerbefriedigung – soweit ersichtlich – ausnahmslos als Hauptzweck des Verfahrens bezeichnet wird⁸⁷⁷. Dass es sich bei der Gläubigerbefriedigung nach dem Willen des Gesetzgebers um einen bzw. den Hauptzweck des Insolvenzverfahrens handelt, lässt sich insbesondere nach einem Blick auf

⁸⁷⁴ Vgl. *BAG* NJW 1982, 1831; *Haas* in: *Baumbach/Hueck*, § 66 Rdnr. 2; *H.-F. Müller*, S. 21.

⁸⁷⁵ Anders hingegen *BGHZ* 163, 32 (37) = NJW 2005, 2015 (2016);

⁸⁷⁶ *Gutsche*, Rdnr. 86.

⁸⁷⁷ *BVerfG* NJW 2006, 2613 (2614); *BGHZ* 148, 252 (258 f.) = NJW 2001, 2966 (2967); *BGHZ* 163, 32 (35) = NJW 2005, 2015 (2016); *Dorndorf*, FS Merz, 31 (38); *Ganter* in: *MüKo InsO*, § 1 Rdnr. 20; *Goetsch* in: *BK InsO*, § 1 Rdnr. 2; *Graf-Schlicker/Kexel* in: *Graf-Schlicker*, § 35 Rdnr. 17; *Gutsche*, Rdnr. 87, 144; *Meyer-Sommer*, S. 54 f.; *H.-F. Müller*, S. 21, 23; *Rödter*, S. 17; *Smid* in: *Smid*, § 1 Rdnr. 35; *derselbe*, *DZWIR* 1997, 309 (311); *Westpfahl*, Rdnr. 46, 53, 321; vgl. auch *Förster*, *ZInsO* 2000, 315 (316).

die Gesetzesmaterialien auch kaum leugnen. Bereits die Begründungen zu § 1 DiskE InsO 1988 sowie § 1 RefE InsO 1989 bezeichnen die bestmögliche Gläubigerbefriedigung als in erster Linie für die innerhalb des Verfahrens zu treffenden Entscheidungen maßgebliches „*einheitliches Ziel*“ des Verfahrens, welches zu Beginn des Gesetzes hervorgehoben wird, da es das gesamte Insolvenzverfahren prägt⁸⁷⁸. Auch die Begründung zu § 1 RegE InsO behält diese Ausführungen bei, wobei statt des einheitlichen Ziels nunmehr von einem einheitlichen Hauptziel die Rede ist⁸⁷⁹. Daneben wird die gemeinschaftliche Verwirklichung der Vermögenshaftung auch im Rahmen der allgemeinen Begründung des Regierungsentwurfs wie bereits in den allgemeinen Begründungen des DiskE InsO 1988 sowie des RefE InsO 1989⁸⁸⁰ als einheitlicher Hauptzweck des Verfahrens bezeichnet⁸⁸¹. Darüber, was unter einem solchen „Hauptzweck“ zu verstehen ist und welche Folgerungen für die übrigen Zwecke abgeleitet werden können oder müssen, gehen die Ansichten jedoch auseinander.

Überwiegend wird aus der Einordnung der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung als Hauptzweck gefolgert, dass es sich bei der Vollabwicklung um einen bloßen Nebenzweck des Verfahrens handle, der immer dann zugunsten des Hauptzwecks der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung zurückzutreten habe, wenn sich die Verfahrenszwecke widersprechen⁸⁸². Eine verfahrensimmanente Vollliquidation könne daher auch immer nur dann erfolgen, wenn der Hauptzweck der Gläubigerbefriedigung hierdurch nicht beeinträchtigt werde⁸⁸³. Dem entspricht im Wesentlichen auch die Rechtsprechung des *BGH*, wobei der *BGH* im Hinblick auf die Streichung des § 1 Abs. 2 Satz 3 RegE InsO offen lässt, ob die Vollabwicklung tatsächlich als weiterer Verfahrenszweck anzusehen ist⁸⁸⁴. Jedenfalls handle es sich bei der Gläubigerbefriedigung um den als maßgeblich hervorgehobenen Hauptzweck des Insolvenzverfahrens, so dass ein möglicher Vollliquidationszweck dahinter zurückzutreten habe, wenn andernfalls die Gläubigerbefriedigung beeinträchtigt würde⁸⁸⁵. Das berechnete Interesse der Gläubiger, aus der Masse eine Befriedigung ihrer Ansprüche zu erhalten und deshalb möglichst die Entstehung von Verbindlichkeiten zu vermeiden, die das zur Verteilung

⁸⁷⁸ DiskE InsO 1988, S. B1 f.; RefE InsO 1989, S. B1 f.; vgl. den Auszug unter Dritter Teil II. 1., S. 99 ff.

⁸⁷⁹ BT-Drs. 12/2443, S. 108.

⁸⁸⁰ DiskE InsO 1988, S. A38; RefE InsO 1989, A33.

⁸⁸¹ BT-Drs. 12/2443, S. 83.

⁸⁸² *Balz*, Kölner Schrift, 2. Aufl., S. 3 (12); *Gutsche*, Rdnr. 88; *Johlke/Schröder*, EWIR 2003, 1095 (1096); *Meyer-Sommer*, S. 55; *Sonnen/Tetzlaff*, wistra 1999, 1 (5).

⁸⁸³ *Meyer-Sommer*, S. 55.

⁸⁸⁴ *BGHZ* 148, 252 (258 f.) = NJW 2001, 2966 (2967); *BGHZ* 163, 32 (35) = NJW 2005, 2015 (2016).

⁸⁸⁵ *BGHZ* 148, 252 (258 f.) = NJW 2001, 2966 (2967); *BGHZ* 163, 32 (35 f.) = NJW 2005, 2015 (2016).

zur Verfügung stehende Vermögen schmälern, habe im Rahmen der insolvenzrechtlichen Abwicklung unbedingten Vorrang⁸⁸⁶.

Demgegenüber wird vertreten, dass die Gläubigerbefriedigung trotz der Einordnung als Hauptzweck nicht zum alleinigen Maßstab gemacht werden dürfe, was bereits an der Einschränkung durch die Möglichkeit der Restschuldbefreiung zu sehen sei⁸⁸⁷. Während allerdings *Vallender* daraus folgert, dass das konkurrierende gesetzliche Ziel der Restschuldbefreiung mit dem Hauptzweck der Gläubigerbefriedigung in einen angemessenen Ausgleich zu bringen sei⁸⁸⁸, zieht *H.-F. Müller* den Schluss, dass folglich in der Verbandsinsolvenz wegen des auf Vermeidung einer gesellschaftsrechtlichen Liquidation im Anschluss an das Insolvenzverfahren gerichteten Gesetzgeberwillens nicht nur eine Belastung der Insolvenzmasse mit den Liquidationskosten gerechtfertigt sei⁸⁸⁹, sondern darüber hinaus wegen des Abwicklungszwecks in der Insolvenz einer Handelsgesellschaft kein verfahrensfreies Vermögen be- oder entstehen könne⁸⁹⁰. Das öffentliche Interesse an der Abwicklung der insolventen Gesellschaft könne gegenüber dem rein privaten Befriedigungsinteresse der Gläubiger nicht einfach zurückstehen⁸⁹¹. Dagegen wird wiederum eingewandt, dass ein öffentliches Interesse an einer Abwicklung innerhalb des Insolvenzverfahrens anstelle einer sich anschließenden gesellschaftsrechtlichen Liquidation nur deshalb bestehe, weil die Durchführung letzterer wegen der bestehenden Haftungsbeschränkungen und des mangelnden Interesses der geborenen Liquidatoren gefährdet sei. Dabei handle es sich jedoch um Probleme des Gesellschaftsrechts, deren Beseitigung auf Kosten der Insolvenzgläubiger systematisch verfehlt sei⁸⁹².

Auch *Rödter* wendet sich gegen einen uneingeschränkten Vorrang des Vollabwicklungszwecks vor der Gläubigerbefriedigung wie ihn *Müller* im Ergebnis vertritt. Auch wenn die Einordnung der Gläubigerbefriedigung als übergeordneter Hauptzweck des Insolvenzverfahrens nicht bedeute, dass keine diesen Zweck begrenzenden oder modifizierenden Verfahrensziele existieren könnten, sei zu berücksichtigen, dass demgegenüber auch ein uneingeschränkter Vorrang der Vollabwicklung den zahlreichen

⁸⁸⁶ BGHZ 163, 32 (35 f.) = NJW 2005, 2015 (2016); vgl. auch BGH NJW-RR 2007, 1205 (1206) = NZI 2007, 407 (408).

⁸⁸⁷ Vgl. *H.-F. Müller*, S. 21 f.; *Rödter*, S. 20; *Vallender* in: Uhlenbruck, vor § 286 Rdnr. 21; *Westpfahl*, Rdnr. 321.

⁸⁸⁸ Vgl. *Vallender* in: Uhlenbruck, vor § 286 Rdnr. 21.

⁸⁸⁹ Vgl. *H.-F. Müller*, S. 22; ähnlich auch *K. Schmidt*, GesR, S. 325 sowie bereits *Schulz*, NJW 1984, 2428 f.

⁸⁹⁰ *H.-F. Müller*, S. 25 ff., 40.

⁸⁹¹ *H.-F. Müller*, S. 22; vgl. auch *Westpfahl*, Rdnr. 321.

⁸⁹² Vgl. zur Rechtslage unter Geltung der KO *Pape/Voigt*, WiB 1995, 618 (621); *Meyer-Sommer*, S. 43; vgl. auch *Pape*, KTS 1993, 551 (583); *derselbe*, WiPra 1996, 242 (243); *Sonnen/Tetzlaff*, wistra 1999, 1 (5).

denkbaren Verfahrenskonstellationen nicht gerecht werde⁸⁹³. Dennoch sei zu beachten, dass es sich bei der Gläubigerbefriedigung um ein unabhängig von der Art des Verfahrens oder der Rechtsnatur des Schuldners existierendes Verfahrensziel handle, während die Vollabwicklung lediglich in auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften in Betracht komme, weshalb der Verfahrenszweck der Vollabwicklung der Gläubigerbefriedigung grundsätzlich als spezieller vorgehe⁸⁹⁴. Um einen praktikablen Ausgleich zwischen beiden Zwecken herzustellen, soll das Verfahrenziel der Vollabwicklung allerdings aufgrund seiner Spezialität nach dieser Ansicht nur dann vorgehen, wenn die Gläubigerbefriedigung dadurch nicht erwiesenermaßen völlig vereitelt würde⁸⁹⁵.

bb. Stellungnahme zur Einordnung der Gläubigerbefriedigung als „Hauptzweck“

Trotz der unumstrittenen Einordnung der Gläubigerbefriedigung als Hauptzweck reichen also die gezogenen Folgerungen von einem uneingeschränkten Vorrang der Gläubigerbefriedigung vor der Vollabwicklung einerseits bis zu einer vollständigen Verdrängung der Gläubigerbefriedigung im Anwendungsbereich der verfahrensimmanenten Vollliquidation andererseits. Fraglich ist also, welche Folgen die Qualifikation der gemeinschaftlichen und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung als Hauptzweck für das Rangverhältnis zwischen den Verfahrenszwecken hat. Alleine aus der Bezeichnung der Gläubigerbefriedigung in den Gesetzesmaterialien als „Hauptzweck“ oder deren systematischer Stellung als § 1 Satz 1 InsO sollte dabei nicht vorschnell geschlossen werden, dass die Gläubigerbefriedigung als alleiniger Hauptzweck über sämtlichen anderen Zwecken des Insolvenzverfahrens steht und die übrigen Zwecke im Falle der Gegenläufigkeit daher zurückzutreten hätten. Jedenfalls die Restschuldbefreiung als weiteres Verfahrensziel scheint im Falle ihrer Erteilung ihrerseits den Hauptzweck der Gläubigerbefriedigung einschränken zu können. Andererseits ist aber auch zu berücksichtigen, dass die Restschuldbefreiung die Befriedigungsaussicht der Gläubiger häufig sogar erhöhen wird. Im Gegensatz zu einer drohenden unbeschränkten Nachhaftung entsteht durch die Aussicht auf Restschuldbefreiung nämlich eine Motivation des Schuldners, seine Arbeitskraft zur Befriedigung der Gläubiger einzusetzen, vgl. §§ 295 Abs. 1 Nr. 1, 287 Abs. 2 InsO⁸⁹⁶. Daneben wird die Befriedigungs-

⁸⁹³ Rödder, S. 20 f.

⁸⁹⁴ Rödder, S. 21.

⁸⁹⁵ Rödder, S. 21; Westpfahl, Rdnr. 321. Ein Vorrang der Vollabwicklung kommt nach Rödder beispielsweise dann nicht in Betracht, wenn dies dazu führen würde, dass das Verfahren nach §§ 207 ff. InsO vorzeitig eingestellt werden müsste. Da in diesen Fällen allerdings mit Ausnahme der Einstellung wegen Masseunzulänglichkeit keine vollständige Vermögensverteilung erfolgt, ist bereits fraglich, weshalb der Grundsatz zur Vollabwicklung zu einer vorzeitigen Einstellung führen sollte.

⁸⁹⁶ Vgl. auch Ganter in: MüKo InsO, § 1 Rdnr. 101.

aussicht der Gläubiger auch dadurch erhöht, dass der Schuldner durch das Restschuldbefreiungsverfahren zur rechtzeitigen Stellung des Antrags auf Insolvenzeröffnung, vgl. § 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO, sowie zur Mitwirkung am Insolvenzverfahren, vgl. § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO, bewegt wird⁸⁹⁷. Dennoch führt die Restschuldbefreiung als weiterer Zweck des Insolvenzverfahrens neben der Förderung auch zur Beschränkung des Hauptzwecks der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung, vgl. § 299 InsO. Zu beachten ist, dass dem Schuldner mit der Ankündigung der Restschuldbefreiung Vollstreckungsschutz nach § 294 Abs. 1 InsO gewährt wird und die Forderungen der Gläubiger bei Erteilung der Restschuldbefreiung in Naturalobligationen umgewandelt werden, vgl. § 301 Abs. 3 InsO⁸⁹⁸. Die offenen Forderungen der Gläubiger werden also grundsätzlich nur innerhalb der gemäß § 287 Abs. 2 InsO sechs Jahre dauernden Wohlverhaltensperiode anteilig befriedigt, während die Erfüllung nach diesem Zeitraum vom Willen des Schuldners abhängt⁸⁹⁹. Ohne Restschuldbefreiungsverfahren wären noch offene angemeldete und unbestrittene Forderungen hingegen über einen Zeitraum von dreißig Jahren durchsetzbar, vgl. §§ 201 Abs. 2 InsO, 197 Abs. 1 Nr. 5 BGB. Zwar könnte an dieser Stelle eingewandt werden, dass sich die gläubigerbeeinträchtigende Wirkung mit dem Vollstreckungsverbot einerseits sowie der Umwandlung der Gläubigerforderungen in Naturalobligationen bei erteilter Restschuldbefreiung andererseits erst nach Aufhebung oder Einstellung⁹⁰⁰ des Insolvenzverfahrens entfaltet, auch hier – wie bereits bei der Qualifikation der Restschuldbefreiung als Zweck des Insolvenzverfahrens⁹⁰¹ – sollte das Restschuldbefreiungsverfahren allerdings trotz der Erstreckung über das Insolvenzverfahren hinaus nicht isoliert von diesem betrachtet werden. Würde man nämlich rein formal auf die Einstellung bzw. Aufhebung des Verfahrens abstellen, um so eine fehlende Beeinträchtigung des Verfahrenshauptzwecks der Gläubigerbefriedigung zu begründen, würde verkannt, dass auch im Fall des sich an das Insolvenzverfahren anschließenden Restschuldbefreiungsverfahrens die gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung als oberstes Verfahrensziel fortbesteht⁹⁰². Erkennbar ist dies zum einen an den Regelungen zum Restschuldbefreiungsverfahren, die auf die Beschaffung von Mitteln zur Befriedigung der Gläubiger gerichtet sind,

⁸⁹⁷ Vgl. die allgemeine Begründung unter BT-Drs. 12/2443, S. 82, 101.

⁸⁹⁸ *Goetsch* in: BK InsO, § 301 Rdnr. 3; *Lang* in: Braun, § 301 Rdnr. 10; *Stephan* in: MüKo InsO, § 301 Rdnr. 18.

⁸⁹⁹ Der Streit, welche Auswirkungen die Restschuldbefreiung auf die Vollstreckbarkeit von Tabellenausügen nach § 201 Abs. 2 InsO und sonstigen Titeln hat, vgl. dazu *Stephan* in: MüKo InsO, § 301 Rdnr. 19 f., wurde nunmehr vom BGH in der Weise entschieden, dass der Schuldner eine auf den Titel gestützte Zwangsvollstreckung durch Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO für unzulässig erklären lassen muss, vgl. *BGH NZI* 2008, 737 (738).

⁹⁰⁰ Vgl. § 289 Abs. 3 InsO.

⁹⁰¹ Vgl. Dritter Teil IV, 4. a., S. 160 ff.

⁹⁰² Vgl. auch die allgemeine Begründung zum RegE InsO, wo die Restschuldbefreiung als entscheidender Anreiz für den Schuldner, ein Höchstmaß an Gläubigerbefriedigung zu bewirken, bezeichnet wird; BT-Drs. 12/2443, S. 101.

vgl. §§ 287 Abs. 2, 295 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 2 InsO, und zum anderen an der umfassenden Einbeziehung der Gläubiger in das Restschuldbefreiungsverfahren gemäß §§ 288, 289 Abs. 2, 290 Abs. 1, 292, 296, 297, 300, 303 InsO. Es ist daher keineswegs so, dass das Hauptziel der Gläubigerbefriedigung im Falle eines sich anschließenden Restschuldbefreiungsverfahrens mit Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens endet und ab diesem Zeitpunkt vom Verfahrensziel der Restschuldbefreiung ersetzt oder überlagert wird. Vielmehr sind Insolvenzverfahren und Restschuldbefreiungsverfahren in der Insolvenz natürlicher Personen als Einheit zu betrachten, in welcher auch die Zwecke Gläubigerbefriedigung und Restschuldbefreiung nebeneinander stehen und sich einerseits gegenseitig zu bestmöglicher Geltung verhelfen, aber andererseits auch beschränken. *Vallender* ist daher zuzustimmen, dass aus der Kennzeichnung der Gläubigerbefriedigung als Hauptzweck nicht gefolgert werden kann, dass konkurrierende gesetzliche Ziele allgemein verdrängt werden, sondern die Restschuldbefreiung mit dem Verfahrenszweck der Gläubigerbefriedigung zu einem sachgemäßen Ausgleich zu bringen ist⁹⁰³. Trotz der Qualifizierung der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung als „Hauptzweck“ des Verfahrens besteht also kein absoluter Geltungsvorrang gegenüber sämtlichen übrigen Zwecken, so dass auch eine Beeinträchtigung der Gläubigerbefriedigung durch andere Zwecke nicht von vornherein ausgeschlossen wäre.

Ist also eine Beeinträchtigung des Hauptzwecks der Gläubigerbefriedigung durch die Restschuldbefreiung möglich, stellt sich dennoch die Frage, ob auch der Vollabwicklungszweck des Insolvenzverfahrens negativ auf die Befriedigungsaussicht der Gläubiger einwirken kann. Zu bedenken ist dabei, dass die Restschuldbefreiung in § 1 Satz 2 InsO genannt und damit ausdrücklich neben die gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung gestellt ist. Allerdings sollte auch der Vollabwicklungszweck nach dem Regierungsentwurf ausdrücklich neben die Verfahrensziele der Gläubigerbefriedigung und Restschuldbefreiung gestellt werden, vgl. § 1 Abs. 2 Satz 3 RegE InsO. Dass diese Regelung gestrichen wurde und in der in Kraft getretenen Insolvenzordnung nicht enthalten ist, hat nach dem aus den Gesetzesmaterialien zu entnehmenden Gesetzgeberwillen keine inhaltlichen Folgen⁹⁰⁴. Eine Unbeschränkbarkeit des Verfahrenszwecks der Gläubigerbefriedigung durch die Vollabwicklung lässt sich daher nicht auf die fehlende ausdrückliche Nennung der Vollabwicklung als Verfahrensziel stützen.

Es spricht also manches dafür, dass die Vollabwicklung ebenso wie die Restschuldbefreiung in einen angemessenen Ausgleich zum Hauptzweck der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung gebracht werden muss und diesen auch beeinträchtigen kann.

⁹⁰³ *Vallender* in: Uhlenbruck, vor § 286 Rdnr. 21.

⁹⁰⁴ Vgl. Dritter Teil IV. 3. c. aa., S. 152 ff.

Entgegen der Ansicht Rödders⁹⁰⁵ kann die Möglichkeit der Beeinträchtigung des Gläubigerbefriedigungszwecks aber nicht auf eine Spezialität des Vollabwicklungszwecks gestützt werden. Zwar kommt eine Abwicklung bis zur Lösungsreife lediglich im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften und damit nicht in sämtlichen Insolvenzverfahren in Betracht, dies begründet allerdings noch keine Spezialität gegenüber dem Verfahrenshauptzweck. Der Grund, eine spezielle Regelung der allgemeinen vorgehen zu lassen, liegt darin, dass die spezielle Norm nicht durch die allgemeine ihres Anwendungsbereichs beraubt werden soll. Die Existenz der spezielleren Regelung zeigt gerade das legislatorische Ziel, eine Abweichung von der allgemeinen Norm im geregelten Spezialfall zu erreichen. Dass eine Regelung als spezieller der allgemeinen vorgehen soll, lässt sich aber nur dann begründen, wenn beide Regelungen grundsätzlich den gleichen Bereich betreffen, die speziellere wegen engerer Voraussetzungen jedoch nur einen Teilbereich der allgemeinen Regelung erfasst⁹⁰⁶. Behandeln beide Regelungen hingegen unterschiedliche Bereiche und kollidieren lediglich im Einzelfall, handelt es sich um einen nicht im Wege der Spezialität aufzulösenden Konflikt⁹⁰⁷. Daher kann auch eine im Einzelfall zwischen Vollabwicklung und Gläubigerbefriedigung eintretende Kollision nicht durch Annahme einer Spezialität der Vollabwicklung gelöst werden. Beide Zwecke betreffen völlig unterschiedliche Regelungsbereiche und können in einer Vielzahl der Insolvenzverfahren ohne Kollision gleichermaßen verwirklicht werden, da mit der Vermögensabwicklung zur Befriedigung der Gläubiger häufig bereits sämtlicher Abwicklungsbedarf der insolventen Gesellschaft gedeckt und daher eine Vollabwicklung mitverwirklicht ist. Ob der Verfahrenshauptzweck der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung durch den Zweck der Vollabwicklung beeinträchtigt werden kann, ergibt sich folglich nicht bereits aus einem Spezialitätsverhältnis zwischen den Zwecken.

Ob die Vollabwicklung ebenso wie die Restschuldbefreiung dergestalt in einen angemessenen Ausgleich zum Hauptzweck der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung gebracht werden muss, dass sie diesen beeinträchtigen kann, ist jedoch fraglich. Die Unterschiede, die im Verhältnis der Restschuldbefreiung zur Gläubigerbefriedigung gegenüber dem Verhältnis der Vollabwicklung zur Gläubigerbefriedigung bestehen, dürfen bei der Beantwortung dieser Frage nicht unberücksichtigt bleiben. Zwar ist eine Beeinträchtigung des Hauptzwecks der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung durch die Restschuldbefreiung möglich, ohne die Möglichkeit einer solchen Beeinträchtigung wäre die Restschuldbefreiung als Verfahrensziel allerdings auch niemals

⁹⁰⁵ Vgl. Rödder, S. 21.

⁹⁰⁶ Vgl. Bydlinski, S. 465; Zippelius, S. 39.

⁹⁰⁷ Vgl. BGHZ 78, 216 (218); Zippelius, S. 39.

erreichbar: Soll vom Rest der Schulden befreit werden, geht damit nämlich zwingend einher, dass die Gläubiger ihre Forderungen gegen den Schuldner nicht mehr durchsetzen können. Außerdem ist zu beachten, dass die Restschuldbefreiung dem Schuldner gerade deshalb in Aussicht gestellt wird, um diesen über einen gewissen Zeitraum zur optimalen Mithilfe bei der Befriedigung der Gläubiger zu bewegen⁹⁰⁸ und damit selbst in erster Linie der bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger dient⁹⁰⁹.

Eine solche Wechselwirkung fehlt zwischen Vollabwicklung und Gläubigerbefriedigung. Zum einen besteht bereits keine zwingende Kollision beider Zwecke, da bei der Abwicklung des Schuldnervermögens zur Befriedigung der Gläubiger häufig bereits der gesamte Abwicklungsbedarf der Gesellschaft gedeckt wird, so dass die Gläubigerbefriedigung und die Vollabwicklung gleichermaßen verwirklicht werden können⁹¹⁰. Zum anderen wird das verwertbare Schuldnervermögen unabhängig von einer verfahrensimmanenten Vollabwicklung zur Befriedigung der Gläubiger verwendet, so dass die Vollabwicklung den Hauptzweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung nicht weiter fördert.

Während also eine Beeinträchtigung der Gläubigerbefriedigung durch die Umwandlung der Gläubigerforderungen in Naturalobligationen mit Erteilung der Restschuldbefreiung letztlich die Motivation zur Mitwirkung seitens des Schuldners fördert und damit wiederum positiv auf die Gläubigerbefriedigung einwirkt, geht die Vollabwicklung zwar nicht zwingend zu Lasten der Gläubigerbefriedigung, fördert diese aber auch nicht. Eine Beeinträchtigung der Gläubigerbefriedigung kann daher durch die Vollabwicklung – soweit man die Qualifikation der Gläubigerbefriedigung als Hauptzweck des Verfahrens ernst nimmt und nicht auf eine bloße Begrifflichkeit reduziert – nicht in gleichem Maße erfolgen wie durch die Restschuldbefreiung. Zudem muss bei Kollisionen von Vollabwicklung und Gläubigerbefriedigung die in der Insolvenzordnung zum Ausdruck kommende und den Gesetzesmaterialien zu entnehmende Wertung hinsichtlich der verfahrensimmanenten Vollabwicklung beachtet werden. Wie im Rahmen der bisherigen Untersuchung festgestellt, handelt es sich beim Vollabwicklungszweck lediglich um eine im Regelfall zu erfüllende Pflicht. Sowohl die systematische als auch die historische Analyse der Insolvenzordnung geben zu erkennen, dass Ausnahmen von der Vollabwicklungspflicht zulässig sein sollen. Da es sich bei der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften nach der hier vertretenen Ansicht aber um

⁹⁰⁸ BT-Drs. 12/2443, S. 101; vgl. auch *Ganter* in: MüKo InsO, § 1 Rdnr. 101.

⁹⁰⁹ In dieser Weise ist auch der Hinweis von *Ganter* zu verstehen, dass die Restschuldbefreiung nicht von vornherein im Gegensatz zum Verfahrensziel der Haftungsverwirklichung stehe, vgl. *Ganter* in: MüKo InsO, § 1 Rdnr. 101.

⁹¹⁰ *Gutsche*, Rdnr. 86.

einen eigenständigen Verfahrenszweck handelt, der nach der gesetzgeberischen Intention weitestgehend verwirklicht werden sollte, kommt eine Einschränkung nur durch andere, mindestens gleichrangige Verfahrenszwecke⁹¹¹ in Betracht. Die intendierten Einschränkungen müssen also, da keine Kollision der Vollabwicklung mit der Restschuldbefreiung bestehen kann, aufgrund des Hauptzwecks der Gläubigerbefriedigung bestehen. Damit kann also die Vollabwicklung zugunsten der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung beeinträchtigt werden, während die Gläubigerbefriedigung zwar ebenfalls – wie anhand des Kollisionsfalls mit der Restschuldbefreiung gesehen – durch andere Verfahrenszwecke beschränkt werden kann, dies allerdings nur deshalb, weil hierdurch wiederum positive Auswirkungen für die Gläubigerbefriedigung zu erwarten sind. Da die verfahrensimmanente Vollliquidation im Gegensatz zu den Regelungen des Restschuldbefreiungsverfahrens die Aussicht auf Gläubigerbefriedigung aber nicht verbessert, darf auch keine Beeinträchtigung dieses Hauptzwecks durch die Vollabwicklung erfolgen. Soweit die grundsätzlich im Insolvenzverfahren angestrebte Vollliquidation auf Kosten der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung ginge, hat sie daher hinter diesem Primärzweck des Verfahrens zurückzutreten. Auf diese Weise wird vermieden, dass die Kosten einer im öffentlichen Interesse liegenden Abwicklung die Insolvenzmasse belasten und die Abwicklung damit zum Nachteil der Insolvenzgläubiger erfolgt⁹¹². *Häsemeyer* formuliert insoweit äußerst treffend „*Wer öffentliche Zwecke verfolgen will, muss öffentliche Mittel einsetzen.*“⁹¹³.

Eine andere Betrachtung ist auch nicht, wie von *Müller* vorgeschlagen, dadurch angezeigt, dass das öffentliche Interesse an der Abwicklung nicht einfach hinter dem privaten Befriedigungsinteresse der Gläubiger zurückstehen könne⁹¹⁴. Ein öffentliches Interesse an der Abwicklung lässt sich grundsätzlich nicht bestreiten. Durch die Fortexistenz der insolventen Handelsgesellschaft über das Insolvenzverfahren hinaus bestünde nämlich eine Gefährdung für potenzielle Gläubiger, mit der weitestgehend vermögenslosen Gesellschaft in Rechtsbeziehungen zu treten und dadurch Verluste zu erleiden⁹¹⁵. Dennoch ist der Annahme entgegenzutreten, dass bei einer Nachrangigkeit der Vollabwicklung gegenüber dem Verfahrenshauptzweck der Gläubigerbefriedigung öffentliche Abwicklungsinteressen hinter rein privaten Befriedigungsinteressen zurückzustehen haben. Dabei wird nämlich übersehen, dass ein öffentliches Interesse

⁹¹¹ Vgl. *Meyer-Sommer*, S. 53.

⁹¹² Kritisch zur Belastung der Insolvenzmasse mit bloßen Abwicklungskosten auch *Henckel*, ZIP 1991, 133 (135); *Kilger*, FS Merz, 253 (269); *Lüke* in: Kübler/Prütting, § 80 Rdnr. 9; *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 114; *Pape* in: Hess/Pape, InsO, Rdnr. 269; *Rigol*, BGHReport 2005, 1080; vgl. im Hinblick auf das Risiko der Prozessführung auch *Henssler*, Kölner Schrift, 3. Aufl., 990 (1016).

⁹¹³ *Häsemeyer*, vor Rdnr. 2.01; ebenso *Windel* in: Jaeger, § 80 Rdnr. 18.

⁹¹⁴ *H.-F. Müller*, S. 22; *derselbe* in: Jaeger, § 35 Rdnr. 148; ebenso *Westpfahl*, Rdnr. 321.

⁹¹⁵ *Pech*, S. 69; *Schulz*, S. 21 f.; *Westpfahl*, Rdnr. 309.

nicht nur an der Vollabwicklung, sondern ebenso an der Befriedigung der Gläubiger besteht. Stellt man auf ein konkretes Insolvenzverfahren ab, haben zwar in weit überwiegendermaßen die jeweiligen Gläubiger ein Interesse an ihrer persönlichen Befriedigung. Lenkt man den Blick aber auf die abstrakte Gewährleistung eines Verfahrens zur Haftungsverwirklichung in denjenigen Fällen, in denen das haftende Schuldnervermögen zur Befriedigung sämtlicher Gläubiger nicht ausreicht, kann ein öffentliches Interesse an der Gewährleistung effektiver Rechtsdurchsetzung nicht gezeugnet werden. Es streitet daher nicht nur – wie *Müller* meint – ein privates Interesse der Gläubiger gegen das öffentliche Interesse an der Vollabwicklung, sondern zudem ein öffentliches Interesse an möglichst effektiver und weitgehender Rechtsdurchsetzung. Zwar mag man der Ansicht sein, dass das öffentliche Interesse an einer Vollliquidation der insolventen Gesellschaft dem öffentlichen Interesse an der Gewährleistung eines möglichst weitreichenden Verfahrens zur Haftungsverwirklichung vorzuziehen sei, dabei darf allerdings nicht die in der Insolvenzordnung zum Ausdruck kommende Zielsetzung außer Acht gelassen werden. Primäres Ziel sollte die gemeinschaftliche Haftungsverwirklichung sein, während Einschränkungen dieses Primärziels durch die Verfolgung sonstiger Verfahrenszwecke nur insoweit der gesetzlichen Regelung entnommen werden können, wie sie, wie im Rahmen der Restschuldbefreiung, letztlich wiederum der Gläubigerbefriedigung dienen. Auch wenn also ein öffentliches Interesse an der Abwicklung im Rahmen des Insolvenzverfahrens besteht, ist neben diesem ein öffentliches Interesse an der Gewährleistung einer möglichst weitreichenden Rechtsdurchsetzung in Form der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung zu berücksichtigen, welchem im Rahmen der Insolvenzordnung der Vorzug eingeräumt wurde. Es bleibt daher dabei, dass der Verfahrenshauptzweck der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung der Vollabwicklung im Rang vorgeht, so dass zwar grundsätzlich eine Vollabwicklung im Insolvenzverfahren zu erfolgen hat, allerdings nur insoweit, als dadurch nicht die Befriedigung der Gläubiger beeinträchtigt würde.

Auch die angeblich fehlende Existenzberechtigung insolventer Handelsgesellschaften außerhalb des Insolvenzverfahrens zwingt nicht zur Vollliquidation in sämtlichen Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften ohne Rücksicht auf eine unter Umständen eintretende Beeinträchtigung des Hauptzwecks der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung. Zwar ist es richtig, dass insolvente Gesellschaften mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst und damit einer Änderung ihres Gesellschaftszwecks unterworfen werden⁹¹⁶, weshalb diese fortan vorbehaltlich einer Sanierung, Reorganisation oder Fortsetzung unweigerlich auf die Vollbeendigung

⁹¹⁶ Siehe Erster Teil II., S. 29 ff.

zusteuern⁹¹⁷. Eine Vorgabe hinsichtlich des einschlägigen Abwicklungsverfahrens besteht jedoch nicht. Die durch die Auflösung zum Ausdruck kommende fehlende Existenzberechtigung der Gesellschaft kann daher sowohl durch eine vollständige Abwicklung im Rahmen des Insolvenzverfahrens als auch innerhalb einer sich anschließenden gesellschaftsrechtlichen Liquidation berücksichtigt werden⁹¹⁸. Ein Vorrang der Vollabwicklung gegenüber dem Gläubigerbefriedigungszweck kann daher nicht auf eine fehlende Existenzberechtigung insolventer Handelsgesellschaften gestützt werden.

f. Zusammenfassung und Ergebnis

§ 1 InsO enthält mit der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung und der Restschuldbefreiung zwei Verfahrenszwecke. Trotz der ausdrücklichen Aufzählung zweier Verfahrenszwecke in § 1 InsO ist die Existenz weiterer Zwecke nicht ausgeschlossen. Der Gesetzgeber bringt mit einer Beschränkung der ausdrücklichen Aufzählung von Zwecken auf wenige, das Verfahren im besonderen Maße prägende Kernaspekte, nicht zum Ausdruck, dass keine sonstigen Zwecke bestehen könnten. Bei der Vollabwicklung handelt es sich um einen weiteren, nicht ausdrücklich genannten Zweck des Verfahrens. Zum einen ist dies daran zu erkennen, dass die vollständige Abwicklung von Handelsgesellschaften auch für Fälle ermöglicht wurde, in denen mit der Liquidation kein Beitrag zum Hauptzweck der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung geleistet wird, sondern die Abwicklung lediglich der Vermeidung eines weiteren Abwicklungsverfahrens im Anschluss an das Insolvenzverfahren dient (vgl. § 199 Satz 2 InsO). Zum anderen bringen auch die Gesetzesmaterialien deutlich zum Ausdruck, dass die Vollliquidation im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften nach dem Willen des Gesetzgebers einen weiteren Verfahrenszweck darstellt.

Trotz der Integration der Vollabwicklung bleibt die gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung aber Hauptzweck des Insolvenzverfahrens. Eine Beeinträchtigung des im Vordergrund der Insolvenzabwicklung stehenden Verfahrenszwecks der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung durch den Vollabwicklungszweck kommt nicht in Betracht. Umgekehrt ist allerdings eine Beeinträchtigung des Liquidationszwecks durch den vorrangigen Verfahrenshauptzweck der gemeinschaftlichen und bestmögli-

⁹¹⁷ Vgl. *H.-F. Müller*, S. 16; *derselbe* in: *Jaeger*, § 35 Rdnr. 145; *Pech*, S. 67; ebenso bereits *K. Schmidt/Schulz*, ZIP 1982, 1015 (1017); *K. Schmidt*, KTS 1984, 345 (364); *derselbe*, GS Martens, 699 (715 f.); *derselbe*, KTS 1994, 309 (310); *Schulz*, KTS 1986, 389 (400); *Schulz*, S. 45 f.

⁹¹⁸ Vgl. *Meyer-Sommer*, S. 42.

chen Gläubigerbefriedigung zulässig, so dass der Primärzweck zugleich die Grenzen der verwirklichten Vollabwicklungspflicht vorgibt.

Unter Geltung der Insolvenzordnung handelt es sich bei der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften also um einen eigenständigen Zweck des Insolvenzverfahrens. Handelsgesellschaften sind im Rahmen des Insolvenzverfahrens auf Grundlage der gesetzlichen Wertungen regelmäßig vollständig abzuwickeln. Soweit die Abwicklung allerdings lediglich auf Kosten der Gläubiger erfolgen könnte und so den ranghöheren Verfahrenshauptzweck der gemeinschaftlichen und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung beeinträchtigen würde, hat diese zurückzutreten.

VIERTER TEIL: AUSWIRKUNGEN DES VOLLABWICKLUNGSZWECKS

Die Vollarwicklung von Handelsgesellschaften ist in der Insolvenzordnung, wie die bisherige Untersuchung ergeben hat, verwirklicht und als eigenständiger Verfahrenszweck ausgestaltet. Ebenso hat sich allerdings gezeigt, dass keine generelle Pflicht zur Vollarwicklung besteht, sondern Ausnahmen immer dann zulässig und notwendig sind, wenn andernfalls die gemeinschaftliche und bestmögliche Gläubigerbefriedigung als Hauptzweck des Insolvenzverfahrens beeinträchtigt würde.

Im Folgenden wird untersucht, welche konkreten Auswirkungen der gegenüber der Gläubigerbefriedigung nachrangige Vollarwicklungszweck für Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften hat. Welche Maßnahmen müssen ergriffen werden, damit eine Vollarwicklung durchgeführt und so dem Abwicklungszweck genüge getan ist (I.)? Inwiefern ist die Durchführung der notwendigen Maßnahmen im Rahmen des Insolvenzverfahrens möglich – verhindert also etwa die Begrenzung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters auf die Masse in Einzelfällen eine Vollarwicklung oder scheitert eine solche an dem damit verbundenen höheren zeitlichen und finanziellen Aufwand (II.)? Und schließlich, welchen Einfluss hat die Pflicht zur Vollarwicklung auf das Kompetenzverhältnis zwischen Insolvenzverwalter und den Organen der insolventen Handelsgesellschaft (III.)?

Erst wenn diese Fragen beantwortet sind, wird sich endgültig feststellen lassen, wie sich die gesetzlich intendierte und verwirklichte nachrangige Vollarwicklung von Handelsgesellschaften im liquidierenden Insolvenzverfahren praktisch auswirkt. Insbesondere wird sich zeigen, ob die Vollarwicklung von Handelsgesellschaften im Rahmen des Insolvenzverfahrens ein zwar angestrebtes aber aufgrund des Vorrangs der Gläubigerbefriedigung (regelmäßig) unerreichbares Ziel bleibt.

I. ANFORDERUNGEN AN DIE VOLLABWICKLUNG

Die Frage, welche Maßnahmen im Rahmen des Insolvenzverfahrens notwendig sind, um dem Vollarwicklungszweck zu genügen, scheint auf den ersten Blick schnell beantwortet. Soweit der Verfahrenshauptzweck der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung nicht beeinträchtigt wird, muss sämtlicher Abwicklungsbedarf insolventer Handelsgesellschaften innerhalb eines liquidierenden Insolvenzverfahrens gedeckt werden, so dass ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren im Anschluss ent-

behrlich ist. Da die Abwicklung auf eine Vollbeendigung der Handelsgesellschaft gerichtet ist⁹¹⁹, sind alle Maßnahmen durchzuführen, die für eine Vollbeendigung notwendig sind. Unabhängig davon, ob die Abwicklung eine juristische Person oder eine Personenhandelsgesellschaft betrifft, bedarf es daher auf Grundlage der vorzugswürdigen⁹²⁰ Lehre vom Tripletatbestand der Herbeiführung der Vermögenslosigkeit sowie der Deckung sämtlichen nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarfs⁹²¹. Darüber hinaus besteht bei juristischen Personen mit der Registerlöschung eine weitere konstitutive Vollbeendigungsvoraussetzung⁹²². Fraglich ist deshalb, ob der Vollabwicklungszweck auch die Vollbeendigung selbst und damit bei juristischen Personen die Registerlöschung innerhalb des Insolvenzverfahrens gebietet. Aufgrund der unterschiedlichen Voraussetzungen ist hinsichtlich eines Vollbeendigungserfordernisses zwischen Personenhandelsgesellschaften und juristischen Personen zu unterscheiden.

1. Verfahrensimmanente Vollbeendigung von Personenhandelsgesellschaften

Personenhandelsgesellschaften sind mit der Deckung des gesamten vermögens- und nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarfs vollbeendet, so dass die vollständige verfahrensimmanente Abwicklung mit der Vollbeendigung zusammenfällt. Dass Gesellschaften mit dem Wegfall ihrer Existenz auch die Insolvenzfähigkeit verlieren⁹²³, ist unschädlich: Fallen Eröffnungsvoraussetzungen – wie im hier besprochenen Fall die Insolvenzfähigkeit – während des Insolvenzverfahrens weg, wird die Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses dadurch grundsätzlich nicht berührt⁹²⁴. Das Insolvenzgericht hat in diesen Fällen lediglich die Möglichkeit, das Verfahren entsprechend den gesetzlichen Regelungen zu beenden⁹²⁵.

Die vollständige vermögens- und nichtvermögensrechtliche Abwicklung von Personenhandelsgesellschaften fällt folglich mit deren Vollbeendigung zusammen, wobei auch in diesem Fall trotz des mit der Vollbeendigung verbundenen Wegfalls der Insol-

⁹¹⁹ Hüffer, § 264 Rdnr. 2; K. Schmidt, ZHR 153 (1989), 270 (283).

⁹²⁰ Vgl. die Stellungnahme unter Zweiter Teil VI., S. 73 ff.

⁹²¹ Aufgrund des Verfahrenszwecks der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften kann die Erledigung nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarfs nicht als systemwidriger Fremdkörper des Insolvenzverfahrens angesehen werden; so aber Rigol, BGHReport 2005, 1080.

⁹²² Siehe zur Lehre vom Tripletatbestand Zweiter Teil V. sowie zur Stellungnahme hinsichtlich der Voraussetzungen einer Vollbeendigung Zweiter Teil VI., S. 73 ff.; zum Fehlen der Registerlöschung als Vollbeendigungsvoraussetzung bei Personenhandelsgesellschaften vgl. Zweiter Teil VI. 8., S. 89 f.

⁹²³ Vgl. § 11 Abs. 3 InsO im Umkehrschluss; siehe außerdem Ehrlicke in: Jaeger, § 11 Rdnr. 96; Ott/Vuiba in: MüKo InsO, § 11 Rdnr. 71.

⁹²⁴ OLG Hamm ZIP 2007, 1233 (1236).

⁹²⁵ OLG Hamm ZIP 2007, 1233 (1236); vgl. zur Vollbeendigung von Personenhandelsgesellschaften innerhalb des Insolvenzverfahrens Gundlach/Frenzel/N. Schmidt, DSiR 2004, 1658 (1661 FN 28).

venzfähigkeit das Insolvenzverfahren gemäß § 200 Abs. 1 InsO bzw. § 211 Abs. 1 InsO regulär aufzuheben oder einzustellen ist.

2. *Verfahrensimmanente Vollbeendigung juristischer Personen*

Anders ist die Lage bei juristischen Personen, bei denen als weitere konstitutive Vollbeendigungsvoraussetzung eine Registerlöschung erfolgen muss. Würde der Vollabwicklungszweck in der Insolvenz von Handelsgesellschaften erfordern, dass auch juristische Personen innerhalb des Insolvenzverfahrens nicht nur regelmäßig bis hin zur Löschungsreife vollabgewickelt, sondern zudem vollbeendet werden müssen, dürfte eine Verfahrensaufhebung erst nach Löschung der insolventen Gesellschaft im Register erfolgen. Fordert man demgegenüber lediglich eine verfahrensimmanente Abwicklung bis zur Löschungsreife, kann die Löschung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens erfolgen, so dass auch die Vollbeendigung der insolventen Handelsgesellschaft erst zu diesem Zeitpunkt eintritt.

Bei der Betrachtung der gesetzlichen Regelungen fällt auf, dass die Registerlöschung keine Voraussetzung für die Aufhebung des Insolvenzverfahrens oder Einstellung nach § 200 Abs. 1 InsO bzw. §§ 207 ff. InsO ist. Im Gegenteil sieht das Gesetz erst nach Aufhebung (vgl. §§ 200 Abs. 2 Satz 2, 31 InsO) oder Einstellung (vgl. §§ 215 Abs. 1 Satz 3, 200 Abs. 2 Satz 2, 31 InsO) des Insolvenzverfahrens eine Mitteilung an das Registergericht vor⁹²⁶. Erst zu diesem Zeitpunkt erfährt das Registergericht von der Durchführung des Insolvenzverfahrens, welche bereits mit Abschluss der Schluss- bzw. im Fall der Masseunzulänglichkeit der Masseverteilung vorliegt⁹²⁷, und kann eine Löschung wegen Vermögenslosigkeit nach Durchführung des Insolvenzverfahrens gemäß § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG vornehmen.

Da die Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen Auflösungsgrund darstellt⁹²⁸, der auch bei Beendigung des Verfahrens nicht entfällt⁹²⁹, würde eine innerhalb des Insolvenzverfahrens bis zur Löschungsreife abgewickelte Gesellschaft nach der Verfahrensaufhebung oder -einstellung den dann nicht mehr durch das Insolvenzverfahren verdrängten (vgl. §§ 145 Abs. 1 HGB [für die KG i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB], 66 Abs. 1 GmbHG, 264 Abs. 1 AktG [für die KGaA i.V.m. § 278 Abs. 3 AktG]⁹³⁰)

⁹²⁶ Siehe bereits Dritter Teil IV. 1., S. 117 ff.

⁹²⁷ Vgl. Hüffer, Anh § 262 Rdnr. 6; derselbe in: MüKo AktG, Anh § 262 Rdnr. 6.

⁹²⁸ Vgl. Erster Teil I. 2. a., S. 13 f.

⁹²⁹ Hüffer in: MüKo AktG, § 264 Rdnr. 84.

⁹³⁰ Vgl. für die eG Fandrich in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, § 101 Rdnr. 1.

gesellschaftsrechtlichen Liquidationsregelungen unterliegen⁹³¹. Zwar muss ein gesellschaftsrechtliches Abwicklungsverfahren in diesen Fällen erst gar nicht aufgenommen werden, soweit kein weiterer Abwicklungsbedarf vorliegt⁹³², dennoch besteht die Möglichkeit, dass die bis zur Lösungsreife abgewickelte Gesellschaft durch ihre Liquidatoren im Geschäftsverkehr tätig wird und Verträge abschließt⁹³³. Dass die so vorgenommenen Geschäfte keinen Bezug zum Abwicklungszweck haben können, hindert deren Wirksamkeit grundsätzlich nicht, soweit nicht der Vertragspartner von der fehlenden Liquidationszugehörigkeit Kenntnis hat oder haben müsste⁹³⁴. Bis zur Löschung der Gesellschaft könnte sich daher genau diejenige Gefahr verwirklichen, die § 394 FamFG verhindern möchte, nämlich dass Rechtsbeziehungen mit einer vermögenslosen Gesellschaft eingegangen werden und dadurch Schäden entstehen⁹³⁵. Da eine frühzeitige Löschung gerade in solchen Fällen zum Schutz des Rechtsverkehrs geboten ist, in denen neben vorliegender Vermögenslosigkeit bereits ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft durchgeführt wurde⁹³⁶, ist es fraglich, ob eine im Rahmen des Insolvenzverfahrens vollständig abgewickelte juristische Person nach Beendigung des Verfahrens tatsächlich – wie die späte Benachrichtigung des Registergerichts annehmen lässt – bis zu ihrer Löschung unter Leitung der Liquidatoren fortbestehen soll.

Die Problematik könnte entschärft werden, indem man den Insolvenzverwalter als berechtigt oder sogar verpflichtet ansieht, das Registergericht auf die Vermögenslosigkeit und das Fehlen sonstigen Abwicklungsbedarfs nach Durchführung des Insolvenzverfahrens hinzuweisen⁹³⁷. Da die Durchführung des Insolvenzverfahrens im Sinn des § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG lediglich die Schluss- oder Masseverteilung voraussetzt, womit üblicherweise auch die Vermögenslosigkeit der Gesellschaft eingetreten ist, könnte auf diese Weise der Zeitraum zwischen Verfahrensaufhebung oder -einstellung und Registerlöschung zumindest kurz gehalten werden. Dagegen spricht nicht, dass der Insolvenzverwalter nicht zum Antrag der Löschung des Insolvenzschuldners befugt ist⁹³⁸. Nach der Durchführung eines Insolvenzverfahrens erfolgt die Register-

⁹³¹ *Hirte*, ZInsO 2000, 127 (133); *Hüffer* in: MüKo InsO, § 264 Rdnr. 84; *K. Schmidt*, KTS 1988, 1 (7).

⁹³² Vgl. *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Kap. 1 Rdnr. 62; *Hirte*, ZInsO 2000, 127 (133); *derselbe* in: Uhlenbruck, § 11 Rdnr. 149; siehe außerdem bereits oben, Dritter Teil IV. 1., S. 117 ff.

⁹³³ Vgl. auch *K. Schmidt*, KTS 1988, 1 (7).

⁹³⁴ Erster Teil III. 1. b., S. 35 ff.

⁹³⁵ *BayObLG* NJW-RR 1999, 1054; *Hüffer*, Anh. § 262 Rdnr. 1; vgl. auch bereits zu § 2 LösChG die Amtlichen Erläuterungen zum LösChGgesetz, Reichsanzeiger 1934, Nr. 243, abgedruckt in: *Crisolli/Groschuff/Kaemmel*, S. 141 (142); *BayObLG* NJW-RR 1995, 612 (613); *Müther*, Rpfleger 1999, 10 (11); *K. Schmidt*, GmbHR 1994, 829 (830); *Vallender*, NZG 1998, 249 (250).

⁹³⁶ Vgl. *Bork*, JZ 1991, 841 (845).

⁹³⁷ Vgl. *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Kap. 1 Rdnr. 62; *Hirte* in: Uhlenbruck, § 11 Rdnr. 149; *derselbe*, ZInsO 2000, 127 (133); *Noack*, GesR, Rdnr. 413.

⁹³⁸ *BayObLG* MDR 1979, 674 (675); *Schmahl* in: MüKo InsO, § 31 Rdnr. 43.

löschung nach § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG von Amts wegen, so dass ein Antrag generell nicht erforderlich ist⁹³⁹. Auch bei der Übermittlung des Aufhebungs- oder Einstellungsbeschlusses durch das Registergericht nach §§ 200 Abs. 2 Satz 2, 215 Abs. 1 Satz 3, 31 InsO handelt es sich um eine bloße Mitteilung der Verfahrensaufhebung oder -einstellung und nicht um einen Löschantrag. Teilt der Insolvenzverwalter dem Registergericht den Abschluss der Abwicklung mit, muss dies als Anregung verstanden werden, die das Registergericht allerdings aufgrund der amtswegigen Ermittlungspflicht nach § 26 FamFG dazu veranlassen sollte, eine Bestätigung beim Insolvenzgericht einzuholen⁹⁴⁰. Bestätigt das Insolvenzgericht die Durchführung des Insolvenzverfahrens, kann das Registergericht bereits nach § 394 Abs. 2 FamFG den gesetzlichen Vertretern die Absicht der Löschung bekannt geben und diesen eine angemessene Widerspruchsfrist setzen, so dass der Zeitraum, in dem die vollständig abgewickelte Gesellschaft nach Beendigung des Insolvenzverfahrens den gesellschaftsrechtlichen Liquidationsregelungen und damit der Leitung der Liquidatoren unterliegt, minimiert werden kann. Eine entsprechende Mitteilung – der wie gesehen keine Hindernisse entgegenstehen – ist dem Insolvenzverwalter daher zumindest zu empfehlen⁹⁴¹.

Fraglich ist allerdings, ob darüber hinaus eine Mitteilungspflicht des Insolvenzverwalters angenommen werden kann. Aus dem Gesetz ergibt sich eine solche Pflicht – wie von *K. Schmidt* bereits unter Geltung der Konkursordnung kritisiert wurde⁹⁴² – nicht ausdrücklich⁹⁴³. Dennoch könnte eine solche Pflicht aus dem allgemeinen Pflichtenprogramm des Insolvenzverwalters hergeleitet werden⁹⁴⁴. Ein auf Liquidation gerichtetes Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften bezweckt neben der Gläubigerbefriedigung auch die vollständige Abwicklung der Insolvenzschuldnerin. Adressat dieser Vollabwicklungspflicht ist in erster Linie der Insolvenzverwalter, dessen Aufgabe der Masseverwertung und -verteilung im Insolvenzverfahren durch den Abwicklungszweck um die vollständige Abwicklung insolventer Handelsgesellschaften erweitert ist, soweit der Gläubigerbefriedigungszweck hierdurch nicht beeinträchtigt wird. Sollte – wie vorliegend geprüft wird – eine vollständige Abwicklung auch eine Vollbeendigung der Schuldnergesellschaft umfassen, hätte

⁹³⁹ Dass dem Insolvenzverwalter kein Antragsrecht zusteht, hat allerdings zur Folge, dass diesem die Beschwerdebefugnis fehlt, vgl. *BayObLG* Rpfleger 1979, 212; *Steder* in: Jansen, § 141a Rdnr. 31.

⁹⁴⁰ Vgl. *Schmahl* in: MüKo InsO, § 31 Rdnr. 32.

⁹⁴¹ Vgl. für die Schlussverteilung *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Kap. 1 Rdnr. 62; *Hirte* in: Uhlenbruck, § 11 Rdnr. 149.

⁹⁴² *K. Schmidt*, GmbHR 1994, 829 (831); ebenso *Haas* in: Baumbach/Hueck, Anh. § 77 Rdnr. 12; *Nerlich* in: Michalski, § 60 Rdnr. 281.

⁹⁴³ *Steder* in: Jansen, § 141a Rdnr. 25.

⁹⁴⁴ Vgl. zum an den Zwecken des Insolvenzverfahrens orientierten Pflichtenprogramm des Insolvenzverwalters auch *K. Schmidt*, AG 2006, 597 (601).

der Insolvenzverwalter bei juristischen Personen daher die Löschung der Gesellschaft herbeizuführen. Zwar ist selbstverständlich nur das Registergericht und nicht auch der Insolvenzverwalter zur Löschung in der Lage, allerdings könnte der Insolvenzverwalter mit einer Mitteilung über die Durchführung der Schluss- oder Masseverteilung das Registergericht zur Löschung veranlassen und damit seiner unter Umständen bestehenden Pflicht, die Vollbeendigung herbeizuführen, nachkommen. Ob eine Mitteilungspflicht des Insolvenzverwalters besteht, hängt folglich davon ab, ob der Vollabwicklungszweck eine verfahrensimmanente Vollbeendigung erfordert.

Diejenigen Stimmen im Schrifttum, die von einer verfahrensimmanenten Vollabwicklungspflicht ausgehen, verlangen überwiegend über die bloße Abwicklung hinaus die Herbeiführung der Vollbeendigung im Rahmen eines auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahrens⁹⁴⁵. Das Amt des Insolvenzverwalters ende daher erst, wenn „die leere Hülle der insolventen Gesellschaft aus der Welt geschafft“⁹⁴⁶, die Gesellschaft also vollbeendet sei⁹⁴⁷. Dementsprechend sei Aufgabe des Insolvenzverwalters nicht nur die vollständige Abwicklung des Gesellschaftsvermögens bis zur Lösungsreife der Gesellschaft, sondern zudem die Herbeiführung der Registerlöschung⁹⁴⁸. Tatsächlich kann auf diese Weise eine Gefährdung potenzieller Gläubiger verhindert werden, da mit der Registerlöschung die Vertretungsbefugnis der Liquidatoren endet (vgl. §§ 66 Abs. 5 Satz 2 GmbHG, 264 Abs. 2 Satz 2 AktG, 83 Abs. 5 Satz 2 GenG)⁹⁴⁹. Selbst wenn im Einzelfall nach der Löschung weitere Vermögenswerte aufgedeckt werden, so dass eine Vermögenslosigkeit zum Zeitpunkt der Löschung in Wahrheit nicht vorgelegen hat, lebt die Vertretungsbefugnis der Liquidatoren juristischer Personen nicht wieder auf⁹⁵⁰. Vielmehr ist gemäß §§ 66 Abs. 5 Satz 2 GmbHG, 264 Abs. 2 Satz 2 AktG, 83 Abs. 5 Satz 2 GenG auf Antrag ein neuer Beststellungsakt durch das Registergericht erforderlich. Zwar können dabei auch der oder die vor der Löschung bestellten Liquidatoren ernannt werden, zum einen wird allerdings die Bestellung eines neutralen Liquidators den Interessen der Gläubiger sowie öffentlichen Interessen häufig eher dienlich sein⁹⁵¹, zum anderen geht einer unter Umständen erfolgenden

⁹⁴⁵ *Bork*, Rdnr. 133; *Gutsche*, Rdnr. 140; *K. Schmidt*, Wege, S. 161, 171 f.; *derselbe*, KTS 1988, 1 (7); *derselbe*, GmbHR 1994, 829 (831); *derselbe*, KTS 1994, 309 (310); *Westphal* in: Nerlich/Römermann, § 199 Rdnr. 7, 9; a.A. *Holzer* in: Kübler/Prütting, § 199 Rdnr. 4.

⁹⁴⁶ *K. Schmidt*, Wege, S. 161.

⁹⁴⁷ *Gutsche*, Rdnr. 140; *K. Schmidt*, Wege, S. 171 f.; *derselbe*, KTS 1988, 1 (7); *derselbe*, GmbHR 1994, 829 (831); *derselbe*, KTS 1994, 309 (310).

⁹⁴⁸ *Bork*, Rdnr. 133.

⁹⁴⁹ *BGH* NJW 1985, 2479; *BGH* NJW-RR 1994, 542; *BayOBLG* NJW 1994, 594 (596); *Schmahl* in: MüKo InsO, § 31 Rdnr. 46.

⁹⁵⁰ *Hüffer* in: MüKo AktG, § 264 Rdnr. 13.

⁹⁵¹ Vgl. *BayOBLG* NJW 1994, 594 (596).

Bestellung der bisherigen Liquidatoren jedenfalls eine gerichtliche Eignungsprüfung voraus.

Eine über die bloße Abwicklung bis zur Lösungsreife hinausgehende Herbeiführung der Vollbeendigung insolventer Handelsgesellschaften würde also dem Schutz des Rechtsverkehrs in besonderem Maße dienen, da die Gefahr der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen zur vollständig abgewickelten und vermögenslosen Gesellschaft ausgeschlossen würde. Da die Integration der Vollabwicklung in das Insolvenzverfahren nicht lediglich verfahrensökonomische Ziele durch die Vermeidung zweier paralleler oder aufeinanderfolgender Abwicklungsverfahren verfolgt, sondern zudem auf den Schutz des Rechtsverkehrs gerichtet ist⁹⁵², sollte das Insolvenzverfahren daher nicht bei der Abwicklung bis zur Herbeiführung der Lösungsreife halt machen, sondern durch eine Registerlöschung innerhalb des Insolvenzverfahrens für eine verfahrensimmanente Vollbeendigung sorgen. Die Gesetzesmaterialien bestätigen dieses Ergebnis. War in der Allgemeinen Begründung des Diskussionsentwurfs 1988 noch davon die Rede, dass das Verfahren bei Gesellschaften zugleich die Aufgabe der gesellschaftsrechtlichen Abwicklung bis hin zur Herbeiführung der Lösungsreife übernehme⁹⁵³, heißt es bereits im Referentenentwurf 1989, dass das Verfahren regelmäßig die gesellschaftsrechtliche Abwicklung bis hin zur Herbeiführung der Lösungsreife und der anschließenden Löschung übernehme⁹⁵⁴. Die Begründung des Regierungsentwurfs entspricht der Begründung des Referentenentwurfs sodann wortgleich⁹⁵⁵. Dass das Insolvenzverfahren nach der gesetzgeberischen Intention die Abwicklung bis hin zur Löschung insolventer Gesellschaften übernehmen soll, kann auch nicht dadurch widerlegt werden, dass es in allen genannten Begründungen heißt, das Interesse des Rechtsverkehrs werde durch die regelmäßige Löschung der insolventen Gesellschaft nach Durchführung des Verfahrens sichergestellt⁹⁵⁶. Ebenso wie im Rahmen des § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG ist die Durchführung des Insolvenzverfahrens nämlich nicht mit dessen Aufhebung oder Einstellung gleichzusetzen, sondern liegt bereits dann vor, wenn die Schluss- oder Masseverteilung erfolgt ist. Auch die Gesetzesmaterialien deuten folglich auf eine Löschung insolventer Handelsgesellschaften innerhalb des Verfahrens nach erfolgter Schluss- oder Masseverteilung hin.

Ist der Abwicklungszweck des Insolvenzverfahrens also nicht lediglich auf die Herbeiführung der Lösungsreife, sondern vielmehr auf die darüber hinausgehende Regis-

⁹⁵² BT-Drs. 12/2443, S. 84.

⁹⁵³ DiskE InsO 1988, S. A34 f.; vgl. die Auszüge unter Dritter Teil II. 1., S. 99 ff.

⁹⁵⁴ RefE InsO 1989, S. A40.

⁹⁵⁵ BT-Drs. 12/2443, S. 83 f.

⁹⁵⁶ Vgl. DiskE InsO 1988, S. A34 f.; RefE InsO 1989, S. A40; BT-Drs. 12/2443, S. 83 f.

terlöschung mit dem Ziel der Vollbeendigung gerichtet, kann – soweit die Vollabwicklung nicht wegen Beeinträchtigung der Gläubigerbefriedigung unterbleiben muss – eine Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens nicht vor der Löschung der insolventen Gesellschaft im Register erfolgen. Aus diesem Grund ist eine frühzeitige Benachrichtigung des Registergerichts über die Durchführung des Insolvenzverfahrens notwendig. Es ist daher eine Pflicht des Insolvenzverwalters als Hauptadressaten des Vollabwicklungszwecks anzunehmen, dem Registergericht die erfolgte Schluss- oder Masseverteilung mitzuteilen. Eine andere Beurteilung ist auch nicht aufgrund der §§ 215 Abs. 2 Satz 2, 200 Abs. 2 Satz 2, 31 InsO angezeigt. Zwar ist eine Übermittlung des Aufhebungsbeschlusses an das Registergericht durch das Insolvenzgericht nach diesen Vorschriften erst nach Aufhebung bzw. Einstellung des Verfahrens vorgesehen, dadurch wird jedoch keine frühere Übermittlung der Durchführung des Insolvenzverfahrens durch den Insolvenzverwalter ausgeschlossen. Die Übermittlung des Aufhebungs- oder Einstellungsbeschlusses besagt nichts über eine Mitteilung der Durchführung des Insolvenzverfahrens im Sinn des § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG und den daran anknüpfenden Zeitpunkt der Registerlöschung sowie der Vollbeendigung insolventer juristischer Personen. Es geht vielmehr darum, diejenigen amtlichen Stellen, denen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mitgeteilt wurde, auch förmlich über die Verfahrensbeendigung in Kenntnis zu setzen⁹⁵⁷. Auch die Subsidiarität des Registerverfahrens gegenüber dem Insolvenzverfahren⁹⁵⁸, wonach das Registergericht das Lösungsverfahren ruhen lassen muss, soweit es während des Verfahrens von einem anhängigen Insolvenzverfahren erfährt, spricht nicht gegen die hier vorgeschlagene Lösung. Selbst wenn das Registerverfahren zu ruhen hat bis ein Insolvenzverfahren abgeschlossen ist⁹⁵⁹, wird dadurch keine Registerlöschung nach einer durch Schluss- oder Masseverteilung eingetretenen Vermögenslosigkeit ausgeschlossen. Nach Schluss- oder Masseverteilung sind regelmäßig, das heißt, soweit dadurch keine Beeinträchtigung des Verfahrenshauptzwecks eintritt oder unerkannter Abwicklungsbedarf besteht, alle der Gläubigerbefriedigung und Abwicklung dienenden Maßnahmen innerhalb des Insolvenzverfahrens bereits abgeschlossen, was dem Registergericht durch eine Übermittlung des Insolvenzverwalters mitgeteilt und vom Insolvenzgericht auf Nachfrage bestätigt wird. Es fehlt daher nicht nur an der Erforderlichkeit eines weiteren Aufschubs der Löschung, zudem würde durch ein Abwarten bis zur förmlichen Beendigung des Verfahrens der bereits dargestellte problematische Zustand eintreten, dass potenzielle Gläubiger Schäden durch aufgenommene Geschäftsbeziehungen mit der vollständig abgewickelten Gesellschaft erleiden könnten. Ebenso wie bei

⁹⁵⁷ Vgl. *Hintzen* in: MüKo InsO, § 200 Rdnr. 18.

⁹⁵⁸ Vgl. dazu *Schmahl* in: MüKo InsO, § 31 Rdnr. 46.

⁹⁵⁹ *Schmahl* in: MüKo InsO, § 31 Rdnr. 46.

der Durchführung des Insolvenzverfahrens nach § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG ist der für das Ende der Subsidiarität des Registerverfahrens gegenüber dem Insolvenzverfahren anzusetzende Zeitpunkt daher bereits bei Vorliegen der Vermögenslosigkeit mit dem Abschluss der Schlussverteilung oder der Herausgabe eines Verteilungsüberschusses bzw. der Masseverteilung bei Masseunzulänglichkeit eingetreten.

Dem Abwicklungszweck des Insolvenzverfahrens ist bei juristischen Personen folglich erst Genüge getan, wenn die Gesellschaft nicht nur bis zur Lösungsreife abgewickelt wurde, sondern zudem bereits innerhalb des Verfahrens die Vollbeendigung der Gesellschaft eingetreten ist. Für den Ablauf eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer juristischen Person bedeutet das, dass bei Eintritt der Vermögenslosigkeit nach Durchführung der Schlussverteilung oder der Herausgabe eines Verteilungsüberschusses nach § 199 Satz 2 InsO bzw. für den Fall der Masseunzulänglichkeit nach Durchführung der Verteilung nach Maßgabe des § 209 InsO die Durchführung des Insolvenzverfahrens mit der Folge der Vermögenslosigkeit des Schuldners vom Insolvenzverwalter an das Registergericht mitzuteilen ist. Sollte im Einzelfall zu diesem Zeitpunkt keine vollständige Abwicklung des Insolvenzschuldners erfolgt sein, sei es, weil eine vollständige Abwicklung nur zu Lasten der Gläubiger möglich gewesen wäre, sei es, weil zurückbehaltene Beträge im Sinn des § 198 InsO bestehen, ausgezahlte Beträge zurückgefließen sind oder – im Fall der Zulässigkeit⁹⁶⁰ – Vermögensgegenstände freigegeben wurden, ist dem Insolvenzverwalter ebenfalls ein klarstellender Hinweis gegenüber dem Registergericht zu empfehlen, auch wenn diesbezüglich keine Verpflichtung aus dem Vollabwicklungszweck hergeleitet werden kann. Bestätigt das Insolvenzgericht auf Erkundigung des Registergerichts die Mitteilung des Insolvenzverwalters, kann das Registergericht die Lösungsabsicht den gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft nach § 394 Abs. 2 FamFG bekannt geben und nach Ablauf einer angemessenen Widerspruchsfrist⁹⁶¹ und einer notwendigen Anhörung der in § 380 FamFG bezeichneten Organe oder des Prüfungsverbandes bei Genossenschaften (vgl. § 394 Abs. 2 Satz 3 FamFG) die Löschung vornehmen. Ist der gesamte vermögens- und nichtvermögensrechtliche Abwicklungsbedarf der insolventen juristischen Person – wie regelmäßig – gedeckt, wird diese mit der Löschung vollbeendet. Bezüglich der Unschädlichkeit des mit der Vollbeendigung verbundenen Wegfalls der Insolvenzfähigkeit kann auf die Ausführungen zur verfahrensimmanenten Vollbeendigung von

⁹⁶⁰ Vgl. dazu Vierter Teil II. 2., S. 233 ff.

⁹⁶¹ Dies gilt nur, soweit kein Widerspruch erhoben oder der den Widerspruch zurückweisende Beschluss rechtskräftig wurde, vgl. §§ 394 Abs. 3, 393 Abs. 5 FamFG. Wird die Gesellschaft gelöscht, ohne dass ein erhobener Widerspruch rechtskräftig zurückgewiesen wurde, stellt dies eine die Amtslösung nach § 395 FamFG rechtfertigende Verletzung einer wesentlichen Verfahrensvorschrift dar, vgl. zur entsprechenden Möglichkeit unter Geltung des § 142 FGG a.F.: *Steder* in: Jansen, § 141a Rdnr. 61.

Personenhandelsgesellschaften verwiesen werden⁹⁶². Nach der Löschung kann das Insolvenzgericht sodann die Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens beschließen und diesen förmlichen Beschluss an das Registergericht nach Maßgabe der §§ 215 Abs. 2 Satz 2, 200 Abs. 2 Satz 2, 31 InsO übermitteln.

3. Zusammenfassung

Sowohl juristische Personen als auch Personenhandelsgesellschaften sind aufgrund des Verfahrenszwecks der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften innerhalb eines auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahrens vorbehaltlich einer Beeinträchtigung des Verfahrenshauptzwecks der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung nicht nur bis zur Lösungsreife abzuwickeln, sondern zudem zum Schutz des Rechtsverkehrs vollzubeendigen. Während die Vollbeendigung von Personenhandelsgesellschaften bereits mit der Deckung des gesamten vermögens- und nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarfs im Insolvenzverfahren eintritt, ist bei juristischen Personen darüber hinaus eine Löschung im Handels- oder Genossenschaftsregister erforderlich, weshalb der Insolvenzverwalter die vollständige Durchführung der Abwicklung nach erfolgter Schlussverteilung gemäß § 196 InsO, Herausgabe eines Verteilungsüberschusses nach § 199 Satz 2 InsO oder Masseverteilung im Sinn des § 209 InsO dem Registergericht mitzuteilen hat und erst im Anschluss an die Löschung eine Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens durch das Insolvenzgericht erfolgen darf.

II. REALISIERBARKEIT DER VOLLABWICKLUNG

Der Vollabwicklungszweck setzt also eine Deckung des gesamten vermögens- und nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarfs insolventer Handelsgesellschaften, bei juristischen Personen bis hin zur Herbeiführung der Registerlöschung und der damit verbundenen Vollbeendigung voraus. Inwieweit diese Anforderungen im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften realisierbar sind, soll im Folgenden untersucht werden.

Eine zentrale Rolle spielt hierbei die Reichweite des Insolvenzbeschlags. Die Abwicklung einer insolventen Handelsgesellschaft ist dem Insolvenzverwalter nur insoweit möglich, als seine durch den Insolvenzbeschluss gemäß § 80 Abs. 1 InsO vermittelten Befugnisse reichen. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Verwalters

⁹⁶² Vgl. hierzu die Ausführungen zu Personenhandelsgesellschaften, Vierter Teil I. 1., S. 181 f.

und damit seine Abwicklungsbefugnis beschränkt sich daher auf das massezugehörige Vermögen. Eine Erweiterung der Verwalterbefugnisse auf den verfahrensfreien Bereich scheidet hingegen, wie bereits erörtert⁹⁶³, mangels gesetzlicher Grundlage aus. Fraglich ist daher, inwieweit anfänglich massefreies Vermögen (1.) oder durch Freigabe nachträglich massefrei gewordenes Vermögen (2.) bestehen kann und damit die Abwicklung durch den Insolvenzverwalter hindert. Darüber hinaus ist zu klären, inwieweit im Rahmen der Durchführung des Insolvenzverfahrens unerkannt gebliebener Abwicklungsbedarf eine Vollabwicklung hindert (3.). Schließlich ist im Hinblick auf die Nachrangigkeit der Vollabwicklung gegenüber dem Verfahrenshauptzweck der gemeinschaftlichen und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung zu untersuchen, ob die Vollabwicklung zu einer Steigerung der Verfahrensdauer und -kosten führt, die mit dem Verfahrenshauptzweck unvereinbar ist (4.).

1. Originär verfahrensfreies Vermögen

Zunächst soll geprüft werden, ob bei Handelsgesellschaften unter Berücksichtigung des Vollabwicklungszwecks anfänglich verfahrensfreie Vermögenswerte existieren, die einer verfahrensimmanenten Vollbeendigung aufgrund der diesbezüglich fehlenden Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters entgegenstehen. Eine Untersuchung der Befugnis des Insolvenzverwalters zur Vornahme nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsmaßnahmen kann hingegen unterbleiben, da die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis den Insolvenzverwalter zu sämtlichen den Insolvenzzwecken zugute kommenden und die Masseverwaltung betreffenden Maßnahmen berechtigt⁹⁶⁴, so dass die Bestimmung der Masse einerseits sowie der Vollabwicklungszweck andererseits auch die Reichweite der Befugnis zur Vornahme nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsmaßnahmen vorgeben.

a. Begriff der Insolvenzmasse

Nach der Legaldefinition in § 35 Abs. 1 InsO umfasst die Insolvenzmasse das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt. Würde diese Definition in ihrer Allgemeinheit zutreffen, wäre das gesamte Gesellschaftsvermögen insolventer Handelsgesellschaften – wie von den Anhängern einer verfahrensimmanenten Vollabwicklung

⁹⁶³ Dritter Teil IV. 3. b. bb. aaa., S. 139 ff.

⁹⁶⁴ Vgl. Kroth in: Braun, § 80 Rdnr. 25.

vertreten⁹⁶⁵ – Bestandteil der Insolvenzmasse, so dass eine vollständige Abwicklung der Gesellschaft durch den Insolvenzverwalter erfolgen könnte. § 36 Abs. 1 InsO nimmt allerdings das nicht der Zwangsvollstreckung unterliegende Schuldnervermögen von der Masse aus, wobei nach § 36 Abs. 2 InsO entgegen den Regelungen über unpfändbare Gegenstände in der Einzelzwangsvollstreckung die Geschäftsbücher des Schuldners (vgl. § 811 Abs. 1 Nr. 11 ZPO) sowie die Gegenstände nach § 811 Abs. 1 Nr. 4 und 9 ZPO dennoch zur Insolvenzmasse gehören⁹⁶⁶. Die Insolvenzmasse lässt sich also im Wesentlichen als das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Schuldners definieren, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört oder von ihm während des Verfahrens erworben wird⁹⁶⁷. Diese Definition der Insolvenzmasse setzt sich aus vier Komponenten zusammen: einer vermögensrechtlichen (das gesamte Vermögen), einer persönlichen (des Schuldners), einer vollstreckungsrechtlichen (welches der Zwangsvollstreckung unterliegt) sowie einer zeitlichen Komponente (und welches dem Schuldner im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung gehört oder während des Verfahrens erworben wird)⁹⁶⁸.

b. Untersuchung der Masse insolventer Handelsgesellschaften

Auf Grundlage der genannten Massedefinition soll im Folgenden untersucht werden, ob das gesamte Vermögen einer Handelsgesellschaft Bestandteil der Insolvenzmasse ist oder jedenfalls im Wege einer am Abwicklungszweck orientierten Auslegung der gesetzlichen Regelungen als massezugehörig angesehen werden muss. Eine umfassende Untersuchung der Massezugehörigkeit sämtlicher Vermögensgegenstände kann allerdings im Rahmen dieser Arbeit nicht erfolgen und muss der Kommentarliteratur vorbehalten bleiben, so dass die Existenz massefreien Vermögens lediglich an Gegenständen, deren Massezugehörigkeit besonders fraglich ist oder die im Insolvenzver-

⁹⁶⁵ Vgl. zur Rechtslage unter Geltung der InsO vgl. *OLG Karlsruhe* DZWIR 2004, 123 (124) = Rpfleger 2003, 614; *Adolphsen*, KTS 2005, 53 (62); *Bork*, Rdnr. 135; *Gutsche*, Rdnr. 145; *Holzer* in: Kübler/Prütting, § 35 Rdnr. 32; *Klopp/Kluth* in: Gottwald, § 25 Rdnr. 39; *H.-F. Müller*, S. 27 ff.; *derselbe* in: Jaeger, § 35 Rdnr. 145; *Pech*, S. 67; *Rödder*, S. 22; *Pieper*, S. 139; *K. Schmidt*, ZIP 2000, 1913 (1917); *Schulze-Osterloh* in: Baumbach/Hueck, § 64 Rdnr. 62; *Westpfahl*, Rdnr. 319 f.; zur Rechtslage unter Geltung der KO bereits *OVG Greifswald* NJW 1998, 175 (178); *Kilger/K. Schmidt*, InsG, § 1 KO Anm. 1)A.c); *Pluta*, EWiR 1996, 265 (266); *Purps/Schumann*, VIZ 1999, 385 (387); *K. Schmidt/Schulz*, ZIP 1982, 1015 (1016 ff.); *K. Schmidt*, KTS 1984, 345 (364); *derselbe*, ZIP 1984, 713 (722); *derselbe*, ZIP 1985, 713 (722); *derselbe*, ZGR 1986, 179 (187); *derselbe*, GS Martens, 699 (716); *derselbe*, KTS 1988, 1 (12); *derselbe*, Wege, S. 70; *derselbe*, NJW 1993, 2833 (2836); *derselbe*, GmbHR 1994, 829 (831); *derselbe*, KTS 1994, 309 (310); *derselbe*, ZGR 1998, 633 (637 f.); *Schulz*, S. 45 f.; *derselbe*, NJW 1984, 2428; *derselbe*, KTS 1986, 389 (400 f.).

⁹⁶⁶ Die Ausnahme für Haushaltsgegenstände und Hausrat nach § 36 Abs. 3 InsO spielt bei Handelsgesellschaften keine Rolle.

⁹⁶⁷ Vgl. nur *Häsemeyer*, Rdnr. 9.06.

⁹⁶⁸ Ähnlich auch die Untergliederung nach den Voraussetzungen der Massezugehörigkeit bei *Häsemeyer*, Rdnr. 9.06 ff.

fahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften von besonderer Relevanz sind, untersucht werden soll. Zwar wird sich die Untersuchung an den Komponenten der Massedefinition orientieren, eine strenge Zuweisung einzelner Vermögensgegenstände zu den jeweiligen Komponenten soll und kann aber nicht erfolgen, da eine trennscharfe Abgrenzung in weiten Bereichen nicht möglich ist. Gerade diejenigen Rechte, die aufgrund ihres personenrechtlichen Einschlags nicht zum „Vermögen“ im Sinne des § 35 Abs. 1 InsO zu zählen sind, werden häufig aus dem gleichen Grund unübertragbar sein und daher nach §§ 857 Abs. 1, 851 Abs. 1 ZPO nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen⁹⁶⁹. Es bietet sich deshalb an, die einzelnen Rechte in Gruppen zusammenzufassen und anhand dieser den Umfang der Insolvenzmasse insolventer Handelsgesellschaften zu bestimmen.

aa. Rechte mit personenrechtlichem Einschlag

Nach § 35 Abs. 1 InsO erfasst das Insolvenzverfahren das gesamte Vermögen des Schuldners. Personenrechte zählen hingegen nicht zur Masse⁹⁷⁰. Auch Gesellschaften können Träger von Personenrechten sein, soweit die jeweiligen Rechte unter Berücksichtigung des Wesens und der Funktion der Gesellschaft auf diese anwendbar sind (vgl. Art. 19 Abs. 3 GG)⁹⁷¹. Beständen bei Gesellschaften massefreie Rechte mit personenrechtlichem Einschlag, könnten diese auch während des Insolvenzverfahrens allein von den Gesellschaftsorganen, nicht aber vom Insolvenzverwalter ausgeübt werden⁹⁷². Inwiefern solche Rechte bestehen und die verfahrensimmanente Vollabwicklung insolventer Handelsgesellschaften durch den Insolvenzverwalter hindern, soll deshalb im Folgenden anhand der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft sowie dem Rückforderungsanspruch und dem Widerrufsrecht des Schenkers untersucht werden.

aaa. Recht zur Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft

Nach § 83 Abs. 1 Satz 1 InsO steht die Annahme oder Ausschlagung einer während des Insolvenzverfahrens oder vor dessen Eröffnung angefallenen Erbschaft aus-

⁹⁶⁹ Vgl. Häsemeyer, Rdnr. 9.11; Pieper, S. 106.

⁹⁷⁰ Häsemeyer, Rdnr. 9.06; H.-F. Müller, S. 32; Pech, S. 23.

⁹⁷¹ Vgl. BGHZ 98, 94 (97) = NJW 1986, 2951; Damm/Rehbock, Rdnr. 393; Hubmann, S. 333 ff.; Reuter in: MüKo BGB, vor § 21 Rdnr. 17; Rixecker in: MüKo BGB, Anh § 12 Rdnr. 21.

⁹⁷² H.-F. Müller, S. 32; a.A. K. Schmidt/Schulz, ZIP 1982, 1015 (1018 FN 50), die die Ausübung höchstpersönlicher Rechte dem Insolvenzverwalter übertragen wollen; vgl. bereits zur Frage der Erstreckung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den insolvenzfreien Bereich Dritter Teil IV. 3. b. bb. aaa., S. 139 ff.

schließlich dem Schuldner zu. Grund hierfür ist der besondere persönliche Charakter dieser Entscheidung⁹⁷³. Auch Gesellschaften ist unter Berücksichtigung ihres Wesens das Recht zuzubilligen, über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft selbst zu entscheiden⁹⁷⁴. Vom Insolvenzbeschluss ausgenommen ist allerdings lediglich die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft selbst, sobald die Erbschaft vom Insolvenzschuldner angenommen oder nicht innerhalb der Ausschlagungsfrist ausgeschlagen wird (vgl. § 1943 BGB), bleibt sie endgültig Bestandteil der Masse⁹⁷⁵. Fällt einer Handelsgesellschaft eine Erbschaft an, ist deren Verwertung durch den Insolvenzverwalter erst zulässig, wenn eine Annahme erfolgt oder die Ausschlagungsfrist nach § 1944 BGB abgelaufen ist und daher die Erbschaft gemäß § 1943 BGB als angenommen gilt. Erst zu diesem Zeitpunkt steht der Nachlass den Gläubigern des Erben als Haftungsmasse zur Verfügung⁹⁷⁶. Bis zum Zeitpunkt einer Annahme oder Ausschlagung bzw. bis zum Ablauf der Ausschlagungsfrist ist dem Verwalter die Verwertung der Erbschaft dagegen verwehrt, so dass eine Vollbeendigung in einem auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Handelsgesellschaft während des Entscheidungszeitraums der Schuldnerin nicht herbeigeführt werden kann. Die Massefreiheit des Rechts zur Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft steht folglich der Vollabwicklung bis zu einer fristgerechten Entscheidung der Schuldnerin oder dem Fristablauf entgegen. Da jedoch die Frist nach § 1944 Abs. 1 BGB regelmäßig nur sechs Wochen umfasst, ist innerhalb des Insolvenzverfahrens eine Entscheidung des Schuldners sowohl im Hinblick auf den Vollabwicklungszweck als auch im Interesse der Insolvenzgläubiger an der Verwertung der Erbschaft abzuwarten. Die Beschlagsfreiheit der Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft steht einer vollständigen Abwicklung insolventer Handelsgesellschaften innerhalb eines auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahrens daher nicht entgegen.

bbb. Rückforderungsanspruch des Schenkers wegen Verarmung

Soweit ein Schenker nach Vollzug der Schenkung außerstande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten oder gegenüber Dritten bestehende Unterhaltspflichten zu erfüllen, kann er nach § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB die Herausgabe des Geschenks for-

⁹⁷³ Vgl. Kroth in: Braun, § 83 Rdnr. 1; Schumann in: MüKo InsO, § 83 Rdnr. 1.

⁹⁷⁴ Vgl. auch H.-F. Müller, S. 32 f., 120.

⁹⁷⁵ In die Masse fällt die Erbschaft bereits mit ihrem Anfall, bis zur Annahme steht sie jedoch den Eigengläubigern des Erben als Haftungsmasse nicht zur Verfügung, vgl. Leipold in: MüKo BGB, § 1942 Rdnr. 14; zustimmend Schumann in: MüKo InsO, § 83 Rdnr. 4; vgl. auch Hirte in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 199.

⁹⁷⁶ Leipold in: MüKo BGB, § 1942 Rdnr. 14; Schumann in: MüKo InsO, § 83 Rdnr. 4.

dern. In der Insolvenz wird dieser Rückforderungsanspruch wegen seiner auf dem besonderen persönlichen Charakter beruhenden Unpfändbarkeit als massefrei angesehen, soweit der Schenker nicht bereits Klage gegen den Beschenkten erhoben oder der Beschenkte den Anspruch vertraglich anerkannt hat (vgl. § 852 Abs. 2 ZPO)⁹⁷⁷. Dagegen gehen *K. Schmidt* und *Schulz* davon aus, dass der Rückforderungsanspruch des Schenkers aufgrund der darin verkörperten Vermögenskomponente in der Insolvenz von Handelsgesellschaften Bestandteil der Masse ist⁹⁷⁸. Dem ist jedoch nicht zu folgen. Bei Handelsgesellschaften stellt sich das Problem der Massezugehörigkeit des Rückforderungsanspruchs des Schenkers vielmehr überhaupt nicht, da die Norm auf Handelsgesellschaften keine Anwendung findet⁹⁷⁹. Zwar treffen die Umschreibungen „Verarmung“ oder „Notbedarf“ auch bei insolventen Handelsgesellschaften zu, allerdings passt die Norm ihrem Wortlaut nach, der die Fähigkeit zur Bestreitung eines angemessenen Unterhalts bzw. zur Erfüllung von Unterhaltsverpflichtungen nennt, lediglich auf natürliche Personen und nicht auf Gesellschaften⁹⁸⁰. Bei Handelsgesellschaften kann folglich kein Rückforderungsanspruch gemäß § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB bestehen, so dass sich die Frage, ob ein solcher Anspruch insolvenzfrei ist und mangels Massezugehörigkeit die Vollabwicklung hindert, nicht stellt.

ccc. Widerrufsrecht des Schenkers

Das Recht des Schenkers zum Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks nach §§ 530 ff. BGB ist aufgrund seines personenrechtlichen Einschlags nur eingeschränkt vererblich (§ 530 Abs. 2 BGB), unpfändbar⁹⁸¹ und nicht Bestandteil der Insolvenzmasse⁹⁸². Ebenso wie der Rückforderungsanspruch nach § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB kann allerdings auch das Widerrufsrecht wegen groben Undanks nur natürlichen Personen zustehen⁹⁸³. Das Widerrufsrecht nach §§ 530 ff. BGB gründet auf der Personewürde des Schenkers, während gegenüber Gesellschaften mangels einer solchen weder Dankbarkeit noch grober Undank gezeigt werden kann⁹⁸⁴. Bei Gesellschaften kann das Widerrufsrecht folglich nicht bestehen, weshalb eine verfahrensimmanente Vollliqui- dation ohne Rücksicht auf die Massezugehörigkeit des Rechts möglich ist.

⁹⁷⁷ Vgl. *Eickmann* in: HK InsO, § 35 Rdnr. 32; *Henckel* in: Jaeger, § 36 Rdnr. 37; a.A. *Weis* in: Hess/Weis/Wienberg, §§ 35, 36 Rdnr. 165.

⁹⁷⁸ *K. Schmidt/Schulz*, ZIP 1982, 1015 (1018 FN 50).

⁹⁷⁹ *RG SeuffA* 85, 233 (237); *Koch* in: MüKo BGB, § 528 Rdnr. 4.

⁹⁸⁰ *RG SeuffA* 85, 233 (237).

⁹⁸¹ Vgl. *Koch* in: MüKo BGB, § 530 Rdnr. 15.

⁹⁸² *Henckel* in: Jaeger, § 36 Rdnr. 38.

⁹⁸³ *RG SeuffA* 85, 233 (237); *BGH* NJW 1962, 955 (956); *OLG Düsseldorf* NJW 1966, 550; *OLG Karlsruhe* DStR 1993, 177; *Wimmer-Leonhardt* in: Staudinger, § 530 Rdnr. 30; a.A. *Koch* in: MüKo BGB, § 530 Rdnr. 14.

⁹⁸⁴ *OLG Karlsruhe* DStR 1993, 177; *Wimmer-Leonhardt* in: Staudinger, § 530 Rdnr. 30.

ddd. Zusammenfassung

Die grundsätzliche Massefreiheit der untersuchten Rechte kollidiert nicht mit dem Vollabwicklungszweck im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften. Während der Rückforderungsanspruch und das Widerrufsrecht des Schenkers Handelsgesellschaften bereits nicht zustehen können, muss die massefreie Entscheidung der Schuldnerin hinsichtlich der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft innerhalb des Verfahrens bereits wegen des Verfahrenshauptzwecks der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung abgewartet werden. Sobald die Annahme oder Ausschlagung erfolgt ist, kann die Abwicklung wegen der Massezugehörigkeit der Erbschaft im Fall der Annahme sodann ohne Besonderheiten fortgesetzt werden. Einer Einbeziehung dieses Rechts in die Insolvenzmasse bedarf es daher trotz des Vollabwicklungszwecks nicht.

bb. Namensrechte

Neben den bereits angesprochenen Rechten handelt es sich auch bei Namensrechten um Rechte mit personenrechtlichem Charakter, deren Massezugehörigkeit allerdings aufgrund der herausragenden Bedeutung der Verwertbarkeit der Firma im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften gesondert untersucht werden soll. Neben der Firma spielt der Namensschutz bei den ebenfalls an dieser Stelle zu betrachtenden Markenrechten eine Rolle.

aaa. Firma

Bei der Firma handelt es sich gemäß § 17 Abs. 1 HGB um den Namen eines Kaufmanns – und damit nach § 6 Abs. 1 HGB ebenso um den Namen von Handelsgesellschaften – unter dem das Geschäft betrieben oder die Unterschrift abgegeben wird. Da auf die Firma einer Handelsgesellschaft häufig gewisse Erwartungen des Rechtsverkehrs an Qualität, Service oder Kreditwürdigkeit bezogen sind, ließe eine Veräußerung des Unternehmens im Rahmen des Insolvenzverfahrens ohne gleichzeitige Übertragung der Firma in vielen Fällen einen weit geringeren Erlös für die Befriedigung der Gläubiger erwarten⁹⁸⁵, weshalb aus Gläubigersicht ein großes Interesse an der Massezugehörigkeit der Firma besteht. Andererseits enthält die Firma unter Umständen den bürgerlichen Namen eines oder mehrerer Gesellschafter (sogenannte Personen-

⁹⁸⁵ Vgl. RGZ 158, 226 (230); Steinbeck, NZG 1999, 133.

firma⁹⁸⁶), die einer Übertragung der Firma, also einer Weiterführung der Firma unter fremder Leitung, häufig ablehnend gegenüber stehen werden. Es stellt sich daher die Frage, ob eine solche Personenfirma – Probleme hinsichtlich der Massezugehörigkeit von Sach- oder Phantasiefirmen bestehen nach heute allgemeiner Ansicht nicht⁹⁸⁷ – im Spannungsverhältnis zwischen Befriedigungsinteresse der Gläubiger und Namensrecht des in der Firma Genannten Bestandteil der Insolvenzmasse sein kann. Da § 36 Abs. 1 InsO Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen, von der Insolvenzmasse ausnimmt, scheint auch die Firma mangels Vollstreckungsunterworfenheit⁹⁸⁸ massiefrei zu sein. So entschied bereits das *RG*, dass die Firma, ohne dass es einer Unterscheidung zwischen den einzelnen Firmenarten bedürfe, als Namensrecht im Gegensatz zu den Vermögensrechten nicht Bestandteil der Insolvenzmasse sei und auch nicht ohne Zustimmung der Gesellschafter durch den Insolvenzverwalter verwertet werden dürfe⁹⁸⁹. Dem stellte sich der *BGH* teilweise entgegen. Aus der fehlenden Vollstreckungsunterworfenheit der Firma könne nicht auf eine fehlende Massezugehörigkeit geschlossen werden, da erstere auf der fehlenden Vollstreckungsunterworfenheit des Unternehmens als Ganzes, ohne welches nach § 23 HGB auch die Firma nicht veräußert werden kann, beruhe, während im Konkurs- oder Insolvenzverfahren eine Veräußerung des Unternehmens im Ganzen durchaus vorgesehen ist⁹⁹⁰ (vgl. §§ 157, 158, 160 Abs. 2 Nr. 1, 162 Abs. 1, 163 Abs. 1 InsO). Dennoch sei bei Personenfirma das namensrechtliche Interesse des Namensträgers zu beachten, welches das Interesse der Insolvenzgläubiger an der Verwertbarkeit überwiege, weshalb eine Zustimmung des Namensträgers zur Firmenverwertung notwendig sei und nicht durch eine Zustimmung des Insolvenzverwalters ersetzt werden könne⁹⁹¹.

Ob am Zustimmungsbedürfnis für die Verwertbarkeit massezugehöriger Personenfirma festgehalten werden kann, ist allerdings fraglich. In einer späteren Entscheidung hebt der *BGH* hervor, dass die Verwendung des bürgerlichen Namens in einer Firma vermögensrechtliche Interessen begründet, welche bestehende ideelle Interessen am Namen durchaus überwiegen können⁹⁹². Für die Firma einer GmbH, bei der die Verwendung des bürgerlichen Namens für die Firmenbildung gerade nicht zwingend

⁹⁸⁶ *Heidinger* in: MüKo HGB, § 17 Rdnr. 11.

⁹⁸⁷ Vgl. *Häsemeyer*, Rdnr. 9.08; *Henckel* in: Jaeger, § 35 Rdnr. 21; *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 17 Rdnr. 47.

⁹⁸⁸ *BGHZ* 32, 103 (105) = NJW 1960, 1008 f.; *BGHZ* 85, 221 (222); *Breutigam* in: BK InsO, § 35 Rdnr. 21; *Henckel* in: Jaeger, § 35 Rdnr. 20; *H.-F. Müller*, S. 30; *Schultze*, DZWIR 2005, 56; *Steinbeck*, NZG 1999, 133.

⁹⁸⁹ Vgl. *RGZ* 58, 166 (169); *RGZ* 158, 226 (230 f.).

⁹⁹⁰ *BGHZ* 32, 103 (105 f.) = NJW 1960, 1008 f.; vgl. auch *Henckel* in: Jaeger, § 35 Rdnr. 20; *Hirte* in: Uhlénbrück, § 35 Rdnr. 268 f.; *Steinbeck*, NZG 1999, 133 f.

⁹⁹¹ *BGHZ* 32, 103 (111 f.) = NJW 1960, 1008 (1010).

⁹⁹² *BGHZ* 85, 221 (223); *Heidinger* in: MüKo HGB, § 22 Rdnr. 73.

vorgeschrieben ist⁹⁹³, solle die Verwertung im Rahmen des Konkurs- oder Insolvenzverfahrens daher auch unabhängig von einer Zustimmung des Namensträgers erfolgen können⁹⁹⁴, da der Name durch die freiwillige Nutzung zu kommerziellen Zwecken von seinem personenrechtlichen Bezug gelöst wurde⁹⁹⁵. Gleiches gilt nach überwiegender Ansicht für die übrigen Kapitalgesellschaften⁹⁹⁶. Auch für Personenhandelsgesellschaften ist allerdings seit dem 01.07.1998 nach § 19 HGB entgegen der früheren Rechtslage, nach der die Firma den bürgerlichen Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters enthalten musste (vgl. § 19 Abs. 1, 2 HGB a.F.), keine Personenfirma mehr vorgeschrieben⁹⁹⁷. Entscheidet sich ein Namensinhaber, seinen Namen im Rahmen der Firma gewerblich zu nutzen, muss folglich nunmehr auch hier von einem Zurücktreten der personenrechtlichen Interessen hinter das Befriedigungsinteresse der Gläubiger ausgegangen werden, so dass die Firma ohne Zustimmung des Namensinhabers im Insolvenzverfahren verwertet werden kann⁹⁹⁸. Die Firma einer Handelsgesellschaft ist daher Bestandteil der Insolvenzmasse und unabhängig davon, ob es sich um eine Personenfirma handelt im Rahmen des Insolvenzverfahrens vom Verwalter ohne Zustimmung des Namensträgers verwertbar, so dass das Bestehen einer Firma mit dem Verfahrenszweck der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften nicht kollidiert.

Zu beachten ist aber, dass eine Firma nach § 23 HGB nicht ohne das Handelsgeschäft, für das sie geführt wird, veräußert werden kann. Veräußert der Insolvenzverwalter das Schuldnerunternehmen ohne die Firma oder wird das Schuldnerunternehmen im Rahmen des Insolvenzverfahrens nicht übertragen, sondern liquidiert, stellt sich daher die Frage, ob die dann noch bestehende Firma die Vollabwicklung hindert. Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass der Schuldner nach Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens seine unveräußerte alte Firma zusammen mit einem Restbestand des Unternehmens fortführen kann⁹⁹⁹. Hat der Verwalter das Unternehmen ohne die Firma veräußert, soll es dem Schuldner bereits vor Beendigung des Verfahrens möglich sein,

⁹⁹³ Vgl. bereits die Fassung des § 4 Abs. 1 GmbHG a.F. vom 01.01.1964 sowie auch die Fassungen der Norm 22.06.1998 und vom 23.10.2008; siehe auch *Steinbeck*, NZG 1999, 133 (135 f.).

⁹⁹⁴ *BGHZ* 85, 221 (224 f.); *BGH MDR* 2004, 1201 = *NZI* 2004, 626 (627).

⁹⁹⁵ *Heidinger* in: *MüKo HGB*, § 22 Rdnr. 76; vgl. auch *Breutigam* in: *BK InsO*, § 35 Rdnr. 22.

⁹⁹⁶ *Bayreuther* in: *MüKo BGB*, § 12 Rdnr. 145; *Breutigam* in: *BK InsO*, § 35 Rdnr. 22; *Heidinger* in: *MüKo HGB*, § 22 Rdnr. 79; *Henckel* in: *Jaeger*, § 35 Rdnr. 25; *Lwowski/Peters* in: *MüKo InsO*, § 35 Rdnr. 489; *Schultze*, *DZWIR* 2005, 56 (57); *Steinbeck*, *NZG* 1999, 133 (136).

⁹⁹⁷ Vgl. dazu *Steinbeck*, *NZG* 1999, 133 (136).

⁹⁹⁸ *Bayreuther* in: *MüKo BGB*, § 12 Rdnr. 146; *Breutigam* in: *BK InsO*, § 159 Rdnr. 10; *Häsemeyer*, Rdnr. 9.08; *Holzer* in: *Kübler/Prütting*, § 35 Rdnr. 72; *Lwowski/Peters* in: *MüKo InsO*, § 35 Rdnr. 502 f.; *Schultze*, *DZWIR* 2005, 56 (58); ebenso *Breutigam* in: *BK InsO*, § 35 Rdnr. 23; *Heidinger* in: *MüKo HGB*, § 22 Rdnr. 81 sowie *Steinbeck*, *NZG* 1999, 133 (138 f.) die allerdings eine Einschränkung für Firmen, die bereits vor dem 01.07.1998 bestanden haben, in Erwägung ziehen; a.A. *Henckel* in: *Jaeger*, § 35 Rdnr. 23; *Hopt* in: *Baumbach/Hopt*, § 17 Rdnr. 47.

⁹⁹⁹ *Henckel* in: *Jaeger*, § 35 Rdnr. 20.

unter seiner alten Firma ein neues Geschäft zu gründen¹⁰⁰⁰. Dem ist unter Berücksichtigung des Vollabwicklungszwecks im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften entgegenzutreten. Einen Restbestand des Unternehmens darf es regelmäßig – soweit dies nicht zur Vermeidung von Beeinträchtigungen des Verfahrenshauptzwecks der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung angezeigt ist – nach Beendigung des Insolvenzverfahrens nicht geben. Auch eine Geschäftsgründung während des Verfahrens unter der alten Firma ist in der Insolvenz von Handelsgesellschaften abzulehnen. Unabhängig davon, ob überhaupt massefreies Vermögen zur Geschäftsgründung zur Verfügung stünde, kann einer Gesellschaft, die sich in einem auf vollständige Abwicklung gerichteten Verfahren befindet, kein derartiger „Neuanfang“ zugestanden werden. Ebenso wie bei einer Fortsetzung, die während eines auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahrens nicht beschlossen werden kann¹⁰⁰¹, kann der Schuldnerin ein Neuanfang erst zugestanden werden, wenn feststeht, dass ausnahmsweise eine Vollabwicklung im Rahmen des Insolvenzverfahrens unterbleiben muss. Grundsätzlich bleibt die Firma aber bis zur verfahrensimmanenten Vollbeendigung der schuldnerischen Handelsgesellschaft Bestandteil der Insolvenzmasse. Die Vollbeendigung selbst wird durch das Bestehen der Firma nicht gehindert. Entscheidend für das Vorliegen der für die Vollbeendigung notwendigen Vermögenslosigkeit ist ebenso wie im Rahmen des § 394 Abs. 1 FamFG das Fehlen von bilanzierungsfähigem Abwicklungsvermögen, welches zur Befriedigung der Gläubiger oder zu einer Verteilung unter die Gesellschafter geeignet ist, wobei eine solche Eignung nur dann vorliegt, wenn die entsprechenden Vermögensgegenstände verwertbar sind¹⁰⁰². Eine Firma ist aber weder isoliert übertragbar (vgl. § 23 HGB) noch der Zwangsvollstreckung unterworfen, so dass kein verwertbarer Vermögensposten vorliegt, der die Vermögenslosigkeit und damit den Eintritt der Vollbeendigung hindert¹⁰⁰³. Auch nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf ist durch das Bestehen einer Firma nicht gegeben, da eine Abwicklung im Hinblick auf das Erlöschen der Firma mit Eintritt der Vollbeendigung nicht stattfinden muss. Eine andere Betrachtung hätte zur Folge, dass auch in der Abwicklung von Handelsgesellschaften außerhalb des Insolvenzverfahrens die Vermögenslosigkeit und das Fehlen sonstigen Abwicklungsbedarfs als konstitutive Vollbeendigungsvoraussetzungen niemals eintreten könnten, wenn eine Veräußerung der Firma nicht möglich ist. Dies würde zu einer Vielzahl von Gesellschaften führen, die nicht „vollbeendigungsfähig“ sind. Auch ohne Verwertung der Firma wird die

¹⁰⁰⁰ Henckel in: Jaeger, § 35 Rdnr. 20.

¹⁰⁰¹ Hüffer in: MüKo AktG, § 274 Rdnr. 8; Schäfer in: Staub, § 144 Rdnr. 2; a.A. für den Fall der Zustimmung des Insolvenzverwalters: Hopt in: Baumbach/Hopt, § 144 Rdnr. 4.

¹⁰⁰² Siehe oben, Zweiter Teil VI. 6., S. 82 ff.

¹⁰⁰³ OLG Frankfurt Rpfleger 1978, 22; Kraft in: KK AktG, § 262 Rdnr. 61.

Vollabwicklung von Handelsgesellschaften im Insolvenzverfahren folglich nicht gehindert.

bbb. Marken

Marken, geschäftliche Bezeichnungen und geographische Herkunftsangaben im Sinn des § 1 MarkenG¹⁰⁰⁴ sind ab dem Zeitpunkt der Entstehung des Markenschutzes (vgl. § 4 MarkenG) nach § 27 Abs. 1, 2 MarkenG übertragbar. § 29 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG ordnet zudem ausdrücklich an, dass die geschützten Rechte Gegenstand von Maßnahmen der Zwangsvollstreckung sein können. Die Massezugehörigkeit des entsprechenden Rechts ergibt sich im Übrigen bereits aus § 29 Abs. 3 MarkenG. Zwar folgt aus der Massezugehörigkeit noch nicht die Verwertbarkeit im Insolvenzverfahren ohne Zustimmung des Schuldners¹⁰⁰⁵, dennoch ist die alleinige Verwertungsbefugnis des Insolvenzverwalters selbst dann anzuerkennen, wenn die Marke den Namen des Inhabers enthält¹⁰⁰⁶. Eine ältere Ansicht, die eine Verwertbarkeit der Marke im Insolvenzverfahren ebenso wie die frühere Ansicht zur Personenfirma von der Zustimmung des Schuldners abhängig machen wollte¹⁰⁰⁷, überzeugt nicht, da die Verwendung des bürgerlichen Namens innerhalb einer Marke ebenso wie bei der Firma¹⁰⁰⁸ eine freiwillige Kommerzialisierung des Namens darstellt¹⁰⁰⁹. Marken sind daher als Bestandteil der Masse durch den Verwalter verwertbar und kollidieren folglich nicht mit dem Verfahrenszweck der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften.

ccc. Zusammenfassung

Sowohl die Firma als auch Marken sind – selbst wenn sie den Namen einer natürlichen Person in sich tragen – aufgrund der Kommerzialisierung dieses Namensrechts in der Insolvenz von Handelsgesellschaften Bestandteil der Masse. Sie können daher vom Insolvenzverwalter verwertet werden, so dass eine Vollabwicklung nicht am Bestehen dieser Namensrechte scheitert. Sollte die Liquidation des Schuldnerunternehmens

¹⁰⁰⁴ Markengesetz vom 25. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3082 [1995, 156]; 1996, 682), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 31.07.2009 (BGBl. I S. 2521).

¹⁰⁰⁵ Steinbeck, NZG 1999, 133 (139).

¹⁰⁰⁶ Breutigam in: BK InsO, § 35 Rdnr. 30; Fezer, § 29 Rdnr. 30; Häsemeyer, Rdnr. 9.08; Weis in: Hess/Weis/Wienberg, §§ 35, 36 Rdnr. 185 f.

¹⁰⁰⁷ Vgl. zum Warenzeichen BGHZ 32, 103 (113) = NJW 1960, 1008 (1011).

¹⁰⁰⁸ Vgl. Vierter Teil II. 1. b. bb. aaa., S. 195 ff.

¹⁰⁰⁹ Vgl. Breutigam in: BK InsO, § 35 Rdnr. 30; Steinbeck NZG 1999, 133 (140); Weis in: Hess/Weis/Wienberg, §§ 35, 36 Rdnr. 186. Nach der Rechtsprechung des BGH geht die Verselbstständigung des bürgerlichen Namens bei der Verwendung in Marken bzw. Warenzeichen sogar noch weiter als im Rahmen der Firmenbildung, vgl. BGHZ 109, 364 (367).

ohne Verwertung der Firma erfolgt sein, hindert deren Fortbestand mangels verwertbarem, für die Befriedigung der Gläubiger oder eine Verteilung unter den Gesellschaftern in Betracht kommenden Aktivvermögen ebenfalls nicht die Vermögenslosigkeit und die Vollbeendigung.

cc. Immaterialgüterrechte

Ebenso wie die Namensrechte enthalten auch Immaterialgüterrechte neben einem unter Umständen bestehenden Vermögenswert eine personenrechtliche Komponente, da diese Rechte auf einer persönlichen, schöpferischen Leistung beruhen. Inwieweit Immaterialgüterrechte zur Masse gehören oder andernfalls die Vollbeendigung insolventer Handelsgesellschaften hindern können, soll im Folgenden für Urheberrechte, Erfindungen, Geschmacks- und Gebrauchsmuster sowie das „Know-how“ untersucht werden.

aaa. Urheberrechte

Die Vollstreckbarkeit in Urheberrechte richtet sich gemäß § 112 UrhG¹⁰¹⁰ grundsätzlich nach den allgemeinen Vorschriften, also §§ 704 ff. ZPO¹⁰¹¹. Als unübertragbare Rechte (vgl. § 29 Abs. 1 UrhG) sind Urheberrechte daher gemäß §§ 857 Abs. 1, 851 Abs. 1 ZPO grundsätzlich nicht der Pfändung unterworfen, wobei die Pfändung nach § 857 Abs. 3 ZPO dennoch insoweit möglich ist, als die Ausübung des betreffenden Rechts einem anderen – wie nach §§ 31 ff. UrhG¹⁰¹² – überlassen werden kann. Allerdings sind wegen der persönlichkeitsrechtlich geprägten Beziehung des Urhebers zu seinem Werk¹⁰¹³ die Sonderregelungen der §§ 113 ff. UrhG zu beachten. Neben der Möglichkeit Nutzungsrechte nach § 31 UrhG einräumen zu können, fordert § 113 Satz 1 UrhG für die Vollstreckung in Urheberrechte wegen Geldforderungen eine Einwilligung des Urhebers¹⁰¹⁴. Gleiches gilt nach § 115 UrhG grundsätzlich auch für Zwangsvollstreckungen gegen den Rechtsnachfolger des Urhebers sowie gemäß § 118 UrhG gegen den Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben und den Lichtbildner. Zudem wird nach §§ 114, 116 UrhG auch die Zwangsvollstreckung in Originale von Werken

¹⁰¹⁰ Urheberrechtsgesetz vom 09.09.1965 (BGBl. I S. 1273), zuletzt geändert durch Art. 83 des Gesetz vom 17.12.2008 (BGBl. I S. 2586).

¹⁰¹¹ *Kefferpütz* in: Wandtke/Bullinger, § 112 UrhG Rdnr. 1.

¹⁰¹² Vgl. *Henckel* in: Jaeger, § 35 Rdnr. 43.

¹⁰¹³ *Kefferpütz* in: Wandtke/Bullinger, § 112 UrhG Rdnr. 1; *Lütje* in: Möhring/Nicolini, § 112 Rdnr. 3; *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 346.

¹⁰¹⁴ Vgl. aber zur Entbehrlichkeit der Einwilligung des Urhebers bei Übertragung eines Nutzungsrechts im Rahmen der Veräußerung eines Unternehmens, § 34 Abs. 2 UrhG.

insoweit beschränkt, als grundsätzlich eine Einwilligung des Urhebers oder dessen Rechtsnachfolgers vorliegen muss.

Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist sodann das Urheberrecht zur Nutzung im vom Urheber bewilligten Umfang (vgl. § 31 Abs. 1 UrhG)¹⁰¹⁵. Das Urheberpersönlichkeitsrecht (vgl. §§ 12-14 UrhG) bzw. die daraus resultierenden Verwertungsrechte im Ganzen (§§ 15 ff. UrhG) unterliegen hingegen nicht der Zwangsvollstreckung¹⁰¹⁶. Für die Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse gilt dementsprechend, dass Urheberrechte nur bei Einwilligung des Urhebers und nur zur Nutzung in die Insolvenzmasse fallen (vgl. § 36 Abs. 1 InsO)¹⁰¹⁷. Soweit die Einwilligung des Urhebers reicht, kann der Insolvenzverwalter aber sowohl selbst Nutzungen ziehen als auch Dritten Nutzungsrechte einräumen¹⁰¹⁸.

Da die vorliegende Untersuchung die Abwicklung insolventer Handelsgesellschaften zum Gegenstand hat und daher an dieser Stelle die Zugehörigkeit von Urheberrechten zur Masse im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften im Zentrum steht, ist darauf hinzuweisen, dass Handelsgesellschaften nicht selbst originärer Urheber sein können. Nach § 7 UrhG ist Urheber der Schöpfer eines Werkes. Nun sind allerdings Werke im Sinn des UrhG nach § 2 Abs. 2 UrhG nur persönliche geistige Schöpfungen, weshalb lediglich natürliche Personen als originäre Urheber in Betracht kommen, mangels geistiger Tätigkeiten hingegen niemals Gesellschaften¹⁰¹⁹. Dennoch können auch Handelsgesellschaften das Urheberrecht erlangen, da dieses gemäß § 28 Abs. 1 UrhG vererblich ist und trotz grundsätzlicher Unübertragbarkeit nach § 29 Abs. 2 UrhG zur Erfüllung einer Verfügung von Todes wegen oder im Rahmen der Erbauseinandersetzung an einen Miterben übertragen werden kann. Neben dieser begrenzt möglichen Rechtsnachfolge ist lediglich die Einräumung von Nutzungsrechten an dem betreffenden Werk nach §§ 31 ff. UrhG zulässig. Es ist daher zwischen den Fällen zu unterscheiden, in denen die insolvente Handelsgesellschaft das Urheberrecht im Rahmen einer Erbschaft, einer Erbauseinandersetzung oder einer Ver-

¹⁰¹⁵ *Henckel* in: Jaeger, § 35 Rdnr. 43; *Schulze* in: Dreier/Schulze, § 113 Rdnr. 5; a.A. *Lütje* in: Möhring/Nicolini, § 112 Rdnr. 4 f., der das Nutzungsrecht als Gegenstand der Zwangsvollstreckung betrachtet. Richtigerweise besteht allerdings kein Nutzungsrecht des Urhebers selbst, sondern kann nur von diesem einem Dritten eingeräumt werden, vgl. *Henckel* in: Jaeger, § 35 Rdnr. 43.

¹⁰¹⁶ Vgl. *Schulze* in: Dreier/Schulze, § 113 Rdnr. 7; *Schwab*, KTS 1999, 49 (51).

¹⁰¹⁷ Vgl. *Häsemeyer*, Rdnr. 9.07; *Henckel* in: Jaeger, § 35 Rdnr. 44; *Hirte* in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 248; *Lütje* in: Möhring/Nicolini, § 112 Rdnr. 9; a.A. *Lütje* in: Möhring/Nicolini, § 112 Rdnr. 10, der die Urheberrechte selbst als Bestandteil der Masse ansieht.

¹⁰¹⁸ *Henckel* in: Jaeger, § 35 Rdnr. 44; *Hirte* in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 248; *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 346.

¹⁰¹⁹ *Ahlberg* in: Möhring/Nicolini, § 7 Rdnr. 7; *Thum* in: Wandtke/Bullinger, § 7 UrhG Rdnr. 1.

fügung von Todes wegen erlangt hat, und denjenigen, in denen ihr lediglich Nutzungsrechte zustehen.

(1) Die insolvente Gesellschaft als Inhaberin des Urheberrechts

Wie bereits dargestellt, fallen Urheberrechte nur mit Einwilligung des Urhebers und nur zur Nutzung in die Insolvenzmasse, während die urheberpersönlichkeitsrechtliche bzw. die verwertungsrechtliche Komponente des Urheberrechts massefrei bleibt. Fraglich ist daher, ob diese massefreien Komponenten die Vollabwicklung einer Handelsgesellschaft hindern können. Unabhängig davon, ob bei Bestehen eines Urheberpersönlichkeitsrechts von nichtvermögensrechtlichem Abwicklungsbedarf ausgegangen werden kann – vermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf scheidet aufgrund der rein personenrechtlichen Komponente dieses Urheberrechtsbestandteils aus –, ist jedenfalls das der Handelsgesellschaft verbleibende Verwertungsrecht als zur Befriedigung der Gläubiger oder zur Verteilung unter die Gesellschafter geeignetes Vermögen anzusehen, was allerdings näherer Erläuterung bedarf: Die Vermögenslosigkeit als konstitutive Vollabwicklungsvoraussetzung erfordert, dass kein bilanzierungsfähiges Aktivvermögen vorhanden ist, welches für die Befriedigung der Gläubiger oder die Verteilung an die Gesellschafter geeignet ist. Zwar regelt § 248 Abs. 2 HGB nur die Aufnahme selbst geschaffener immaterieller Vermögensgegenstände und damit auch Urheberrechte¹⁰²⁰ in die Bilanz, für nicht selbst geschaffene immaterielle Vermögensgegenstände gilt aber bereits der bilanzielle Vollständigkeitsgrundsatz des § 246 Abs. 1 HGB, wonach sämtliche Vermögensgegenstände in die Bilanz aufzunehmen sind. Zudem war schon unter Geltung des § 248 Abs. 2 HGB a.F.¹⁰²¹, wonach nicht entgeltlich erworbene immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens nicht angesetzt werden durften, anerkannt, dass diese im Fall ihrer Verwertbarkeit als die Vollabwicklung hinderndes Vermögen angesehen werden, da sie einen erheblichen Wert besitzen können, so dass sich eine Abwicklung dieser Gegenstände lohnt¹⁰²². Das Verwertungsrecht als Bestandteil des Urheberrechts ist zwar nicht im Ganzen übertragbar, trotzdem handelt es sich aber um verwertungsfähiges Aktivvermögen, da eine Verwertung durch Einräumung von Nutzungsrechten erfolgen kann¹⁰²³. Urheberrechte

¹⁰²⁰ *Ballwieser* in: MüKo AktG, § 248 Rdnr. 20.

¹⁰²¹ Geändert durch Art. 1 Nr. 6 des Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG) vom 25. Mai 2009, BGBl. I 2009, 1102 (1103).

¹⁰²² Vgl. *Kraft* in: KK AktG, § 262 Rdnr. 61; im Ergebnis ebenso *Rasner* in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 60 Rdnr. 34.

¹⁰²³ Siehe zu den Voraussetzungen der Vermögenslosigkeit als konstitutiver Vollbeendigungsvoraussetzung bereits Zweiter Teil VI. 6., S. 82 ff. sowie zur für die Frage der Vermögenslosigkeit entscheidenden Verwertbarkeit der jeweiligen Vermögensgegenstände Vierter Teil II. 1. b. bb. aaa., S. 198

sind also Vermögensrechte, deren Bestehen die Vollbeendigung der innehabenden Handelsgesellschaft hindert.

Solange eine Gesellschaft Inhaberin eines Urheberrechts ist, kann also keine Vollbeendigung eintreten. Damit ist bei Bestehen eines Urheberrechts allerdings nicht nur die Vollabwicklung innerhalb des Insolvenzverfahrens ausgeschlossen, sondern ebenso im Rahmen einer gesellschaftsrechtlichen Liquidation und das selbst dann, wenn die Gesellschaft zur Aufgabe oder Verwertung des Urheberrechts bereit wäre. Das Urheberrecht und damit auch der darin enthaltene Vermögenswert ist lediglich vererblich und nicht rechtsgeschäftlich übertragbar (§§ 28, 29 UrhG), während Handelsgesellschaften nichts vererben können¹⁰²⁴. Nur die Umwandlung sowie das Zusammenfallen aller Anteile an einer Personengesellschaft in einer Hand werden als Fälle der gesetzlichen Rechtsnachfolge dem Tod im Sinn des § 28 UrhG gleichgestellt¹⁰²⁵. Außer in diesen Fällen soll es Handelsgesellschaften weder möglich sein, das Urheberrecht zu übertragen noch auf dieses insgesamt zu verzichten¹⁰²⁶. Wäre daran festzuhalten hätte dies zur Folge, dass im Gegensatz zur Rechtslage bei natürlichen Personen, bei denen das Urheberrecht mit dem Tod auf den Rechtsnachfolger übergeht, das Bestehen eines Urheberrechts hier den „Tod“ hindern würde. Eine Vollbeendigung käme, sofern das Urheberrecht einen Vermögenswert hat, erst mit Erlöschen des Urheberrechts sieben Jahre nach dem Tod des Urhebers (§ 64 UrhG) in Betracht¹⁰²⁷. Nun mag der Fall, dass eine Handelsgesellschaft durch gewillkürte Erbfolge Inhaberin eines Urheberrechts wird und zudem während des Bestehens dieses Rechts abgewickelt wird, in der Praxis nicht gerade häufig vorkommen. Dennoch erscheint es verwunderlich, dass das Bestehen eines Urheberrechts im Fall eines hierdurch bestehenden Vermögenswertes zur „Unabwickelbarkeit“ einer Handelsgesellschaft bis zu einem Zeitraum von sieben Jahren ungeachtet sämtlicher sonstiger Gegebenheiten führen soll.

Zu Recht wird daher von *Schulze* gefordert, dass für den Fall der Auflösung oder Beendigung juristischer Personen ein Übergang des Urheberrechts möglich sein müsse, da sonst dem Regelungsgedanken der §§ 28, 29 UrhG, die bei einem Ableben des Urhebers den Übergang des Urheberrechts ermöglichen, widersprochen würde¹⁰²⁸. Da die Verwertbarkeit nicht erst an die Vollbeendigung anknüpfen kann, für deren Eintritt die Verwertung ja gerade notwendig ist, erscheint es sachgerecht, Verfügungen über das

¹⁰²⁴ Vgl. *Leipold* in: MüKo BGB, § 1922 Rdnr. 6.

¹⁰²⁵ *Block* in: Wandtke/Bullinger, § 28 Rdnr. 2, 13.

¹⁰²⁶ Vgl. *BGHZ* 129, 66 (73); *Block* in: Wandtke/Bullinger, § 29 Rdnr. 15; *Gass* in: Möhring/Nicolini, § 64 Rdnr. 53; *Schulze* in: Dreier/Schulze, § 29 Rdnr. 10.

¹⁰²⁷ So *Block* in: Wandtke/Bullinger, § 28 Rdnr. 13.

¹⁰²⁸ *Schulze* in: Dreier/Schulze, § 29 Rdnr. 6; a.A. unter Berufung auf die gesetzliche Regelung *Block* in: Wandtke/Bullinger, § 28 Rdnr. 13.

Urheberrecht als Ganzes bereits ab der Auflösung einer Handelsgesellschaft zuzulassen, wobei Gründe für eine Differenzierung zwischen juristischen Personen und Personenhandelsgesellschaften nicht ersichtlich sind. Zudem sollte allerdings die Vollbeendigung für den Fall der Übertragung des Urheberrechts sichergestellt werden, indem man der aufgelösten Handelsgesellschaft mit der Übertragung ihre Fortsetzungsfähigkeit abspricht¹⁰²⁹, um auf diese Weise die Veräußerung an für sich unübertragbarer Urheberrechte durch Auflösung und anschließende Fortsetzung der Gesellschaft zu verhindern.

Da die Übertragbarkeit des Urheberrechts folglich zur Ermöglichung der Vollbeendigung von aufgelösten Handelsgesellschaften anzuerkennen ist, muss auch die Massezugehörigkeit des Urheberrechts in einem auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften in einem anderen Licht betrachtet werden. Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens werden Handelsgesellschaften aufgelöst¹⁰³⁰. Soweit die Rahmenbedingungen für eine Vollabwicklung¹⁰³¹ innerhalb eines auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahrens vorliegen, ist daher, vorbehaltlich einer Beeinträchtigung des Verfahrenshauptzwecks der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung, innerhalb des Verfahrens die Vollbeendigung der schuldnerischen Handelsgesellschaft herbeizuführen. Die Voraussetzungen für die Übertragbarkeit eines Urheberrechts liegen folglich auch hier vor, weshalb das Urheberrecht selbst ohne Einschränkungen als Bestandteil der Insolvenzmasse angesehen werden muss. Die Beschränkung der Vollstreckbarkeit von Urheberrechten auf einräumbare Nutzungsrechte nach §§ 115 Satz 1, 118 UrhG¹⁰³² kann dagegen für die Massezugehörigkeit des Urheberrechts in einem auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahren keine Rolle spielen, da die genannten Normen von einer Unübertragbarkeit des Urheberrechts ausgehen¹⁰³³, welche bei aufgelösten Handelsgesellschaften – wie gezeigt – nicht anzuerkennen ist.

Offen ist lediglich noch, ob die Verwertung bzw. Übertragung des Urheberrechts einer Einwilligung des Schuldners bedarf. Teilweise wird das Einwilligungserfordernis nach §§ 113 ff. UrhG zwar vor dem Hintergrund kritisiert, dass das Urheberrecht häufig Werke erfasse, deren Schöpfung bereits durch eine wirtschaftliche Verwertbarkeit

¹⁰²⁹ Zur Fortsetzung aufgelöster Handelsgesellschaften siehe Erster Teil IV., S. 64 ff.

¹⁰³⁰ Vgl. Erster Teil I. 2. a., S. 13 f.

¹⁰³¹ Siehe Dritter Teil IV. 2., S. 119 ff.

¹⁰³² Da eine Handelsgesellschaft lediglich als Rechtsnachfolger des originären Urhebers Inhaberin eines Urheberrechts sein kann, ist § 113 UrhG nicht einschlägig.

¹⁰³³ Vgl. *Stichelbrock*, WM 2004, 549 (551).

motiviert gewesen sei¹⁰³⁴, dennoch ist nach dieser Ansicht de lege lata aufgrund der eindeutigen gesetzlichen Regelung am Einwilligungserfordernis festzuhalten, wobei sich allerdings im Einzelfall eine einklagbare Einwilligungsverpflichtung des Urhebers aus Treu und Glauben ergeben kann¹⁰³⁵. Nach ähnlicher Ansicht, soll dem Urheber entsprechend der §§ 34, 35 UrhG eine rechtsmissbräuchliche Verweigerung seiner Einwilligung gerichtlich versagt werden können, wobei Rechtsmissbrauch hiernach dann anzunehmen ist, wenn persönliche Urheberinteressen bereits durch eine Kommerzialisierung des Rechts, etwa durch Vergabe ausschließlicher Nutzungsrechte, gänzlich in den Hintergrund gerückt wurden¹⁰³⁶. Schließlich wird eine teleologische Reduktion dergestalt vorgeschlagen, dass eine Einwilligung entbehrlich ist, sobald der Urheber seine Kommerzialisierungsabsicht zum Ausdruck gebracht hat¹⁰³⁷.

Ob eine generelle Entbehrlichkeit der Einwilligung bei (beabsichtigter) Kommerzialisierung des Werks angenommen werden muss, braucht an dieser Stelle nicht abschließend erörtert zu werden. Jedenfalls im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften muss eine Einwilligung allerdings als entbehrlich angesehen werden. Zum einen würde die Vollabwicklung insolventer Handelsgesellschaften als Zweck des Insolvenzverfahrens andernfalls ins Belieben der Schuldnerin gestellt. Zum anderen ist zu beachten, dass Handelsgesellschaften niemals originärer Urheber, sondern immer nur Rechtsnachfolger des Urhebers sein können. Bei Rechtsnachfolgern ist allerdings im Vergleich zum originären Urheber eine geringere personenrechtliche Bindung anzunehmen¹⁰³⁸, die sich darin äußert, dass eine Einwilligung des Rechtsnachfolgers für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung nach §§ 115 Satz 2, 116 Abs. 2 Nr. 2 UrhG entbehrlich ist, soweit bereits der originäre Urheber die Entscheidung, das Werk an die Öffentlichkeit gelangen zu lassen, gefällt hat¹⁰³⁹. Durch die Veröffentlichung wurde die persönlichkeitsrechtliche Beziehung zum Werk in diesem Fall bereits derart gelockert, dass dieser kein Vorrang mehr vor den Vermögensinteressen der Gläubiger eingeräumt werden kann¹⁰⁴⁰. Ebenso ist zu entscheiden, wenn eine Handelsgesellschaft als Trägerin eines geerbten Urheberrechts in Insolvenz fällt. Vererbt ein Urheber sein Werk an eine Handelsgesellschaft, muss er mit einer unmittelbaren Kommerzialisierung des Urheberrechts rechnen, weshalb bereits durch die Ver-

¹⁰³⁴ Kritisch zum Einwilligungserfordernis bei wirtschaftlich bedeutsamen Werken auch *Lütje* in: Möhring/Nicolini, § 113 Rdnr. 20; *Schulze* in: Dreier/Schulze, § 113 Rdnr. 15; *Stichelbrock*, WM 2004, 549 (552).

¹⁰³⁵ *Kefferpütz* in: Wandtke/Bullinger, § 113 Rdnr. 15 ff.

¹⁰³⁶ *Lütje* in: Möhring/Nicolini, § 113 Rdnr. 22; ablehnend *Stichelbrock*, WM 2004, 549 (553).

¹⁰³⁷ *Roy/Palm*, NJW 1995, 690 (692).

¹⁰³⁸ *Lütje* in: Möhring/Nicolini, § 115 Rdnr. 9.

¹⁰³⁹ *Kefferpütz* in: Wandtke/Bullinger, § 115 Rdnr. 9; *Lütje* in: Möhring/Nicolini, § 115 Rdnr. 9.

¹⁰⁴⁰ *Kefferpütz* in: Wandtke/Bullinger, § 115 Rdnr. 9; *Stichelbrock*, WM 2004, 549 (555); zum grundsätzlichen Vorrang der persönlichkeitsrechtlichen Beziehung des Urhebers zum Werk vor den Vermögensinteressen der Gläubiger vgl. *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 341; *Stichelbrock*, WM 2004, 549 (550).

erbung eine Lockerung der persönlichkeitsrechtlichen Beziehung zum Werk eintritt. Kommt noch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mit der Folge eines gesteigerten Vermögensinteresses der Gläubiger hinzu, kann der persönlichkeitsrechtlichen Beziehung zum Urheberrecht kein Vorrang mehr vor dem Vermögensinteresse der Gläubiger eingeräumt werden. In Anlehnung an §§ 115 Satz 2, 116 Abs. 2 Nr. 2 UrhG ist für die Verwertung des Urheberrechts durch den Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaft daher eine Einwilligung entbehrlich. Das Urheberrecht kann folglich als Massebestandteil ohne Rücksicht auf die Zustimmung des Schuldners verwertet werden und steht einer Vollabwicklung nicht im Wege.

(2) Die insolvente Gesellschaft als Lizenznehmerin

Ist die insolvente Handelsgesellschaft nicht selbst Urheberin sondern lediglich Inhaberin eines Nutzungsrechts, der sogenannten Lizenz¹⁰⁴¹, stellt sich die Frage, inwiefern eine verfahrensimmanente Verwertung dieser Lizenz möglich ist. Nach § 36 Abs. 1 InsO ist die Insolvenzmasse grundsätzlich auf das der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen beschränkt, wobei sich die Vollstreckungsunterworfenheit einer Lizenz gemäß §§ 857 Abs. 1, 851 Abs. 1 ZPO nach deren Übertragbarkeit richtet. Übertragbar ist ein urheberrechtliches Nutzungsrecht sofern der Lizenzvertrag nichts Gegenteiliges vorsieht¹⁰⁴² nach § 34 Abs. 1 Satz 1 UrhG grundsätzlich nur mit Zustimmung des Urhebers, der diese jedoch nicht wider Treu und Glauben verweigern darf, § 34 Abs. 1 Satz 2 UrhG. Eine bedeutsame Ausnahme vom Zustimmungserfordernis ergibt sich aber aus § 34 Abs. 3 UrhG für die Gesamt- oder Teilveräußerung eines Unternehmens des Lizenznehmers, wobei dem Urheber für den Fall der Unzumutbarkeit ein Rückrufrecht zusteht. Inwiefern ein Lizenzrecht pfändbar und damit massezugehörig ist, wird daher unterschiedlich beurteilt. Teilweise wird trotz des Zustimmungserfordernisses von einer grundsätzlichen Übertragbarkeit des Lizenzrechts ausgegangen¹⁰⁴³, so dass die Lizenz selbst als massezugehörig angesehen wird¹⁰⁴⁴. Demgegenüber wird von einer anderen Ansicht zwischen einfachen und ausschließlichen Lizenzen unterschieden¹⁰⁴⁵. Mit der Einräumung einer ausschließlichen Lizenz, die dem Lizenznehmer die alleinige Verwertung des Rechts garantiert (§ 31 Abs. 3

¹⁰⁴¹ *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, § 31 Rdnr. 2.

¹⁰⁴² *Lütje* in: *Möhring/Nicolini*, § 112 Rdnr. 17.

¹⁰⁴³ *Stichelbrock*, WM 2004, 549 (550 f.); vgl. auch *Kefferpütz* in: *Wandtke/Bullinger*, § 112 Rdnr. 20; *Lütje* in: *Möhring/Nicolini*, § 112 Rdnr. 50.

¹⁰⁴⁴ *Lütje* in: *Möhring/Nicolini*, § 112 Rdnr. 15; *Schulze* in: *Dreier/Schulze*, § 112 Rdnr. 28.

¹⁰⁴⁵ *Cepl*, NZI 2000, 357; *Henckel* in: *Jaeger*, § 35 Rdnr. 62; *Hirte* in: *Uhlenbruck*, § 35 Rdnr. 254.

Satz 1 UrhG), sei regelmäßig die Befugnis zur Übertragung der Lizenz verbunden¹⁰⁴⁶. Wegen der Übertragbarkeit unterliege die ausschließliche Lizenz daher der Zwangsvollstreckung und sei im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Lizenznehmers Massebestandteil¹⁰⁴⁷. Ein einfaches Nutzungsrecht bzw. eine einfache Lizenz berechtigt den Lizenznehmer zwar ebenfalls zur Nutzung im gestatteten Umfang, schließt Nutzungen durch Dritte jedoch nicht aus (§ 31 Abs. 2 UrhG). Die Erteilung von Nutzungsrechten bleibt daher dem Urheber vorbehalten, weshalb die letztgenannte Ansicht davon ausgeht, dass grundsätzlich kein Verfügungsrecht des Lizenznehmers hinsichtlich einer einfachen Lizenz besteht und diese generell nicht übertragen werden kann¹⁰⁴⁸. Darauf gestützt wird die Vollstreckbarkeit und die Massezugehörigkeit der einfachen Lizenz abgelehnt¹⁰⁴⁹. Dennoch sollen die sich aus der Lizenz ergebenden schuldrechtlichen Ansprüche Bestandteil der Masse sein, so dass das Urheberrecht im gestatteten Umfang innerhalb des Insolvenzverfahrens – soweit der Insolvenzverwalter nicht nach § 103 Abs. 2 InsO von seinem Recht Gebrauch macht, die Erfüllung abzulehnen¹⁰⁵⁰ – genutzt oder auch vertragsgemäß gekündigt werden kann¹⁰⁵¹.

Die generelle Unübertragbarkeit einfacher Lizenzen widerspricht jedoch dem Wortlaut des § 34 UrhG, der im Gegensatz zu § 31 UrhG nicht zwischen einfachen und ausschließlichen Nutzungsrechten unterscheidet¹⁰⁵². Es stellt sich daher die Frage, wie nach der die Massezugehörigkeit einfacher Lizenzen ablehnenden Auffassung der Fall der zustimmungsfreien Übertragung einfacher Lizenzen bei Teil- oder Gesamtveräußerung des Unternehmens gemäß § 34 Abs. 3 InsO behandelt werden soll. Wegen der Übertragbarkeit müsste die einfache Lizenz in diesem Fall Bestandteil der Insolvenzmasse sein. Ein Grund, den Gläubigern die Befriedigung aus diesem Recht trotz dessen Übertragbarkeit zu versagen, ist nicht ersichtlich. Es wäre jedoch verfehlt, die Massezugehörigkeit der einfachen Lizenz erst in dem Zeitpunkt anzunehmen, in dem der Insolvenzverwalter eine (Teil-)Veräußerung des Unternehmens vornehmen möchte: Außer in den hier nicht gegebenen Fällen des Neuerwerbs oder der Surrogation von Massegegenständen ist der nachträgliche Eintritt der Massezugehörigkeit

¹⁰⁴⁶ *Cepl*, NZI 2000, 357; *Hirte* in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 254; zur Einräumung weiterer Nutzungsrechte durch den Lizenznehmer eines ausschließlichen Nutzungsrechts bedarf es hingegen gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 UrhG grundsätzlich der Zustimmung des Urhebers.

¹⁰⁴⁷ Vgl. *Andres* in: *Andres/Leithaus*, § 35 Rdnr. 7; *Cepl*, NZI 2000, 357; *Henckel* in: *Jaeger*, § 35 Rdnr. 62; *Hirte* in: *Uhlenbruck*, § 35 Rdnr. 254; *Lwowski/Peters* in: *MüKo InsO*, § 35 Rdnr. 322.

¹⁰⁴⁸ *Cepl*, NZI 2000, 357 (358); *Hirte* in: *Uhlenbruck*, § 35 Rdnr. 254.

¹⁰⁴⁹ *Cepl*, NZI 2000, 357; *Henckel* in: *Jaeger*, § 35 Rdnr. 62; *Hirte* in: *Uhlenbruck*, § 35 Rdnr. 254; *Lwowski/Peters* in: *MüKo InsO*, § 35 Rdnr. 311.

¹⁰⁵⁰ Zur Anwendbarkeit des § 103 InsO auf Lizenzverträge vgl. *Lütje* in: *Möhring/Nicolini*, § 112 Rdnr. 16; *Schulze* in: *Dreier/Schulze*, § 112 Rdnr. 21; *Stichelbrock*, WM 2004, 549 (558).

¹⁰⁵¹ *Cepl*, NZI 2000, 357 (358); *Henckel* in: *Jaeger*, § 35 Rdnr. 62; *Hirte* in: *Uhlenbruck*, § 35 Rdnr. 254.

¹⁰⁵² Vgl. zur Übertragbarkeit einfacher Lizenzen *OLG Köln GRUR* 2004, 142 (143); *Spautz* in: *Möhring/Nicolini*, § 34 Rdnr. 3; *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, § 34 Rdnr. 4.

bestimmter Gegenstände in der Insolvenz nicht vorgesehen. Vorzugswürdig erscheint es daher, mit der ersten Ansicht eine Massezugehörigkeit auch der einfachen Lizenz anzuerkennen und lediglich deren Verwertbarkeit von den Zustimmungserfordernissen der §§ 34, 35 UrhG abhängig zu machen.

Kann oder will der Insolvenzverwalter nicht das Unternehmen als Ganzes oder jedenfalls Unternehmensteile veräußern und verweigert der Urheber seine Zustimmung zur Übertragung des Nutzungsrechts, bleibt dieses vorbehaltlich einer Ablehnung der Erfüllung nach § 103 Abs. 2 InsO¹⁰⁵³ bis zum Abschluss des Verfahrens Bestandteil der Masse. Der Insolvenzverwalter kann in diesem Fall, wie auch von der Gegenseite angenommen, die Nutzungen für die Masse ziehen oder auch das Nutzungsrecht im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen kündigen. Selbst wenn aber eine Kündigung unterbleibt, hindert das Nutzungsrecht die Vollbeendigung insolventer Handelsgesellschaften nicht. Mangels Zustimmung ist der Lizenznehmer weder berechtigt, die Lizenz zu übertragen noch Unterlizenzen zu erteilen. Die Lizenz ist daher nicht verwertbar und folglich auch nicht zur Befriedigung der Gläubiger oder Verteilung unter den Gesellschaftern geeignet, so dass trotz Bestehens des Lizenzrechts die Vermögenslosigkeit der Schuldnerin als konstitutive Vollbeendigungsvoraussetzung eintreten kann¹⁰⁵⁴. Mit der Vollbeendigung der Lizenznehmerin erlischt sodann das Nutzungsrecht¹⁰⁵⁵. Das Bestehen des massezugehörigen Lizenzrechts hindert daher die Vollbeendigung selbst dann nicht, wenn der Urheber in eine Übertragung einwilligen müsste und diese Einwilligung ohne Verstoß gegen Treu und Glauben verweigert.

bbb. Erfindungen, Patente und Arbeitnehmererfindungen

Als Immaterialgüterrechte enthalten auch Erfinderrechte nach herrschender Ansicht sowohl ein personenrechtliches als auch vermögensrechtliches Element¹⁰⁵⁶. Die Verwertbarkeit im Insolvenzverfahren ist daher auch bezüglich dieser Rechte fraglich.

Handelt es sich um gewerblich nutzbare technische Erfindungen, können diese gemäß § 1 Abs. 1 PatG¹⁰⁵⁷ durch Patente geschützt werden. Da vorliegend das Bestehen

¹⁰⁵³ Vgl. zum Anspruch des Lizenzgebers auf Rückübertragung oder Aussonderung bei Erfüllungsablehnung *Stickelbrock*, WM 2004, 549 (559 f.).

¹⁰⁵⁴ Vgl. zur Vermögenslosigkeit bei Bestehen nicht selbstständig verwertbarer immaterieller Güter *Hüffer* in: MüKo AktG, § 262 Rdnr. 79.

¹⁰⁵⁵ Vgl. zum ähnlich gelagerten Fall im Rahmen eines Verlagsvertrages *OLG München* NJW-RR 1994, 1478 (1479).

¹⁰⁵⁶ *Becker* in: Musielak, § 857 Rdnr. 12; *Henckel* in: Jaeger, § 35 Rdnr. 58; *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 305; *Mes*, PatG, § 6 Rdnr. 15; *K. Schmidt/Schulz*, ZIP 1982, 1015 (1018).

massefreien Vermögens als möglicher Hinderungsgrund einer Vollabwicklung im Insolvenzverfahren von Handelsgesellschaften untersucht wird, ist allerdings ebenso wie hinsichtlich der originären Urheberstellung auch hier darauf hinzuweisen, dass wegen der Notwendigkeit der Mitwirkung an der der Erfindung zugrunde liegenden geistigen Arbeit nur natürliche Personen, nicht aber Handelsgesellschaften Erfinder sein können¹⁰⁵⁸. Dennoch können Patente, Rechte auf Patente und Ansprüche auf Erteilung von Patenten aufgrund der in § 15 Abs. 1 PatG angeordneten Vererblichkeit und Übertragbarkeit auch Handelsgesellschaften zustehen¹⁰⁵⁹. Wegen dieser Übertragbarkeit sind Patente, aber auch schon Ansprüche auf Erteilung von Patenten für bereits angemeldete Erfindungen, also die „Anwartschaft“ auf das Patent¹⁰⁶⁰, nach §§ 857 Abs. 1, 851 Abs. 1 InsO pfändbar und daher Bestandteil der Insolvenzmasse¹⁰⁶¹.

Streitig ist allerdings trotz der Übertragbarkeit nach § 15 Abs. 1 PatG, inwieweit Rechte auf Patente, also Ansprüche des Erfinders, dass nur ihm und keinem Dritten ein Patent für die Erfindung erteilt wird¹⁰⁶², vor der Anmeldung der Erfindung massezugehörig sind. Ohne im Rahmen dieser Untersuchung auf die Einzelheiten des Streits eingehen zu können, ist mit der herrschenden Ansicht davon auszugehen, dass Erfinderrechten sowohl eine vermögensrechtliche als auch eine personenrechtliche Rechtsnatur zukommt¹⁰⁶³. Der personenrechtlichen Komponente des Erfinderrechts ist insoweit Rechnung zu tragen, als dem Erfinder selbst die Entscheidung überlassen werden muss, inwiefern er die Erfindung verwerten oder ungenutzt lassen möchte¹⁰⁶⁴. Pfändbar und damit massezugehörig sind Rechte auf Patente daher dann, wenn der Erfinder seine Absicht kundgetan hat, die Erfindung als Vermögenswert wirtschaftlich zu verwerten¹⁰⁶⁵, wobei jede Handlung des Erfinders, die die Absicht der wirtschaftlichen Nutzbarmachung und Verwertung erkennen lässt, genügt¹⁰⁶⁶. Bedenkt man nun, dass Handelsgesellschaften selbst nicht Erfinder sein können, sondern das Recht auf ein Patent lediglich durch Übertragung oder Erbfolge erlangt haben können, muss bei einer Übertragung oder Erbeinsetzung durch den Erfinder von einer Absicht der wirt-

¹⁰⁵⁷ Patentgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16.12.1980 (BGBl. 1981 I S. 1), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 31.07.2009 (BGBl. I S. 2521).

¹⁰⁵⁸ Vgl. *Hubmann*, S. 335; *Mes*, PatG, § 6 Rdnr. 10; *Schade*, GRUR 1977, 390 (391); *K. Schmidt/Schulz*, ZIP 1982, 1015 (1019).

¹⁰⁵⁹ Vgl. *Mes*, PatG, § 6 Rdnr. 21.

¹⁰⁶⁰ *Henckel* in: *Jaeger*, § 35 Rdnr. 58; vgl. zur Vergleichbarkeit der Patentanwartschaft mit einer zivilrechtlichen Anwartschaft *BGHZ* 125, 334 (338 f.) = *JZ* 1994, 1012 (1013) m. Anm. *Berger*.

¹⁰⁶¹ *Lwowski/Peters* in: *MüKo InsO*, § 35 Rdnr. 296; *Weis* in: *Hess/Weis/Wienberg*, §§ 35, 36 Rdnr. 197.

¹⁰⁶² *Lwowski/Peters* in: *MüKo InsO*, § 35 Rdnr. 297.

¹⁰⁶³ Vgl. bereits die Nachweise in Fußnote 1072.

¹⁰⁶⁴ Vgl. *RGZ* 52, 127 (131); *Lwowski/Peters* in: *MüKo InsO*, § 35 Rdnr. 305.

¹⁰⁶⁵ *BGHZ* 16, 172 (175) = *NJW* 1955, 628 (629); *Eickmann* in: *HK InsO*, § 35 Rdnr. 11; *Hirte* in: *Uhlenbruck*, § 35 Rdnr. 239; *Klopp/Kluth* in: *Gottwald*, § 25 Rdnr. 57; *Lwowski/Peters* in: *MüKo InsO*, § 35 Rdnr. 305.

¹⁰⁶⁶ *Lwowski/Peters* in: *MüKo InsO*, § 35 Rdnr. 287.

schaftlichen Nutzbarmachung und Verwertung ausgegangen werden¹⁰⁶⁷, so dass das Recht auf ein Patent, soweit es einer Handelsgesellschaft zusteht, als massezugehörig angesehen werden muss.

Doch selbst wenn die Massezugehörigkeit des Rechts auf ein Patent abzulehnen wäre, würde sich dies praktisch nur selten auswirken, da der größte Teil der Erfindungen in Deutschland – genannt werden 80 bis 90 %¹⁰⁶⁸ – Arbeitnehmererfindungen sind, für die Sonderregelungen nach dem ArbNErfG¹⁰⁶⁹ bestehen. Danach kann der Arbeitgeber die Erfindung in Anspruch nehmen (vgl. §§ 6, 7 ArbNErfG), wodurch nach § 7 Abs. 1 ArbNErfG alle Rechte an der Erfindung auf ihn übergehen. In der Inanspruchnahme ist zugleich die Kundgabe einer Verwertungsabsicht zu sehen¹⁰⁷⁰, so dass Arbeitnehmererfindungen mit den in § 27 ArbNErfG genannten Besonderheiten hinsichtlich der Verwertung in die Insolvenzmasse fallen.

Da die gemäß § 6 Abs. 1 ArbNErfG a.F. bestehende Möglichkeit des Arbeitgebers, die Arbeitnehmererfindung beschränkt als nichtausschließliches Nutzungsrecht vergleichbar einer einfachen Lizenz¹⁰⁷¹ in Anspruch zu nehmen, durch Art. 7 des Gesetzes zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts vom 31.07.2009 mit Wirkung vom 30.09.2009 aufgehoben wurde¹⁰⁷², stellt sich die Frage der Massezugehörigkeit einer beschränkt in Anspruch genommenen Arbeitnehmererfindung nicht mehr.

ccc. Geschmacks und Gebrauchsmuster

Geschmacks- und Gebrauchsmuster sind Bestandteil der Insolvenzmasse. Dies ergibt sich hinsichtlich der Geschmacksmuster (vgl. zum Begriff § 1 GeschmMG¹⁰⁷³) aus § 30 Abs. 3 GeschmMG sowie bereits aus der Übertragbarkeit und der Vollstreckungsunterworfenheit nach §§ 29 Abs. 1, 30 Abs. 1 GeschmMG. Für Gebrauchsmuster, bei denen es sich wie bei Patenten um einen Schutz von Erfindungen handelt (vgl. zum

¹⁰⁶⁷ Vgl. auch *Henckel* in: Jaeger, § 35 Rdnr. 58, der bereits Verkaufsverhandlungen als Beispiel einer Kundgabe der Absicht, die Erfindung kommerziell zu nutzen, nennt.

¹⁰⁶⁸ *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 331; *Zeising*, Mitt. 2001, 60 (65).

¹⁰⁶⁹ Gesetz über Arbeitnehmererfindungen vom 25.07.1957 in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 422-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes vom 31.07.2009 (BGBl. I S. 2521).

¹⁰⁷⁰ Vgl. *Henckel* in: Jaeger, § 35 Rdnr. 58.

¹⁰⁷¹ *BGH GRUR* 1974, 463 (464); *Bartenbach/Volz*, § 7 Rdnr. 29; *Rother* in: Reimer/Schade/Schippel, § 7 Rdnr. 10.

¹⁰⁷² BGBl. I S. 2521 (2527); vgl. zur Begründung BT-Drs. 16/11339, S. 49 f.

¹⁰⁷³ Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen – Geschmacksmustergesetz vom 12.03.2004 (BGBl. I S. 390), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 31.07.2009 (BGBl. I S. 2521).

Begriff § 1 Abs. 1 GebrMG¹⁰⁷⁴), ergibt sich die Übertragbarkeit und damit die Pfändbarkeit (§§ 857 Abs. 1, 851 Abs. 1 ZPO) sowie die Massezugehörigkeit¹⁰⁷⁵ aus § 22 Abs. 1 Satz 1 GebrMG¹⁰⁷⁶.

ddd. „Know-how“

Beim „Know-how“ handelt es sich in Anlehnung an § 18 Nr. 1 GWB a.F.¹⁰⁷⁷ um einen über den reinen Sachwert hinausgehenden Vermögenswert, der gesetzlich nicht geschützte Erfindungsleistungen, Fabrikationsverfahren, Konstruktionen sowie sonstige die Technik bereichernde Leistungen erfasst¹⁰⁷⁸. Solange „Know-how“ nicht nach außen getragen oder angewendet wird, also lediglich in Form eines Gedankens des Erfinders besteht, ist dieses nicht Bestandteil der Insolvenzmasse¹⁰⁷⁹. Sobald allerdings mit der wirtschaftlichen Anwendung oder Verwertung begonnen wird, was spätestens bei einer vertraglichen Verwertung angenommen werden muss, ist das „Know-how“ als massezugehörig durch den Insolvenzverwalter verwertbar¹⁰⁸⁰. Unabhängig davon, ob „Know-how“ nach außen getragen wurde, handelt es sich jedoch nicht um einen die Vermögenslosigkeit hindernden Vermögenswert, da das „Know-how“ zwar in den Unternehmenswert einfließt, isoliert allerdings kein Aktivvermögen darstellt¹⁰⁸¹.

eee. Zusammenfassung

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass eine verfahrensimmanente Vollabwicklung bzw. Vollbeendigung durch bestehende Immaterialgüterrechte nicht gehindert wird. Entweder können diese – wie Urheberrechte, urheberrechtliche Lizenzen mit Zustimmung, Patente, Rechte aus Patenten oder auf Patente, in Anspruch genommene

¹⁰⁷⁴ Gebrauchsmustergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 28.08.1986 (BGBl. I S. 1455), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 31.07.2009 (BGBl. I S. 2521)

¹⁰⁷⁵ *Henckel* in: Jaeger, § 35 Rdnr. 57; *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 293; *Weis* in: Hess/Weis/Wienberg, §§ 35, 36 Rdnr. 155; selbst Geheimgebrauchsmuster im Sinn des § 9 Abs. 1 Satz 1 GebrMG sind Bestandteil der Insolvenzmasse, wobei bei der Verwertung die Geheimhaltungsvorschriften zu beachten sind, vgl. *Henckel* in: Jaeger, § 35 Rdnr. 57; *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 295.

¹⁰⁷⁶ Vgl. zur Massezugehörigkeit des Rechts auf ein Gebrauchsmuster bereits die entsprechenden Ausführungen zum Recht auf ein Patent, *Vierter Teil II. 1. b. cc. bbb.*, S. 208 ff.

¹⁰⁷⁷ § 18 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung vom 26.08.1998, in Kraft getreten am 01.01.1999 und aufgehoben ab 01.07.2005 durch das Siebte Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl. I 2005 S. 1954.

¹⁰⁷⁸ *Vgl. Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 374; *Zeising*, Mitt. 2001, 60 (63).

¹⁰⁷⁹ *Hirte* in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 253; *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 377.

¹⁰⁸⁰ *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 377.

¹⁰⁸¹ Vgl. zur Vermögenslosigkeit trotz Vorliegens von „Know-how“ *OLG Frankfurt* Rpfleger 1978, 22; *Hüffer* in: MüKo AktG, § 262 Rdnr. 79; *Kleindiek* in: Lutter/Hommelhoff, § 60 Rdnr. 16; *K. Schmidt/Bitter* in: Scholz, § 60 Rdnr. 49.

Arbeitnehmererfindungen, Gebrauchs- und Geschmacksmuster sowie nach außen getragenes „Know-how“ – als Bestandteil der Masse vom Insolvenzverwalter verwertet werden, oder es fehlt bereits an einem die Vollbeendigung hindernden Vermögenswert, so dass die Massefreiheit oder Unverwertbarkeit der Rechte – wie bei urheberrechtlichen Lizenzen ohne Zustimmung, Lizenzen an Erfinderrechten und „Know-how“ – einer Vollbeendigung nicht im Wege steht.

dd. Das Unternehmen und seine Bestandteile

Im Folgenden soll geprüft werden, inwiefern das Unternehmen sowie einzelne Rechte, aus denen der Unternehmenswert gebildet wird, Bestandteile der Insolvenzmasse und damit der Verwertung durch den Insolvenzverwalter zugänglich sind. Zudem soll an dieser Stelle auf die Massezugehörigkeit von Genehmigungen eingegangen werden, die zwar kein Unternehmensbestandteil sind, aber im Fall ihrer Verwertbarkeit in aller Regel mit dem Unternehmen veräußert werden dürften.

aaa. Unternehmen, Goodwill und Kundenstamm

Die Verwertung eines Schuldnerunternehmens im Ganzen ist im Insolvenzverfahren vorgesehen (vgl. §§ 120 – 128, 157, 158, 160 Abs. 2 Nr. 1, 162 Abs. 1, 163 Abs. 1 InsO). Auch wenn das Unternehmen als Inbegriff von Vermögenswerten rechtlicher und tatsächlicher Art in der Einzelvollstreckung nicht pfändbar ist¹⁰⁸², fällt es in die Masse und kann vom Insolvenzverwalter fortgeführt und verwertet werden¹⁰⁸³. Als Einheit gehören zum Unternehmen auch tatsächliche Werte wie Goodwill und Kundenstamm, aber auch Standortvorteile und Geschäftsbeziehungen¹⁰⁸⁴, die folglich ebenfalls Bestandteil der Insolvenzmasse sind¹⁰⁸⁵. Selbst wenn Kundenstamm oder Goodwill mangels Verwertung des Unternehmens im Ganzen in der Masse und damit im Vermögen des Schuldners verbleiben, wird dadurch die Vollbeendigung aber nicht gehindert, da es sich bei beiden nicht um bilanzierungsfähige Aktiva handelt, die einer Vermögenslosigkeit entgegenstünden¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸² *Eickmann* in: HK InsO, § 35 Rdnr. 25; *Hirte* in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 269; *Weis* in: Hess/Weis/Wienberg, §§ 35, 36 Rdnr. 161.

¹⁰⁸³ *Hirte* in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 268 f.

¹⁰⁸⁴ *Eickmann* in: HK InsO, § 35 Rdnr. 26.

¹⁰⁸⁵ Vgl. *Häsemeyer*, Rdnr. 9.09; zur besonderen Problematik der vollständigen Verwertung der Praxis eines Freiberuflers am Beispiel des Rechtsanwalts vgl. *Maier*, S. 155 ff.

¹⁰⁸⁶ *OLG Frankfurt* Rpfleger 1978, 22; vgl. bereits zum Goodwill *OLG Hamburg* GmbHR 1952, 92.

bbb. Genehmigungen

Hinsichtlich der Massezugehörigkeit öffentlich-rechtlicher Genehmigungen ist zu unterscheiden: Während personenbezogene Genehmigungen, sollten sie nicht ohnehin durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlöschen¹⁰⁸⁷, nicht Bestandteil der Insolvenzmasse sind¹⁰⁸⁸, mangels Vermögenswert¹⁰⁸⁹ oder Verwertbarkeit aber auch nicht die Vermögenslosigkeit oder die Vollbeendigung der insolventen Handelsgesellschaft hindern, fallen Sachgenehmigungen als verwertungsfähige Vermögensrechte in die Masse¹⁰⁹⁰. Unabhängig davon, welche Genehmigungsart vorliegt und ob diese massezugehörig ist, hindert das Bestehen einer Genehmigung die Vollabwicklung und Vollbeendigung daher nicht.

ee. Unübertragbare dingliche Rechte

Des Weiteren ist fraglich, ob das Bestehen unübertragbarer dinglicher Rechte der Realisierbarkeit einer verfahrensimmanenten Vollabwicklung von Handelsgesellschaften im Wege steht. Zweifelhaft ist die auf der Vollstreckungsunterworfenheit basierende Massezugehörigkeit hier deshalb, weil unübertragbare Rechte nach §§ 857 Abs. 1, 851 Abs. 1 ZPO grundsätzlich nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen und daher gemäß § 36 Abs. 1 InsO nicht Bestandteil der Insolvenzmasse sind. Bei der Untersuchung sollen Nießbrauch, beschränkt persönliche Dienstbarkeit sowie Vorkaufsrechte betrachtet werden.

aaa. Nießbrauch

Die Unübertragbarkeit des Nießbrauchs ergibt sich aus § 1059 Satz 1 BGB und gründet darauf, dass der Nießbrauch ein familiäres Gepräge basierend auf einer persönlichen Vertrauensstellung hat¹⁰⁹¹. Auch unübertragbare Rechte sind der Pfändung nach § 857 Abs. 3 ZPO allerdings bei Fehlen anderweitiger Vorschriften insoweit unterworfen, als die Ausübung einem anderen überlassen werden kann, wobei selbst eine Vereinbarung der Beteiligten, durch die die Überlassung der Ausübung ausgeschlossen wird, der Pfändung nicht entgegensteht (vgl. §§ 857 Abs. 1, 3 i.V.m. 851 Abs. 2

¹⁰⁸⁷ Vgl. *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 512.

¹⁰⁸⁸ Vgl. *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 512.

¹⁰⁸⁹ *Henckel* in: *Jaeger*, § 35 Rdnr. 512.

¹⁰⁹⁰ *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 515.

¹⁰⁹¹ *Mugdan*, Mat. III, S. 762; *Pohlmann* in: MüKo BGB, § 1059 Rdnr. 1.

ZPO)¹⁰⁹². Für den Nießbrauch regelt § 1059 Satz 2 BGB, dass die Ausübung einem anderen überlassen werden kann. Aufgrund der daraus resultierenden Pfändbarkeit wird auch die Massezugehörigkeit der Nutzungsbefugnis – nach herrschender Ansicht allerdings nicht des Nießbrauchsstammrechts selbst¹⁰⁹³ – anerkannt, so dass der Insolvenzverwalter Nutzungen ziehen und diese Nutzungsbefugnis auch weiter übertragen kann¹⁰⁹⁴. Im Gegensatz zur Rechtslage bei natürlichen Personen ist bei juristischen Personen und rechtsfähigen Personengesellschaften nach § 1059a BGB bereits das Stammrecht des Nießbrauchs übertragbar, wenn das gesamte Vermögen der Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf einen anderen übergeht oder ein von der Gesellschaft betriebenes Unternehmen ganz oder teilweise übertragen wird und der Nießbrauch diesem zu dienen geeignet ist. Für Handelsgesellschaften wird die Massezugehörigkeit des Nießbrauchsstammrechts daher auf Grundlage des § 1059a BGB teilweise anerkannt¹⁰⁹⁵, wobei eine Verwertung nur nach Maßgabe des § 1059a BGB erfolgen soll, da die Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters nicht über die des Schuldners hinausgehen könne¹⁰⁹⁶. Fraglich ist allerdings, ob damit der Regelung des § 1059b BGB, wonach ein Nießbrauch aufgrund des § 1059a BGB weder gepfändet noch verpfändet oder mit einem Nießbrauch belastet werden kann, hinreichend Rechnung getragen wird. § 1059b BGB soll eine Erweiterung der sich aus §§ 857 Abs. 3 ZPO, 1059 Satz 2 BGB ergebenden Pfändbarkeit des Nießbrauchs verhindern¹⁰⁹⁷. Soll § 1059a BGB folglich nur unter gewissen Umständen die Übertragung des Nießbrauchsrechts ermöglichen, nicht aber die Pfändbarkeit des Nießbrauchs erweitern, ist es auch nicht gerechtfertigt, eine Unterscheidung hinsichtlich der Massezugehörigkeit des Nießbrauchsrechts zwischen juristischen Personen und rechtsfähigen Personengesellschaften einerseits und sonstigen Schuldndern andererseits auf diese Norm zu stützen¹⁰⁹⁸.

Es ist jedoch überaus fraglich, ob an der Beschlagnahmefreiheit des Nießbrauchsstammrechts festgehalten werden kann. In der Einzelzwangsvollstreckung ist nach herrschender Ansicht nicht lediglich die Ausübungsbefugnis, sondern das Stammrecht selbst pfändbar, wobei der Pfandgläubiger den Nießbrauch wegen § 857 Abs. 3 ZPO

¹⁰⁹² BGHZ 95, 99 (101 f.) = NJW 1985, 2827 f.; *Bassenge* in: Palandt, § 1059 Rdnr. 5.

¹⁰⁹³ *Bäuerle* in: Braun, § 35 Rdnr. 18; *Eickmann* in: HK InsO, § 36 Rdnr. 38; *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 173; *Stürner* in: Soergel, § 1059 Rdnr. 11; a.A.: *OLG Frankfurt* NJW-RR 1991, 445; *Bassenge* in: Palandt, § 1059 Rdnr. 7; *Breutigam* in: BK InsO, § 35 Rdnr. 8.

¹⁰⁹⁴ *Eickmann* in: HK InsO, § 36 Rdnr. 38; *Henckel* in: Jaeger, § 36 Rdnr. 48; *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 173; *Weis* in: Hess/Weis/Wienberg, §§ 35, 36 Rdnr. 194.

¹⁰⁹⁵ *Hirte* in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 192; *H.-F. Müller*, S. 31; *K. Schmidt/Schulz*, ZIP 1982, 1015 (1020).

¹⁰⁹⁶ *H.-F. Müller*, S. 31.

¹⁰⁹⁷ Vgl. *Bassenge* in: Palandt, § 1059b Rdnr. 1; *Frank* in: Staudinger, § 1059b Rdnr. 2; *Stürner* in: Soergel, § 1059b Rdnr. 1.

¹⁰⁹⁸ So auch *Henckel* in: Jaeger, § 36 Rdnr. 52; a.A. *H.-F. Müller* in: Jaeger, § 35 Rdnr. 145.

nicht verwerten, sondern lediglich zu seiner Befriedigung ausüben darf¹⁰⁹⁹. Das Bedürfnis der Pfändbarkeit des Stammrechts resultiert hier aus der ansonsten bestehenden Möglichkeit des Schuldners, auf das Recht zu verzichten oder dessen Inhalt zu ändern¹¹⁰⁰. Diese Gefahr besteht während des Insolvenzverfahrens wegen § 81 Abs. 1 InsO nicht, weshalb auch die Frage der Massezugehörigkeit des Stammrechts praktisch keine Konsequenzen hat¹¹⁰¹. Sieht man den Insolvenzverwalter allerdings mit der herrschenden Ansicht als befugt an, die Löschung des Nießbrauchs zu bewilligen¹¹⁰², um auf diese Weise den Nießbrauch durch Verzicht gegen eine Entschädigung zu verwerten¹¹⁰³, ist es konsequent, nicht nur die Ausübungsbefugnis, sondern das vom Verzicht erfasste Stammrecht selbst als massezugehörig anzusehen.

Letztlich kann die Frage nach der Massezugehörigkeit des Stammrechts für die Frage der Vollabwicklung insolventer Handelsgesellschaften allerdings offen bleiben. Für eine verfahrensimmanente Vollabwicklung und selbst für eine Vollbeendigung einer insolventen Handelsgesellschaft bedarf es einer Einbeziehung des Stammrechts des Nießbrauchs nicht. Wie an § 1061 Satz 2 BGB zu erkennen ist, wonach ein Nießbrauch, der einer juristischen Person oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft zusteht, mit dieser erlischt, kann das Bestehen eines Nießbrauchsrechts die Vollbeendigung einer Gesellschaft nicht hindern¹¹⁰⁴. Ein bestehendes Nießbrauchsrecht ist daher weder als Vermögen noch als sonstiger, eine Vollbeendigung hindernder Abwicklungsbedarf zu qualifizieren. Selbst wenn das Stammrecht des Nießbrauchs also mit der herrschenden Ansicht als insolvenzfremd angesehen wird, schließt ein solches die vollständige verfahrensimmanente Abwicklung insolventer Handelsgesellschaften nicht aus.

bbb. Beschränkt persönliche Dienstbarkeit

Ebenso wie der Nießbrauch ist eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit nicht übertragbar, § 1092 Abs. 1 Satz 1 BGB. Im Gegensatz zum Nießbrauch kann allerdings auch die Ausübung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit nach § 1092 Abs. 1

¹⁰⁹⁹ Vgl. BGHZ 62, 133 (136 ff.); BGH NJW 2006, 1124 f.; Bassenge in: Palandt, § 1059 Rdnr. 5; Pohlmann in: MüKo BGB, § 1059 Rdnr. 19; a.A. Stürner in Soergel, § 1059 Rdnr. 9a.

¹¹⁰⁰ BGHZ 62, 133 (138 f.); Frank in: Staudinger, § 1059 Rdnr. 27.

¹¹⁰¹ Vgl. Frank in: Staudinger, § 1059 Rdnr. 32; Henckel in: Jaeger, § 36 Rdnr. 48; der Argumentation des OLG Frankfurt NJW-RR 1991, 445, wonach eine Massezugehörigkeit des Stammrechts notwendig ist, um Manipulationen des Schuldners zu vermeiden, ist daher die Grundlage entzogen.

¹¹⁰² OLG Frankfurt NJW-RR 1991, 445; Lwowski/Peters in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 173; Weis in: Hess/Weis/Wienberg, §§ 35, 36 Rdnr. 196; vgl. auch Henckel in: Jaeger, § 36 Rdnr. 48.

¹¹⁰³ H.-F. Müller, S. 32.

¹¹⁰⁴ Vgl. auch Neubauer in: MünchHdb. GesR, § 67 Rdnr. 8.

Satz 2 BGB keinem Dritten überlassen werden, sofern keine Gestattung vorliegt¹¹⁰⁵. Sollte die Überlassung der Dienstbarkeit im Einzelfall gestattet sein, richtet sich die Pfändbarkeit wie beim Nießbrauch nach § 857 Abs. 3 ZPO, so dass die Dienstbarkeit in diesem Fall in die Masse fällt¹¹⁰⁶. Fehlt es an einer Gestattung, ist die beschränkt persönliche Dienstbarkeit hingegen mangels „Überlassbarkeit“ der Ausübung (vgl. § 857 Abs. 3 ZPO) nach §§ 857 Abs. 1, 851 Abs. 1 ZPO unpfändbar¹¹⁰⁷ und daher nicht Bestandteil der Insolvenzmasse¹¹⁰⁸. Auch im Insolvenzverfahren über das Vermögen juristischer Personen und rechtsfähiger Personengesellschaften kann die beschränkt persönliche Dienstbarkeit trotz des Verweises des § 1092 Abs. 2 BGB auf § 1059a BGB sowie der Übertragbarkeit gemäß § 1092 Abs. 3 Satz 1 BGB wegen § 1059b BGB, auf den sowohl § 1092 Abs. 2 BGB als auch § 1092 Abs. 3 Satz 4 BGB verweisen, nicht als Bestandteil der Insolvenzmasse angesehen werden¹¹⁰⁹. Ebenso wenig wie das Bestehen eines Nießbrauchs, kollidiert jedoch das Bestehen einer massefreien beschränkt persönlichen Dienstbarkeit mit dem Vollabwicklungszweck. Selbst wenn die Dienstbarkeit insolvenzfremd ist, kann eine insolvente Handelsgesellschaft vollständig abgewickelt und sogar vollbeendet werden¹¹¹⁰, da es sich bei der Dienstbarkeit ebenso wie beim Nießbrauch weder um ein die Abwicklung hinderndes Restvermögen der Gesellschaft noch um sonstigen nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarf handelt, vgl. §§ 1090 Abs. 2 i.V.m. 1061 Satz 2 BGB.

ccc. Vorkaufsrechte

Bei der Untersuchung, ob Vorkaufsrechte Bestandteile der Insolvenzmasse sind, muss zwischen persönlichen Vorkaufsrechten nach § 463 BGB, subjektiv-persönlichen Vorkaufsrechten nach § 1094 Abs. 1 BGB und subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechten nach § 1094 Abs. 2 BGB unterschieden werden.

Das persönliche Vorkaufsrecht ist wegen der engen Verknüpfung zur Person des Berechtigten¹¹¹¹ gemäß § 473 Satz 1 BGB im Zweifel nicht übertragbar. Daraus folgt nach § 857 Abs. 1, 851 Abs. 1 ZPO die Unpfändbarkeit und schließlich die fehlende

¹¹⁰⁵ BGH NJW 1961, 1392; *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 454.

¹¹⁰⁶ BGH NJW 1961, 1392; *BGH MDR* 2007, 296; *Weis* in: Hess/Weis/Wienberg, §§ 35, 36 Rdnr. 124.

¹¹⁰⁷ *BGH MDR* 2007, 296.

¹¹⁰⁸ *BGH MDR* 2007, 296; *Henckel* in: Jaeger, § 36 Rdnr. 53; *Weis* in: Hess/Weis/Wienberg, §§ 35, 36 Rdnr. 124.

¹¹⁰⁹ Vgl. bereits zum Nießbrauch Vierter Teil II. 1. b. ee. aaa., S. 213 ff.; a.A. *Henckel* in: Jaeger, § 36 Rdnr. 53 (anders hingegen zum Nießbrauch sowie zum subjektiv-persönlichen Vorkaufsrecht, vgl. *Henckel* in: Jaeger, § 36 Rdnr. 52, 41).

¹¹¹⁰ Vgl. auch *Henckel* in: Jaeger, § 36 Rdnr. 53.

¹¹¹¹ *Westermann* in: MüKo BGB, § 473 Rdnr. 1.

Massezugehörigkeit im Insolvenzverfahren¹¹¹². Gleiches gilt gemäß §§ 1098 Abs. 1 Satz 1, 473 Satz 1 BGB i.V.m. §§ 857 Abs. 1, 851 Abs. 1 ZPO für das subjektiv-persönliche Vorkaufsrecht¹¹¹³ und zwar bezüglich der fehlenden Massezugehörigkeit wegen §§ 1098 Abs. 3, 1059b BGB selbst dann, wenn es sich beim Vorkaufsberechtigten um eine juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft handelt, bei denen das Vorkaufsrecht nach §§ 1098 Abs. 3, 1059a BGB unter den genannten Umständen übertragbar ist¹¹¹⁴. Anders ist die Lage beim subjektiv-dinglichen Vorkaufsrecht nach § 1094 Abs. 2 BGB, welches nach § 1103 Abs. 1 InsO nicht vom Eigentum an dem Grundstück, für das es eingeräumt wurde, getrennt werden kann. Damit ist das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht zwar nicht isoliert übertragbar, wohl aber gemeinsam mit dem Grundstück, für dessen jeweiligen Eigentümer es bestellt wurde, so dass das Vorkaufsrecht gemeinsam mit diesem Grundstück Bestandteil der Insolvenzmasse ist¹¹¹⁵.

Da der Insolvenzverwalter zur Vollabwicklung insolventer Handelsgesellschaften den gesamten vermögens- und nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarf innerhalb des Insolvenzverfahrens decken muss, seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nach § 80 Abs. 1 InsO allerdings auf die Insolvenzmasse beschränkt ist, stellt sich hinsichtlich des persönlichen und des subjektiv-persönlichen Vorkaufsrechts die Frage, ob die Massesfreiheit solcher Rechte den Insolvenzverwalter an der Vollabwicklung der vorkaufsberechtigten insolventen Handelsgesellschaft hindert. Ebenso wie beim Nießbrauch und der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit ist dies jedoch auch bei den unübertragbaren Vorkaufsrechten zu verneinen. Auch diese erlöschen nach §§ 1098 Abs. 1 Satz 1, 473 Satz 1 BGB mit dem Tod des Berechtigten und ebenso mit der Vollbeendigung einer Gesellschaft, für die sie bestellt sind¹¹¹⁶. Da die Vollbeendigung einer Gesellschaft folglich trotz eines für sie bestehenden Vorkaufsrechts möglich ist, handelt es sich bei bestehenden unübertragbaren Vorkaufsrechten also nicht um Rechte, die einer Abwicklung bedürfen und somit einer Vollbeendigung im Wege stehen könnten. Ebenso wie nach herrschender Ansicht der Nießbrauch sowie regelmäßig die beschränkt persönliche Dienstbarkeit sind unübertragbare Vorkaufsrechte also massesfrei, was eine verfahrensimmanente Vollbeendigung insolventer Handelsgesellschaften jedoch nicht hindert.

¹¹¹² *Henckel* in: Jaeger, § 36 Rdnr. 41; vgl. auch *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 439.

¹¹¹³ *Henckel* in: Jaeger, § 36 Rdnr. 41.

¹¹¹⁴ Vgl. zum Nießbrauch Vierter Teil II. 1. b. ee. aaa., S. 213 ff.; ebenso *Henckel* in: Jaeger, § 36 Rdnr. 41.

¹¹¹⁵ *Eickmann* in: HK InsO, § 36 Rdnr. 53; *Henckel* in: Jaeger, § 36 Rdnr. 41; *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 439.

¹¹¹⁶ *Westermann* in: MüKo BGB, § 473 Rdnr. 3.

ddd. Zusammenfassung

Die hier untersuchten Rechte sind, vom subjektiv-dinglichen Vorkaufsrecht abgesehen, allesamt grundsätzlich unübertragbar. Zwar ist eine Übertragung unter den in § 1059a BGB genannten Voraussetzungen bei juristischen Personen und rechtsfähigen Personengesellschaften möglich, dass dies aber auf die Pfändbarkeit und folglich auf die Massezugehörigkeit keinen Einfluss hat, zeigt § 1059b BGB. Auch wenn unübertragbare Rechte nach § 857 Abs. 3 ZPO der Pfändung insoweit unterworfen sind, als ihre Ausübung einem anderen überlassen werden kann, was bei Nießbrauch gemäß § 1059 Satz 2 BGB grundsätzlich, bei einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit hingegen lediglich bei entsprechender Gestattung möglich ist, soll in diesem Fall nach herrschender Ansicht lediglich die Nutzungsbefugnis und nicht das Stammrecht selbst Bestandteil der Masse sein. Unabhängig davon, ob dem zu folgen ist, hindert der Bestand dieser Rechte aber nicht die Vollabwicklung. Nach den gesetzlichen Regelungen erlöschen diese mit dem Tod bzw. der Vollabwicklung des jeweiligen Rechtsträgers. Damit handelt es sich bei den genannten Rechten weder um die Vollbeendigung hindernde Vermögenswerte noch um sonstigen, nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarf.

ff. Unübertragbare schuldrechtliche Positionen

Nachdem die Massezugehörigkeit der unübertragbaren dinglichen Rechte untersucht wurde, soll nun anhand des Anspruchs auf Ausführung eines Auftrags, der Rechte des Angebotsempfängers auf Annahme eines Vertragsangebots, der Ansprüche auf Befreiung von einer Schuld sowie anhand des Rechts des Hinterlegers auf Rücknahme einer hinterlegten Sache auf – jedenfalls grundsätzlich – unübertragbare schuldrechtliche Positionen eingegangen werden.

aaa. Anspruch auf Ausführung eines Auftrags

Wie bereits erwähnt, richtet sich die Vollstreckbarkeit von Forderungen und sonstigen Vermögensrechten und damit deren Massezugehörigkeit (vgl. § 36 Abs. 1 InsO) gemäß §§ 857 Abs. 1, 851 Abs. 1 ZPO nach der Übertragbarkeit des jeweiligen Rechts. Nach § 664 BGB sind sowohl die Ausführung eines Auftrags als auch der Anspruch auf Ausführung eines Auftrags im Zweifel nicht übertragbar. Der Grund hierfür ist eine enge persönliche Bindung und das daraus resultierende persönliche Vertrauen

zwischen Auftraggeber und Beauftragtem¹¹¹⁷. Regelmäßig wird der Auftraggeber den Auftrag gerade wegen bestimmter Charaktereigenschaften – insbesondere der Kompetenz und Zuverlässigkeit – des Beauftragten erteilen¹¹¹⁸. Ob eine solche persönliche Vertrauensbeziehung auch im Verhältnis zu Handelsgesellschaften vorliegen kann oder ob in diesem Fall die Zweifelsregelungen des § 664 Abs. 1 und Abs. 2 BGB generell nicht greifen, ist allerdings fraglich. Für die vorliegende Prüfung der Existenz massefreier Vermögens kommt es lediglich auf die Konstellation an, in der die insolvente Handelsgesellschaft einen Anspruch auf Ausführung eines Auftrags (§ 664 Abs. 2 BGB) hat, da nur hier verwertbares Vermögen der Schuldnerin besteht, das im Falle der Massefreiheit die Vollabwicklung hindern könnte. Des Weiteren spielen nur solche Aufträge eine Rolle, die sich nicht auf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen beziehen. Denkbar sind beispielsweise Aufträge, die – sollte die Freigabe im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften zulässig sein¹¹¹⁹ – freigegebene Massegegenstände betreffen. Andere Aufträge erlöschen dagegen nach § 115 Abs. 1 InsO mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

Eine Übertragung des Anspruchs auf Ausführung eines Auftrags ist unter Berücksichtigung des Zwecks des Substitutionsverbots in § 664 Abs. 2 BGB immer dann zulässig, wenn für die Art der Tätigkeit das persönliche Vertrauen keine Rolle spielt¹¹²⁰. Für beauftragte Handelsgesellschaften hat bereits das *RG* entschieden, dass die Persönlichkeit keine Rolle spiele, sondern vielmehr die Art des Geschäftsbetriebs sowie die Kreditwürdigkeit maßgeblich seien¹¹²¹. Dennoch erscheint eine andere Betrachtung angezeigt, wenn wie hier die Handelsgesellschaft Auftraggeber ist. Erklärt sich beispielsweise ein Mitarbeiter, Gesellschafter oder Organ der Gesellschaft dieser gegenüber zur Vornahme eines auftragsweise übertragenen Geschäfts bereit, kann durchaus ein besonderes Interesse des Beauftragten gegeben sein, den Auftrag niemandem anderem gegenüber vornehmen zu müssen. Es muss daher im Einzelfall entschieden werden, ob die Zweifelsregelung des § 664 Abs. 2 bei Handelsgesellschaften als Auftraggeber eingreift. Sollte dies aufgrund der jeweiligen Tätigkeit oder der schutzwürdigen Interessen des Beauftragten der Fall sein, fällt der Anspruch auf Ausführung des Auftrages nicht in die Masse. Mangels selbstständiger Verwertbarkeit dieses Anspruchs ist dies allerdings für die Herbeiführung einer verfahrensimmanenten Vollbeendigung unschädlich, da mangels Verwertbarkeit kein zur Befriedigung der Gläubiger oder zur Verteilung unter den Gesellschaftern geeigneter Vermögenswert

¹¹¹⁷ *Ehmann* in: Erman, § 664 Rdnr. 3; *Mansel* in: Jauernig, § 664 Rdnr. 3; *Seiler* in: MüKo BGB, § 664 Rdnr. 1.

¹¹¹⁸ *Dreyer*, JZ 2007, 606 (612).

¹¹¹⁹ Siehe zur Zulässigkeit der Freigabe unten, Vierter Teil II. 2. b., S. 235 ff.

¹¹²⁰ *Weis* in: Hess/Weis/Wienberg, §§ 35, 36 Rdnr. 108.

¹¹²¹ Vgl. zu § 673 BGB *RGZ* 150, 289 (291 f.); *Dreyer*, JZ 2007, 606 (613).

existiert, der die Vermögenslosigkeit hindern würde¹¹²². Auch nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf liegt bei Bestehen des Anspruchs nicht vor, da der Anspruch, ohne dass es einer Abwicklung bedürfte, mit der Vollbeendigung wegen Wegfalls des Schuldners erlischt¹¹²³. Ansprüche auf Ausführung eines Auftrags könnten die Vollbeendigung folglich nur hindern, wenn sie übertragbar sind. In diesem Fall tritt der persönliche Charakter des Auftrags jedoch ohnehin in den Hintergrund, so dass der Anspruch auf Ausführung des Auftrags Massebestandteil und im Rahmen des Insolvenzverfahrens verwertbar ist.

bbb. Recht des Angebotsempfängers auf Annahme eines Vertragsangebots

Ähnlich ist die Rechtslage auch hinsichtlich des Rechts des Angebotsempfängers auf Annahme eines Vertragsangebots, wobei hier vieles umstritten ist. Die Frage der Massezugehörigkeit dieses Rechts stellt sich jedoch nur dann, wenn die Bindungswirkung des Angebots trotz Insolvenzeröffnung fortbesteht.

Teilweise wird davon ausgegangen, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Angebotsempfängers regelmäßig zum Entfallen der Bindungswirkung führt¹¹²⁴. Demgegenüber wird vertreten, dass der Antrag auch in diesem Fall grundsätzlich annahmefähig bleibt, soweit sich nichts anderes – wie etwa bei Kreditverträgen – aus dem Antrag ergibt¹¹²⁵. Eine dritte Ansicht stellt schließlich auf die Auslegung des Angebots im Einzelfall ab¹¹²⁶. Einer intensiven Auseinandersetzung mit den vertretenen Ansichten bedarf es im Rahmen der vorliegenden Untersuchung aber nicht, da nach sämtlichen Ansichten Fälle denkbar sind, in denen die Bindungswirkung fortbesteht, so dass sich in diesen Fällen auch die Frage der Massezugehörigkeit des Annahmerechts stellt. Entscheidend dafür ist nach § 36 Abs. 1 InsO, ob das Recht zur Annahme eines Angebots der Zwangsvollstreckung unterworfen ist. Nach §§ 857 Abs. 1, 851 Abs. 1 ZPO würde die Vollstreckbarkeit in das Recht dessen Übertragbarkeit voraussetzen¹¹²⁷. Auch die Frage, inwiefern das Recht übertragbar ist, wird jedoch nicht einheitlich beurteilt, wobei teilweise im Zweifel von der Unübertragbarkeit ausgegangen wird, da dem Antragenden kein anderer Vertragsgegner auf-

¹¹²² Vgl. zum Begriff der Vermögenslosigkeit Zweiter Teil VI. 6., S. 82 ff. sowie zur Eignung zur Befriedigung der Gläubiger Viertes Teil II. 1. b. bb. aaa., S. 198.

¹¹²³ Vgl. *Wenzel* in: MüKo BGB, vor § 362 Rdnr. 5; einer vorgeschlagenen Massezugehörigkeit derartiger unübertragbarer Ansprüche auf Ausführung eines Auftrags unter Leugnung der Veräußerungsbefugnis des Insolvenzverwalters (vgl. *K. Schmidt/Schulz*, ZIP 1982, 1015 [1019]) bedarf es daher nicht.

¹¹²⁴ *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, 12. Aufl., § 35 Rdnr. 15.

¹¹²⁵ *Kramer* in: MüKo BGB, § 145 Rdnr. 23.

¹¹²⁶ *Häsemeyer*, Rdnr. 10.12; *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 11.

¹¹²⁷ Vgl. auch *Kramer* in: MüKo BGB, § 145 Rdnr. 23.

gedrängt werden dürfe, und demgegenüber eine Beurteilung nach dem Sinn des Angebots im Einzelfall ohne Rückgriff auf eine Zweifelsregelung erfolgen soll¹¹²⁸. Da unabhängig von der vertretenen Ansicht weder eine generelle Unübertragbarkeit noch eine generelle Übertragbarkeit angenommen werden kann, ist zu unterscheiden: Soweit die Übertragbarkeit des Rechts zur Annahme eines Angebots anzunehmen ist, fällt dieses in die Insolvenzmasse und kann vom Insolvenzverwalter verwertet werden¹¹²⁹. Bei fehlender Übertragbarkeit gehört das Recht hingegen nicht zur Masse. Dennoch hindert das Bestehen dieses massefreien Rechts nicht die Vermögenslosigkeit der Schuldnerin, obwohl ein Vermögenswert anzuerkennen ist, soweit eine Annahme einen vorteilhaften Vertrag zustande bringen würde¹¹³⁰. Entscheidend für die Eignung eines Vermögenswertes zur Befriedigung der Gläubiger oder die Verteilung unter den Gesellschaftern ist nämlich – wie bereits dargestellt¹¹³¹ – dessen Verwertbarkeit. Eine Verwertung des Rechts kommt jedoch nur bei Übertragbarkeit in Betracht und damit lediglich in Fällen, in denen das Recht ohnehin in die Masse fällt und vom Insolvenzverwalter verwertet werden kann, nicht hingegen in den Fällen der Unübertragbarkeit, in denen ebenso wie beim unübertragbaren Anspruch auf Ausführung eines Auftrags trotz Bestehens des Rechts folglich kein die Vollbeendigung hinderndes Vermögen besteht. Einer Einbeziehung des Rechts auf Annahme eines Angebots in die Masse zur Ermöglichung der verfahrensimmanenten Vollabwicklung bedarf es daher nicht¹¹³².

ccc. Schuldbefreiungsansprüche

Schuldbefreiungsansprüche sind außer an den Gläubiger nach § 399 Alt. 1 BGB nicht übertragbar, da sich der Befreiungsanspruch mit der Übertragung in einen Zahlungsanspruch verwandeln würde und damit mit der Übertragung eine Inhaltsänderung der Forderung einherginge¹¹³³. Mangels Übertragbarkeit unterliegen Schuldbefreiungsansprüche folglich gemäß § 851 Abs. 1 ZPO lediglich der Zwangsvollstreckung durch den Gläubiger des Anspruchs, im Übrigen sind sie nicht pfändbar¹¹³⁴. Dementsprechend müssten solche Ansprüche gemäß § 36 Abs. 1 InsO massefrei sein. Dennoch wird die Massezugehörigkeit von Schuldbefreiungsansprüchen nach allgemeiner An-

¹¹²⁸ Vgl. zum Meinungsstand mit weiteren Nachweisen *Kramer* in: MüKo BGB, § 145 Rdnr. 23.

¹¹²⁹ A.A. *Pech*, S. 26 f., die von einer grundsätzlichen Massefreiheit des Rechts des Angebotsempfängers zur Annahme eines Angebots ausgeht; zustimmend *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, 12. Aufl., § 35 Rdnr. 15.

¹¹³⁰ *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, 12. Aufl., § 35 Rdnr. 15.

¹¹³¹ Vgl. Zweiter Teil VI. 6., S. 82 ff. sowie Vierter Teil II. 1. b. bb. aaa., S. 198.

¹¹³² So allerdings *K. Schmidt/Schulz*, ZIP 1982, 1015 (1019).

¹¹³³ *BGHZ* 12, 136 (141); *BGH NJW* 1993, 2232 (2233); *Roth* in: MüKo BGB, § 399 Rdnr. 15.

¹¹³⁴ *Smid* in: MüKo ZPO, § 851 Rdnr. 11.

sicht anerkannt¹¹³⁵, da der Insolvenzverwalter andernfalls den Schuldbefreiungsanspruch nicht durchsetzen könnte, wenn der Gläubiger seinen Anspruch im Insolvenzverfahren geltend macht¹¹³⁶. Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens verwandelt sich der massezugehörige Schuldbefreiungsanspruch dann in einen vom Insolvenzverwalter verwertbaren Zahlungsanspruch¹¹³⁷. Die Vollabwicklung wird durch das Bestehen eines Schuldbefreiungsanspruchs daher trotz dessen grundsätzlicher Unübertragbarkeit nicht gehindert.

ddd. Recht des Hinterlegers auf Rücknahme einer hinterlegten Sache

Das Recht zur Rücknahme einer hinterlegten Sache ist nach § 377 Abs. 1 BGB unpfändbar und fällt daher nicht in die Insolvenzmasse¹¹³⁸. Die Verwertung der hinterlegten Sache ist dem Insolvenzverwalter folglich verwehrt, obwohl diese weiterhin dem Schuldner gehört¹¹³⁹. Auch der Schuldner kann allerdings nach § 377 Abs. 2 BGB während des Insolvenzverfahrens das Recht zur Rücknahme nicht ausüben, so dass dieses erst nach Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens wieder auflebt¹¹⁴⁰. Etwas anderes gilt dann, wenn das Recht des Gläubigers auf die hinterlegte Sache nach § 382 BGB erlischt. In diesem Fall kann der Insolvenzverwalter die Sache trotz der Regelung des § 377 Abs. 1 BGB für die Masse zurücknehmen und verwerten¹¹⁴¹.

Nimmt der Gläubiger während des Insolvenzverfahrens die hinterlegte Sache an, was trotz § 91 InsO möglich ist¹¹⁴², erwirbt er das Eigentum und hat im Fall einer Zug-um-Zug zu erbringenden Leistung die Gegenleistung an den Insolvenzverwalter zur Masse zu erbringen¹¹⁴³. Andernfalls besteht mit der hinterlegten Sache ein innerhalb des In-

¹¹³⁵ RGZ 139, 315 (321); BGH NZI 2001, 539 (540); Hirte in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 162; Holzer in: Kübler/Prütting, § 35 Rdnr. 79; Lwowski/Peters in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 399; Weis in: Hess/Weis/Wienberg, §§ 35, 36 Rdnr. 116.

¹¹³⁶ Vgl. RGZ 71, 363 (364); Holzer in: Kübler/Prütting, § 35 Rdnr. 79.

¹¹³⁷ BGHZ 57, 78 (81) = NJW 1971, 2218; BGH NZI 2001, 539 (540); Hirte in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 162; Lwowski/Peters in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 399.

¹¹³⁸ Eickmann in: HK InsO, § 36 Rdnr. 46; Henckel in: Jaeger, § 36 Rdnr. 28; Hirte in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 206; Weis in: Hess/Weis/Wienberg, §§ 35, 36 Rdnr. 166; Wenzel in: MüKo BGB, § 377 Rdnr. 2.

¹¹³⁹ Henckel in: Jaeger, § 36 Rdnr. 28; Lwowski/Peters in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 424.

¹¹⁴⁰ Wenzel in: MüKo BGB, § 377 Rdnr. 2; eine Rücknahme durch den Schuldner ist selbst bei Zustimmung des Gläubigers während des Insolvenzverfahrens nicht zulässig, da ansonsten die Hinterlegungswirkungen des § 379 BGB mit unter Umständen nachteiligen Folgen für die Masse (vgl. § 379 Abs. 2 BGB) beseitigt würden, dazu Henckel in: Jaeger, § 36 Rdnr. 29.

¹¹⁴¹ Henckel in: Jaeger, § 36 Rdnr. 28; Hirte in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 206; Lwowski/Peters in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 425; Wienberg in: Hess/Weis/Wienberg, §§ 35, 36 Rdnr. 166.

¹¹⁴² Henckel in: Jaeger, § 36 Rdnr. 28.

¹¹⁴³ Henckel in: Jaeger, § 36 Rdnr. 28; Hirte in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 206; Lwowski/Peters in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 425.

solvenzverfahrens nicht verwertbarer Vermögenswert, der eine verfahrensimmanente Vollbeendigung hindert. Eine Vollbeendigung wäre allerdings möglich, wenn der Schuldner während des Verfahrens auf sein Recht zur Rücknahme der hinterlegten Sache verzichtet¹¹⁴⁴. Da § 377 Abs. 2 BGB lediglich die Ausübung des Rechts während des Insolvenzverfahrens untersagt, ist ein Verzicht auf das Rücknahmerecht nach § 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB auch während des Insolvenzverfahrens möglich¹¹⁴⁵. Fraglich ist dann allerdings, ob man den Verzicht auf das Rücknahmerecht auch unter Berücksichtigung des Vollabwicklungszwecks im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften lediglich dem Schuldner, mit der Folge, dass die aufgelöste Schuldnerin selbst über ihre verfahrensimmanente Vollbeendigung disponieren könnte, und nicht auch dem Insolvenzverwalter gestatten soll¹¹⁴⁶. Aufgrund des Vollabwicklungszwecks soll ein auf Liquidation gerichtetes Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Handelsgesellschaft grundsätzlich immer zu deren Vollbeendigung führen, soweit nicht auf den Verfahrenshauptzweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung zurückzuführende Gläubigerinteressen beeinträchtigt werden. Interessen des Schuldners oder gar dessen Entscheidung können hingegen keinen Einfluss auf die Vollabwicklung haben. Im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften ist daher der Verzicht auf das Recht auf Rücknahme einer hinterlegten Sache ausschließlich dem Insolvenzverwalter zuzugestehen, so dass durch einen vom Insolvenzverwalter erklärten Verzicht das Rücknahmerecht beseitigt und damit die Vollbeendigung herbeigeführt werden kann.

eee. Zusammenfassung

Der Anspruch auf Ausführung eines Auftrags sowie das Recht des Angebotsempfängers zur Annahme oder Ablehnung eines Vertragsangebots können je nach Fall sowohl übertragbar als auch unübertragbar sein. Während die Rechte im Fall der Übertragbarkeit Bestandteile der Insolvenzmasse und damit einer Verwertung durch den Insolvenzverwalter zugänglich sind, fallen diese bei Unübertragbarkeit zwar nicht in die Masse, mangels Verwertbarkeit handelt es sich allerdings auch nicht um Vermögenswerte, die zur Befriedigung der Gläubiger oder Verteilung unter den am Schuldner beteiligten Personen geeignet sind, so dass das Bestehen der Rechte im Fall der Massefreiheit die verfahrensimmanente Vollbeendigung nicht hindert. Schuldbefreiungsansprüche sind demgegenüber trotz ihrer grundsätzlichen Unübertragbarkeit Bestandteil der Masse und wandeln sich im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung in Zahlungs-

¹¹⁴⁴ Vgl. zur Hinterlegung nach § 73 Abs. 2 GmbHG K. Schmidt in: Scholz, § 73 Rdnr. 10.

¹¹⁴⁵ Henckel in: Jaeger, § 36 Rdnr. 28; Wenzel in: MüKo BGB, § 377 Rdnr. 2.

¹¹⁴⁶ Dagegen Henckel in: Jaeger, § 36 Rdnr. 28.

ansprüche um, die der Insolvenzverwalter verwerten kann. Schließlich gehört das Recht des Hinterlegers auf Rücknahme einer hinterlegten Sache mangels Pfändbarkeit nicht zur Insolvenzmasse. Auch dem Schuldner ist die Ausübung des Rücknahme-rechts aber während des Insolvenzverfahrens untersagt. Der Verzicht auf das Recht wird dem Schuldner jedoch während des Verfahrens zugestanden. Unter Berücksichtigung des Vollabwicklungszwecks muss dieses Verzichtrecht im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften zur Ermöglichung der Vollbeendigung allerdings ausschließlich dem Insolvenzverwalter zustehen, da andernfalls der Schuldner selbst über seine Vollbeendigung entscheiden könnte. Trotz der auf unterschiedlichen Gründen basierenden Unübertragbarkeit der untersuchten schuldrechtlichen Positionen hindern diese daher, auch wenn deren Massezugehörigkeit teilweise abzulehnen ist, nicht die Vollbeendigung der schuldnerischen Handelsgesellschaft innerhalb des Insolvenzverfahrens.

gg. Mitgliedschaften in anderen Gesellschaften

Schließlich soll die Massezugehörigkeit der Mitgliedschaft des Schuldners in anderen Gesellschaften untersucht werden. Dabei ist zwischen Beteiligungen an juristischen Personen und Personengesellschaften zu unterscheiden.

Gesellschaftsanteile, die der insolventen Handelsgesellschaft an anderen¹¹⁴⁷ juristischen Personen zustehen, sind wegen ihrer Übertragbarkeit pfändbar (vgl. §§ 857 Abs. 1, 851 Abs. 1 ZPO i.V.m. §§ 15 Abs. 1 GmbHG, 68 Abs. 1 AktG¹¹⁴⁸) und daher ohne Weiteres Bestandteil der Masse¹¹⁴⁹. Sollte die Übertragung nach dem Gesellschaftsvertrag an die Zustimmung der Gesellschaft geknüpft sein (vgl. §§ 15 Abs. 5 GmbHG, 68 Abs. 2 AktG) bedarf es dieser für die Pfändbarkeit des Anteils nicht, da lediglich die freiwillige Veräußerung eines Gesellschaftsanteils von der Zustimmungspflicht erfasst wird¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁷ Die Gesellschaftsanteile der insolventen Gesellschaft stehen demgegenüber den Gesellschaftern zu und sind nicht Teil der Masse, vgl. *Haas* in: Gottwald, § 92 Rdnr. 304.

¹¹⁴⁸ Neben der genannten Möglichkeit der Übertragung von Namensaktien durch Indossament können diese nach allgemeiner Meinung auch im Wege der Abtretung nach §§ 413, 398 BGB übertragen werden, vgl. *Bayer* in: MüKo AktG, § 68 Rdnr. 30. Inhaberaktien werden hingegen wie sonstige Inhaberpapiere auch nach den Regeln zur Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen nach §§ 929 ff. BGB übertragen, vgl. *Heider* in: MüKo AktG, § 10 Rdnr. 37.

¹¹⁴⁹ *Hirte* in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 160; *Holzer* in: Kübler/Prütting, § 35 Rdnr. 68.

¹¹⁵⁰ *BGHZ* 32, 151 (155); vgl. auch *Bayer* in: MüKo AktG, § 68 Rdnr. 52; *Henckel* in: Jaeger, § 36 Rdnr. 58; *Smid* in: MüKo ZPO, § 859 Rdnr. 28.

Die eG nimmt unter den juristischen Personen eine Sonderstellung ein. Zwar könnte man die Übertragbarkeit des Genossenschaftsanteils aus § 76 Abs. 1 GenG folgern, dabei handelt es sich aber nur um eine Übertragung des Geschäftsguthabens¹¹⁵¹ mit einer vereinfachten Möglichkeit des Ausscheidens¹¹⁵². Die Mitgliedschaft selbst ist demgegenüber wegen der personalistischen Struktur der eG ebenso wie der Geschäftsanteil, also der Betrag, mit dem sich ein Mitglied an der Genossenschaft beteiligen kann (§ 7 Nr. 1 GenG), unpfändbar und folglich nicht Bestandteil der Insolvenzmasse¹¹⁵³. Übertragbar, pfändbar und somit massezugehörig ist also lediglich das Geschäftsguthaben. Überträgt der Insolvenzverwalter das Guthaben, ist das Ausscheiden der insolventen Handelsgesellschaft als Mitglied gemäß § 76 Abs. 1 GenG bereits vor dem üblicherweise abzuwartenden Ende des Geschäftsjahres ohne Auseinandersetzung möglich¹¹⁵⁴, so dass kein Mitgliedschaftsrecht zurückbleibt, welches unter Umständen die Vollabwicklung hindern könnte. Will oder kann der Insolvenzverwalter das Guthaben hingegen nicht übertragen, endet die Mitgliedschaft nach § 77a Satz 1 GenG mit dem Abschluss des Geschäftsjahres wegen der mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbundenen Auflösung¹¹⁵⁵ der insolventen Handelsgesellschaft. Nach der Beendigung der Mitgliedschaft findet mit dem ausgeschiedenen Mitglied sodann gemäß § 73 Abs. 1 GenG eine Auseinandersetzung statt. Dabei sind sowohl der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, als auch dieses selbst pfändbar und somit Bestandteil der Masse¹¹⁵⁶. Selbst wenn die Mitgliedschaft in einer Genossenschaft also massefrei ist, kann diese wegen der Beendigung durch Übertragung des Geschäftsguthabens oder Ablauf des Geschäftsjahres der Genossenschaft die Vollbeendigung einer insolventen Handelsgesellschaft nicht hindern.

Bei Personengesellschaften ist die Bedeutung der persönlichen Bindung der Gesellschafter im Vergleich zu Kapitalgesellschaften mit Ausnahme der eG ungleich höher, so dass eine Übertragung der Mitgliedschaft hier ebenso wie bei der eG nicht gesetzlich vorgesehen ist¹¹⁵⁷. Dennoch ist eine Übertragung nach inzwischen allgemeiner

¹¹⁵¹ Beim Geschäftsguthaben handelt es sich um die tatsächliche Höhe der finanziellen Beteiligung eines Mitglieds an der eG, vgl. *Fandrich* in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, § 7 Rdnr. 5.

¹¹⁵² *K. Schmidt*, GesR, S. 564; vgl. auch *Fandrich* in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, § 76 Rdnr. 12.

¹¹⁵³ Vgl. zum Geschäftsanteil *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 228; zur Mitgliedschaft *Pöhlmann* in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, § 18 Rdnr. 4.

¹¹⁵⁴ Vgl. *Fandrich* in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, § 76 Rdnr. 1. Das Ausscheiden ist trotz § 75 GenG, wonach die Beendigung der Mitgliedschaft eines Mitglieds als nicht erfolgt gilt, wenn die Genossenschaft binnen sechs Monaten nach der Beendigung der Mitgliedschaft aufgelöst wird, im Fall der Übertragung des Geschäftsanteils selbst dann möglich, wenn die eG, aus der die Schuldnerin ausscheidet, selbst innerhalb von sechs Monaten insolvent wird, vgl. *Haas* in: Gottwald, § 93 Rdnr. 63 m.w.N.

¹¹⁵⁵ Siehe Erster Teil I. 2. a., S. 13 f.

¹¹⁵⁶ Vgl. *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 229.

¹¹⁵⁷ Vgl. *BGHZ* 44, 229 (231); *K. Schmidt*, GesR, S. 563, 1321.

Ansicht gemäß § 413 BGB¹¹⁵⁸ zulässig, wenn sie gesellschaftsvertraglich vereinbart wurde oder alle Mitgesellschafter zustimmen¹¹⁵⁹. Entsprechend sind Anteile am Gesellschaftsvermögen von Personengesellschaften nach § 859 Abs. 1 Satz 1 ZPO (für Personenhandelsgesellschaften i.V.m. §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB) auch pfändbar und fallen daher in die Insolvenzmasse¹¹⁶⁰. Nach herrschender Auffassung ist Gegenstand der Pfändung die Mitgliedschaft als Gesamtheit der Gesellschafterrechte des Schuldners¹¹⁶¹. Für die Bestimmung der Insolvenzmasse bedeutet das, dass die Mitgliedschaft selbst in die Masse fällt und die Rechte und Ansprüche des Schuldners als Gesellschafter auf den Insolvenzverwalter übergehen¹¹⁶², was unabhängig davon gilt, ob die Gesellschaft wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst wird (vgl. §§ 728 Abs. 1 BGB, 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB) oder der Schuldner aus der Gesellschaft ausscheidet (vgl. §§ 736 Abs. 1 BGB, 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB)¹¹⁶³. Zu beachten ist jedoch, dass dem Insolvenzverwalter eine Verwertung des Gesellschaftsanteils durch Übertragung lediglich in den bereits genannten Fällen der vertraglichen Vereinbarung oder Zustimmung der Mitgesellschafter möglich ist. Fehlt es daran, kommt ebenso wie bei vertraglichem Ausschluss der Übertragung des Anteils¹¹⁶⁴ lediglich die Kündigung der Gesellschaft (vgl. §§ 725 Abs. 1 BGB, 135 HGB) mit der Folge in Betracht, dass anstatt der Mitgliedschaft der Auseinandersetzungsanspruch in die Masse fällt¹¹⁶⁵.

Unabhängig davon, ob eine der schuldnerischen Handelsgesellschaft zustehende Mitgliedschaft eine Personengesellschaft oder eine juristische Person betrifft, ist folglich eine Verwertung – wenn auch bei unübertragbaren Anteilen an Personengesellschaften mit der Einschränkung auf die Kündigung der Gesellschaft – im Rahmen des Insolvenzverfahrens durch den Insolvenzverwalter möglich. Selbst bei Genossenschaften, bei denen die Mitgliedschaft nicht Bestandteil der Insolvenzmasse ist, kann eine Verwertung durch Veräußerung des Geschäftsguthabens und der damit verbundenen Beendigung der Mitgliedschaft ohne Auseinsetzung oder durch Beendigung der Mitgliedschaft wegen Auflösung des Mitglieds mit der Folge, dass der Auseinandersetzungsanspruch als massezugehörig verwertet werden kann, erfolgen. Die Voll-

¹¹⁵⁸ K. Schmidt, GesR, S. 1324.

¹¹⁵⁹ BGHZ 24, 106 (114); K. Schmidt, GesR, S. 1322 f.; vgl. auch bzgl. Zustimmung der Mitgesellschafter BGHZ 44, 229 (231).

¹¹⁶⁰ Vgl. Holzer in: Kübler/Prütting, § 35 Rdnr. 68.

¹¹⁶¹ BGHZ 116, 222 (229); K. Schmidt, GesR, S. 1327; W. Uhlenbruck in: Uhlenbruck, 12. Aufl., § 35 Rdnr. 104.

¹¹⁶² W. Uhlenbruck in: Uhlenbruck, 12. Aufl., § 35 Rdnr. 104; vgl. auch § 146 Abs. 3 HGB.

¹¹⁶³ Vgl. Häsemeyer, Rdnr. 9.18a; W. Uhlenbruck in: Uhlenbruck, 12. Aufl., § 35 Rdnr. 104.

¹¹⁶⁴ W. Uhlenbruck in: Uhlenbruck, 12. Aufl., § 35 Rdnr. 104.

¹¹⁶⁵ Häsemeyer, Rdnr. 9.18a; W. Uhlenbruck in: Uhlenbruck, 12. Aufl., § 35 Rdnr. 104.

abwicklung oder Vollbeendigung wird folglich durch eine bestehende Mitgliedschaft an einer anderen Gesellschaft unabhängig von deren Rechtsform nicht gehindert.

hh. Massefreies Vermögen und Existenzschutz

Nachdem die Untersuchung einzelner Rechte auf ihre Massezugehörigkeit trotz Unübertragbarkeit oder personenrechtlichen Einschlags durchgeführt ist, soll im Folgenden betrachtet werden, inwieweit sich die fehlende Vollstreckungsunterworfenheit derjenigen Gegenstände auf die Massezugehörigkeit im Insolvenzverfahren von Handelsgesellschaften auswirkt, die das Existenzminimum des Schuldners sichern sollen. Ohne eine Beschränkung der Masse auf das der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen nach § 36 Abs. 1 InsO bestünde im Insolvenzverfahren kein der Einzelzwangsvollstreckung vergleichbarer und ebenso kein hinreichender Existenzschutz, da der nach § 100 InsO an den Schuldner zu gewährende Unterhalt von einer Beschlussfassung der Gläubigerversammlung abhängt¹¹⁶⁶. Die Notwendigkeit der Sicherung des Existenzminimums resultiert aber aus der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Schutz der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) einerseits sowie auf der schützenden Funktion des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) andererseits¹¹⁶⁷. Dem Schuldner sollen diejenigen Mittel belassen werden, die zur Führung eines der Menschenwürde entsprechenden Lebens notwendig sind (vgl. § 1 Satz 1 SGB XII), um zu verhindern, dass solche Mittel für die Gläubigerbefriedigung verwendet und mittels Sozialhilfe von staatlicher Seite wieder zur Verfügung gestellt werden müssen¹¹⁶⁸.

Auf Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften soll die Beschränkung des § 36 Abs. 1 InsO hinsichtlich aus Gründen des Existenzschutzes nicht vollstreckbarer Gegenstände aber nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung keine Anwendung finden¹¹⁶⁹. Zwar ist pfändungsfreies Vermögen im Sinn des § 811

¹¹⁶⁶ Vgl. *Häsemeyer*, Rdnr. 9.11; str. vgl. *Kroth* in: *Braun*, § 100 Rdnr. 3 m.w.N.; *Pieper*, S. 113 ff. m.w.N.

¹¹⁶⁷ *Becker* in: *Musielak*, § 811 Rdnr. 1; *Gruber* in: *MüKo ZPO*, § 811 Rdnr. 2; *Peters* in: *MüKo InsO*, § 36 Rdnr. 1; *Stöber* in: *Zöller*, § 811 Rdnr. 1; *Weis* in: *Hess/Weis/Wienberg*, §§ 35, 36 Rdnr. 63.

¹¹⁶⁸ *Becker* in: *Musielak*, § 811 Rdnr. 1; *Gruber* in: *MüKo ZPO*, § 811 Rdnr. 6; *Peters* in: *MüKo InsO*, § 36 Rdnr. 1; *Stöber* in: *Zöller*, § 811 Rdnr. 1; *Weis* in: *Hess/Weis/Wienberg*, §§ 35, 36 Rdnr. 63.

¹¹⁶⁹ *Adolphsen*, KTS 2005, 53 (61); *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht, Rdnr. 34.13 (beschränkt auf Kapitalgesellschaften); *Haas* in: *Gottwald*, § 92 Rdnr. 308; *H.-F. Müller*, S. 29; *derselbe* in: *Jaeger*, § 35 Rdnr. 145; *Noack*, *GesR*, Rdnr. 275; *Peters* in: *MüKo InsO*, § 36 Rdnr. 6; *Pieper*, S. 120; *Rödder*, S. 24; *Weis* in: *Hess/Weis/Wienberg*, §§ 35, 36 Rdnr. 63; *Westpfahl*, Rdnr. 319; *Windel* in: *Jaeger*, § 80 Rdnr. 30; vgl. auch *P. Ulmer/Schäfer* in: *MüKo BGB*, § 728 Rdnr. 17; differenzierend *Hirte* in: *Uhlenbruck*, § 35 Rdnr. 301; für die Rechtslage unter Geltung der KO vgl. bereits *Henckel*, *ZIP* 1991, 133 (135); *K. Schmidt/Schulz*, *ZIP* 1982, 1015 (1018); *K. Schmidt*, *Wege*, S. 73 f.; a.A. *Holzer* in: *Kübler/Prütting*, § 36 Rdnr. 3; a.A. für die Einzelzwangsvollstreckung auch *Becker* in: *Musielak*, § 811 Rdnr. 6; *Stöber* in: *Zöller*, § 811 Rdnr. 4.

Abs. 1 ZPO auch im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften denkbar – *K. Schmidt* weist diesbezüglich z.B. auf die Computer einer in Form einer Handelsgesellschaft bestehenden Autorenvereinigung (§ 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) hin¹¹⁷⁰ –, die Zwecke, auf denen der Vollstreckungsausschluss beruht, greifen jedoch in einem auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften nicht in vergleichbarer Weise wie in der Insolvenz natürlicher Personen. So laufen Handelsgesellschaften weder Gefahr, die Mittel zur Führung eines der Menschenwürde entsprechenden Lebens nicht aufbringen zu können, noch kommt eine staatliche Unterstützung durch Sozialhilfe in Betracht (vgl. § 19 SGB XII). Handelsgesellschaften besitzen vielmehr nur dann eine von der Rechtsordnung anerkannte Existenzberechtigung, wenn sie ihre Ziele und Aufgaben aus eigener Kraft verfolgen können¹¹⁷¹. Durch die Eröffnung eines auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahrens werden Handelsgesellschaften aufgelöst und einem neuen, auf vollständige Abwicklung gerichteten Status zugeführt¹¹⁷². Zwar kann hieraus keine Pflicht zur ausnahmslosen Vollabwicklung im Rahmen des Insolvenzverfahrens gefolgert werden¹¹⁷³, dass eine vollständige Abwicklung vorbehaltlich einer Sanierung, Reorganisation oder Fortsetzung entweder im Insolvenzverfahren oder im Rahmen eines nachfolgenden gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahrens zu erfolgen hat, steht allerdings fest. In diesem bzw. diesen Abwicklungsverfahren bedarf es folglich auch einer Einbeziehung des gesamten Gesellschaftsvermögens, um die Gesellschaft ihrer Vollbeendigung zuführen zu können. Eine Berücksichtigung des Existenzschutzes des Schuldners kommt daher in der Abwicklung von Handelsgesellschaften grundsätzlich nicht mehr in Betracht¹¹⁷⁴. Fraglich ist lediglich, ob bereits im Rahmen des Insolvenzverfahrens aufgrund der fehlenden Existenzberechtigung über die Abwicklung hinaus kein massefreies Vermögen im Sinn des § 36 Abs. 1 InsO angenommen werden kann, oder ob demgegenüber erst im Rahmen einer sich anschließenden gesellschaftsrechtlichen Liquidation auch das aus Gründen des Schuldnerschutzes nicht der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen verwertet werden muss. Aufgrund des Vollabwicklungszwecks im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften hat eine Vollabwicklung und sogar eine Vollbeendigung¹¹⁷⁵ der insolventen Handelsgesellschaft innerhalb eines auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahrens immer dann zu erfolgen, wenn der Verfahrenshauptzweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedi-

¹¹⁷⁰ *K. Schmidt*, Wege, S. 75 f. – der Hinweis auf Vieh und Gerät eines in der Rechtsform einer GmbH geführten Landwirtschaftsbetriebs (§ 811 Abs. 1 Nr. 4 ZPO) spielt hingegen aufgrund von § 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO keine Rolle mehr.

¹¹⁷¹ *BVerfGE* 35, 348 (356) = NJW 1974, 229 (230); BT-Drs. 8/3068, S. 26; *H.-F. Müller*, S. 59.

¹¹⁷² Vgl. die Nachweise in FN 917.

¹¹⁷³ Siehe dazu oben, Dritter Teil IV. 4. e. bb., S. 177 f.

¹¹⁷⁴ *H.-F. Müller*, S. 30; *derselbe* in: Jaeger, § 35 Rdnr. 145; *Peters* in: MüKo InsO, § 36 Rdnr. 6; *Rödter*, S. 24.

¹¹⁷⁵ Siehe oben, Vierter Teil I., S. 180 ff.

gung nicht beeinträchtigt wird. Eine verfahrensfreie Vermögensmasse der insolventen Handelsgesellschaften ist daher auch nur dann anzuerkennen, wenn andererseits eine Beeinträchtigung der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung vorläge, nicht aber, wenn die Massefreiheit der jeweiligen Vermögensgegenstände aus Gründen des Schuldnerschutzes besteht¹¹⁷⁶. § 36 Abs. 1 InsO muss deshalb in auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften aufgrund des Verfahrensziels der Vollabwicklung teleologisch reduziert werden, so dass das Schuldnervermögen ohne Rücksicht auf die fehlende Vollstreckbarkeit aus Existenzschutzgründen im Rahmen der Einzelzwangsvollstreckung massezugehörig ist.

ii. Persönliche Komponente des Massebegriffs

Nur das Vermögen des Schuldners steht nach § 35 Abs. 1 InsO als Insolvenzmasse zur Befriedigung der Masse- und Insolvenzgläubiger zur Verfügung. Gegenstände, die nicht Bestandteil des Schuldnervermögens sind, können nach § 47 InsO ausgesondert werden¹¹⁷⁷. Da allerdings Vermögensgegenstände, die dem Schuldner nicht im Sinn des § 35 Abs. 1 InsO gehören, auch nicht dessen Vollabwicklung beeinträchtigen, kann die persönliche Komponente des Massebegriffs im Rahmen der vorliegenden Untersuchung weitestgehend unberücksichtigt bleiben. Zu erwähnen ist allerdings, dass es sich auch bei dem nach Ende der Liquidation oder Unternehmensveräußerung verbleibenden Gesellschaftsmantel um einen Vermögensgegenstand handelt, der nicht der insolventen Handelsgesellschaft, sondern deren Gesellschaftern zusteht¹¹⁷⁸, weshalb das Bestehen des Mantels, selbst wenn diesem ein Wert zukommt, die Vermögenslosigkeit und damit die Vollbeendigung einer insolventen Handelsgesellschaft nicht hindert.

jj. Neuerwerb und Insolvenzmasse

Abschließend soll die zeitliche Komponente der Insolvenzmasse betrachtet werden. In zeitlicher Hinsicht ist für die Massezugehörigkeit eines schuldnerischen Vermögensgegenstands nach § 35 Abs. 1 InsO erforderlich, dass dieser dem Schuldner zum Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens gehört oder während des Verfahrens erlangt wurde. Grundsätzlich resultieren aus der zeitlichen Komponente des Massebegriffs

¹¹⁷⁶ Vgl. auch *Meyer-Sommer*, S. 55.

¹¹⁷⁷ *Häsemeyer*, Rdnr. 9.14.

¹¹⁷⁸ Vgl. *Hüffer* in: *MüKo AktG*, § 262 Rdnr. 79; *Kraft* in: *KK InsO*, § 262 Rdnr. 61; *Rasner* in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, § 60 Rdnr. 34.

keine besonderen Folgen für die verfahrensimmanente Vollabwicklung von Handelsgesellschaften, denen im Rahmen dieser Untersuchung nachgegangen werden müsste. Teilweise wird jedoch gerade im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften eine Ausnahme von der Massezugehörigkeit des Neuerwerbs erwogen, um sanierende Kapitalerhöhungen während des Verfahrens durchführen zu können, ohne dass das dadurch geschaffene Kapital im Rahmen des Insolvenzverfahrens verwertbar ist¹¹⁷⁹. Sollte das zutreffen, würde in diesen Fällen massefreies Vermögen insolventer Handelsgesellschaften entstehen, welches einer Abwicklung durch den Insolvenzverwalter nicht zugänglich wäre und daher im Fall eines Scheiterns der Sanierung, die Vollabwicklung und -beendigung hindern würde. Die herrschende Auffassung lehnt die Massfreiheit von Kapitalerhöhungen und sonstigen Nachschüssen hingegen ab¹¹⁸⁰. Zwar könne die Einbeziehung im Einzelfall durchaus die Sanierungschancen beeinträchtigen, allerdings sei zu berücksichtigen, dass in einem Insolvenzplan der Forderungsverzicht der Gläubiger zur Bedingung (vgl. § 249 InsO) für den Kapitalzufluss gemacht werden könne¹¹⁸¹. Dem ist zuzustimmen. Die Gesetzesmaterialien zeigen, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung der Vorschrift über den bedingten Insolvenzplan die Kapitalerhöhung im Auge hatte¹¹⁸². Einer teleologischen Reduktion des § 35 Abs. 1 InsO für Kapitalerhöhungen bedarf es daher nicht, da den Gesellschaftern mit dem bedingten Insolvenzplan ein Mittel zur Hand gegeben wird, welches Kapitalerhöhungen ermöglicht, ohne dass diese zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden. Auch im Fall sanierender Kapitalerhöhungen oder sonstiger Nachschüsse entsteht daher kein massefreies Vermögen, welches die Vollabwicklung im Rahmen des Insolvenzverfahrens hindern würde.

c. Zusammenfassung und Ergebnis

Eine vollständige Abwicklung der schuldnerischen Handelsgesellschaft ist dem Insolvenzverwalter innerhalb des Insolvenzverfahrens ohne Rücksicht auf die der Schuldnerin zustehenden Rechte möglich. Entgegen der von den Befürwortern einer verfahrensimmanenten Vollabwicklung vertretenen Ansicht¹¹⁸³ bedarf es hierzu auch keines vollständigen Ausschlusses massefreien Vermögens bei Handelsgesellschaften. Bei

¹¹⁷⁹ Braun/W. Uhlenbruck, S. 88 ff.; Robrecht, GmbH 2002, 692; Schlitt, NZG 1998, 755 (756); W. Uhlenbruck in: Kölner Schrift, 2. Aufl., 1157 (1174).

¹¹⁸⁰ Gutsche, Rdnr. 130 f.; Hirte in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 304; Hüffer in: MüKo AktG, § 264 Rdnr. 76; H.-F. Müller, S. 35 f.; derselbe in: Jaeger, § 35 Rdnr. 162; Pieper, S. 158; Rödder, S. 24; K. Schmidt, AG 2006, 597 (604); Weis in: Hess/Weis/Wienberg, §§ 35, 36 Rdnr. 172.

¹¹⁸¹ Vgl. Hirte in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 304; H.-F. Müller, S. 36; derselbe in: Jaeger, § 35 Rdnr. 162; Rödder, S. 23 f.

¹¹⁸² Vgl. die Begründung zu § 296 RegE InsO, BT-Drs. 12/2443, S. 211.

¹¹⁸³ Siehe die Nachweise in FN 965.

einem Großteil der massefreien Gegenstände resultiert die Massefreiheit nämlich aus der Unübertragbarkeit, die regelmäßig eine Verwertung mit dem Ziel der Befriedigung der Gläubiger oder der Herausgabe des Erlöses an die Gesellschafter ausschließt. Da aber lediglich das zur Befriedigung der Gläubiger oder zur Verteilung unter den am Schuldner beteiligten Personen geeignete Vermögen die Vermögenslosigkeit als Vollbeendigungsvoraussetzung ausschließt, kann die Mehrzahl der massefreien Vermögensgegenstände die Vollbeendigung nicht hindern, sondern erlischt vielmehr mit deren Eintritt. Entscheidend für die Möglichkeit der verfahrensimmanenten Vollabwicklung ist also nicht das Fehlen massefreien Vermögens, sondern das Fehlen massefreien und zugleich zur Verwertung geeigneten Vermögens. Es bedarf deshalb in aller Regel auch unter Berücksichtigung des Vollabwicklungszwecks keiner Unterscheidung hinsichtlich der Massezugehörigkeit einzelner Gegenstände zwischen dem Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften und demjenigen über das Vermögen natürlicher Personen.

Etwas anderes gilt jedoch hinsichtlich des Urheberrechts. Bei Handelsgesellschaften, die sich innerhalb eines Abwicklungsverfahrens befinden, ist unabhängig davon, ob es sich bei dem Abwicklungsverfahren um ein auf Liquidation gerichtetes Insolvenzverfahren oder um eine Liquidation nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen handelt, von der Übertragbarkeit des Urheberrechts und damit im Insolvenzverfahren von dessen Massezugehörigkeit auszugehen, da sonst eine Vollbeendigung erst bei Erlöschen des Urheberrechts möglich wäre. Ein weiterer Unterschied zur Insolvenz natürlicher Personen ist hinsichtlich des Verzichts des Hinterlegers auf Rücknahme einer hinterlegten Sache zu machen. Da die aus dem Abwicklungszweck resultierende Pflicht zur verfahrensimmanenten Vollabwicklung nicht zur Disposition des Schuldners gestellt werden darf, kann das Verzichtrecht im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften lediglich dem Insolvenzverwalter zugestanden werden. Der bedeutendste Unterschied besteht allerdings bezüglich derjenigen Gegenstände, die zur Sicherung des Existenzminimums des Schuldners nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein können und daher nach § 36 Abs. 1 InsO nicht Bestandteil der Masse sind. Im Hinblick auf insolvente Handelsgesellschaften besteht kein Existenzschutz, so dass solche Gegenstände hier massezugehörig sind.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es entgegen einer weit verbreiteten Ansicht durchaus originär massefreie Gegenstände in der Insolvenz von Handelsgesellschaften geben kann. Allerdings handelt es sich bei den originär massefreien Gegenständen generell um solche, die den Eintritt der Vermögenslosigkeit als konstitutive Vollbeendigungsvoraussetzung nicht hindern, was sich regelmäßig bereits aus der

Unübertragbarkeit der massefreien Vermögensgegenstände ergibt. Lediglich bezüglich der genannten Ausnahmefälle (Urheberrechte, Verzichtserwerb des Hinterlegers und dem Existenzschutz dienende Gegenstände) bedarf es eines Rückgriffs auf den Vollabwicklungszweck, um die Existenz massefreier und die Vollbeendigung ausschließenden Vermögens zu verhindern, während im Übrigen hinsichtlich der Massezugehörigkeit von Vermögensgegenständen in der Insolvenz von Handelsgesellschaften keine Besonderheiten bestehen.

Auch wenn allerdings die Bestimmung der Insolvenzmasse in den genannten Ausnahmefällen durch den Vollabwicklungszweck beeinflusst wird, kann die Bestimmung der Masse nicht davon abhängen, ob das Insolvenzverfahren auf Liquidation der Gesellschaft oder demgegenüber auf Sanierung oder Reorganisation gerichtet ist. Zum einen muss der Inhalt der Masse, welche der Insolvenzverwalter gemäß § 148 Abs. 1 InsO unmittelbar nach Eröffnung des Verfahrens in Besitz und Verwaltung zu nehmen hat, bereits zu diesem Zeitpunkt und nicht erst nach der Entscheidung der Gläubiger über den Fortgang des Verfahrens nach § 157 InsO feststehen. Zum anderen ist eine Sanierung oder Reorganisation erst mit Aufhebung des Verfahrens im Fall der rechtskräftigen Bestätigung des Insolvenzplans endgültig erfolgreich (§ 258 Abs. 1 InsO), so dass vor der rechtskräftigen Bestätigung ein Scheitern der Sanierung noch möglich ist. Bis zu diesem Zeitpunkt ist daher unklar, ob ein sanierendes oder liquidierendes Insolvenzverfahren vorliegt, weshalb die Bestimmung der Masse unabhängig von der erst später feststehenden Zielrichtung des Verfahrens unter Berücksichtigung des Vollabwicklungszwecks erfolgen muss.

Da keine originär massefreien Vermögensgegenstände existieren, die einer Vollabwicklung im Wege stehen, muss das Gleiche auch für nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarf gelten. Soweit nichtvermögensrechtliche Abwicklungsmaßnahmen die Masseverwaltung betreffen und den Insolvenzzwecken zugute kommen, erstreckt sich die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters nämlich auch auf diese¹¹⁸⁴. Da im Wesentlichen das gesamte Schuldnervermögen in der Insolvenz von Handelsgesellschaften massezugehörig ist und die massefreien Gegenstände weder vermögens- noch nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarf begründen, erstreckt sich die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters folglich unter Berücksichtigung des Vollabwicklungszwecks auf den gesamten nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarf, weshalb auch dessen Existenz eine verfahrensinterne Vollabwicklung nicht hindern kann.

¹¹⁸⁴ Siehe oben, FN 964.

2. Nachträglich massefreies Vermögen

Nachdem gezeigt wurde, dass im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften keine originär massefreien Vermögensgegenstände existieren, die eine verfahrensimmanente Vollabwicklung und -beendigung hindern, stellt sich nunmehr die praktisch äußerst relevante Frage¹¹⁸⁵, ob der Insolvenzverwalter solches Vermögen durch Freigabe selbst schaffen kann. Die Freigabe führt zum Ausscheiden des freigegebenen Gegenstandes aus der Masse mit der Folge, dass dieser in das insolvenzfreie Schuldnervermögen zurückfällt¹¹⁸⁶. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters erstreckt sich – wie bereits untersucht wurde¹¹⁸⁷ – nicht auf das insolvenzfreie Schuldnervermögen, so dass freigegebene Vermögensgegenstände vom Insolvenzverwalter nicht abgewickelt werden können. Soweit freigegebene Gegenstände also Abwicklungsbedarf vermögens- oder nichtvermögensrechtlicher Art begründen, scheidet eine Vollabwicklung und Vollbeendigung der schuldnerischen Handelsgesellschaft innerhalb des Insolvenzverfahrens aus. Inwieweit die Freigabe von Massegegenständen im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften unter Berücksichtigung des Vollabwicklungszwecks zulässig und an welche Voraussetzungen die Zulässigkeit einer Freigabe gegebenenfalls geknüpft ist, soll daher im Folgenden untersucht werden.

a. Beschränkung auf die echte Freigabe

Die Untersuchung, ob die Freigabe im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften zulässig ist und dadurch im Fall der Freigabe abwicklungsbedürftiger Massegegenstände eine Vollbeendigung der schuldnerischen Handelsgesellschaft innerhalb des Insolvenzverfahrens ausscheidet, kann sich auf die „echte Freigabe“ beschränken. Nur bei diesem typischen Fall der Freigabe wird die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich eines massezugehörigen Gegenstandes vom Insolvenzverwalter unbeding und dauerhaft¹¹⁸⁸ aufgehoben, so dass der Gegenstand

¹¹⁸⁵ Vgl. nur die umfangreiche ober- und höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Freigabe von Massegegenständen im Insolvenz-, Konkurs und Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften: *RGZ* 127, 197; *BGHZ* 35, 180 = *NJW* 1961, 1528; *BGH NJW* 1981, 1097; *BGH NJW* 1996, 2035; *BGHZ* 163, 32 = *NJW* 2005, 2015 = *BGHReport* 2005, 1078 m. Anm. *Rigol*; vgl. auch *BGH NJW-RR* 2007, 1205 = *NZI* 2007, 407; *BVerwG NJW* 1984, 2427; *BVerwG*, Beschl. v. 4.10.2000, Az. 11 B 52/00; *BVerwGE* 122, 75; *OLG Naumburg NZI* 2000, 322 = *ZIP* 2000, 976 m. Anm. *Mitlehner*; *Brandenburgisches OLG ZInsO* 2001, 558; *Brandenburgisches OLG ZInsO* 2002, 672 *OLG Karlsruhe DZWIR* 2004, 123 = *Rpfleger* 2003, 614; *LG Neubrandenburg ZInsO* 1999, 411; *OLG Rostock NZI* 2001, 96; *OVG Magdeburg, ZIP* 1994, 1130; *OVG Greifswald NJW* 1998, 175.

¹¹⁸⁶ *Weber*, *JZ* 1963, 223; ebenso *Häsemeyer*, *Rdnr.* 13.14; *Hirte* in: *Uhlenbruck*, § 35 *Rdnr.* 71.

¹¹⁸⁷ Siehe zur Auseinandersetzung mit der gegenteiligen Ansicht *Dritter Teil IV. 3. b. bb. aaa.*, S. 139 ff.

¹¹⁸⁸ Vgl. zu diesen Voraussetzungen der echten Freigabe: *RGZ*, 60, 107 (108 f.); *BGHZ* 35, 180 (181); *BGHZ* 127, 156 (163), *Haarmeyer/Wutke/Förster*, Kap. 5 *Rdnr.* 475; *Höpfer*, *ZIP* 2000, 1517 (1518); *H.-F.*

aus der Masse ausscheidet und in das verfahrensfreie Vermögen des Schuldners zurückfällt. Gleiches gilt für den als zulässige Verwertungsmaßnahme angesehenen¹¹⁸⁹ Fall der entgeltlichen oder erkauften Freigabe. Die Besonderheit dieses Unterfalls der echten Freigabe¹¹⁹⁰ besteht lediglich darin, dass der Schuldner für die Freigabe eine Gegenleistung an die Masse erbringt. In der Insolvenz von Handelsgesellschaften ist die erkaufte Freigabe allerdings mangels Existenz originär massefreier, zur Befriedigung der Gläubiger geeigneter Vermögensgegenstände¹¹⁹¹, aus denen die schuldenrische Handelsgesellschaft die Gegenleistung erbringen könnte, kaum vorstellbar.

Die sonstigen Freigabearten führen demgegenüber nicht zu einem dauerhaften Ausscheiden des freigegebenen Gegenstandes aus der Masse bei gleichzeitigem Rückfall in das verfahrensfreie Vermögen des Schuldners. So erfasst die unechte Freigabe lediglich diejenigen Fälle, in denen der entsprechende Gegenstand überhaupt nicht Bestandteil der Masse war, sondern vielmehr im Eigentum eines aussonderungsberechtigten Dritten steht¹¹⁹². Die „Freigabe“ eines solchen Gegenstandes ist daher ein rein deklaratorischer Akt und ändert nichts an dessen – ohnehin fehlender – Massezugehörigkeit¹¹⁹³. Auch bei der sogenannten „Freigabe von Sicherungsgut“ nach § 170 Abs. 2 InsO, bei der der Insolvenzverwalter einen Gegenstand, zu dessen Verwertung er nach § 166 InsO berechtigt ist, einem absonderungsberechtigten Gläubiger überlässt, handelt es sich nicht um einen echten Freigabefall, da der Massegegenstand nicht in das insolvenzfremde Vermögen des Schuldners überführt, sondern dem Sicherungsnehmer zur Verwertung überlassen wird¹¹⁹⁴. Der Sicherungsnehmer hat in diesem Fall vom Verwertungserlös vorab einen Betrag in Höhe der Feststellungskosten (§ 171 Abs. 1 InsO) sowie des Umsatzsteuerbetrages (§ 171 Abs. 2 Satz 3 InsO) an die Masse abzuführen. Schließlich erfolgt auch bei der sogenannten modifizierten Freigabe keine dauerhafte Lösung des Insolvenzbeschlages durch Übertragung einzelner massezugehöriger Gegenstände auf das insolvenzfremde Schuldnervermögen. Es handelt sich hierbei vielmehr um eine Ermächtigung des Schuldners, massezugehörige Rechte zu Gunsten der Masse gerichtlich geltend zu machen, wobei sich an der Massezugehörigkeit der

Müller, S. 37; Pape, ZIP 1991, 1544 (1546); Pieper, S. 11; darüber hinaus verlangt Meyer-Sommer, S. 56 ff., dass die Freigabeerklärung bei der echten Freigabe auch Surrogate erfassen müsse, da ansonsten in vielen Fällen keine Abgrenzung zur modifizierten Freigabe möglich sei.

¹¹⁸⁹ Häsemeyer, Rdnr. 13.17.

¹¹⁹⁰ Meyer-Sommer, S. 25; vgl. auch Ott/Vuia in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 66.

¹¹⁹¹ Siehe oben, Vierter Teil II. 1., S. 190 ff.

¹¹⁹² Vgl. Benckendorff, Kölner Schrift, 3. Aufl., 1389; Eickmann in: HK InsO, § 35 Rdnr. 48; Hirte in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 85; Pieper, S. 12; Weis in: Hess/Weis/Wienberg, §§ 35, 36 Rdnr. 90.

¹¹⁹³ Benckendorff, Kölner Schrift, 3. Aufl., 1389; Eickmann in: HK InsO, § 35 Rdnr. 48; Haarmeyer/Wutzke/Förster, Kap. 5 Rdnr. 478; Hirte in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 85; Pieper, S. 12.

¹¹⁹⁴ Lwowski/Tetzlaff in: MüKo InsO, § 170 Rdnr. 21; Ott/Vuia in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 66.

entsprechenden Rechte nichts ändert¹¹⁹⁵. Im Übrigen ist eine modifizierte Freigabe unabhängig davon, ob eine solche nicht ohnehin wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB aufgrund der Übertragung des Kostenrisikos auf das insolvenzfreie Schuldnervermögen zu Lasten des Prozessgegners nichtig ist¹¹⁹⁶, jedenfalls bei Handelsgesellschaften unzulässig. Für die gerichtliche Geltendmachung eines massezugehörigen Rechts durch den Schuldner finden die Grundsätze der gewillkürten Prozessstandschaft Anwendung¹¹⁹⁷, wonach ein eigenes schutzwürdiges Interesse des Schuldners an der Geltendmachung des Rechts notwendig ist¹¹⁹⁸. In einem auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahren über das Vermögen von juristischen Personen und Personenhandelsgesellschaften kann allerdings wegen des unwahrscheinlichen Fortbestands der Schuldnerin nach Beendigung des Insolvenzverfahrens kein schutzwürdiges Interesse angenommen werden, weshalb eine modifizierte Freigabe hier ausscheidet¹¹⁹⁹.

Da also nur im Fall der echten Freigabe verfahrensfreies Vermögen entsteht, welches der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis der Schuldnerin unterliegt, kann auch nur in diesem Fall die Realisierbarkeit der Vollabwicklung scheitern. Die Frage der Zulässigkeit der Freigabe kann sich daher auf die echte Freigabe beschränken.

b. Zulässigkeit der echten Freigabe

Bevor die Zulässigkeit der echten Freigabe im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften untersucht wird, soll zunächst kurz die grundsätzliche Zulässigkeit der echten Freigabe dargestellt werden.

aa. Grundsätzliche Zulässigkeit der echten Freigabe

Die Zulässigkeit der Freigabe ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. § 32 Abs. 3 Satz 1 InsO, welcher für den Fall der Freigabe eines Grundstücks einen Ersuch des Insolvenzgerichts auf Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch anordnet, setzt

¹¹⁹⁵ Eickmann in: HK InsO, § 35 Rdnr. 49; Höpfner, ZIP 2000, 1517 (1518); unklar Pieper, S. 12 sowie Weis in: Hess/Weis/Wienberg, §§ 35, 36 Rdnr. 93.

¹¹⁹⁶ Vgl. dazu BGHZ 35, 180 (183); BGHZ 96, 151 (153 f.); Eickmann in: HK InsO, § 35 Rdnr. 50; Hirte in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 87; Meyer-Sommer, S. 26; Smid, DZWIR 2008, 133 (135); vgl. auch Haarmeyer/Wutzke/Förster, Kap. 5 Rdnr. 478; generell gegen die Zulässigkeit einer modifizierten Freigabe Häsemeyer, Rdnr. 13.16; Windel in: Jaeger, § 80 Rdnr. 33.

¹¹⁹⁷ BGHZ 35, 180 (182 f.); Ott/Vuia in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 72.

¹¹⁹⁸ BGHZ 35, 180 (184); BGHZ 96, 151 (153 f.); Lindacher in: MüKo ZPO, vor §§ 50 ff. Rdnr. 55.

¹¹⁹⁹ Vgl. zu juristischen Personen BGHZ 35, 180 (185); BGHZ 96, 151 (153 f.).

ein Freiberecht lediglich voraus. Auch § 85 Abs. 2 InsO, wonach der Schuldner einen Rechtsstreit aufnehmen kann, wenn der Insolvenzverwalter die Aufnahme ablehnt, sowie § 35 Abs. 2 InsO, der die Freigabe von Vermögen und Verbindlichkeiten aus einer selbstständigen Tätigkeit regelt, behandeln lediglich besondere Freibefälle, aus denen nicht auf die Existenz eines allgemeinen Freiberechts geschlossen werden kann.

Selbst ohne ausdrückliche Regelung ist die Zulässigkeit der Freigabe aber gestützt auf die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters über das massezugehörige Vermögen gemäß § 80 Abs. 1 InsO¹²⁰⁰ zu Recht allgemein anerkannt. Ein vollständiger Ausschluss der Freigabe wäre auch kaum mit dem Wortlaut des § 32 Abs. 3 Satz 1 InsO in Einklang zu bringen, wonach das Grundbuchamt um Löschung des Insolvenzvermerks ersucht werden kann, wenn der Insolvenzverwalter das entsprechende Grundstück oder Recht freigibt. Darüber hinaus handelt es sich bei der Freigabe um ein wichtiges Instrument zur Förderung des Verfahrenshauptzwecks der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung, da durch das Ausscheiden schwer verwertbarer oder über ihren Wert hinaus belasteter Gegenstände¹²⁰¹ eine Entlastung der Masse zugunsten der Gläubiger erreicht werden kann. Anders als beim Vermögensbegriff im Rahmen des registergerichtlichen Lösungsverfahrens nach § 394 Abs. 1 FamFG sowie dem identischen Begriff als Vollbeendigungsvoraussetzung von Handelsgesellschaften¹²⁰² gehören zum Vermögen im Sinn des § 35 InsO nämlich auch Gegenstände, deren Wert die Masse mindert und die daher einen negativen Vermögenswert verkörpern¹²⁰³. Der Stellenwert der Freigabe solcher Gegenstände im Hinblick auf den Gläubigerbefriedigungszweck ist auch daran zu erkennen, dass trotz des grundsätzlichen pflichtgemäßen Ermessens des Insolvenzverwalters hinsichtlich der Freigabe von Massegegenständen¹²⁰⁴ bei einer Schädigung der Masse durch eine unterlassene Freigabe die persönliche Haftung des Verwalters nach § 60 InsO droht¹²⁰⁵. Andererseits kann auch eine unberechtigte und gläubigerschädigende Freigabe die persönliche Haf-

¹²⁰⁰ Siehe zur Rechtsgrundlage bereits oben, Dritter Teil IV. 3. b. bb. aaa., S. 138 f., m.w.N.

¹²⁰¹ Vgl. *BGH NJW-RR* 2007, 1205 (1206); *Breutigam* in: BK InsO, § 35 Rdnr. 106; *Eickmann* in: HK InsO, § 35 Rdnr. 43; *Haas* in: Gottwald, § 92 Rdnr. 309; *Häsemeyer*, Rdnr. 13.18; *Höpfner*, ZIP 2000, 1517 (1518); *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 85; *Meyer-Sommer*, S. 61; *Windel* in: Jaeger, § 80 Rdnr. 28.

¹²⁰² Vgl. Zweiter Teil VI. 6., S. 82 ff.

¹²⁰³ Vgl. *BGH NJW-RR* 2007, 1205 (1206); *Häsemeyer*, Rdnr. 13.18; *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 85.

¹²⁰⁴ *RGZ* 60, 107 (109); *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Kap. 5 Rdnr. 476; *Höpfner*, ZIP 2000, 1517 (1518); *Meyer-Sommer*, S. 69; *H.-F. Müller*, S. 37; *Windel* in: Jaeger, § 80 Rdnr. 28.

¹²⁰⁵ Vgl. *AG Mannheim NZI* 2004, 503; *Brandes* in: MüKo InsO, §§ 60, 61 Rdnr. 15 f.; *Breutigam* in: BK InsO, § 35 Rdnr. 106; *H.-F. Müller*, S. 37; *Pieper*, S. 11; *Windel* in: Jaeger, § 80 Rdnr. 28; eine Haftung nach § 61 InsO gegenüber den Gläubigern kommt hingegen weder durch eine pflichtwidrig unterlassene noch durch eine pflichtwidrig vorgenommene Freigabe in Betracht, vgl. *Meyer-Sommer*, S. 126.

tung des Insolvenzverwalters auslösen¹²⁰⁶, weshalb dieser in Zweifelsfällen immer die Zustimmung der Gläubigerorgane einholen sollte, um einer persönlichen Haftung zu entgehen¹²⁰⁷. Neben dem Gesetzeswortlaut ergibt sich die grundsätzliche Zulässigkeit der Freigabe daher auch aus dem Gläubigerbefriedigungszweck als Primärzweck des Insolvenzverfahrens.

An der grundsätzlichen Zulässigkeit der Freigabe hat die Einbeziehung des Neuerwerbs in die Insolvenzmasse nach § 35 Abs. 1 InsO nichts geändert. Der Schuldner erhält durch die Freigabe lediglich die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den freigegebenen Gegenstand zurück, während keine Änderung der Rechtsinhaberschaft und damit kein Neuerwerb im Sinn des § 35 Abs. 1 InsO durch den freigegebenen Gegenstand eintritt¹²⁰⁸. Die Freigabe ist also trotz Massezugehörigkeit des Neuerwerbs aufgrund der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Verwalters als Instrument zur Förderung der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung grundsätzlich zulässig.

bb. Zulässigkeit der echten Freigabe in der Insolvenz von Handelsgesellschaften

Unklar ist allerdings, ob an der grundsätzlichen Zulässigkeit der Freigabe auch in Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften festgehalten werden kann oder ob wegen des hier bestehenden Vollabwicklungszwecks eine andere Beurteilung geboten ist¹²⁰⁹.

aaa. Vereinbarkeit der Freigabe mit dem Vollabwicklungszweck

(1) Wirksamkeit der Freigabe aufgrund des Vollabwicklungszwecks

Lässt man die Freigabe auch in der Insolvenz von Handelsgesellschaften zu, ist eine verfahrensimmanente Vollabwicklung immer dann ausgeschlossen, wenn sich die

¹²⁰⁶ Vgl. *Breutigam* in: BK InsO, § 35 Rdnr. 106; *Ehrliche* in: Jaeger, § 1 Rdnr. 99; *Foerste*, Rdnr. 171; *Höpfner*, ZIP 2000, 1517 f.; *Meyer-Sommer*, S. 127; *Purps/Schumann*, VIZ 1999, 385 (386).

¹²⁰⁷ *Bäuerle* in: Braun, § 35 Rdnr. 10; *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 102; *Pieper*, S. 24; vgl. auch *Windel* in: Jaeger, § 80 Rdnr. 28.

¹²⁰⁸ *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 115; *Meyer-Sommer*, S. 56; *Pape*, WiPra 1996, 258 (261); *Sonnen/Tetzlaff*, wistra 1999, 1 (5); *Windel* in: Jaeger, § 80 Rdnr. 32; a.A. allerdings *Benckendorff*, Kölner Schrift, 3. Aufl., 1389 (1391).

¹²⁰⁹ So *H.-F. Müller*, S. 38 ff.; *derselbe* in: Jaeger, § 35 Rdnr. 348; *Pieper*, S. 171; *Purps/Schumann*, VIZ 1999, 386 (387); *Rödter*, S. 30; *K. Schmidt*, ZGR 1998, 633 (637 f.); *derselbe*, ZIP 2000, 1913 (1917); differenzierend nach der Existenz einer persönlich haftenden natürlichen Person als Gesellschafter *OLG Karlsruhe* DZWIR 2004, 123 (124) = Rpfleger 2003, 614.

Freigabe auf abwicklungsbedürftige Gegenstände bezieht. Da eine Herbeiführung der Vollbeendigung durch den Insolvenzverwalter in diesem Fall nicht möglich ist, könnte der Vollabwicklungszweck nicht erreicht werden. Verstößt eine Freigabe allerdings eindeutig gegen Zwecke des Insolvenzverfahrens, so ist sie, wenn die Zweckwidrigkeit für einen verständigen Betrachter offensichtlich ist, in Anlehnung an die Evidenztheorie beim Missbrauch der Vertretungsmacht¹²¹⁰ von vornherein unwirksam¹²¹¹. Zwar wird als Grund der Unwirksamkeit üblicherweise lediglich ein Verstoß gegen den Verfahrenshauptzweck der gemeinschaftlichen und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung in Betracht gezogen, durch die Verwirklichung der Vollabwicklung als Verfahrenszweck der Insolvenzordnung muss Gleiches allerdings auch für offensichtliche Verstöße gegen den Vollabwicklungszweck gelten¹²¹². Würde man also nur auf den Verfahrenszweck der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften abstellen, wäre eine Freigabe offensichtlich abwicklungsbedürftiger Massegegenstände unwirksam bzw. bei fehlender Offensichtlichkeit zwar wirksam aber mit der Folge einer möglichen Haftung des Insolvenzverwalters¹²¹³ unzulässig.

Eine isolierte Beurteilung der Wirksamkeit der Freigabe auf Grundlage des Vollabwicklungszwecks würde jedoch dem bisherigen Ergebnis der Untersuchung, wonach der Verfahrenshauptzweck der gemeinschaftlichen und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung gegenüber dem Abwicklungszweck vorrangig ist, nicht gerecht. Aufgrund dieses Vorrangs hat eine Vollabwicklung immer dann zu unterbleiben, wenn sie nur zu Lasten der Gläubiger möglich wäre¹²¹⁴. Zu Lasten der Gläubiger erfolgt die Vollabwicklung allerdings nicht nur dann, wenn Abwicklungsmaßnahmen auf Kosten der Masse vorgenommen werden, sondern auch, wenn aus Gründen der angestrebten Vollabwicklung die Freigabe masseschmälernder Gegenstände – also solcher Gegenstände, die über ihren Wert hinaus belastet oder unverwertbar sind, deren Verwaltung die Masse aber mit Kosten belastet – unterbleibt. In beiden Fällen wird die Quote der Gläubiger (vgl. § 195 InsO) aufgrund der Vollabwicklung gemindert. Wegen des Vorrangs des Gläubigerbefriedigungszwecks gegenüber dem Zweck der verfahrensimmanenten Vollabwicklung muss daher auch im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften die Freigabe von Massegegenständen, die Abwicklungsbedarf vermögens- oder nichtvermögensrechtlicher Art begründen, zulässig sein, wenn

¹²¹⁰ Meyer-Sommer, S. 65; Ott/Vuia in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 61.

¹²¹¹ BVerwG NJW 1984, 2427; Breutigam in: BK InsO, § 35 Rdnr. 107; Haarmeyer/Wutzke/Förster, Kap. 1 Rdnr. 476; Höpfner, ZIP 2000, 1517 (1519); Kirchhof in: HK InsO, § 1 Rdnr. 3; Meyer-Sommer, S. 65; vgl. auch zur Forderungsabtretung BGH NJW 1983, 2018 (2019).

¹²¹² Vgl. auch Meyer-Sommer, S. 65.

¹²¹³ Siehe unten Vierter Teil II. 2. d., S. 251 ff.

¹²¹⁴ Siehe Dritter Teil IV. 4. e. bb., S. 171 ff.

der Wert der Masse durch die Freigabe erhöht wird¹²¹⁵. Eine Ausnahme besteht lediglich in den seltenen Fällen, in denen auch ohne Freigabe eines massemindernden Gegenstandes die Masse zur vollständigen Befriedigung der Gläubiger ausreicht (vgl. § 199 InsO). In diesen Fällen scheidet eine Freigabe abwicklungsbedürftiger Gegenstände mangels Verbesserung der Befriedigungsaussicht der Gläubiger aufgrund des Vollabwicklungszwecks aus. Eine Freigabe ist also nicht bereits wegen eines Verstoßes gegen Insolvenzzwecke unwirksam, wenn ein offensichtlich abwicklungsbedürftiger Gegenstand freigegeben und damit der Vollabwicklungszweck beeinträchtigt wird. Die Unwirksamkeit der Freigabe setzt zusätzlich voraus, dass – ebenfalls offensichtlich – keine Besserstellung der Gläubiger durch die Freigabe erfolgen kann. Kumulativ liegen beide Voraussetzungen nur dann vor, wenn ein erkennbar werthaltiger und verwertbarer Vermögensgegenstand freigegeben wird. In diesem Fall folgt die Unwirksamkeit der Freigabe wegen Zweckwidrigkeit jedoch regelmäßig bereits aus dem Gläubigerbefriedigungszweck. Nur wenn offensichtlich ist, dass eine vollständige Gläubigerbefriedigung auch im Fall der unterbleibenden Freigabe eines abwicklungsbedürftigen Gegenstandes erreicht wird, wirkt sich der Vollabwicklungszweck aus und führt zur Unwirksamkeit einer Freigabe. Die Einbeziehung des Vollabwicklungszwecks wirkt sich auf die Wirksamkeit einer Freigabe folglich lediglich in denjenigen Fällen aus, in denen die vollständige Befriedigung der Gläubiger gesichert ist.

(2) Zulässigkeit der Freigabe aufgrund des Vollabwicklungszwecks

Auch wenn man das Kriterium der Offensichtlichkeit beiseite lässt und lediglich die Fälle einer zweckwidrigen – wenn auch wirksamen¹²¹⁶ – Freigabe betrachtet, fällt auf, dass aus der Einbeziehung des nachrangigen Vollabwicklungszwecks nur selten Konsequenzen für die Zulässigkeit der echten Freigabe in der Insolvenz von Handelsgesellschaften folgen. Masseschmälernde Gegenstände müssen regelmäßig bereits aufgrund des Verfahrenshauptzwecks der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung freigegeben werden. Sollten die entsprechenden Gegenstände in irgendeiner Weise Abwicklungsbedarf verursachen, der einer verfahrensimmanenten Vollabwicklung entgegensteht, ist dies wegen der Vorrangigkeit des Gläubigerbefriedigungszwecks irrelevant.

Gegenstände, die den Wert der Masse erhöhen, dürfen demgegenüber bereits aus Gläubigerschutzgründen nicht freigegeben werden. Auch diesbezüglich wirkt sich der

¹²¹⁵ Vgl. auch *BGHZ* 163, 32 (36) = *NJW* 2005, 2015 (2016); *Brandes* in: *MüKo InsO*, §§ 60, 61 Rdnr. 16; *Westphal* in: *Nerlich/Römermann*, § 199 Rdnr. 7a; *Windel* in: *Jaeger*, § 80 Rdnr. 30.

¹²¹⁶ Siehe zur Wirksamkeit von Verwalterhandlungen bei nicht offensichtlicher Konkurszweckwidrigkeit *BGH NJW* 1983, 2018 (2019) m.w.N.

Vollabwicklungszweck nur aus, wenn die vollständige Gläubigerbefriedigung gesichert ist. Da die Freigabe in diesen Fällen die Gläubigerinteressen nicht tangiert, gebietet lediglich der Vollabwicklungszweck den Ausschluss der Freigabe werthaltiger Gegenstände.

Da die vollständige Befriedigung der Gläubiger jedoch eher eine theoretische Möglichkeit als ein praktisches Vorkommnis ist, kommen Auswirkungen des nachrangigen Vollabwicklungszwecks auf die Zulässigkeit der Freigabe im Wesentlichen nur dann in Betracht, wenn Gegenstände freigegeben werden, die den Wert der Masse weder erhöhen noch vermindern, wie z.B. uneinziehbare Forderungen, unverwertbare Sicherungsrechte, überlastete Grundstücke¹²¹⁷, streitbefangene Gegenstände aussichtsloser Prozesse, tatsächlich unveräußerliche oder aus sonstigen Gründen für die Masse wertlose Objekte¹²¹⁸ wie Büroeinrichtungsgegenstände, die aufgrund ihres Alters und Zustands wertlos sind. Derartige Gegenstände dürfen nur dann freigegeben werden¹²¹⁹, wenn mit ihnen kein vermögens- oder nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf verbunden ist. Vermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf von Gegenständen, deren Massezugehörigkeit sich weder wertsteigernd noch wertmindernd auf die Masse auswirkt, ist allerdings nicht vorstellbar. Vermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf wird durch einen Gegenstand nur dann begründet, wenn dieser jedenfalls nach seiner Verwertung zur Befriedigung der Gläubiger oder zur Verteilung unter die Gesellschafter geeignet ist und von einem ordentlichen Kaufmann in der Bilanz als Aktivvermögen angesetzt würde¹²²⁰. Bilanzierungsfähig sind Vermögensgegenstände allerdings nur dann, wenn sie selbstständig veräußerbar und verkehrsfähig sind¹²²¹. Auch wenn ein nach rechtlichen Gesichtspunkten verwertbarer Gegenstand lediglich wirtschaftlich nicht verwertet werden kann, fehlt es an der bilanziellen Aktivierbarkeit¹²²². Gegenstände, die den Wert der Masse nicht erhöhen, stellen daher mangels wirtschaftlicher Verwertbarkeit kein zur Befriedigung der Gläubiger geeignetes und bilanzierungsfähiges Aktivvermögen dar. Ist ein Gegenstand demgegenüber bilanziell aktivierbar und zur Befriedigung der Gläubiger oder zur Verteilung an die Gesellschafter geeignet, wird auch der Wert der Masse durch die Massezugehörigkeit des entsprechenden Ge-

¹²¹⁷ Soweit diese aufgrund der mit ihnen verbundenen Realsteuerbelastung nicht ohnehin als masseschädigend anzusehen sind. Vgl. auch zur Möglichkeit der Freigabe besicherter Gegenstände als Druckmittel, um absonderungsberechtigte Gläubiger zu einer Kostenbeteiligung an der freihändigen Verwertung zu bewegen, *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 91; *Lwowski/Tetzlaff*; WM 1999, 2336 (2345); *Pieper*, S. 20.

¹²¹⁸ *Windel* in: Jaeger, § 80 Rdnr. 28.

¹²¹⁹ Trotz ihrer Unverwertbarkeit sind solche Gegenstände bis zur Freigabe durch den Insolvenzverwalter Bestandteil der Masse, vgl. *Windel* in: Jaeger, § 80 Rdnr. 28.

¹²²⁰ Vgl. zum Begriff der Vermögenslosigkeit Zweiter Teil VI. 6., S. 82 ff.; zum Ansatz in der Handelsbilanz auch *BayObLG* NJW-RR 1995, 612 (613); *BayObLG* NJW-RR 1999, 1054; *KG NZG* 2007, 474 (475).

¹²²¹ *Merkt* in: Baumbach/Hopt, § 246 Rdnr. 5.

¹²²² Vgl. *Ballwieser* in: MüKo HGB, § 246 Rdnr. 24.

genstandes erhöht. Gegenstände, die den Wert der Masse nicht erhöhen, können folglich keinen vermögensrechtlichen Abwicklungsbedarf begründen. Die Vermögenslosigkeit hindernder vermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf entsteht durch die Freigabe masseneutraler Gegenstände daher nicht.

Aber auch nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf wird durch die Freigabe wertneutraler Gegenstände nicht begründet. Nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf kann etwa durch die Notwendigkeit der Erteilung von Arbeitszeugnissen¹²²³, der Abgabe von Willenserklärungen¹²²⁴ oder der Ermöglichung von Zustellungen bestehen¹²²⁵. Nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf resultiert folglich aus bestehenden Pflichten. Die Existenz eines Gegenstandes, also einer Sache oder eines Rechts, kann hingegen keinen die Vollbeendigung hindernden nichtvermögensrechtlichen, sondern allenfalls vermögensrechtlichen Abwicklungsbedarf begründen¹²²⁶. Da masseneutrale Gegenstände daher in keinem Fall Abwicklungsbedarf begründen und somit nicht mit dem Vollabwicklungszweck kollidieren, wirkt sich der Vollabwicklungszweck auch nicht auf die Zulässigkeit der Freigabe solcher Gegenstände aus¹²²⁷.

Die Ausgestaltung der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften als hinter dem Zweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung bestehender, nachrangiger Verfahrenszweck, hat folglich auf die Zulässigkeit der Freigabe kaum praktische Auswirkungen. Die Freigabe ist zur Entlastung der Masse auch im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften zulässig¹²²⁸. Etwas anderes gilt nur in den seltenen Fällen, in denen der Verfahrenshauptzweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung keine Freigabe gebietet, da eine vollständige Gläubigerbefriedigung unabhängig von der Freigabe massemindernder Gegenstände zu erwarten ist. Lediglich in diesen Fällen führt der Vollabwicklungszweck zu einem Ausschluss der Freigabe abwicklungsbedürftiger Massegegenstände. Der Vollabwicklungszweck wirkt sich auf die

¹²²³ *Bork*, JZ 1991, 841 (844); *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 60 Rdnr. 105; *W. Uhlenbruck*, ZIP 1996, 1641 (1648); *Wenzel* in: MüKo BGB, vor § 362 Rdnr. 5; *Weth* in: Musielak, § 50 Rdnr. 18.

¹²²⁴ *Bork*, JZ 1991, 841 (844); *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 60 Rdnr. 105; *W. Uhlenbruck*, ZIP 1996, 1641 (1648).

¹²²⁵ *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 60 Rdnr. 105; *W. Uhlenbruck*, ZIP 1996, 1641 (1648).

¹²²⁶ Zu den Auswirkungen der Freigabe masseschädigender oder masseneutraler Gegenstände, vgl. unten, Vierter Teil II. 2. c., S. 248 ff.

¹²²⁷ Zur Zulässigkeit der Freigabe derartiger Gegenstände vgl. *Smid* in: *Smid*, § 80 Rdnr. 30 sowie *Windel* in: *Jaeger*, § 80 Rdnr. 28; a.A. *Meyer-Sommer*, S. 55, die von der Unzulässigkeit der Freigabe masseneutraler Objekte aufgrund des Vollabwicklungszwecks ausgeht; a.A. auch *OLG Düsseldorf*, Urteil vom 10.10.1981, Az. 16 U 86/73, zitiert in *BGH NJW* 1983, 2018 (2019), nach welchem Handlungen des Insolvenzverwalters nicht nur bei Verstoß gegen Insolvenzzwecke sondern bereits bei fehlendem Nutzen für die Erreichung von Insolvenzzwecken nichtig sind.

¹²²⁸ Vgl. auch *BGHZ* 163, 32 (35 f.) = *NJW* 2005, 2015 (2016).

Zulässigkeit der Freigabe also nur aus, wenn die Befriedigung der Gläubiger gesichert ist¹²²⁹.

Zwar wird eingewandt, dass durch die Zulässigkeit der Freigabe die Verantwortung hinsichtlich der Vollliquidation auf Verbandsorgane abgewälzt werde, welche die weitere Abwicklung mangels liquider Mittel nicht durchführen können oder wollen, so dass die Abwicklung nicht oder nur auf Kosten der Allgemeinheit durchgeführt werden könne¹²³⁰, daraus kann jedoch keine Unzulässigkeit der Freigabe in der Insolvenz von Handelsgesellschaften hergeleitet werden. Dass eine zügige Vollabwicklung – sofern eine solche nicht ungeachtet der Freigabe möglich ist¹²³¹ – nach den gesellschaftsrechtlichen Liquidationsregelungen nicht in gleichem Maße gesichert ist wie dies eine Liquidation innerhalb des Insolvenzverfahrens wäre¹²³², kann zwar kritisiert werden, eine Korrektur hat jedoch nicht im Insolvenzverfahren auf Kosten des Hauptzwecks der Gläubigerbefriedigung, sondern durch Anpassung der sachnäheren gesellschaftsrechtlichen Liquidationsvorschriften zu erfolgen¹²³³. Die Freigabe ist daher trotz des Vollabwicklungszwecks zur bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger auch im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften zulässig.

(3) Zeitpunkt der Freigabe

Im Hinblick auf das festgestellte Rangverhältnis der Verfahrenszwecke kann der von *Gutsche*¹²³⁴ vertretenen Ansicht, nach der die Freigabe wegen des Vollabwicklungszwecks ausgeschlossen ist und erst mit Abschluss des Insolvenzverfahrens auf Grundlage eines Unverwertbarkeitsbeschlusses im Sinn des § 197 Abs. 1 Nr. 3 InsO ein Rückfall unverwertbarer oder masseschädigender Gegenstände in das freie Schuldnervermögen mit der Folge einer dann notwendigen gesellschaftsrechtlichen Liquidation möglich sein soll, nicht gefolgt werden. Eine Schmälerung der Masse und eine damit verbundene Beeinträchtigung der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung als Verfahrenshauptzweck ist – etwa durch die Belastung der Masse mit Realsteuern¹²³⁵ oder die Kraftfahrzeugsteuer hinsichtlich eines wertlosen Kraftfahrzeugs¹²³⁶ – bereits während des Verfahrens durch den Verbleib der entsprechenden Gegenstände in der Masse

¹²²⁹ Vgl. *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Kap. 5 Rdnr. 475, wobei dort eine Auswirkung erst bei tatsächlicher Befriedigung der Gläubiger angenommen wird.

¹²³⁰ *H.-F. Müller*, S. 40; *derselbe* in: *Jaeger*, § 35 Rdnr. 148.

¹²³¹ Siehe *Vierter Teil II. 2. c.*, S. 248 ff.

¹²³² Vgl. *H.-F. Müller* in: *Jaeger*, § 35 Rdnr. 148; *Pech*, S. 69 f.;

¹²³³ Vgl. *Meyer-Sommer*, S. 43; *Pape*, *WiPra* 1996, 242 (243); *Sonnen/Tetzlaff*, *wistra* 1999, 1 (5).

¹²³⁴ *Gutsche*, Rdnr. 141 f.

¹²³⁵ Vgl. dazu *AG Mannheim NZI* 2004, 503; *Lwowski/Peters* in: *MüKo InsO*, § 35 Rdnr. 90; *Pieper*, S. 19.

¹²³⁶ *Smid* in: *Smid*, § 80 Rdnr. 13.

möglich¹²³⁷. Der auch von *Gutsche* anerkannten Stellung der Gläubigerbefriedigung als „Hauptziel“ des Verfahrens¹²³⁸ läuft der Ausschluss der Freigabe während des Verfahrens daher zuwider.

bbb. „Rechtslogischer“ Ausschluss der Freigabe an schuldnerische Handelsgesellschaften

Trotz des Vollabwicklungszwecks ist eine Freigabe von Massegegenständen gestützt auf den Verfahrenshauptzweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung also grundsätzlich auch im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften zulässig. Es stellt sich allerdings die Frage, ob eine Freigabe hier nicht deshalb „rechtslogisch ausgeschlossen“ ist, da es sich beim Insolvenzverwalter aufgrund des Vollabwicklungszwecks um ein Organ der Gesellschaft handelt und daher ein Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich eines freigegebenen Vermögensgegenstandes vom Insolvenzverwalter auf sich selbst als Gesellschaftsorgan erfolgen müsste bzw. niemand die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich eines freigegebenen Gegenstandes vom Insolvenzverwalter übernehmen könnte¹²³⁹. Die Problematik darf nicht mit der bereits erörterten und abgelehnten Frage verwechselt werden, ob die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters auf den verfahrensfreien Vermögensbereich des Schuldners und damit auf freigegebene Vermögensgegenstände erstreckt werden kann¹²⁴⁰. Während es dort darum ging, ob der Insolvenzverwalter auch außerhalb des Verfahrens Befugnisse des Schuldners ausüben darf, geht es vorliegend um die Frage, ob die umfassende Stellung des Insolvenzverwalters als Organ des Insolvenzverfahrens einerseits und Organ der Schuldnergesellschaft andererseits bereits eine gewillkürte Aufspaltung des Schuldnervermögens in einen massezugehörigen und einen massefreien Bereich wegen der Personenidentität des Verwaltungsbefugten ausschließt, so dass kein verfahrensfreien Vermögensbereich des Schuldners existieren kann.

Die Ansicht, dass der Insolvenzverwalter in der Unternehmensinsolvenz organschaftlicher Vertreter der Schuldnerin sein soll, wurde im Zuge der Entwicklung einer Vollabwicklungspflicht im Gesellschaftskonkurs im Anschluss an die Organtheorie, nach welcher der Insolvenzverwalter Organ der Masse als Rechtssubjekt ist¹²⁴¹, von

¹²³⁷ Förster, ZInsO 2000, 315 (316).

¹²³⁸ *Gutsche*, Rdnr. 144.

¹²³⁹ Vgl. zur Argumentation *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 42; *Smid*, DZWIR 2008, 133 (134); *derselbe*, jurisPR-BGHZivilR 34/2005 Anm. 5.

¹²⁴⁰ Dritter Teil IV. 3. b. bb. aaa., S. 139 ff.

¹²⁴¹ Siehe *Böttcher*, ZZZ 71 (1958), 314 (318 ff.); *derselbe*, ZZZ 77 (1964), 55 ff.; *Hanisch*, S. 275 ff.; *Helwig*, S. 220 i.V.m. S. 228 ff.; vgl. auch *K. Schmidt/Schulz*, ZIP 1982, 1015 (1018); sympathisierend zur Organtheorie als Denkmodell auch *Stürner*, ZZZ 94 (1981), 263 (287 ff.).

K. Schmidt zunächst „*mindestens de lege ferenda*“¹²⁴², später auch *de lege lata*¹²⁴³ unter Geltung der Konkursordnung begründet¹²⁴⁴. In der Insolvenz natürlicher Personen ist der Insolvenzverwalter hiernach als auf die Masse beschränkter gesetzlicher Vertreter des Schuldners anzusehen¹²⁴⁵. Trotz wachsender Anhängerschaft¹²⁴⁶ konnte sich diese als modifizierte¹²⁴⁷ bzw. neue¹²⁴⁸ Organtheorie, Repräsentationstheorie¹²⁴⁹ oder neue Vertretertheorie¹²⁵⁰ bezeichnete Ansicht (im Folgenden: modifizierte Organtheorie) gegen die herrschende Amtstheorie, nach welcher der Insolvenzverwalter als Träger eines privaten Amtes im eigenen Namen die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse ausübt, die ihm gesetzlich übertragenen Funktionen wahrnimmt und die an der Insolvenzmasse bestehenden Rechte vertritt¹²⁵¹, allerdings bisher weder in der Rechtsprechung¹²⁵², noch im Schrifttum¹²⁵³ durchsetzen. Auch wenn der Streit über die Stellung des Insolvenzverwalters im Rahmen dieser Untersuchung nicht neu aufgerollt werden soll und daher an dieser Stelle die vereinzelt oder ehemals vertretenen weiteren Ansichten, wie Gläubigervertretungstheorie¹²⁵⁴, Schuldnervertretungstheorie¹²⁵⁵, Organtheorie¹²⁵⁶ sowie Lehre vom neutralen Handeln des Insolvenzverwalters¹²⁵⁷, außer Betracht bleiben, könnte die Zulässigkeit der Freigabe im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften davon abhängen, ob der Insolvenzverwalter aufgrund des Vollabwicklungszwecks entgegen der herrschenden Amtstheorie als Organ der schuldnerischen Handelsgesellschaft angesehen werden muss.

¹²⁴² *K. Schmidt*, Gutachten Unternehmensinsolvenz, S. 49.

¹²⁴³ *K. Schmidt/Schulz*, ZIP 1982, 1015 (1018); *K. Schmidt*, KTS 1984, 345 ff.; *derselbe*, Wege, S. 107 ff.; *derselbe*, NJW 1995, 911 (912 f.); *Schulz*, NJW 1984, 2428.

¹²⁴⁴ Vgl. zur Entwicklung dieser Ansicht als Bestandteil eines „Unternehmens-Insolvenzrechts“ bereits oben, Dritter Teil I., S. 91 ff.

¹²⁴⁵ *K. Schmidt*, KTS 1984, 345 (370); *derselbe*, NJW 1987, 1905 (1906); *derselbe*, NJW 1995, 911 (913); *derselbe*, Wege, S. 111; vgl. auch *Fleddermann*, ZInsO 2001, 359 (360).

¹²⁴⁶ *LAG Hamm DZWIR* 2001, 283 (287 f.); *ArbG Berlin NZA-RR* 2004, 366 (367); *Hüftege* in: Thomas/Putzo, § 51 Rdnr. 29; *Lindacher* in: MüKo ZPO, vor §§ 50 ff. Rdnr. 36; *Pieper*, S. 130; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 40 Rdnr. 14.

¹²⁴⁷ *Lindacher* in: MüKo ZPO, vor §§ 50 ff. Rdnr. 34; *K. Schmidt*, KTS 1984, 345 (364, 371).

¹²⁴⁸ *K. Schmidt*, Wege, S. 111, 116.

¹²⁴⁹ *Lindacher* in: MüKo ZPO, vor §§ 50 ff. Rdnr. 34.

¹²⁵⁰ *K. Schmidt*, NJW 1987, 1905 (1906); *derselbe*, Wege, S. 112.

¹²⁵¹ Vgl. *BGHZ* 49, 11 (16); *Bork* in: Stein/Jonas, vor § 50 Rdnr. 28; *Lindacher* in: MüKo ZPO, vor §§ 50 ff. Rdnr. 30; *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 27.

¹²⁵² Vgl. *BGHZ* 88, 331 (334) = NJW 1984, 739; *BGH* NJW 1986, 2306 (2307); *BGHZ* 100, 346 (351) = NJW 1987, 3133; *BAG DZWIR* 2002, 419 (420); *OLG Frankfurt* NJW 1988, 2053; für den Zeitraum vor Entstehung der modifizierten Organtheorie im Jahr 1982 bereits: *RGZ* 29, 29 (36); *BGHZ* 32, 114 (118); *BGHZ* 44, 1 (4); *BGHZ* 49, 11 (16).

¹²⁵³ *Bork*, Rdnr. 68; *derselbe* in: Stein/Jonas, vor § 50 Rdnr. 35 ff.; *Fleddermann*, ZInsO 2001, 359 (360); *Gutsche*, Rdnr. 146 ff.; *Henckel*, ZIP 1991, 133 (134); *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 35; *Smid* in: *Smid*, § 80 Rdnr. 17; *Windel* in: Jaeger, § 80 Rdnr. 11, 15.

¹²⁵⁴ *Eckstein*, ZZZ 40 (1910), 48 (86 ff.); *Kohler*, Lehrbuch des Konkursrechts, S. 400 ff.

¹²⁵⁵ *Bley*, ZZZ 62 (1941), 111 (113 f.); *Flume*, BGB AT II, S. 781; *Lent*, ZZZ 62 (1941), 129 ff.

¹²⁵⁶ Vgl. bereits die Nachweise in FN 1241.

¹²⁵⁷ *Dölle* in: FS F. Schulz, 268 (274 ff.).

Letztlich kann die modifizierte Organtheorie allerdings nicht überzeugen. Der von der herrschenden Ansicht vertretenen Amtstheorie ist zu folgen. Zweifel an der Einordnung des Insolvenzverwalters als Schuldnerorgan bestehen bereits deshalb, weil dieser im Gegensatz zu einem Organ nicht lediglich die Interessen des vertretenen Rechtsträgers, sondern die Interessen sämtlicher am Insolvenzverfahren Beteiligter¹²⁵⁸ sowie der Öffentlichkeit¹²⁵⁹ wahrzunehmen hat. Darüber hinaus wird durch eine Organschaft üblicherweise fehlende Geschäfts- oder Prozessfähigkeit kompensiert¹²⁶⁰, während sich die Geschäfts- und Prozessfähigkeit des Insolvenzschuldners mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur dann ändert, wenn die Verfahrenseröffnung zu einem Wegfall der organschaftlichen Vertretung führen würde¹²⁶¹. Des Weiteren kann einem organschaftlichen Vertreter nicht mehr Rechtsmacht zustehen, als dem Vertretenen zusteht, so dass die modifizierte Organtheorie weder überzeugend den vollständigen Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis vom Schuldner auf den Insolvenzverwalter ohne Verbleib von Restbefugnissen hinsichtlich der Masse beim Schuldner begründen¹²⁶² noch die Insolvenzanfechtung¹²⁶³ oder die Einziehungs- und Prozessführungsbefugnis für Haftungsansprüche der Gläubiger gemäß §§ 92, 93 InsO¹²⁶⁴ plausibel erklären kann. Auf der anderen Seite ist die Stellung des Insolvenzverwalters gegenüber derjenigen eines organschaftlichen oder gesetzlichen Vertreters nicht nur erweitert, sondern auch eingeschränkt. Eine uneingeschränkte Einordnung des Insolvenzverwalters als Organ oder Vertreter des Schuldners würde dazu führen, dass der Insolvenzverwalter auch über die höchstpersönlichen Rechte des Schuldners verfügen könnte¹²⁶⁵. Außerdem hätte eine Vertreter- oder Organstellung des Verwalters zur Folge, dass dieser den Schuldner persönlich verpflichten könnte und der Schuldner sogar gemäß §§ 831, 278, 31 BGB für Handlungen des Insolvenzverwalters haften müsste. Im Hinblick auf die teilweise den Interessen des Schuldners zuwiderlaufenden Pflichten des Insolvenzverwalters kann dies nicht überzeugen¹²⁶⁶. Zudem bereitet die modifizierte Organtheorie Schwierigkeiten bei Prozessen zwischen dem Insolvenzverwalter und dem Schuldner, da der Verwalter als Organ des Schuldners sowohl auf Kläger- als auch auf Beklagtenseite stünde und damit ein unzulässiger Insichprozess

¹²⁵⁸ *Blersch* in: BK InsO, § 56 Rdnr. 17 f.; *Bork*, Rdnr. 66; *derselbe* in: Stein/Jonas, vor § 50 Rdnr. 38; *Fleddermann*, ZInsO 2001, 359 (361); *Henckel*, ZIP 1991, 133 (134); *H.-F. Müller*, S. 57; vgl. auch *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 34; *Smid* in: Smid, § 80 Rdnr. 23; *Windel* in: Jaeger, § 80 Rdnr. 13.

¹²⁵⁹ *Gutsche*, Rdnr. 151.

¹²⁶⁰ *Bork*, Rdnr. 66; *Fleddermann*, ZInsO 2001, 359 (361).

¹²⁶¹ Vgl. dazu unten, Vierter Teil III. 2. a., S. 305 f.

¹²⁶² Vgl. *Bork*, ZInsO 2001, 210 (211); *Fleddermann*, ZInsO 2001, 359 (361); *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 34.

¹²⁶³ Vgl. *Bork*, Rdnr. 66; *derselbe* in: Stein/Jonas, vor § 50 Rdnr. 38; *Gutsche*, Rdnr. 151; *H.-F. Müller*, S. 58.

¹²⁶⁴ *H.-F. Müller*, S. 58.

¹²⁶⁵ *H.-F. Müller*, S. 58.

¹²⁶⁶ *Smid* in: Smid, § 80 Rdnr. 23.

vorläge¹²⁶⁷. Schließlich wäre bei einer konsequenten Einordnung des Insolvenzverwalters als Organ des Schuldners die Regelung des § 148 Abs. 1 InsO, wonach der Insolvenzverwalter mit Eröffnung des Verfahrens das massezugehörige Vermögen sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen hat, hinsichtlich der Besitzübernahme nicht zu erklären. Sowohl juristische Personen als auch Personenhandelsgesellschaften werden nämlich als unmittelbare Besitzer angesehen, die ihren Besitz durch ihre Organe ausüben¹²⁶⁸. Die Organe sind dagegen selbst nicht Besitzer¹²⁶⁹. Als Organ der Schuldnerin müsste der Insolvenzverwalter folglich auch nicht das massezugehörige Vermögen in Besitz nehmen, sondern lediglich den Besitz der schuldnerischen Handelsgesellschaft ausüben¹²⁷⁰. § 148 Abs. 1 InsO normiert allerdings eine Pflicht¹²⁷¹ zur Inbesitznahme der Masse und nicht lediglich eine Pflicht zur Ausübung des Besitzes für den Schuldner, so dass die modifizierte Organtheorie auch diesbezüglich nicht zu überzeugen vermag.

Es ist jedoch ebenso darauf hinzuweisen, dass auch die herrschende Amtstheorie kritisiert wird. Die Kritik richtet sich insbesondere gegen die hohe Begründungsrelevanz der Amtstheorie in höchstrichterlichen Urteilen¹²⁷². Um Handelsrecht auf den Konkursverwalter anzuwenden, stellt der *BGH* beispielsweise darauf ab, ob der Insolvenzverwalter wie ein Kaufmann am Rechtsverkehr teilnimmt, so dass dessen Vertragspartner auf ein kaufmännisches Verhalten vertrauen dürfen¹²⁷³. Die modifizierte Organtheorie bedürfte hingegen für die Anwendbarkeit von Handelsrecht keiner eingehenden Begründung, da es sich zwar beim Insolvenz- bzw. Konkursverwalter selbst nicht um einen Kaufmann handelt¹²⁷⁴, wohl aber bei der Schuldnerin (vgl. § 6 Abs. 1 HGB), deren Organ der Verwalter nach dieser Ansicht ist¹²⁷⁵. Richtigerweise ist allerdings auch im Rahmen der Amtstheorie nicht auf das Handeln des Verwalters im eige-

¹²⁶⁷ Vgl. *Bork*, Rdnr. 66; *derselbe*, ZInsO 2001, 210 (211); *derselbe* in: Stein/Jonas, vor § 50 Rdnr. 38.

¹²⁶⁸ Zu juristischen Personen: *BGHZ* 56, 73 (77); *OLG Düsseldorf* NJW-RR 2001, 542; *Jauernig* in: *Jauernig*, § 854 Rdnr. 13; *Joost* in: MüKo BGB, § 854 Rdnr. 17; *K. Schmidt*, GesR, S. 267; zu Personenhandelsgesellschaften: *BGHZ* 86, 300 (307); *BGHZ* 86, 340 (347 f.); *Jauernig* in: *Jauernig*, § 854 Rdnr. 14; *Joost* in: MüKo BGB, § 854 Rdnr. 23; *K. Schmidt*, GesR, S. 269.

¹²⁶⁹ *BGHZ* 56, 73 (77); *BGHZ* 57, 166 (167f.); *OLG Düsseldorf* NJW-RR 2001, 542; *Joost* in: MüKo BGB, § 854 Rdnr. 19; *K. Schmidt*, KTS 1984, 345 (387); *derselbe*, GesR, S. 267, 269.

¹²⁷⁰ So *K. Schmidt*, KTS 1984, 345 (387); ebenso *Füchsl/Weishäupl* in: MüKo InsO, § 148 Rdnr. 24 (die demgegenüber allerdings in Rdnr. 26 von einer Pflicht zur unmittelbaren Inbesitznahme durch den Insolvenzverwalter ausgehen).

¹²⁷¹ Vgl. *Breutigam* in: BK InsO, § 148 Rdnr. 3; *Füchsl/Weishäupl* in: MüKo InsO, § 148 Rdnr. 26.

¹²⁷² *K. Schmidt*, NJW 1987, 1905 (1906); *derselbe*, NJW 1995, 911 (912); vgl. auch bezüglich der Anwendbarkeit von Handelsrecht *Fleddermann*, ZInsO 2001, 359 (360).

¹²⁷³ *BGH* NJW 1987, 1940 (1941); *Lüke* in: *Kübler/Prütting*, § 80 Rdnr. 13; vgl. auch *BGHZ* 11, 1 (3) = NJW 1954, 105; *BGHZ* 40, 42 (43 f.) = NJW 1963, 1922; *BGH* NJW 1964, 1223; *BGH* NJW 1975, 1358 (1359); *BGH* MDR 1976, 743; *BGH* NJW 1987, 1940 (1941).

¹²⁷⁴ *Lüke* in: *Kübler/Prütting*, § 80 Rdnr. 13; *W. Uhlenbruck* in: *Uhlenbruck*, § 80 Rdnr. 11.

¹²⁷⁵ *K. Schmidt*, NJW 1987, 1905 (1907); *derselbe*, *Wege*, S. 111.

nen Namen, sondern vielmehr auf den Massebezug des Handelns abzustellen¹²⁷⁶, so dass auch nach der herrschenden Auffassung auf die Kaufmannseigenschaft des Schuldners und nicht die des Insolvenzverwalters abgestellt werden muss¹²⁷⁷. Der modifizierten Organtheorie ist allerdings dennoch zuzugeben, dass der Begründungsaufwand auf Grundlage der Amtstheorie an dieser Stelle höher ist.

Ein weiteres Beispiel für die auf Grundlage der Amtstheorie notwendige besondere Begründung zur Erzielung sachgerechter Ergebnisse wird bei der örtlichen Zuständigkeit für gegen die Masse gerichtete Klagen gesehen¹²⁷⁸. Der *BGH* sah hier aufgrund der Parteistellung des Konkursverwalters nach der Amtstheorie das Gericht am Wohnsitz des Verwalters gemäß §§ 12, 13 ZPO als örtlich zuständig an¹²⁷⁹. Um die örtliche Zuständigkeit an den wegen des örtlichen Bezugs zur Masse vorzugswürdigen Sitz des Schuldners¹²⁸⁰ zu verlegen, wurde infolge der genannten Rechtsprechung¹²⁸¹ mit Einführung der Insolvenzordnung gemäß Art. 18 Nr. 1 EGIInsO der § 19a ZPO geschaffen, der für sich auf die Masse beziehende Klagen, die örtliche Zuständigkeit nach dem Sitz des Insolvenzgerichts bestimmt. Nach der modifizierten Organtheorie hätte es der Einführung des § 19a ZPO hingegen nicht bedurft, da die Klage hiernach ohnehin gegen den Schuldner und nicht gegen den Verwalter zu richten gewesen wäre¹²⁸².

Trotz dieser Schwächen überzeugt die Amtstheorie jedoch im Ergebnis. Die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters und die dazu bestehenden Theorien müssen vor dem Hintergrund betrachtet werden, dass der Insolvenzverwalter eine gegenüber sonstigen zivilrechtlichen Rechtsinstituten gesonderte Stellung einnimmt, die durch keine der vertretenen Theorien vollumfänglich erfasst werden kann, so dass letztlich sämtliche Theorien zwar bestimmte Bereiche der Verwalterstellung überzeugend zu erklären vermögen, an anderen hingegen scheitern¹²⁸³. Die Amtstheorie hebt sich hier von den übrigen Theorien ab, indem sie nicht versucht, die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters in vorhandene zivilrechtliche Rechtsinstitute zu kleiden, sondern sich darauf beschränkt, die Funktion des Insolvenzverwalters sowie dessen Befugnisse zu beschreiben¹²⁸⁴. Aus der Abstraktion des Insolvenzverwalteramtes von bestehenden ge-

¹²⁷⁶ *Windel* in: Jaeger, § 80 Rdnr. 67; vgl. auch *K. Schmidt*, KTS 1988, 1 (11).

¹²⁷⁷ *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 100; *Windel* in: Jaeger, § 80 Rdnr. 67; kritisch hierzu *K. Schmidt*, NJW 1987, 1905 (1906).

¹²⁷⁸ *Schmidt*, NJW 1995, 911 (914); *derselbe*, Wege, S. 109 ff.

¹²⁷⁹ Vgl. *BGHZ* 88, 331 ff. = NJW 1984, 739; zur Kritik: *Lindacher* in: MüKo ZPO, vor §§ 50 ff. Rdnr. 37; *K. Schmidt*, Wege, S. 109.

¹²⁸⁰ *Smid* in: *Smid*, § 80 Rdnr. 15.

¹²⁸¹ Vgl. *Smid* in: *Smid*, § 80 Rdnr. 15.

¹²⁸² Vgl. *K. Schmidt*, NJW 1995, 911 (913).

¹²⁸³ *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 35.

¹²⁸⁴ *Stürmer*, ZfP 94 (1981), 263 (287); ebenso *Lindacher* in: MüKo ZPO, vor §§ 50 ff. Rdnr. 35; vgl. auch *H.-F. Müller*, S. 59; *Smid* in: *Smid*, § 80 Rdnr. 27; *Windel* in: Jaeger, § 80 Rdnr. 15.

setzlichen Rechtsinstituten wie der Organschaft oder Stellvertretung resultiert bei der Amtstheorie auch deren von den Vertretern anderer Ansichten kritisierter hoher Begründungsbedarf. Gerade dass nicht jedes Einzelproblem unter Hinweis auf bestimmte Institute zu lösen ist, sondern aus dem Sinn und Zweck des Verfahrens und den gesetzlichen Grundlagen hergeleitet werden muss, führt jedoch dazu, dass die Amtstheorie spezifischer die in der Insolvenzabwicklung anfallenden Probleme angehen kann¹²⁸⁵. Aus diesem Grund vermag es die Amtstheorie, welche auch in §§ 19a, 116 Nr. 1 ZPO prozessual ihren Niederschlag gefunden hat¹²⁸⁶, die Stellung des Verwalters in der weit überwiegenden Zahl der Fälle überzeugend zu beschreiben, ohne sich in Widersprüche bezüglich des angewandten Rechtsinstituts zu verwickeln und damit sowohl für die Anwendung, als auch für die Fortbildung des Rechts eine hilfreiche Stütze zur Verfügung zu stellen¹²⁸⁷.

Die modifizierte Organtheorie kann folglich nicht überzeugen, so dass die Person des Verfügungsberechtigten bei der Freigabe in der Insolvenz von Handelsgesellschaften wechselt und daher kein rechtslogischer Ausschluss der Freigabe aufgrund einer Einordnung des Verwalters als Organ der insolventen Handelsgesellschaft erfolgen muss.

c. Auswirkungen einer Freigabe auf die Vollabwicklung

Die Freigabe ist zur Verwirklichung des Verfahrensziels der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung also auch in der Insolvenz von Handelsgesellschaften zulässig. Begründet ein freigegebener Gegenstand Abwicklungsbedarf, ist eine verfahrensimmanente Vollabwicklung und Vollbeendigung der insolventen Gesellschaft durch den Insolvenzverwalter ausgeschlossen¹²⁸⁸. Die Restabwicklung findet in diesem Fall außerhalb des Insolvenzverfahrens nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen durch die Liquidatoren¹²⁸⁹ statt.

Wie bereits am Beispiel der masseneutralen Gegenstände gezeigt wurde¹²⁹⁰, begründet allerdings nicht jeder freigegebene Massegegenstand Abwicklungsbedarf. Eine Vollabwicklung ist trotz einer erfolgten Freigabe immer dann möglich, wenn durch die Freigabe kein bilanzierungsfähiges Aktivvermögen insolvenzfrei wird, welches zur

¹²⁸⁵ Ähnlich *Smid* in: *Smid*, § 80 Rdnr. 27.

¹²⁸⁶ Vgl. *Blersch* in: *BK InsO*, § 56 Rdnr. 17; *H.-F. Müller*, S. 59; *Windel* in: *Jaeger*, § 80 Rdnr. 15.

¹²⁸⁷ Vgl. *Ott/Vuiba* in: *MüKo InsO*, § 80 Rdnr. 35; *Stürner*, *ZZP* 94 (1981), 263 (287).

¹²⁸⁸ *Dritter Teil IV. 3. b. bb. aaa.*, S. 137 ff.

¹²⁸⁹ *Erster Teil III. 1. a.*, S. 32 ff.

¹²⁹⁰ *Vierter Teil II. 2. b. bb. aaa. (2)*, S. 240 ff.

Befriedigung der Gläubiger oder zur Verteilung unter die Gesellschafter geeignet wäre. Die Existenz unverwertbarer Gegenstände steht der Vermögenslosigkeit und damit der Registerlöschung nach § 394 FamFG jedoch nicht entgegen¹²⁹¹. Ohne Auswirkungen auf die Vollbeendigung ist daher die Freigabe rechtlich oder tatsächlich nicht durchsetzbarer Forderungen¹²⁹². Ebenso wie offensichtlich unbegründete Forderungen oder Forderungen, die geltend zu machen die Gesellschaft nicht beabsichtigt, sind diese mangels Werthaltigkeit bei der Prüfung der Vermögenslosigkeit unberücksichtigt zu lassen¹²⁹³. Auch mit Altlasten kontaminierte Grundstücke, deren Sanierung einen möglichen Veräußerungserlös übersteigen würde oder allgemein solche Gegenstände, bei deren Verwertung keine sinnvolle Befriedigungsmöglichkeit der Gläubiger zu erwarten ist¹²⁹⁴, hindern die Vollbeendigung nicht. Das gleiche muss für solche Gegenstände gelten, deren Verwertungsaufwand den zu erwartenden Verwertungserlös übersteigt. *Henckel* nennt als Beispiel hierfür ein Industriegrundstück, welches aufgrund seiner ungünstigen Lage allenfalls als landwirtschaftliche Nutzfläche brauchbar ist, wofür allerdings ein Abbruch der Gebäude notwendig wäre, dessen Kosten den zu erwartenden Kaufpreis übersteigen¹²⁹⁵.

In den genannten Beispielen fehlt es an liquidierbaren und anschließend zur Befriedigung der Gläubiger bzw. zur Verteilung unter den Gesellschaftern geeigneten Vermögensgegenständen, so dass die Gegenstände auf die Vermögenslosigkeit, die Registerlöschung und schließlich auf die Vollbeendigung ohne Einfluss sind. Mit der Vollbeendigung erlöschen Forderungen sodann mit dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis wegen Wegfalls einer Partei¹²⁹⁶, während nicht abwicklungsbedürftige Grundstücke und andere Sachen mit dem Wegfall des Rechtsträgers mangels Existenz eines Rechtsnachfolgers zu rechtsträgerlosem Vermögen – bei Grundstücken mit einem Aneignungsrecht des Fiskus analog § 928 Abs. 2 BGB – werden. Einer Dereliktion bedarf es dazu nicht¹²⁹⁷. Dem Insolvenzverwalter steht auch kein Recht zur Dereliktion zu, da die Eigentumsaufgabe außerhalb der Insolvenz Zwecke liegt¹²⁹⁸. Zum einen ist eine Vollabwicklung auch bei Verbleib der Gegenstände im Schuldnervermögen möglich, zum anderen haben die Gegenstände auf den Verfahrenshauptzweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung keinen Einfluss. Aber auch eine Dereliktion durch die Liquidatoren ist aufgrund des fehlenden Abwicklungsbedarfs derartiger Ge-

¹²⁹¹ Vgl. *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Kap. 4 Rdnr. 49; *Westphal* in: Nerlich/Römermann, § 199 Rdnr. 3 FN 8.

¹²⁹² *Haas* in: Baumbach/Hueck, Anh § 77 Rdnr. 5; vgl. auch *OLG Hamm* NJW-RR 1993, 547 (549).

¹²⁹³ Vgl. *KG NZG* 2007, 474 (475); *OLG Hamm* NJW-RR 1993, 547 (549); *Steder* in: Jansen, § 141a Rdnr. 19.

¹²⁹⁴ *OLG Brandenburg* NJW-RR 2001, 177; *Haas* in: Baumbach/Hueck, Anh § 77 Rdnr. 5

¹²⁹⁵ *Henckel*, ZIP 1991, 133 (135).

¹²⁹⁶ Vgl. zum Wegfall des Schuldners RGZ 148, 65 (67); RGZ 153, 338 (343); *Grüneberg* in: Palandt, vor § 362 Rdnr. 4.

¹²⁹⁷ *Anders Ehrlicke* in: Jaeger, § 11 Rdnr. 99; *K. Schmidt/Schulz*, ZIP 1982, 1015 (1022).

¹²⁹⁸ *Henckel* in: Jaeger, KO, 9. Aufl. (1997), § 6 Rdnr. 18 f.; *Hirte* in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 74.

gegenstände nicht erforderlich. In der überwiegenden Zahl der Freigabefälle bleibt eine verfahrensimmanente Vollabwicklung mangels Abwicklungsbedürftigkeit der freigegebenen Gegenstände daher durchführbar.

Dennoch ist die Annahme, eine Freigabe könnte nie mit dem Vollabwicklungszweck in Konflikt geraten, falsch¹²⁹⁹. Es ist durchaus denkbar, dass die Verwertbarkeit eines Massegegenstandes vom Insolvenzverwalter schlicht falsch beurteilt wird oder zum Zeitpunkt der Freigabe objektiv nicht richtig beurteilt werden kann und daher mit der Freigabe verfahrensfreies Vermögen entsteht. Des Weiteren kann ein zum Zeitpunkt der Freigabe tatsächlich aufgrund hoher Belastungen unverwertbarer Gegenstand nach erfolgter Freigabe werthaltig und damit verwertbar werden. Man denke nur an die Freigabe eines mit Grundpfandrechten über seinen Wert hinaus belasteten Grundstücks und einen anschließenden Verzicht der Pfandrechtsgläubiger auf ihre Rechte¹³⁰⁰. Ebenso ist vorstellbar, dass der Insolvenzverwalter die Aufnahme eines Aktivprozesses nach § 85 Abs. 2 InsO wegen geringer Erfolgsaussichten verweigert und damit den Streitgegenstand freigibt, der Schuldner den Prozess jedoch aufnimmt und wider Erwarten obsiegt. Während eines geführten Aktivprozesses ist eine Vollbeendigung insolventer Handelsgesellschaften sogar unabhängig vom Obsiegen aufgrund der durch den Klageanspruch zum Ausdruck kommenden Vermögensbehauptung generell nicht möglich¹³⁰¹, weshalb der Insolvenzverwalter die Beeinträchtigung der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung durch den Verbleib des streitbefangenen Gegenstandes in der Masse vor einer Freigabe besonders genau prüfen sollte, um eine persönliche Haftung zu vermeiden¹³⁰². Auch wenn freigegebenen Vermögensgegenständen regelmäßig kein eigenständiger Vermögenswert zukommt, ist deren Wertlosigkeit also nicht zwingend, so dass eine Freigabe durchaus Abwicklungsbedarf vermögensrechtlicher Art schaffen kann, der einer Abwicklung durch den Insolvenzverwalter entzogen ist. Zur Existenz massefreien Vermögens durch die Freigabe von Massegegenständen kann es allerdings vorbehaltlich der Freigabe streitbefangener Gegenstände nur dann kommen, wenn entweder die Freigabe unzulässig war oder unvorhersehbarer Abwicklungsbedarf durch den freigegebenen Gegenstand besteht.

¹²⁹⁹ Rödder, S. 28.

¹³⁰⁰ Rödder, S. 28.

¹³⁰¹ BGHZ 75, 178 (182 f.) = BGH NJW 1980, 233; BGH NJW-RR 1991, 660; Weth in: Musielak, § 50 Rdnr. 18 m.w.N. Anhängige Passivprozesse hindern eine Vollbeendigung demgegenüber nicht, da der gegen die Gesellschaft geführte Prozess weder die Vermögenslosigkeit hindert, noch sonstigen Abwicklungsbedarf begründet, vgl. BGH NJW 1979, 1592; BGH NJW 1982, 238; ebenso BayObLG NJW-RR 1995, 612 (613); a.A. BAG NJW 1982, 1831 = JZ 1982, 372; Bork, JZ 1991, 842 (848 ff.); Theil, JZ 1982, 373 (374); Weth in: Musielak, § 50 Rdnr. 18.

¹³⁰² Siehe dazu unten, Vierter Teil II. 2. d., S. 251 ff.

Selbst wenn allerdings ein freigegebener Vermögensgegenstand keinerlei Abwicklungsbedarf verursacht, kann eine Vollabwicklung in besonderen Fällen ausgeschlossen sein. Dies ist dann der Fall, wenn nach der Freigabe eines masseschädigenden Objekts nach der Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse ein an sich gemäß § 199 Satz 2 InsO an die am Schuldner beteiligten Personen herauszugebender Überschuss verbleibt. Da der Insolvenzverwalter nach § 199 Satz 2 InsO jeder am Schuldner beteiligten Person nur den Teil des Überschusses herauszugeben hat, der dieser bei einer Abwicklung außerhalb des Insolvenzverfahrens zustünde, und eine Herausgabe von Liquidationsvermögen in der gesellschaftsrechtlichen Liquidation erst nach der vollständigen Tilgung der Gesellschaftsverbindlichkeiten erfolgen darf¹³⁰³, ist § 199 Satz 2 InsO in diesem Fall nicht anwendbar. Es bleibt daher beim Grundfall des § 199 Satz 1 InsO, wonach der Insolvenzverwalter den Überschuss an den Schuldner, also die insolvente Gesellschaft mit der Folge herauszugeben hat, dass eine Vollabwicklung innerhalb des Insolvenzverfahrens ausscheidet¹³⁰⁴.

d. Haftungsfolgen einer unzulässigen Freigabe

Die Untersuchung hat ergeben, dass trotz des Vollabwicklungszwecks in der Insolvenz von Handelsgesellschaften eine Freigabe immer dann zulässig und wegen der andernfalls drohenden persönlichen Haftung des Insolvenzverwalters auch notwendig ist, wenn die bestmögliche Gläubigerbefriedigung durch den Verbleib des entsprechenden Gegenstandes in der Masse beeinträchtigt würde. Ebenfalls wurde jedoch gezeigt¹³⁰⁵, dass auch eine unzulässige Freigabe von den offensichtlich insolvenzzweckwidrigen Freigabefällen abgesehen, trotz ihrer Zweckwidrigkeit wirksam ist¹³⁰⁶. Regelmäßig hilft hier auch keine Anfechtung der erfolgten Freigabe. Zwar kann die Freigabe bei Vorliegen eines Anfechtungsgrundes¹³⁰⁷ angefochten werden, wenn der Insolvenzverwalter aber lediglich fälschlicherweise von der Überlastung oder Unverwertbarkeit des freigegebenen Gegenstandes ausgegangen ist, fehlt es an einem Anfechtungsgrund. In diesem Fall ist ein unbeachtlicher Motivirrtum gegeben¹³⁰⁸.

¹³⁰³ Vgl. Erster Teil III. 7., S. 58 ff.

¹³⁰⁴ Siehe zur Problematik *Meyer-Sommer*, S. 63.

¹³⁰⁵ Siehe oben Vierter Teil II. 2. b. bb., S. 237 ff.

¹³⁰⁶ So auch *BGH* NJW 1983, 2018 (2019); *Breutigam* in: BK-InsO, § 159 Rdnr. 32.

¹³⁰⁷ *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 100; nach *Bäuerle* ist die Freigabe dagegen wegen Irrtums nach § 119 BGB generell nicht anfechtbar, wohl aber wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB, vgl. *Bäuerle* in: Braun, § 35 Rdnr. 9.

¹³⁰⁸ *Höpfner*, ZIP 2000, 1517 (1520); *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 100; vgl. auch *Breutigam* in: BK InsO, § 35 Rdnr. 107;.

Es stellt sich daher die Frage, welche Haftungsfolgen eine unzulässige Freigabe für den Insolvenzverwalter hat. Da es vorliegend nicht um eine Haftung wegen der Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten geht, kommt lediglich eine Haftung nach § 60 InsO in Betracht¹³⁰⁹. Unproblematisch haftet der Verwalter danach gegenüber den Gläubigern im Falle einer Freigabe werthaltiger Gegenstände¹³¹⁰ oder einer unterlassenen Freigabe massemindernder Gegenstände¹³¹¹ persönlich, soweit er seine Pflichten schuldhaft verletzt hat. Fraglich ist allerdings, ob der Verwalter auch gegenüber später aufgrund der ausgebliebenen Vollbeendigung geschädigten Vertragspartnern der Gesellschaft im Falle einer unzulässigen Freigabe haftet. Die Haftung scheidet jedenfalls nicht bereits daran, dass ein weiteres Handeln, nämlich ein Vertragsschluss der Liquidatoren für eine Schädigung ursächlich wurde. Eine bloße Mitverursachung genügt für eine Haftung¹³¹², wobei ein zum Schadensersatz verpflichtender Umstand nicht einmal die überwiegende oder wesentliche Ursache sein muss¹³¹³. Selbst ein vorsätzliches Verhalten Dritter lässt eine Haftung nicht entfallen, wenn der entstandene Schaden durch das Verhalten des Erstschädigers erst ermöglicht wurde¹³¹⁴. Allerdings haftet der Insolvenzverwalter nach § 60 InsO lediglich gegenüber „Beteiligten“. Als Beteiligte im Sinn des § 60 InsO werden jedoch nicht nur die unmittelbar am Verfahren beteiligten Personen, sondern alle angesehen, zu dessen Schutz die verletzte Pflicht besteht¹³¹⁵. Handelt es sich bei der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften um einen Zweck des Insolvenzverfahrens, besteht die Pflicht abwicklungsbedürftige Gegenstände in der Masse zu halten, soweit der vorrangige Gläubigerbefriedigungszweck keine Freigabe erfordert, jedenfalls auch zugunsten potenzieller Gläubiger. Die Vollabwicklung hat wie die Registerlöschung zum Ziel, potenzielle Gläubiger durch die Beseitigung vermögensloser Gesellschaften aus dem Rechtsverkehr zu schützen. Die Haftung des Insolvenzverwalters nach § 60 InsO besteht daher bei entsprechendem Verschulden auch gegenüber zukünftigen Gläubigern, die aufgrund einer unterbliebenen Vollbeendigung durch eine pflichtwidrig durchgeführte Freigabe in Rechtsbeziehungen zu der insolventen Handelsgesellschaft getreten sind und dadurch Schäden erlitten haben.

¹³⁰⁹ Meyer-Sommer, S. 126.

¹³¹⁰ Breutigam in: BK InsO, § 35 Rdnr. 106; Ehrlicke in: Jaeger, § 1 Rdnr. 99; Foerste, Rdnr. 171; Höpfner, ZIP 2000, 1517 f.; Meyer-Sommer, S. 127; Purps/Schumann, VIZ 1999, 385 (386).

¹³¹¹ AG Mannheim NZI 2004, 503; Brandes in: MüKo InsO, §§ 60, 61 Rdnr. 15 f.; Breutigam in: BK InsO, § 35 Rdnr. 106; H.-F. Müller, S. 37; Pieper, S. 11.

¹³¹² BGH NJW 1990, 2882 (2883); BGH NJW-RR 2005, 897 (898); Grüneberg in: Palandt, vor § 249 Rdnr. 33.

¹³¹³ BGH NJW 1990, 2882 (2883); BGH NJW-RR 2005, 897 (898); Grüneberg in: Palandt, vor § 249 Rdnr. 33.

¹³¹⁴ BGH NJW 1989, 2127; vgl. auch Grüneberg in: Palandt, vor § 249 Rdnr. 49.

¹³¹⁵ Andres in: Andres/Leithaus, §§ 60, 61 Rdnr. 13; vgl. auch Brandes in: MüKo InsO, §§ 60, 61 Rdnr. 68; Lücke in: Kübler/Prütting, § 60 Rdnr. 13.

Die Haftung des Insolvenzverwalters zeigt auch, dass durch die Möglichkeit der Freigabe trotz grundsätzlichen Bestehens eines Verfahrenszwecks der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften dieser Zweck keineswegs – wie von *H. F. Müller* befürchtet¹³¹⁶ – zur Disposition des Insolvenzverwalters gestellt wird. Dem Insolvenzverwalter obliegt es lediglich, die Voraussetzungen der Freigabe unter Berücksichtigung der Rangfolge der Verfahrenszwecke im Einzelfall zu überprüfen. Für diese Entscheidung ist dem Verwalter mit der Prüfung einer Beeinträchtigung der Gläubigerbefriedigung ohne Freigabe bei Vermeidung der Beeinträchtigung im Fall der Freigabe ein klares Kriterium an die Hand gegeben, dessen Nichtbeachtung sogar zur persönlichen Haftung des Verwalters führen kann, so dass von einer Disposition über den Abwicklungszweck keine Rede sein kann.

e. Zusammenfassung

Die zunächst offen gebliebene Frage¹³¹⁷, in welchem Verhältnis das Freigaberecht des Insolvenzverwalters zum Verfahrenszweck der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften steht, kann vor dem Hintergrund des gegenüber der Vollabwicklung vorrangigen Zwecks der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung beantwortet werden: Sobald die Masse bei Verbleib eines Gegenstandes geringer ist als im Fall der Freigabe des entsprechenden Gegenstandes, hat eine Freigabe trotz des Vollabwicklungszwecks im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften zu erfolgen, ohne dass ein „Unverwertbarkeitsbeschluss“ unmittelbar vor Aufhebung des Verfahrens abgewartet werden müsste. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn auch ohne Freigabe eine vollständige Befriedigung der Gläubiger zu erwarten ist, so dass der Verfahrenshauptzweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung keine Freigabe erfordert.

Gegen die grundsätzliche Zulässigkeit der Freigabe kann nicht eingewandt werden, durch die Stellung des Insolvenzverwalters als Organ der insolventen Handelsgesellschaft würde eine Freigabe aufgrund der Personenidentität des Insolvenzverwalters und des Liquidators „rechtslogisch ausgeschlossen“. Der Insolvenzverwalter kann nicht als Organ der Gesellschaft angesehen werden. Dies würde weder den von ihm vertretenen Interessen gerecht, noch könnten dadurch die über den Schuldnerbereich hinausgehenden Befugnisse des Verwalters erklärt werden. Mit der herrschenden Ansicht ist vielmehr davon auszugehen, dass der Insolvenzverwalter Inhaber eines privaten Amtes ist, kraft dessen er die ihm gesetzlich übertragenen Aufgaben wahrnimmt.

¹³¹⁶ *H.-F. Müller*, S. 40.

¹³¹⁷ Siehe oben Dritter Teil IV. 3. b. bb. aaa., S. 137 ff.

Selbst wenn die Freigabe also auch im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften grundsätzlich zulässig ist, kann eine verfahrensimmanente Vollabwicklung dennoch in vielen Fällen realisiert werden. Lediglich wenn ein freigegebener Gegenstand vermögensrechtlichen Abwicklungsbedarf begründet oder nach der Freigabe masseschädigender Objekte bei der Schlussverteilung ein nach § 199 InsO herauszugebender Überschuss verbleibt, scheidet eine Vollliquidation durch den Insolvenzverwalter aus. Ein nach § 199 InsO herauszugebender Überschuss bei der Schlussverteilung wird allerdings nur in den seltensten Fällen bestehen. Zudem werden regelmäßig gerade solche Gegenstände freigegeben, die unverwertbar sind und daher an der Vermögenslosigkeit der Gesellschaft, ihrer Registerlöschung sowie der Vollbeendigung nichts ändern. Gibt der Insolvenzverwalter demgegenüber einen abwicklungsbedürftigen Gegenstand frei, ohne dass dies aus Gläubigerschutzgründen erforderlich wäre, haftet er den dadurch Geschädigten – soweit die Freigabe nicht bereits wegen offensichtlicher Insolvenzzweckwidrigkeit unwirksam ist – nach § 60 Abs. 1 InsO persönlich.

3. Unvorhergesehener Abwicklungsbedarf

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, dass kein anfänglich verfahrensfreies Vermögen besteht, das eine verfahrensimmanente Vollabwicklung hindert. Soweit nachträglich kein abwicklungsbedürftiges massefreies Vermögen durch Freigabe geschaffen wird, ist eine vollständige vermögensrechtliche Abwicklung innerhalb des Insolvenzverfahrens also möglich. Es stellt sich allerdings die Frage, wie diejenigen Fälle zu behandeln sind, in denen eine Vollbeendigung im Insolvenzverfahren zwar angestrebt wurde, wegen unvorhergesehener weiterer Abwicklungsmaßnahmen jedoch nicht erreicht werden konnte. Unabhängig davon, ob es sich bei dem unerkannten Abwicklungsbedarf um vermögensrechtliche oder nichtvermögensrechtliche Maßnahmen handelt, kann nach der hier vertretenen Lehre vom Tripletatbestand trotz einer bei juristischen Personen vor Abschluss des Insolvenzverfahrens vorgenommenen Löschung keine Vollbeendigung der Gesellschaft eintreten¹³¹⁸. Während jedoch für bestimmte vermögensrechtliche Abwicklungsmaßnahmen nach §§ 203, 211 Abs. 3 InsO die Möglichkeit einer Nachtragsverteilung besteht, so dass – da es sich bei der Nachtragsverteilung um die Fortsetzung des Insolvenzverfahrens handelt¹³¹⁹ – trotz

¹³¹⁸ Siehe zur Lehre vom Tripletatbestand oben, Zweiter Teil V. und VI., S. 73 ff.

¹³¹⁹ *Hintzen* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 10, 17; *Holzer*, NZI 1999, 44 (46); *derselbe* in: Kübler/Prütting, § 203 Rdnr. 4; *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 203 Rdnr. 26.

Verfahrensaufhebung oder -einstellung¹³²⁰ eine Vollbeendigung im Rahmen des fortgesetzten Insolvenzverfahrens möglich ist, ist eine nachträgliche Vornahme des übrigen vermögensrechtlichen sowie sämtlichen nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarfs gesetzlich nicht vorgesehen. Hinsichtlich der Realisierbarkeit der Vollabwicklung ist daher zwischen unerkanntem vermögensrechtlichem Abwicklungsbedarf im Sinn des § 203 Abs. 1 InsO, sonstigem vermögensrechtlichem Abwicklungsbedarf und nichtvermögensrechtlichem Abwicklungsbedarf zu differenzieren.

a. Unvorhergesehener Abwicklungsbedarf im Sinn des § 203 Abs. 1 InsO

aa. Voraussetzungen der Nachtragsabwicklung und Anordnungsersessen

Wie bereits bei der Untersuchung der für eine Vollabwicklung im Insolvenzverfahren notwendigen Rahmenbedingungen¹³²¹ festgestellt, kommt eine vollständige vermögensrechtliche Abwicklung von Handelsgesellschaften innerhalb des Insolvenzverfahrens im Falle von nach dem Schlusstermin frei werdendem, zurückfließendem oder neu ermitteltem Massevermögen (vgl. § 203 Abs. 1 InsO) nur dann in Betracht, wenn das Insolvenzgericht auf Antrag oder von Amts wegen eine Nachtragsverteilung nach § 203 InsO anordnet. Gemäß § 203 Abs. 2 InsO steht die Verfahrensaufhebung der Anordnung einer Nachtragsverteilung dabei nicht entgegen. Die Möglichkeit der Nachtragsverteilung in den genannten Fällen wird nach § 211 Abs. 3 Satz 1 InsO auch auf wegen Masseunzulänglichkeit eingestellte Verfahren erstreckt. Zwar ist in § 211 Abs. 3 Satz 1 InsO lediglich von der Ermittlung weiterer Massegegenstände die Rede, so dass die Nachtragsverteilung für den Fall frei werdender zurückbehaltener Beträge oder zurückfließender Beträge im Sinn des § 203 Abs. 1 Nr. 1, 2 InsO bei Masseunzulänglichkeit nicht möglich scheint, dies würde jedoch der gesetzgeberischen Intention zuwiderlaufen, wonach die Nachtragsverteilung einer vollständigen Haftungsrealisierung dienen soll¹³²². Auch im Fall der Masseunzulänglichkeit ist eine Nachtragsverteilung folglich in sämtlichen in § 203 Abs. 1 InsO genannten Fällen möglich¹³²³. Obwohl keine gesetzliche Regelung besteht, soll eine Nachtragsverteilung schließlich nach verbreiteter Ansicht auch nach Einstellung des Verfahrens mangels

¹³²⁰ Zur Möglichkeit der Anordnung einer Nachtragsverteilung vor Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens vgl. *Vierter Teil II. 4. a. bb.*, S. 282 f. sowie § 203 Abs. 2 InsO.

¹³²¹ *Dritter Teil IV. 2.*, S. 119 ff.

¹³²² Vgl. *Hefermehl* in: *MüKo InsO*, § 211 Rdnr. 20; *W. Uhlenbruck*, *NZI* 2001, 408 (409).

¹³²³ *Hefermehl* in: *MüKo InsO*, § 211 Rdnr. 20; vgl. auch *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Kap. 8 Rdnr. 175.

Masse gemäß § 207 InsO zulässig sein, da auch ein diesbezüglicher Wille des Gesetzgebers aus den Gesetzesmaterialien entnommen werden könne¹³²⁴.

Liegen die Voraussetzungen zur Anordnung einer Nachtragsverteilung nach §§ 203 Abs. 1, 211 Abs. 3 Satz 1 InsO vor, ist das Insolvenzgericht zur Anordnung verpflichtet¹³²⁵. Ein Ermessensspielraum ergibt sich allerdings aus §§ 203 Abs. 3 Satz 1, 211 Abs. 3 Satz 2 InsO¹³²⁶, wonach von der Anordnung einer Nachtragsverteilung abgesehen werden kann, wenn dies wegen der Geringfügigkeit des Betrages bzw. der Geringwertigkeit des Gegenstandes und den Kosten der Nachtragsverteilung angemessen erscheint. Zudem bietet § 203 Abs. 3 Satz 2 die Möglichkeit, die Anordnung einer Nachtragsverteilung von einem die Kosten deckenden Vorschuss abhängig zu machen. Nach dem Ergebnis der bisherigen Untersuchung sind Handelsgesellschaften aufgrund des Abwicklungszwecks des Insolvenzverfahrens grundsätzlich innerhalb des Verfahrens vollständig abzuwickeln. Dem entspricht die Verpflichtung des Insolvenzgerichts zur Anordnung der Nachtragsverteilung in §§ 203 Abs. 1, 211 Abs. 3 Satz 1 InsO, ohne die eine vollständige vermögensrechtliche Abwicklung bei Vorliegen der Voraussetzungen nicht möglich wäre¹³²⁷. Da eine verfahrensimmanente Vollabwicklung allerdings nur dann unterbleiben soll, wenn andernfalls der Gläubigerbefriedigungszweck des Insolvenzverfahrens beeinträchtigt würde¹³²⁸, stellt sich die Frage, inwieweit sich diejenigen Fälle, in denen nach §§ 203 Abs. 3, 211 Abs. 3 Satz 2 InsO von der Anordnung einer Nachtragsverteilung abgesehen werden kann, mit den Fallgruppen der Beeinträchtigung der Gläubigerbefriedigung durch eine verfahrensimmanente Vollabwicklung decken. Zunächst ist daher zu prüfen, wann das Absehen von der Anordnung einer Nachtragsverteilung mit Rücksicht auf die Geringfügigkeit des Betrages oder des Wertes des Gegenstandes und die Kosten der Nachtragsverteilung im Sinn der §§ 203 Abs. 3 Satz 1, 211 Abs. 3 Satz 2 InsO angemessen erscheint.

bb. Der Begriff der Angemessenheit gemäß §§ 203 Abs. 3 Satz 1, 211 Abs. 3 Satz 2 InsO

Für die Beurteilung der Angemessenheit ist es notwendig, die für eine Nachtragsverteilung in Betracht kommenden Beträge und Gegenstände zum Aufwand und den Kosten der Nachtragsverteilung in Beziehung zu setzen¹³²⁹. Lohnt sich eine Verteilung

¹³²⁴ Nach BT-Drs. 12/2443, S. 221 sollen die Vorschriften über die Nachtragsverteilung ohne Einschränkung nach Einstellung mangels Masse entsprechend anwendbar sein. Vgl. bereit die Nachweise in FN 689.

¹³²⁵ *Kießner* in: Braun, § 203 Rdnr. 15; *Leithaus* in: Andres/Leithaus, § 203 Rdnr. 4.

¹³²⁶ Vgl. *Hintzen* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 25; *Leithaus* in: Andres/Leithaus, § 203 Rdnr. 4.

¹³²⁷ Vgl. dazu Dritter Teil IV. 2. c., S. 121 ff.

¹³²⁸ Siehe Dritter Teil IV. 4. e. bb., S. 171 ff.

¹³²⁹ Vgl. *Hintzen* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 25; *Kießner* in: Braun, § 203 Rdnr. 22.

im Hinblick auf die Verteilungsmasse, die auf die einzelnen Gläubiger entfallenden Quoten oder die Kosten und den Aufwand einer Nachtragsverteilung nicht, muss eine Nachtragsverteilung unterbleiben¹³³⁰. Was dies im Einzelnen bedeutet, ist umstritten. Teilweise wird davon ausgegangen, dass auch die Auszahlung kleiner Beträge nicht davon abhängig gemacht werden dürfe, ob der Betrag die Kosten einer Überweisung oder einer Benachrichtigung durch den Verwalter übersteigt, da für die Frage der Geringfügigkeit lediglich der insgesamt zu verteilende Betrag, nicht aber die einzelnen Teilbeträge zu berücksichtigen seien¹³³¹. Demgegenüber wird vertreten, dass solche geringen Einzelbeträge einer Nachtragsverteilung gerade nicht unterliegen sollen¹³³². Um die Streitfrage entscheiden zu können, ist das Merkmal der Angemessenheit genauer zu betrachten: Bei der Angemessenheit im Sinn der §§ 203 Abs. 3 Satz 1, 211 Abs. 3 Satz 2 InsO handelt es sich um einen konkretisierungsbedürftigen unbestimmten Gesetzes- bzw. Rechtsbegriff. Eine genaue Auslegung des Angemessenheitsbegriffs hat daher die Zwecke des Insolvenzverfahrens – also in der Insolvenz von Handelsgesellschaften den Vollabwicklungszweck einerseits und den diesem übergeordneten Verfahrenshauptzweck der Gläubigerbefriedigung andererseits – zu berücksichtigen¹³³³.

Zieht man zur Auslegungshilfe das Verfahrensziel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung heran, spricht einiges dafür, dass es nicht darauf ankommen kann, ob der auf einen einzelnen Gläubiger entfallende Betrag höher oder niedriger als die Kosten der Überweisung und Benachrichtigung ist. Vielmehr müsste im Gläubigerinteresse eine Auszahlung und damit eine Durchführung der Nachtragsverteilung immer dann erfolgen, wenn nach Abzug sämtlicher Kosten der Nachtragsverteilung, die im Wesentlichen aus einer gesonderten Vergütung des Insolvenzverwalters nach § 6 Abs. 1 InsVV bestehen¹³³⁴, zuzüglich der Überweisungs- und Benachrichtigungskosten oder sonstiger erstattungsfähiger Auslagen des Insolvenzverwalters ein auszahlender Betrag für den einzelnen Gläubiger verbleibt. Andererseits ist zu überlegen, ob in diesem Fall aufgrund des die einzelnen Beträge (weit) übersteigenden Kostenaufwands Werte vernichtet würden, die den Gläubigern andernfalls im Wege der Einzelzwangsvollstreckung zur Verfügung stünden, so dass eine derartige Deutung der Angemessenheit zu unwirtschaftlichen Ergebnissen führen würde. Tatsächlich wird im Hinblick auf § 203 Abs. 3 Satz 1 InsO allgemein angenommen, dass die grundsätzlich für eine Nachtrags-

¹³³⁰ *Hintzen* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 25.

¹³³¹ *Holzer* in: Kübler/Prütting, § 203 Rdnr. 16; *Kießner* in: Braun, § 203 Rdnr. 22.

¹³³² *Hintzen* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 25; *Leithaus* in: Andres/Leithaus, § 203 Rdnr. 9; *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 203 Rdnr. 20.

¹³³³ Vgl. zu den Gesetzeszwecken als Grundlagen der Auslegung bereits Dritter Teil IV. 4. b., S. 163 f.

¹³³⁴ Vgl. zum Einfluss der Nachtragsverteilung auf die Gerichtsgebühr, Vierter Teil II. 3. a. dd., S. 260 ff.

verteilung in Betracht kommenden Beträge im Falle eines Absehens von der Anordnung dem Schuldner zur freien Verfügung überlassen werden¹³³⁵. Die differenzierende Ansicht *Hüffers*, der im Hinblick auf Aktiengesellschaften davon ausgeht, dass lediglich im Fall der noch ausstehenden Registerlöschung eine Freigabe an den Schuldner erfolgt, während bei bereits erfolgter Löschung die entsprechenden Beträge der Gesamtheit der Aktionäre überlassen werden müssen¹³³⁶, ist hingegen vor dem Hintergrund zu betrachten, dass *Hüffer* die Registerlöschung als einzige konstitutive Vollbeendigungsvoraussetzung ansieht¹³³⁷, weshalb die vorgenommene Differenzierung auf Grundlage der hier als vorzugswürdig angesehenen Lehre vom Tripletatbestand¹³³⁸ nicht überzeugen kann. Es bleibt daher dabei, dass den Gläubigern durch die unterbleibende Anordnung einer Nachtragsverteilung die Möglichkeit eröffnet wird, sich im Wege der Einzelvollstreckung in diese Vermögenswerte zu befriedigen¹³³⁹.

Dennoch kann die Angemessenheit nicht von einem Vergleich der Befriedigungsaussichten der Gläubiger bei Anordnung einer Nachtragsverteilung mit den Befriedigungsaussichten eines oder einzelner Gläubiger bei einer Einzelzwangsvollstreckung im Falle der Nichtdurchführung der Nachtragsverteilung abhängen. Zum einen würde dabei unbeachtet bleiben, dass im Insolvenzverfahren unter Geltung des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes die jeweilige Quote der Gläubiger bei einem Vergleich mit dem Betrag, den sich ein einzelner Gläubiger im Wege der Einzelzwangsvollstreckung beschaffen kann, immer zurückbleibt. Dies führt auch nicht zu einer Beeinträchtigung des Verfahrensziels der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung, da sich dieses lediglich auf das Insolvenzverfahren bzw. bei natürlichen Personen auf ein sich anschließendes Restschuldbefreiungsverfahren¹³⁴⁰ unter Geltung der Gläubigergleichbehandlung bezieht, was bereits daran zu erkennen ist, dass ohne Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mit den damit verbundenen Kosten auch insgesamt eine größere Haftungsmasse in der Einzelzwangsvollstreckung zur Verfügung stünde.

Vor allem kann der Vergleich mit einer alternativ zur Nachtragsverteilung bestehenden Einzelzwangsvollstreckung aber bereits deshalb nicht überzeugen, weil für die Auslegung der Angemessenheit in §§ 203 Abs. 3 Satz 1, 211 Abs. 3 Satz 2 InsO neben der Gläubigerbefriedigung auch der Vollabwicklungszweck im Insolvenzverfahren über

¹³³⁵ *Hintzen* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 25; *Kießner* in: FK InsO, § 203 Rdnr. 23.

¹³³⁶ *Hüffer* in: MüKo AktG, § 264 Rdnr. 88.

¹³³⁷ Vgl. *Hüffer*, § 262 Rdnr. 23 sowie § 273 Rdnr. 13; *derselbe* in: MüKo AktG, § 262 Rdnr. 90 sowie § 264 Rdnr. 8.

¹³³⁸ Siehe zu den Voraussetzungen der Vollbeendigung Zweiter Teil und insbesondere die Stellungnahme unter Zweiter Teil VI., S. 73 ff.

¹³³⁹ Vgl. *Hintzen* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 25.

¹³⁴⁰ Siehe dazu oben Dritter Teil IV. 4. e. bb., S. 171 ff.

das Vermögen von Handelsgesellschaften berücksichtigt werden muss. Durch den Vollabwicklungszweck wird die Durchführung eines gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahrens mit der damit verbundenen Möglichkeit zur Einzelzwangsvollstreckung im Anschluss an das Insolvenzverfahren aber, von den Fällen einer Beeinträchtigung des Gläubigerbefriedigungszwecks abgesehen, ausgeschlossen. Für die Auslegung der Angemessenheit eines Nachtragsverteilungsverfahrens unter Berücksichtigung der Verteilungsbeträge einerseits und der Verfahrenskosten andererseits bedeutet das, dass die Angemessenheit nicht nur immer dann zu bejahen ist, wenn nach Abzug sämtlicher für die Durchführung einer Nachtragsverteilung notwendiger Auslagen ein Überschuss zur Verteilung an die Gläubiger verbleibt, sondern vergleichbar mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (vgl. § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO) aufgrund des Abwicklungszwecks bereits dann, wenn voraussichtlich sämtliche Kosten des Nachtragsverteilungsverfahrens durch die zu erwartende Verteilungsmasse gedeckt sind. Tatsächlich ist die Frage daher nicht, inwieweit sich der Verfahrenszweck der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften mit der Möglichkeit deckt, von einer Nachtragsverteilung nach §§ 203 Abs. 3 Satz 1, 211 Abs. 3 Satz 2 InsO abzusehen, sondern vielmehr, welche Auswirkungen der Vollabwicklungszweck über die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Angemessenheit auf die Notwendigkeit der Durchführung einer Nachtragsverteilung hat. Wie gesehen ist eine solche immer dann durchzuführen, wenn die zu erwartenden Gesamtkosten und -auslagen der Nachtragsverteilung den für die Verteilung zur Verfügung stehenden Betrag nicht übersteigen.

cc. Nachtragsverteilung und Kostenvorschuss

Fraglich ist darüber hinaus, welche Folgen die Auslegung der Angemessenheit für die Möglichkeit des Insolvenzgerichts hat, die Anordnung der Nachtragsverteilung nach §§ 203 Abs. 3 Satz 2, 211 Abs. 3 Satz 2 InsO von einem kostendeckenden Vorschuss abhängig zu machen. Die Auslegung der Angemessenheit kann sich nur dann auf die Möglichkeit einen Kostenvorschuss zu verlangen auswirken, wenn sich § 203 Abs. 3 Satz 2 InsO lediglich auf Satz 1 bezieht, wonach eine unangemessene Nachtragsverteilung unterbleiben kann. Bezieht sich § 203 Abs. 3 Satz 2 InsO dagegen auf § 203 Abs. 1 InsO, könnte die Durchführung der Nachtragsverteilung unabhängig von der Angemessenheit generell von einem Kostenvorschuss abhängig gemacht werden. Aufgrund der systematischen Stellung des § 203 Abs. 3 Satz 2 InsO spricht vieles dafür, diesen nur auf Fälle der fehlenden Angemessenheit im Sinn des Satz 1 zu beziehen. Ebenso ließe sich die grundsätzliche Pflicht des Insolvenzgerichts zur Anordnung der

Nachtragsverteilung bei Vorliegen der Voraussetzungen¹³⁴¹ kaum mit der Notwendigkeit eines Kostenvorschusses in Einklang bringen. Dagegen zeigt die Begründung zu § 231 RegE InsO, dass der Kostenvorschuss nach der Intention des Gesetzgebers für solche Fälle gedacht ist, in denen Zweifel hinsichtlich der Angemessenheit der Nachtragsverteilung bestehen, etwa weil unsicher ist, welcher Erlös bei der Verwertung eines nachträglich ermittelten Massegegenstandes erzielt werden kann¹³⁴². Dem in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommenden Verständnis der Voraussetzungen eines Kostenvorschusses ist zu folgen. Ist die Nachtragsverteilung eindeutig angemessen und das Insolvenzgericht daher zur Anordnung verpflichtet, leuchtet nicht ein, weshalb ein Kostenvorschuss erhoben werden sollte. Ist die Nachtragsabwicklung im Sinn des § 203 Abs. 3 Satz 1 InsO dagegen eindeutig unangemessen – was nach dem hier herausgearbeiteten Verständnis der Angemessenheit bedeutet, dass nicht einmal die Kosten der Nachtragsverteilung gedeckt sind – fehlt für dessen Anordnung das Rechtsschutzbedürfnis, da mit der Nachtragsverteilung nicht einmal der aus der Verteilungsmasse vorab zu begleichende¹³⁴³ Kostenvorschuss berichtigt werden könnte¹³⁴⁴. Im Übrigen würde sich im letztgenannten Fall auch kaum ein Gläubiger finden lassen, der zur Leistung eines Kostenvorschusses bereit wäre¹³⁴⁵. Die Durchführung einer Nachtragsverteilung kann daher nur dann von der Leistung eines Kostenvorschusses abhängig gemacht werden, wenn der Verwertungserlös der grundsätzlich im Rahmen einer Nachtragsverteilung abzuwickelnden Vermögensgegenstände derart unvorhersehbar ist, dass selbst die Kostendeckung des Verfahrens ungewiss ist.

dd. Ausbleibende Nachtragsverteilung und Vollabwicklung

Nach der hier vertretenen Ansicht sind die Grenzen, innerhalb derer eine Nachtragsverteilung in der Insolvenz von Handelsgesellschaften zwingend stattzufinden hat, relativ weit. Dennoch sind Fälle denkbar, in denen eine Nachtragsverteilung nach dem vorliegenden Verständnis unterbleiben kann. Zum einen ist dies der Fall, wenn feststeht, dass die Gesamtkosten der Nachtragsverteilung durch die Verteilungsmasse nicht gedeckt wären, zum anderen, wenn eine Kostendeckung der Verteilungsmasse

¹³⁴¹ *Kießner* in: Braun, § 203 Rdnr. 15; *Leithaus* in: Andres/Leithaus, § 203 Rdnr. 4.

¹³⁴² BT-Drs. 12/2443, S. 187.

¹³⁴³ *Hintzen* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 28; *Leithaus* in: Andres/Leithaus, § 203 Rdnr. 9; eine analoge Anwendung des § 26 Abs. 3 InsO scheidet hingegen aus, vgl. *Leithaus* in: Andres/Leithaus, § 203 Rdnr. 9; *Westpfahl* in: Nerlich/Römermann, §§ 203, 204 Rdnr. 16.

¹³⁴⁴ Dagegen nehmen *Hintzen* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 26 f. sowie *Kießner* in: Braun, § 203 Rdnr. 24 die Zulässigkeit eines Kostenvorschusses sowohl bei ungewissem Verwertungserlös als auch fehlender Angemessenheit an.

¹³⁴⁵ Vgl. zur generell geringen Bereitschaft einzelner Gläubiger, einen Kostenvorschuss zu leisten, *Hintzen* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 28; *Kießner* in: Braun, § 203 Rdnr. 25; *derselbe* in: FK InsO, § 203 Rdnr. 25.

ungewiss ist und sich kein zum Kostenvorschuss bereiter Gläubiger¹³⁴⁶ findet. In beiden Fällen werden die grundsätzlich einer Nachtragsverteilung unterliegenden Vermögensgegenstände regelmäßig keinen hohen Wert haben. Ein Grund hierfür ist, dass für die Durchführung einer Nachtragsverteilung keine gesonderte Gerichtsgebühr entsteht¹³⁴⁷. Mit der Verfahrensgebühr nach Nr. 2320 bzw. 2330 KV¹³⁴⁸ ist die gesamte Tätigkeit des Insolvenzgerichts bis zur Beendigung des Verfahrens abgedeckt¹³⁴⁹. Da sich die Höhe der Gebühr allerdings gemäß § 58 Abs. 1 GKG nach dem Wert der Insolvenzmasse zum Zeitpunkt der Verfahrensbeendigung bemisst, sind bisher unberücksichtigte Vermögenswerte im Fall einer Nachtragsabwicklung bei der Berechnung der Gebühren zu berücksichtigen. Daher kann eine Gebührenerhöhung erfolgen¹³⁵⁰, wenn durch die Einbeziehung der Nachtragsverteilungsmasse ein höherer „angefangener Betrag“ im Sinn des § 34 GKG vorliegt, welcher einen Kostensprung verursacht. Theoretisch ist dabei sogar denkbar, dass die Gebührenerhöhung die Nachtragsverteilungsmasse übersteigt. Allerdings beträgt die maximale Erhöhung der Gebühr pro Kostensprung für weitere Beträge nach § 34 Abs. 1 GKG 150 €, so dass eine mangelnde Kostendeckung der Verteilungsbeträge durch eine Gerichtsgebührenerhöhung nur bei äußerst geringen Verteilungsmassen in Betracht kommt.

Daneben wird auch eine die Verteilungsmasse übersteigende Vergütung des Insolvenzverwalters regelmäßig nur bei sehr geringen abzuwickelnden Vermögenswerten vorkommen. Dies liegt daran, dass sich die vom Insolvenzgericht festzusetzende (vgl. § 8 Abs. 1 Satz 1 InsVV) Vergütung des Insolvenzverwalters als Hauptkostenpunkt¹³⁵¹ der Nachtragsverteilung gemäß § 6 Abs. 1 InsVV in erster Linie nach dem Wert der zu verteilenden Restmasse richtet. In Nachtragsverteilungsverfahren ohne Besonderheiten werden für die Vergütung 25¹³⁵² bis 50¹³⁵³ Prozent der Regelvergütung nach § 2 InsVV vorgeschlagen¹³⁵⁴. Die Regelvergütung wiederum hat eine maximale Höhe von 40 Prozent der Verteilungsmasse, soll jedoch nach § 2 Abs. 2 Satz 1 InsVV regelmäßig mindestens 1.000 € betragen. Ob eine Orientierung der Nachtragsverteilungsvergütung an der Regelvergütung dabei über die prozentuale Vergütung nach § 2

¹³⁴⁶ Der Kostenvorschuss ist entweder von der Gemeinschaft der Gläubiger oder von demjenigen Gläubiger zu fordern, der die Nachtragsverteilung beantragt hat, vgl. *Hintzen* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 28; *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 203 Rdnr. 22; a.A. *Kießner* in: Braun, § 203 Rdnr. 24 sowie *Leithaus* in: Andres/Leithaus, § 203 Rdnr. 9, die lediglich den antragstellenden Gläubiger als geeigneten Adressaten eines Kostenvorschussverlangens ansehen.

¹³⁴⁷ *Last* in: Gottwald, § 126 Rdnr. 31.

¹³⁴⁸ Kostenverzeichnis gemäß § 3 Abs. 2 GKG, Anlage 1 zum GKG.

¹³⁴⁹ *Hartmann*, KV 2320 Rdnr. 1; *Hefermehl* in: MüKo InsO, § 54 Rdnr. 17; *Last* in: Gottwald, § 126 Rdnr. 31.

¹³⁵⁰ *Last* in: Gottwald, § 126 Rdnr. 31.

¹³⁵¹ Vgl. *Hintzen* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 27.

¹³⁵² LG Offenburg NZI 2005, 172; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, InsVV, § 6 Rdnr. 7.

¹³⁵³ *Nowak* in: MüKo InsO, Anh § 65, § 6 InsVV Rdnr. 5.

¹³⁵⁴ Vgl. dazu *BGH* MDR 2007, 424 (425) = NZI 2007, 43 (44).

Abs. 1 InsO hinaus auch auf die Regelmindestvergütung des § 2 Abs. 2 Satz 1 InsO abstellen sollte, ist im Hinblick auf die bereits erfolgte Einarbeitung des Verwalters während des Insolvenzverfahrens zu verneinen. Letztlich muss sich die Vergütung allerdings ohnehin auf den jeweiligen Einzelfall beziehen¹³⁵⁵, wobei die Staffeltervergütung im Sinn des § 2 InsVV teilweise als Vergütungsobergrenze festgelegt¹³⁵⁶, teilweise als um 50 Prozent überschreitbar angesehen wird¹³⁵⁷. Fest steht folglich, dass auch die Vergütung des Insolvenzverwalters die Verteilungsmasse in aller Regel – wenn im Einzelfall überhaupt neben der prozentualen Berechnung der Vergütung auch bei der Nachtragsverteilung eine Mindestvergütung anzuerkennen wäre – nur bei äußerst geringen Verteilungsbeträgen überschreiten kann. Zuzüglich zur so berechneten Vergütung sind dem Insolvenzverwalter die durch das Nachtragsinsolvenzverfahren notwendigerweise entstandenen Auslagen nach § 4 Abs. 2 InsVV in voller Höhe zu erstatten¹³⁵⁸. Auch die Auslagen werden jedoch regelmäßig nur geringe Verteilungsmassen überschreiten. Soweit eine Nachtragsverteilung nach der hier vertretenen Ansicht unterbleiben kann, ist daher in aller Regel von einem geringen Verteilungsvermögen und somit von einem geringen Restvermögen der insolventen Handelsgesellschaft auszugehen.

Es stellt sich folglich die Frage, ob diese geringen Vermögenswerte im Falle des Absehens von der Anordnung einer Nachtragsverteilung tatsächlich nach § 203 Abs. 3 Satz 1 InsO der Insolvenzschuldnerin überlassen werden sollen, mit der Folge, dass diese mangels Vermögenslosigkeit unter Geltung der gesellschaftsrechtlichen Liquidationsvorschriften fortexistiert und damit eine Gefahr für den Rechtsverkehr besteht, mit der weitgehend vermögenslosen Gesellschaft in Rechtsbeziehungen zu treten. Verhindern ließe sich dies, wenn man den Insolvenzverwalter als berechtigt oder verpflichtet ansähe, die grundsätzlich einer Nachtragsverteilung unterliegenden Beträge an die am Schuldner beteiligten Personen herauszugeben (vgl. § 199 Satz 2 InsO). Soweit die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters reicht, kommt eine Herausgabe der entsprechenden Beträge an die Gesellschafter, Aktionäre oder Genossen in Betracht, da der Insolvenzverwalter die Aktiva des Schuldnervermögens grundsätzlich ebenso verwerten darf, wie dies der Schuldner ohne Eröffnung eines Insolvenzverfahrens dürfte¹³⁵⁹. Zwar begrenzen die Verfahrenszwecke die Rechtsmacht des Insolvenzverwalters¹³⁶⁰, so dass jedenfalls reine Schenkungen als

¹³⁵⁵ BGH MDR 2007, 424 (425) = NZI 2007, 43 (44); Haarmeyer/Wutzke/Förster, InsVV, § 6 Rdnr. 8.

¹³⁵⁶ Haarmeyer/Wutzke/Förster, InsVV, § 6 Rdnr. 8.

¹³⁵⁷ Nowak in: MüKo InsO, Anh § 65, § 6 InsVV Rdnr. 5.

¹³⁵⁸ Haarmeyer/Wutzke/Förster, InsVV, § 6 Rdnr. 12; vgl. auch Nowak in: MüKo InsO, Anh § 65, § 6 InsVV Rdnr. 5.

¹³⁵⁹ Ott/Vuita in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 48; vgl. auch Leithaus in: Andres/Leithaus, § 80 Rdnr. 5.

¹³⁶⁰ Vgl. bereits hinsichtlich der Freigabe Vierter Teil II. 2. bb. aaa., S. 237 ff.

unwirksam angesehen werden¹³⁶¹, allerdings ist zu beachten, dass eine Herausgabe der entsprechenden Beträge an die am Schuldner beteiligten Personen einerseits, da eine Nachtragsverteilung mangels Angemessenheit in diesen Fällen ohnehin nicht in Betracht kommt, den Verfahrenshauptzweck der bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger nicht beeinträchtigt und andererseits sogar den Vollabwicklungszweck fördert. Eine Beschränkung der Rechtsmacht des Insolvenzverwalters hinsichtlich einer solchen Herausgabe ist daher nicht anzunehmen.

Fraglich ist dagegen das Vorliegen der für die Herausgabe notwendigen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters. Grundsätzlich endet der Insolvenzbeschluss und damit die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters mit der Aufhebung¹³⁶² oder Einstellung (vgl. § 215 Abs. 2 Satz 1 InsO) des Insolvenzverfahrens. Ausgenommen sind lediglich solche Massebestandteile, die vom Insolvenzverwalter für eine Nachtragsverteilung zurückbehalten oder hinterlegt wurden (vgl. § 203 Abs. 1 Nr. 1 InsO) oder für die eine Nachtragsverteilung im Schlusstermin vorbehalten blieb¹³⁶³. Damit besteht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters nur für die für eine Nachtragsverteilung nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 InsO in Betracht kommenden Gegenstände fort, während der Insolvenzbeschluss hinsichtlich zurückfließender (§ 203 Abs. 1 Nr. 2 InsO) oder neu ermittelter (§ 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO) Massegegenstände mit Aufhebung bzw. Einstellung des Insolvenzverfahrens endet und erst mit Anordnung der Nachtragsverteilung ex nunc neu eintritt¹³⁶⁴. Um dem Insolvenzverwalter auch die Herausgabe solcher Beträge an die Gesellschafter, Aktionäre und Genossen zu ermöglichen, müsste folglich zunächst dessen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich der entsprechenden Vermögensgegenstände neu begründet und daher ein Nachtragsverteilungsverfahren angeordnet werden. Zu bedenken ist aber, dass eine Herausgabe an die am Schuldner beteiligten Personen überhaupt nur dann in Betracht kommt, wenn die Nachtragsverteilung im Sinn des § 203 Abs. 3 InsO unangemessen oder die Angemessenheit fraglich ist. Mit der Anordnung einer Nachtragsverteilung entstände allerdings zwingend¹³⁶⁵ ein Anspruch des Insolvenzverwalters auf Festsetzung einer gesonderten Vergütung, soweit

¹³⁶¹ *RGZ* 29, 80 (82); *RGZ* 53, 190 (192 f.); *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 62.

¹³⁶² *Depré* in: HK InsO, § 200 Rdnr. 6; *Hintzen* in: MüKo InsO, § 200 Rdnr. 30; *Kießner* in: Braun, § 200 Rdnr. 8.

¹³⁶³ *Kießner* in: Braun, § 200 Rdnr. 8; *derselbe* in: FK InsO, § 203 Rdnr. 2; *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 203 Rdnr. 15; zur Notwendigkeit, eine Verfahrensaufhebung im Fall einer Hinterlegung vor dem Hintergrund der verfahrensimmanenten Vollabwicklung zu unterlassen, vgl. *Vierter Teil II. 4. a. bb.*, S. 282 ff.

¹³⁶⁴ *Hintzen* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 21; *Kießner* in: Braun, § 203 Rdnr. 21; *derselbe* in: FK InsO, § 203 Rdnr. 22; *Mäusezahl* in: Graf-Schlicker, § 203 Rdnr. 6; *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 203 Rdnr. 15 f.; *Westpfahl* in: Nerlich/Römermann, §§ 203, 204 Rdnr. 13; a.A. *Holzer* in: Kübler/Prütting, § 203 Rdnr. 21, der davon ausgeht, dass der Insolvenzbeschluss bei zurückfließenden Massebestandteilen von selbst wieder eintritt.

¹³⁶⁵ *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, InsVV, § 6 Rdnr. 4.

die Nachtragsverteilung nicht voraussehbar war und schon bei der Festsetzung der Vergütung für das Insolvenzverfahren berücksichtigt worden ist (§ 6 Abs. 1 Satz 2 InsVV). Die Voraussehbarkeit der Nachtragsverteilung wird jedoch in erster Linie bei zurückbehaltenen Beträgen im Sinn des § 203 Abs. 1 Nr. 1 InsO bestehen, bei denen eine Anordnung der Nachtragsverteilung zur Begründung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters ohnehin nicht erforderlich ist, und seltener in den Fällen, in denen aus der Insolvenzmasse gezahlte Beträge zurückfließen oder Massegegenstände ermittelt werden. Wollte man die Herausgabe der entsprechenden Beträge durch den Insolvenzverwalter ermöglichen, würde folglich dessen Vergütungsanspruch als Hauptkostenpunkt des Verfahrens entstehen, obwohl eine Nachtragsverteilung weder angemessen wäre, was nach dem vorliegenden Verständnis nur dann der Fall ist, wenn die Verteilungsmasse nicht einmal die Verfahrenskosten deckt, noch im Sinn des § 205 InsO durchgeführt würde. Dass diese Lösung nicht zu überzeugen vermag, liegt auf der Hand.

Es könnte allerdings erwogen werden, den Vergütungsanspruch des Insolvenzverwalters nach § 6 Abs. 1 InsVV auf diejenigen Fälle zu begrenzen, in denen eine Nachtragsverteilung nach § 205 InsO tatsächlich vollzogen wird, so dass die bloße Herausgabe der entsprechenden Beträge an die am Schuldner beteiligten Personen noch keinen Vergütungsanspruch auslöst. Mit dem Wortlaut des § 6 Abs. 1 InsVV („Für eine Nachtragsverteilung erhält der Insolvenzverwalter eine gesonderte Vergütung...“) wäre eine solche Auslegung durchaus vereinbar. Ebenso wie bei der Überschussverteilung nach § 199 Satz 2 InsO müsste die Herausgabe der entsprechenden Beträge an die Gesellschafter, Aktionäre oder Genossen allerdings in Höhe der ihnen gesellschaftsvertraglich oder gesetzlich (vgl. §§ 155 Abs. 1 HGB, 72 GmbHG, 271 Abs. 1 AktG, § 91 Abs. 1 GenG) zustehenden Anteile erfolgen¹³⁶⁶, da sie funktionsmäßig an die Stelle einer Restverteilung im Rahmen einer gesellschaftsrechtlichen Liquidation tritt¹³⁶⁷. Während die teils mit hohem Aufwand verbundene Ermittlung der jeweiligen Anteile durch den Insolvenzverwalter jedoch im Rahmen des § 199 Satz 2 InsO aus dem Verteilungsüberschuss vergütet werden kann¹³⁶⁸, würde eine entsprechende Tätigkeit im Fall der Unangemessenheit einer Nachtragsverteilung mit einer solchen Auslegung des § 6 Abs. 1 InsVV unvergütet bleiben, weshalb dem Insolvenzverwalter wegen dessen verfassungsrechtlich geschützten Anspruchs auf eine ange-

¹³⁶⁶ Westphal in: Nerlich/Römermann, § 199 Rdnr. 11; vgl. zu § 199 Satz 2 InsO Hintzen in: MüKo InsO, § 199 Rdnr. 2; Kießner in: Braun, § 199 Rdnr. 7.

¹³⁶⁷ Zur Verteilung des nach der Befriedigung der Gläubiger verbleibenden Restvermögens im gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahren siehe Erster Teil III, 7., S. 58 ff.

¹³⁶⁸ Vgl. Hirte in: Uhlenbruck, § 11 Rdnr. 150; derselbe, ZInsO 2000, 127 (133); Rödder, S. 19; Noack, GesR, Rdnr. 89; Smid in: Smid, § 199 Rdnr. 2; vgl. zum Vergütungsanspruch des Insolvenzverwalters für die Herausgabe nach § 199 Satz 2 InsO auch Kießner in: Braun, § 199 Rdnr. 11.

messene Vergütung¹³⁶⁹ eine entsprechende Herausgabe an die am Schuldner beteiligten Personen nicht zugemutet werden kann¹³⁷⁰.

Im Übrigen wäre eine solche Herausgabe bereits deshalb nicht gerechtfertigt, weil eine Restvermögensverteilung an die am Schuldner beteiligten Personen auch im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Liquidation erst dann zulässig ist, wenn die Gläubiger vollständig befriedigt wurden¹³⁷¹. Selbst wenn von der Anordnung einer Nachtragsverteilung wegen einer äußerst geringen Verteilungsmasse abgesehen werden kann oder sich bei ungewisser Kostendeckung kein zum Vorschuss bereiter Gläubiger findet, müssen die Beträge folglich der Schuldnergesellschaft und nicht den daran Beteiligten überlassen werden, um so entweder den Zugriff unbefriedigter Gläubiger auf die entsprechenden Beträge im Wege der Einzelzwangsvollstreckung oder jedenfalls eine Befriedigung der Gläubiger nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen¹³⁷² durch die Liquidatoren zu ermöglichen. Zwar scheidet auf diese Weise eine Vollabwicklung oder Vollbeendigung einer insolventen Handelsgesellschaft innerhalb des Insolvenzverfahrens aus, ebenso wie der Verfahrenshauptzweck der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung (vgl. §§ 26 Abs. 1 Satz 1, 207 Abs. 1 Satz 1 InsO) setzt allerdings auch der Vollabwicklungszweck zumindest eine Deckung der für das Verfahren notwendigen Kosten voraus. Fehlt es an einer solchen, muss daher die Nachtragsverteilung und damit auch die Vollabwicklung des Schuldners mit der Folge einer notwendigen Abwicklung der Gesellschaft im Rahmen eines gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahrens unterbleiben.

Eine Herausgabe an die am Schuldner beteiligten Personen kommt folglich bei einem Absehen von der Anordnung einer Nachtragsverteilung für Gegenstände im Sinn des § 203 Abs. 1 InsO nicht in Betracht, wobei es keine Rolle spielt, ob die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Verwalters bei Verfahrensaufhebung oder -Einstellung fortbestand oder nicht. Wird von der Anordnung einer Nachtragsverteilung abgesehen, kann dem Insolvenzverwalter nämlich weder eine Feststellung der jeweiligen Kapitalanteile ohne entsprechende Vergütung zugemutet werden noch ist eine Herausgabe eines – wenn auch nur geringen – Restvermögens an die Gesellschafter, Genossen

¹³⁶⁹ Vgl. *BVerfGE* 88, 145 (159) = *NJW* 1993, 2861; *BGHZ* 116, 233 (237 ff.) = *NJW* 1992, 692 (693); *BGHZ* 160, 176 (182 f.) = *NJW* 2004, 2976 (2978); *Hefermehl* in: *MüKo InsO*, § 54 Rdnr. 36; *Nowak* in: *MüKo InsO*, § 63 Rdnr. 1.

¹³⁷⁰ Etwas anderes gilt, wenn bei der Durchführung einer angeordneten und angemessenen Nachtragsverteilung nach Befriedigung sämtlicher Gläubiger ein Überschuss verbleibt. In diesem Fall ist die Vergütung des Insolvenzverwalters aus dem Überschuss gesichert, so dass eine Herausgabe des verbleibenden Betrages analog § 199 Satz 2 InsO an die am Schuldner beteiligten Personen erfolgen kann, vgl. *W. Uhlenbruck* in: *Uhlenbruck*, § 199 Rdnr. 5; a.A. wohl *Kießner* in: *Braun*, § 203 Rdnr. 4.

¹³⁷¹ Erster Teil III. 7., S. 58 ff.

¹³⁷² Siehe Erster Teil III. 6., S. 42 ff.

oder Aktionäre gerechtfertigt, soweit nicht alle Gesellschaftsgläubiger befriedigt sind. Unabhängig von der Art der vorliegenden, grundsätzlich für eine Nachtragsverteilung in Betracht kommenden Vermögensgegenstände muss sich also in denjenigen Fällen, in denen wegen Unangemessenheit oder fehlendem Kostenvorschuss von der Anordnung einer Nachtragsverteilung abgesehen wurde, ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren an das Insolvenzverfahren anschließen.

b. Sonstiger unvorhergesehener vermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf

Ungeklärt blieb bisher, welche Auswirkungen der Grundsatz der Vollabwicklung auf sonstigen erst nach Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens erkannten vermögensrechtlichen Abwicklungsbedarf hat, der nicht im Sinn des § 203 Abs. 1 InsO einer Nachtragsverteilung unterliegt. Zunächst ist allerdings zu klären, welche vermögensrechtlichen Abwicklungsmaßnahmen überhaupt außerhalb des Anwendungsbereichs der Nachtragsverteilungsvorschriften liegen.

Grundsätzlich werden drei Gruppen möglicher Vermögensgegenstände genannt, für die keine Nachtragsverteilung angeordnet werden kann. Zum einen handelt es sich dabei um solche Gegenstände, die vom Insolvenzverwalter während des Insolvenzverfahrens an den Schuldner freigegeben wurden¹³⁷³, zum anderen – da eine dingliche Surrogation lediglich in den gesetzlich angeordneten Ausnahmefällen stattfinden könne¹³⁷⁴ – um Surrogate für insolvenzfreie oder unter Insolvenzbeschluss stehende Gegenstände, über die der Schuldner wirksam¹³⁷⁵ verfügt hat¹³⁷⁶. Schließlich soll eine Nachtragsverteilung für alle Vermögensgegenstände – also auch solche im Sinn des § 203 Abs. 1 InsO – mangels bestehenden Rechtsschutzbedürfnisses¹³⁷⁷ immer dann ausscheiden, wenn bereits sämtliche Gläubiger befriedigt wurden¹³⁷⁸.

¹³⁷³ *Eickmann* in: Gottwald, § 65 Rdnr. 53; *Hintzen* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 16; *Kießner* in: Braun, § 203 Rdnr. 14; *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 203 Rdnr. 12.

¹³⁷⁴ *Holzer* in: Kübler/Prütting, § 203 Rdnr. 14; *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 203 Rdnr. 12.

¹³⁷⁵ Hat der Schuldner erst nach Aufhebung des Insolvenzbeschlags über die entsprechenden Gegenstände verfügt, bestehen hinsichtlich der Wirksamkeit der Verfügung keine Probleme. Hat der Schuldner hingegen zuvor verfügt, war die Verfügung zunächst – vorbehaltlich der §§ 878, 892, 893 BGB gemäß §§ 81, 91 InsO unwirksam, wurde jedoch mit Verfahrensaufhebung oder -einstellung und dem damit verbundenen Ende des Insolvenzbeschlags wirksam, vgl. *Eickmann* in: Gottwald, § 65 Rdnr. 54.

¹³⁷⁶ *Eickmann* in: Gottwald, § 65 Rdnr. 54; *Hintzen* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 16; *Holzer* in: Kübler/Prütting, § 203 Rdnr. 14; *Kießner* in: Braun, § 203 Rdnr. 14; *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 203 Rdnr. 12; a.A. *Häsemeyer*, Rdnr. 7.68 sowie 9.28.

¹³⁷⁷ *Hintzen* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 7; *Holzer* in: Kübler/Prütting, § 203 Rdnr. 5; *Kießner* in: Braun, § 203 Rdnr. 4.

¹³⁷⁸ *Hintzen* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 7; *Holzer* in: Kübler/Prütting, § 203 Rdnr. 5; *Kießner* in: Braun, § 203 Rdnr. 4.

Bei einer Freigabe scheidet der entsprechende Gegenstand aus der Masse aus und der Schuldner erhält seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zurück¹³⁷⁹. Erfolgt eine Freigabe, um dadurch eine Beeinträchtigung der gemeinschaftlichen und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung zu verhindern, handelt es sich vorbehaltlich der engen Grenzen, in denen die Freigabe rückgängig gemacht werden kann¹³⁸⁰, um eine endgültige Entscheidung, mit der die Verwertbarkeit des Gegenstandes zugunsten der Masse aufgehoben wird. Eine auf Kosten der Vollabwicklung der Schuldnergesellschaft erklärte Freigabe abwicklungsbedürftiger Gegenstände kann daher auch nicht über den Umweg einer Nachtragsverteilung zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden. Im Übrigen ist zu bedenken, dass freigegebene Massegegenstände im Gegensatz zu den in § 203 Abs. 1 InsO genannten Gegenständen bereits während des Verfahrens mit Willen des Insolvenzverwalters aus der Masse ausscheiden, während die Verwertbarkeit der in § 203 Abs. 1 InsO genannten Beträge während des Insolvenzverfahrens gerade nicht feststeht. Der durch freigegebene Vermögensgegenstände verbleibende Abwicklungsbedarf ist daher bereits kein „unvorhergesehener“. Soweit eine Freigabe erfolgt, scheidet eine Abwicklung des freigegebenen Gegenstandes im Insolvenzverfahren also aus, so dass sich bei entsprechendem Abwicklungsbedarf ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren an das Insolvenzverfahren anschließen muss¹³⁸¹.

Obwohl freigegebene Vermögensgegenstände endgültig aus der Masse ausscheiden und damit nicht der Abwicklung durch den Insolvenzverwalter unterliegen, fallen vom Schuldner erlangte Surrogate nach § 35 Abs. 1 InsO bei Vorliegen der Voraussetzungen der Massezugehörigkeit¹³⁸² nach überwiegender Ansicht als Neuerwerb in die Masse und bleiben nicht etwa im Wege der dinglichen Surrogation massefrei¹³⁸³. Wenn demgegenüber angenommen wird, Surrogate freigegebener Vermögensgegenstände könnten nur dann im Wege des Neuerwerbs als Bestandteile der Insolvenzmasse angesehen werden, wenn lediglich eine modifizierte, nicht aber wenn eine echte, den entsprechenden Gegenstand dauerhaft aus der Massezugehörigkeit lösende Freigabe erfolgt ist¹³⁸⁴, vermag dies nicht zu überzeugen. Zwar soll ein Gegenstand mit der echten Freigabe gerade endgültig aus der Masse ausscheiden, dass ein Surrogat für diesen Gegenstand allerdings wieder als Neuerwerb massezugehörig sein kann,

¹³⁷⁹ Hirte in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 71; Windel in: Jaeger, § 80 Rdnr. 31, 34.

¹³⁸⁰ Zu denken ist an einen Widerruf vor oder mit Zugang der Freigabeerklärung nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB oder eine Anfechtung, wobei die fälschlicherweise angenommene Unverwertbarkeit oder Überbelastung einen unbeachtlichen Motivirrtum darstellt. Vgl. ausführlich zu den Möglichkeiten der Rückgängigmachung der Freigabe Höpfner, ZIP 2000, 1517.

¹³⁸¹ Siehe bereits Vierter Teil II. 2. c., S. 248 ff.

¹³⁸² Siehe dazu Vierter Teil II. 1. a., S. 190 f.

¹³⁸³ Hirte in: Uhlenbruck, § 35 Rdnr. 115; Lwowski/Peters in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 46, 103; Windel in: Jaeger, § 80 Rdnr. 32.

¹³⁸⁴ Vgl. Meyer-Sommer, S. 58.

ändert an dessen vorbehaltloser Freigabe bzw. dessen endgültigem Ausscheiden nichts. Auch sonstiges – etwa bei natürlichen Personen mangels Pfändbarkeit – massefreies Vermögen ist „vorbehaltlos“ und endgültig massefrei, obwohl hierfür erlangte Surrogate massezugehörigen Neuerwerb darstellen, sofern nicht auch hier die Pfändungsfreiheit oder sonstige Gründe für die Massefreiheit gegeben sind. Verkauft also zum Beispiel eine natürliche Person als Insolvenzschuldner die eigene Bibel, die gemäß §§ 36 Abs. 1 InsO, 811 Abs. 1 Nr. 10 InsO massefrei ist, gehört der Erlös zur Masse. Dies ist auch gerechtfertigt, da beim Erlös im Rahmen der Pfändungsgrenzen nichts gegen eine insolvenzrechtliche Verwertung spricht. Die Massefreiheit einzelner Gegenstände ist folglich immer an die jeweiligen Gegenstände geknüpft und bedarf bei Surrogaten einer erneuten Beurteilung. Soweit der Schuldner also Gegenstände mit massefreien Mitteln während des Insolvenzverfahrens erworben hat, können diese – unabhängig davon, ob die Massefreiheit auf einer Freigabe beruht – im Fall der Massezugehörigkeit nach §§ 35, 36 InsO vom Insolvenzverwalter verwertet werden, so dass hierfür die allgemeinen Regeln und damit für den Fall der ausbleibenden Verwertung innerhalb des Verfahrens die Regelungen über die Nachtragsabwicklung nach §§ 203 ff. InsO greifen.

Fraglich ist hingegen, wie Gegenstände, die erst nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner mit vormals massefreien Mitteln erworben werden, zu behandeln sind. Als Neuerwerb massezugehörig ist nach § 35 Abs. 1 InsO lediglich das während des Verfahrens erworbene Vermögen. Ein mit Mitteln des während des Verfahrens insolvenzfremden Vermögens nach Abschluss des Verfahrens erworbener Gegenstand gehört daher nach § 35 InsO nicht als Neuerwerb zur Masse¹³⁸⁵. Auch eine dingliche Surrogation würde daran nichts ändern, da der erlangte Gegenstand als Surrogat für massefreie Vermögensgegenstände ebenfalls massefrei wäre. Eine Restabwicklung kann mangels (ehemaliger) Massezugehörigkeit des Gegenstandes folglich nicht im Rahmen einer Nachtragsverteilung erfolgen. Dennoch liegt in diesen Fällen kein Verstoß gegen den Verfahrenszweck der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften vor, da bereits die Existenz insolvenzfremden Vermögens an diesem Zweck zu messen war, so dass überhaupt nur dann massefreies Vermögen für den Erwerb von Surrogaten vorliegen kann, wenn andernfalls aus Sicht des Insolvenzverwalters eine Verletzung des Verfahrenshauptzwecks der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung vorliegen würde.

Bisher wurde allerdings noch nicht beantwortet, ob der Vollabwicklungszweck auch eine Abwicklung von Vermögensgegenständen gebietet, die der Schuldner im Gegen-

¹³⁸⁵ *Lwowski/Peters* in: *MüKo InsO*, § 35 Rdnr. 66.

zug für eine wirksame Verfügung über Massegegenstände, die bis zur Verfahrensaufhebung oder -einstellung vom Insolvenzbeschlagnahme erfasst waren, erhalten hat. Hätte der Insolvenzverwalter während des Bestehens seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis mit Mitteln der Masse Gegenstände erworben, wären diese im Wege der Surrogation Bestandteile der Masse geworden¹³⁸⁶, ohne dass es auf die Einbeziehung des Neuerwerbs in § 35 Abs. 1 InsO ankäme¹³⁸⁷. Obwohl eine gesetzliche Regelung auch hier nicht existiert, wird eine Surrogation in diesem Fall analog § 2041 BGB allgemein anerkannt¹³⁸⁸. Dem ist beizupflichten, da auf diese Weise auch ohne Einbeziehung des Neuerwerbs in die Insolvenzmasse Wertverlagerungen durch Rechtsgeschäfte über Massegegenstände in die Verpflichtungs- und Verfügungsmacht des Insolvenzschuldners ausgeschlossen werden können¹³⁸⁹ und der Gesetzgeber seinen Willen, die Surrogation trotz Massezugehörigkeit des Neuerwerbs beizubehalten, deutlich zum Ausdruck gebracht hat¹³⁹⁰. Eine andere Beurteilung ist auch dann nicht geboten, wenn eine Verwertung der Massegegenstände durch den Insolvenzverwalter vor Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens nur deshalb unterblieben ist, weil die Existenz der entsprechenden Gegenstände zu diesem Zeitpunkt nicht bekannt war. Unabhängig vom Vollabwicklungszweck des Insolvenzverfahrens kann nicht überzeugen, dass eine Verwertbarkeit der vom Schuldner erlangten Surrogate im Rahmen einer Nachtragsverteilung ausscheiden soll, während ohne Verfügung des Schuldners über den im Insolvenzverfahren nicht berücksichtigten und bekannten Vermögensgegenstand eine Nachtragsverteilung ohne Weiteres zulässig wäre. Auch der Hinweis auf eine fehlende gesetzliche Regelung¹³⁹¹ kann nicht zu einer anderen Beurteilung führen, da die Surrogation ebenso wie die Massesurrogation während des Verfahrens auf eine analoge Anwendung des § 2041 BGB gestützt werden kann. Soweit derjenige Gegenstand, der im Schuldnervermögen wegen einer Verfügung des Schuldners nicht mehr vorhanden ist, ohne diese Verfügung ein zur Nachtragsverteilung geeigneter Vermögensgegenstand nach § 203 Abs. 1 InsO wäre, muss daher auch eine Nachtragsverteilung über die hierfür erlangten Surrogate möglich sein¹³⁹², für deren Durchführbarkeit die für Nachtragsverteilungen bereits herausgearbeiteten Grundsätze¹³⁹³ heranzuziehen sind.

¹³⁸⁶ Begründung zu § 42 RegE InsO BT-Drs. 12/2443, S. 122; *Breutigam* in: BK InsO, § 35 Rdnr. 98; *Henckel* in: Jaeger, § 35 Rdnr. 105; *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 55.

¹³⁸⁷ Begründung zu § 42 RegE InsO BT-Drs. 12/2443, S. 122; *Breutigam* in: BK InsO, § 35 Rdnr. 98; *Häsemeyer*, Rdnr. 9.28; *Henckel* in: Jaeger, § 35 Rdnr. 105; *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 44; siehe auch bereits Dritter Teil IV. 3. b. aa. bbb., S. 129 ff.

¹³⁸⁸ Vgl. *Häsemeyer*, Rdnr. 9.28 mit FN 107; *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 55; *Henckel* in: Jaeger, KO, 9. Aufl. (1997), § 6 Rdnr. 37.

¹³⁸⁹ *Häsemeyer*, Rdnr. 9.28; *Lwowski/Peters* in: MüKo InsO, § 35 Rdnr. 55.

¹³⁹⁰ Begründung zu § 42 RegE InsO BT-Drs. 12/2443, S. 122.

¹³⁹¹ Vgl. *Holzer* in: Kübler/Prütting, § 203 Rdnr. 14; *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 203 Rdnr. 12.

¹³⁹² So auch *Häsemeyer*, Rdnr. 7.68 sowie 9.28.

¹³⁹³ Vgl. oben Vierter Teil II. 3. a., S. 255 ff.

Schließlich ist zu untersuchen, ob die Nichtberücksichtigung sämtlicher Vermögensgegenstände des Schuldners im Rahmen eines Nachtragsverteilungsverfahrens bei vollständiger Befriedigung der Gläubiger mit dem Vollarwicklungs-zweck des Insolvenzverfahrens vereinbar ist. Dass keine gewöhnliche Nachtragsverteilung aufgrund des Schlussverzeichnisses (vgl. § 205 Satz 1 InsO) erfolgen kann, ist wegen fehlender im Verzeichnis aufzuführender Forderungen (vgl. § 188 Satz 1 InsO) nahe liegend. Statt einer Nachtragsverteilung soll in den Fällen der vollständigen Befriedigung der Gläubiger daher eine Herausgabe der entsprechenden Beträge an den Schuldner analog § 199 InsO erfolgen¹³⁹⁴. Handelt es sich beim Schuldner um keine natürliche Person, hat die Herausgabe nach § 199 Satz 1 InsO nicht an den Schuldner selbst, sondern nach § 199 Satz 2 InsO an die am Schuldner beteiligten Personen zu erfolgen¹³⁹⁵. Auf diese Weise ist im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften eine vollständige Abwicklung der Schuldnergesellschaft mit der anschließenden Benachrichtigung des Registergerichts durch den Insolvenzverwalter sichergestellt, wobei die Vergütung des Insolvenzverwalters vorweg aus den so zu verteilenden Mitteln entnommen werden kann¹³⁹⁶. Zu beachten ist allerdings, dass auch in diesen Fällen auf die Anordnung einer Nachtragsverteilung in der überwiegenden Zahl der Fälle nicht verzichtet werden kann, da die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters über Vermögensgegenstände im Sinne des § 203 Abs. 1 Nr. 2, 3 InsO für die Herausgabe an die am Schuldner beteiligten Personen zunächst wiederhergestellt werden muss¹³⁹⁷. Dass bereits sämtliche Gläubiger befriedigt wurden, steht der Anordnung der Nachtragsverteilung nach dem Wortlaut des § 203 InsO nicht entgegen, obwohl – wie zu Recht angemerkt wird¹³⁹⁸ – einem Gläubigerantrag auf Anordnung der Nachtragsverteilung wegen der vollständigen Befriedigung das Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Ebenso wie hinsichtlich eines Hinweises des Insolvenzverwalters an das Registergericht zur Herbeiführung der mit der Registerlöschung juristischer Personen verbundenen Vollbeendigung¹³⁹⁹ ist allerdings auch hier aufgrund des Vollarwicklungs-zwecks eine Pflicht des Insolvenzverwalters zur Antragstellung im Sinn des § 203 Abs. 1 InsO anzunehmen, dem wegen der durch das Verteilungsverfahren ermöglichten Vollarwicklung das Rechtsschutzbedürfnis nicht abgesprochen werden kann. Selbst wenn sämtliche Gläubiger bereits befriedigt sind, ist folglich im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften – vorbehaltlich einer mangeln-

¹³⁹⁴ *Hintzen* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 7; *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 203 Rdnr. 3; *Westphal* in: Nerlich/Römermann, § 199 Rdnr. 11.

¹³⁹⁵ Vgl. *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 203 Rdnr. 3.

¹³⁹⁶ Vgl. die Nachweise in FN 1368.

¹³⁹⁷ Vgl. *Vierter Teil II*, 3. a. dd., S. 263 f.

¹³⁹⁸ *Hintzen* in: MüKo InsO, § 203 Rdnr. 7; *Holzer* in: Kübler/Prütting, § 203 Rdnr. 5; *Kießner* in: Braun, § 203 Rdnr. 4.

¹³⁹⁹ Siehe oben *Vierter Teil I*, 2., S. 186 ff.

den Kostendeckung¹⁴⁰⁰ – ein Nachtragsverteilungsverfahren anzuordnen, wobei sich die Verteilung in diesen Fällen nicht nach § 205 InsO, sondern nach § 199 Satz 2 InsO richtet.

Eine Deckung sonstigen unvorhergesehenen vermögensrechtlichen Abwicklungsbedarfs ist daher grundsätzlich möglich, so dass regelmäßig keine Kollision mit dem Vollabwicklungszweck im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften vorliegt. Nur falls Massegegenstände freigegeben werden, scheidet eine Abwicklung dieser Gegenstände oder der nach Abschluss des Verfahrens hierfür erlangten Surrogate im Anschluss an das Insolvenzverfahren aus. In diesem Fall muss sich allerdings bereits das Entstehen des massefreien Vermögens an den Verfahrenszwecken, also dem Vollabwicklungszweck einerseits und dem Primärzweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung andererseits, messen lassen.

c. Unvorhergesehener nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf

Schließlich ist zu untersuchen, welche Auswirkungen die grundsätzliche Pflicht zur Vollbeendigung von Handelsgesellschaften innerhalb eines auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahrens auf vor Aufhebung oder Einstellung unerkannten nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarf hat. Nach der hier vertretenen Lehre vom Tripletatbestand hindert auch das Bestehen nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarfs die Vollbeendigung von Handelsgesellschaften¹⁴⁰¹, so dass der Vollabwicklungs- bzw. Vollbeendigungspflicht nur dann im Rahmen des fortgesetzten Insolvenzverfahrens nachgekommen werden könnte, wenn eine Restabwicklung durch den Insolvenzverwalter in diesen Fällen durchgeführt wird.

Zu bedenken ist jedoch, dass die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters, die diesen auch zur Vornahme aller Maßnahmen berechtigt, die den Insolvenzzwecken zugute kommen¹⁴⁰² und die Verwaltung der Masse betreffen¹⁴⁰³, mit Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens auf den Schuldner übergegangen ist. Um dem Verwalter die nachträgliche Vornahme nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsmaßnahmen zu ermöglichen, müsste dessen Verwaltungs- und Verfügungs-

¹⁴⁰⁰ Ebenso wie bereits hinsichtlich des Nachtragsverteilungsverfahrens betont (vgl. Vierter Teil II. 3. a. dd., S. 260 ff.), muss der zu erwartende Herausgabebetrag mindestens die Kosten des Verfahrens und dabei insbesondere die Vergütung des Insolvenzverwalters – deren Höhe sich an der Vergütung für Nachtragsverteilungsverfahren gemäß § 6 InsVV orientieren kann – decken.

¹⁴⁰¹ Siehe Zweiter Teil VI. 7., S. 85 ff.

¹⁴⁰² Vgl. Kroth in: Braun, § 80 Rdnr. 25.

¹⁴⁰³ Kroth in: Braun, § 80 Rdnr. 25; Ott/Vuia in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 46.

befugnis folglich ebenso wie hinsichtlich einer Nachtragsabwicklung der in § 203 Abs. 1 Nr. 2 und 3 InsO genannten Vermögensgegenstände¹⁴⁰⁴ wiederhergestellt werden. Es stellt sich daher die Frage, ob die für die Nachtragsverteilung vermögensrechtlicher Gegenstände geltenden Vorschriften der §§ 203 ff. InsO entsprechend auf nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarf angewendet werden können. Erforderlich für eine entsprechende Anwendung wäre eine planwidrige Regelungslücke sowie eine vergleichbare Interessenlage¹⁴⁰⁵. Für das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke ist entscheidend, dass das Gesetz gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht unvollständig ist¹⁴⁰⁶. Wie bereits untersucht wurde, soll ein auf Liquidation gerichtetes Insolvenzverfahren grundsätzlich eine vollständige Abwicklung von Handelsgesellschaften bis hin zur Vollbeendigung ermöglichen. Mit der Nachtragsverteilung nach §§ 203 ff. InsO besteht auch eine Möglichkeit, trotz bereits aufgehobenem oder eingestelltem Insolvenzverfahren das Restvermögen insolventer Handelsgesellschaften abzuwickeln, während eine vergleichbare Regelung hinsichtlich der Vornahme nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsmaßnahmen nicht existiert. Eine Regelungslücke ist daher anzunehmen. Dass es sich hierbei um eine planwidrige Regelungslücke handelt, kann daraus geschlossen werden, dass der Gesetzgeber eine vollständige Deckung des Abwicklungsbedarfs von Handelsgesellschaften mit der herrschenden Lehre vom Doppeltatbestand¹⁴⁰⁷ bereits dann annehmen musste, wenn keine für eine Befriedigung der Gläubiger oder Herausgabe an die am Schuldner beteiligten Personen in Betracht kommenden, bilanzierungsfähigen Vermögenswerte existieren¹⁴⁰⁸. Da nach der vorzugswürdigen¹⁴⁰⁹ Lehre vom Tripletatbestand aber zudem der gesamte nichtvermögensrechtliche Abwicklungsbedarf für eine vollständige Abwicklung gedeckt werden muss, liegt eine planwidrige Regelungslücke vor.

Problematisch ist allerdings eine Vergleichbarkeit der Interessenlage hinsichtlich der nachträglichen Vornahme vermögensrechtlicher und nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsmaßnahmen. Während nämlich die in §§ 203 ff. InsO geregelte Nachtragsverteilung mit der Abwicklung des Restvermögens und der damit verbundenen Verteilung der entsprechenden Beträge oder Verwertungserlöse an die Gläubiger insbesondere den Verfahrenshauptzweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung verfolgt, werden die Gläubiger durch die Vornahme nichtvermögensrechtlicher Ab-

¹⁴⁰⁴ Vgl. *Vierter Teil II. 3. a. dd.*, S. 263.

¹⁴⁰⁵ Vgl. *Bydlinski*, S. 475; *Pawlowski*, Einführung, Rdnr. 165 f.

¹⁴⁰⁶ *BGHZ* 149, 165 (174); *BAG NJW* 2003, 2473 (2475); *Larenz*, S. 373.

¹⁴⁰⁷ Siehe oben, *Zweiter Teil IV. 1.*, S. 71 f.

¹⁴⁰⁸ Zur gleichen Auslegung des Begriffs der Vermögenslosigkeit im Sinn des § 394 Abs. 1 FamFG bzw. § 141a Abs. 1 FGG sowie der Vermögenslosigkeit als konstitutive Vollbeendigungsvoraussetzung vgl. *Zweiter Teil VI. 6.*, S. 82 ff.

¹⁴⁰⁹ *Zweiter Teil VI.*, S. 73 ff.

wicklungsmaßnahmen nicht besser gestellt. Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei der Nachtragsverteilung jedoch auch um ein Werkzeug zur Herbeiführung der vollständigen Abwicklung, weshalb eine solche aufgrund des Vollabwicklungszwecks des Insolvenzverfahrens selbst dann erfolgen muss, wenn die Verteilungsmasse voraussichtlich lediglich die Kosten des Verfahrens deckt und somit kein an die Gläubiger zu verteiler Überschuss verbleibt¹⁴¹⁰. Durch die Nachtragsverteilung von Vermögensgegenständen wird daher neben der Gläubigerbefriedigung auch die Vollabwicklung der Schuldnergesellschaft angestrebt. Damit liegt eine vergleichbare Interessenlage der nachträglichen Durchführung nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsmaßnahmen zur Restvermögensabwicklung vor, weshalb auch die Vornahme nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsmaßnahmen entsprechend §§ 203 ff. InsO erfolgen kann.

Problematisch ist allerdings, dass im Gegensatz zu verbleibendem vermögensrechtlichem Abwicklungsbedarf bei ausschließlich fortbestehendem nichtvermögensrechtlichem Abwicklungsbedarf kein Restvermögen für eine Nachtragsabwicklung existiert, aus dem die Kosten des Verfahrens und insbesondere ein unter Umständen entstehender Vergütungsanspruch des Insolvenzverwalters gemäß § 6 Abs. 1 InsVV gedeckt werden könnte. Zunächst ist daher zu klären, ob und wenn ja welche Kosten für die Erledigung noch bestehenden nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarfs entstehen und wie diese beglichen werden können.

Eine Erhöhung der Gerichtsgebühr durch die (nachträgliche) Vornahme nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsmaßnahmen scheidet aus. Wie bereits dargestellt¹⁴¹¹, deckt die auf Grundlage des Wertes der Masse bei Beendigung des Insolvenzverfahrens bemessene Gerichtsgebühr das gesamte Insolvenzverfahren ab. Auch wenn die bislang unberücksichtigte Verteilungsmasse im Rahmen einer Nachtragsverteilung folglich zu einer Neuberechnung der Gerichtsgebühren führen kann, kommt eine Gebührenerhöhung durch nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarf mangels Wertänderung der Masse nicht in Betracht. Auch die Vergütung des Insolvenzverwalters berechnet sich nach §§ 63 Abs. 1 Satz 2 InsO, 1 Abs. 1 InsVV auf Grundlage des Wertes der Insolvenzmasse. Der im Insolvenzverfahren anfallende nichtvermögensrechtliche Abwicklungsbedarf spielt daher für die Höhe der Vergütung auch hier grundsätzlich keine Rolle. Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass die Vornahme nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsmaßnahmen generell unvergütet

¹⁴¹⁰ Siehe oben, Vierter Teil II. 3. a. bb., S. 256 ff.

¹⁴¹¹ Siehe oben, Vierter Teil II. 3. a. dd., S. 256 ff.

bliebe¹⁴¹², vielmehr ist sie mit der auf Grundlage des Wertes der Masse festgelegten Vergütung regelmäßig abgedeckt.

Der Anknüpfung der Vergütung an den Wert der Insolvenzmasse liegt folglich die Vorstellung zugrunde, dass der Umfang des nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarfs proportional zum Wert der Masse ist. Treten im Einzelfall allerdings besondere Schwierigkeiten bei der Verwaltertätigkeit auf oder besteht ein besonderer Umfang der vorzunehmenden Abwicklungsmaßnahmen, ist nach §§ 63 Abs. 1 Satz 3 InsO, 3 InsVV eine Erhöhung der Vergütung des Insolvenzverwalters angezeigt, wobei die Aufzählung der eine Erhöhung begründenden Fallgruppen in § 3 InsVV nicht abschließend ist¹⁴¹³. Denkbar wäre daher auch eine Vergütungserhöhung durch einen besonderen Umfang oder besondere Schwierigkeiten bei der Durchführung nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsmaßnahmen. Zu beachten ist aber, dass eine Erhöhung der Insolvenzverwaltervergütung aufgrund nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarfs wohl in erster Linie eine theoretische Möglichkeit bleiben wird: Als Beispiele für nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarf, der nach Durchführung eines Liquidationsverfahrens auftreten kann, werden im Schrifttum insbesondere die Erteilung von Arbeitszeugnissen¹⁴¹⁴, die Abgabe von Willenserklärungen¹⁴¹⁵ oder die Ermöglichung von Zustellungen¹⁴¹⁶ genannt. Ein besonderer Umfang oder besondere Schwierigkeiten sind dann am ehesten bei einer Vielzahl von zu erteilenden Arbeitszeugnissen¹⁴¹⁷ zu erwarten, wobei die Erteilung von Zeugnissen zum einen kaum jemals eine unvorhergesehene Abwicklungsmaßnahme sein wird und daher wegen der Vollbeendigungspflicht vorbehaltlich einer Beeinträchtigung der Gläubigerbefriedigung bereits vor Aufhebung oder Einstellung eines auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Handelsgesellschaft erfolgen muss und zum anderen bei einem besonderen Umfang oder besonderen Schwierigkeiten der Zeugniserteilung regelmäßig bereits eine Vergütungserhöhung wegen einer Vielzahl von Arbeitneh-

¹⁴¹² Je nach Umfang des bestehenden nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarfs würde dies dem durch Art. 12 GG verfassungsrechtlich geschützten Anspruch des Insolvenzverwalters auf eine angemessene Vergütung (vgl. die Nachweise in FN 1369) zuwiderlaufen.

¹⁴¹³ Amtliche Begründung zu § 3 InsVV, abgedruckt in *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, InsVV; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, InsVV, § 3 Rdnr. 2; *Last* in: Gottwald, § 127 Rdnr. 14; *Nowak* in: MüKo InsO, § 63 Rdnr. 12.

¹⁴¹⁴ *Bork*, JZ 1991, 841 (844); *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 60 Rdnr. 105; *W. Uhlenbruck*, ZIP 1996, 1641 (1648); *Wenzel* in: MüKo BGB, vor § 362 Rdnr. 5; *Weth* in: Musielak, § 50 Rdnr. 18.

¹⁴¹⁵ *Bork*, JZ 1991, 841 (844); *Schulze-Osterloh/Fastrich* in: Baumbach/Hueck, § 60 Rdnr. 65; *W. Uhlenbruck*, ZIP 1996, 1641 (1648).

¹⁴¹⁶ *Schulze-Osterloh/Fastrich* in: Baumbach/Hueck, § 60 Rdnr. 65; *W. Uhlenbruck*, ZIP 1996, 1641 (1648).

¹⁴¹⁷ Obwohl es sich bei der Erteilung von Zeugnissen um nicht vertretbare Handlungen im Sinn des § 888 ZPO handelt (vgl. *LAG Nürnberg* BB 1993, 365; *Stöber* in: Zöller, § 888 Rdnr. 3) tritt der Insolvenzverwalter, da die Verwaltung der Masse betroffen ist, in die Stellung des Schuldners, vgl. *BAG NJW* 1991, 1971; *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 122.

mern¹⁴¹⁸ des Insolvenzschuldners erfolgte, mit der die Zeugniserteilung bereits abgedeckt ist. Die Vornahme nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarfs ist daher mit Ausnahme weniger und wohl nur theoretisch denkbarer Einzelfälle bereits mit der massewertbasierten Verwaltervergütung abgedeckt.

Für die Vornahme nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsmaßnahmen nach Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens scheidet daher eine an sich nach § 6 Abs. 1 Satz 1 InsVV geschuldete Verwaltervergütung gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 InsVV aus, da bereits von einer Berücksichtigung der Nachtragsverteilung nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarfs bei der Vergütung für das Insolvenzverfahren ausgegangen werden muss. Das zusätzliche Erfordernis der Voraussehbarkeit in § 6 Abs. 1 Satz 2 InsVV kann dagegen für nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarf nicht entscheidend sein, da sich dieses daraus ergibt, dass hinsichtlich der Verwaltervergütung für eine Nachtragsabwicklung von Vermögensgegenständen nur dann eine Berücksichtigung bei der Festsetzung der Vergütung für das Insolvenzverfahren erfolgen wird, wenn die Nachtragsabwicklung vorhergesehen werden kann. Da nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf demgegenüber wie gezeigt bereits unabhängig von der Voraussehbarkeit mit der massebasierten Vergütung abgedeckt ist, kann die Voraussehbarkeit im Sinn des § 6 Abs. 1 Satz 2 InsVV hier keine Rolle spielen.

Weder durch Gerichtsgebühren noch durch eine Vergütung des Insolvenzverwalters sind folglich Kosten einer nachträglichen Abwicklung nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarfs zu erwarten. Die Durchführung der notwendigen Maßnahmen beeinträchtigt daher nicht den Verfahrenshauptzweck der gemeinschaftlichen und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung. Zudem besteht keine Gefahr der mangelnden Deckung der Verfahrenskosten¹⁴¹⁹ hinsichtlich der Restabwicklung nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarfs. Wird nach Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens die Notwendigkeit weiterer nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsmaßnahmen erkannt, können diese also in entsprechender Anwendung der §§ 203 ff. InsO vom Insolvenzverwalter durchgeführt werden. Die Vollbeendigung insolventer Handelsgesellschaften kann folglich trotz vor Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens unbekanntem nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarfs im Rahmen des fortgesetzten Insolvenzverfahrens herbeigeführt werden.

¹⁴¹⁸ Vgl. zur Möglichkeit der Vergütungserhöhung wegen einer Vielzahl von Arbeitnehmern *BGH* NJW-RR 2004, 694 = *NZI* 2004, 251; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, InsVV, § 3 Rdnr. 78; *Nowak* in: *MüKo InsO*, Anh § 65, § 3 InsVV Rdnr. 23.

¹⁴¹⁹ Vgl. zur Notwendigkeit der Kostendeckung bereits *Vierter Teil II. 3. a. dd.*, S. 260 ff.

d. Zusammenfassung und Ergebnis

Eine Restabwicklung nach Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens ist grundsätzlich unabhängig davon möglich, ob es sich bei dem zuvor unerkannten Abwicklungsbedarf um vermögensrechtlichen oder nichtvermögensrechtlichen handelt.

Für Vermögensgegenstände im Sinn des § 203 Abs. 1 InsO hat eine Nachtragsverteilung wegen des Vollabwicklungszwecks des Insolvenzverfahrens bereits immer dann zu erfolgen, wenn die zu erwartende Verteilungsmasse die Kosten der Verteilung deckt. Obwohl ein Absehen von der Anordnung einer Nachtragsverteilung folglich regelmäßig nur bei äußerst geringem für die Abwicklung zur Verfügung stehendem Restvermögen unterbleiben kann, lässt sich allerdings keine Herausgabe der Restvermögensgegenstände an die am Schuldner beteiligten Personen begründen, da zum einen auch in diesen Fällen ein Vergütungsanspruch des Insolvenzverwalters entstünde, der durch die geringe Verteilungsmasse üblicherweise nicht gedeckt wäre, und zum anderen eine Herausgabe des Restvermögens an die Gesellschafter vor einer vollständigen Befriedigung der Gläubiger nicht zulässig ist. Mangels Kostendeckung eines Nachtragsverteilungsverfahrens hat daher eine Restabwicklung nach Maßgabe der gesellschaftsrechtlichen Liquidationsregelungen zu erfolgen.

Handelt es sich bei dem erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens erkannten Abwicklungsbedarfs dagegen um solche vermögensrechtlichen Maßnahmen, die der Nachtragsabwicklung nach §§ 203 ff. InsO nicht unterliegen sollen, ist nach der Art der abzuwickelnden Vermögensgegenstände zu unterscheiden: Während freigegebene Massegegenstände sowie die hierfür nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens erlangte Surrogate mangels Massebezug auch nicht im Rahmen einer Nachtragsverteilung zur Befriedigung der Gläubiger verwertet werden können, ist die Möglichkeit der Abwicklung von Surrogaten für Vermögensgegenstände im Sinn des § 203 Abs. 1 InsO nach §§ 203 ff. InsO entgegen der herrschenden Ansicht anzuerkennen. Schließlich ist eine Restabwicklung von Vermögensgegenständen aufgrund des Vollabwicklungszwecks selbst dann anzuerkennen, wenn bereits sämtliche Gläubiger befriedigt sind, wobei sich das Verteilungsverfahren in diesen Fällen nicht nach § 205 InsO richtet, sondern eine Herausgabe an die am Schuldner beteiligten Personen nach Maßgabe des § 199 Satz 2 InsO zu erfolgen hat.

Liegt nach Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens schließlich unvorhergesehener nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf vor, ist dieser entsprechend der Nachtragsverteilung von Vermögensgegenständen gemäß §§ 203 ff. InsO abzuwi-

ckeln. Da die Durchführung nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsmaßnahmen weder eine gesonderte Verwaltervergütung auslöst noch die Gerichtsgebühren erhöht, kann diese Abwicklung nicht an einer mangelnden Kostendeckung des Verfahrens scheitern.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass eine Restabwicklung trotz Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens möglich ist, es sei denn, die Kosten einer solchen Restabwicklung sind nicht gedeckt oder es handelt sich bei den abzuwickelnden Gegenständen um freigegebene Vermögensgegenstände oder nach Abschluss des Insolvenzverfahrens erworbene Surrogate für freigegebene Vermögensgegenstände. In diesen Fällen muss die weitere Abwicklung im Rahmen eines gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahrens erfolgen.

4. Dauer und Kosten des Verfahrens

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass die Vollabwicklung von Handelsgesellschaften kein unerreichbares Verfahrensziel ist, sondern regelmäßig praktisch verwirklicht werden kann. Lediglich wenn abwicklungsbedürftige Massegegenstände freigegeben werden oder unerkannter bzw. unvorhergesehener Abwicklungsbedarf existiert, für dessen nachträgliche Abwicklung die Mittel fehlen, bedarf es einer gesellschaftsrechtlichen Liquidation im Anschluss an das Insolvenzverfahren. Unberücksichtigt blieb jedoch bisher, ob eine Vollabwicklung auch im Hinblick auf Dauer und Kosten des Verfahrens realisierbar ist. Sollten durch die verfahrensimmanente Vollabwicklung über die Insolvenzabwicklung hinausgehende Kosten entstehen, welche die Befriedigungsaussichten der Insolvenzgläubiger beeinträchtigen, müsste diese unterbleiben. Es ist allerdings nicht nur denkbar, dass erhöhte Kosten zu einem Konflikt des Abwicklungszwecks mit dem Hauptzweck der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung führen, auch eine erhebliche Verlängerung der Verfahrensdauer kann negativ auf den Hauptzweck der gemeinschaftlichen und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung einwirken. Ob durch die Vollabwicklung von einer längeren Verfahrensdauer und erhöhten Verfahrenskosten auszugehen ist, soll daher im Folgenden untersucht werden. Zunächst ist auf die Dauer des Verfahrens einzugehen, da eine längere Verfahrensdauer unter Umständen erhöhte Kosten mit sich bringt, so dass die Kostenbestimmung von der Dauer des Insolvenzverfahrens abhängt.

a. Dauer des Insolvenzverfahrens

Der Hauptzweck des Insolvenzverfahrens, die gemeinschaftliche und bestmögliche Gläubigerbefriedigung, wird durch die Dauer eines Insolvenzverfahrens nicht nur dann beeinträchtigt, wenn durch eine lange Verfahrensdauer höhere Kosten entstehen, welche die an die Gläubiger zu verteilende Masse schmälern. Bestandteil der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung ist es vielmehr auch, die Befriedigung der Gläubiger in einem angemessenen Zeitraum herbeizuführen. Obwohl der Insolvenzverwalter zum Beispiel vorbehaltlich entgegenstehender Beschlüsse der Gläubigerversammlung (vgl. § 159 InsO) hinsichtlich der Verwertung einzelner Massegegenstände frei ist, ergibt sich aus der Insolvenzordnung eine Pflicht, die Abwicklung zügig durchzuführen. Ausdrücklich ergibt sich das aus § 159 InsO, wonach der Insolvenzverwalter nach dem Berichtstermin unverzüglich¹⁴²⁰ das zur Masse gehörende Schuldnervermögen zu verwerten hat. Die Pflicht zur zügigen Abwicklung macht allerdings nicht bei einem baldigen Beginn der Verwertung halt, sondern erstreckt sich auch auf den Ablauf der Verwertung¹⁴²¹ und folglich auf die Wahl der Verwertungsart, bei welcher der Insolvenzverwalter neben der Erzielung eines möglichst hohen Erlöses zu berücksichtigen hat, welche Abwicklungsdauer zu erwarten ist¹⁴²². Fraglich ist daher, inwieweit die Integration der vollständigen Abwicklung von Handelsgesellschaften in das Insolvenzverfahren Auswirkungen für die Verfahrensdauer hat und ob eine Verfahrensverlängerung unter Berücksichtigung des Verfahrenshauptzwecks der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung gerechtfertigt ist.

Um feststellen zu können, wie sich die Vollabwicklung von Handelsgesellschaften auf die Dauer des Insolvenzverfahrens auswirkt, soll im Folgenden untersucht werden, welche Maßnahmen der Insolvenzverwalter über die insolvenzrechtliche Abwicklung hinaus zur Vollabwicklung von Handelsgesellschaften durchzuführen hat. Zunächst wird daher der übliche Ablauf eines Insolvenzverfahrens skizziert und dabei aufgezeigt, welche Schritte einer gesellschaftsrechtlichen Liquidation ohnehin Bestandteil des Insolvenzverfahrens sind. Die für die darüber hinaus zur Vollabwicklung durchzuführenden Maßnahmen benötigte Zeit entspricht dann der Verlängerung der Verfahrensdauer aufgrund des Vollabwicklungszwecks. Daraufhin kann beurteilt werden, inwieweit eine mögliche Verfahrensverlängerung mit dem vorrangigen Interesse der

¹⁴²⁰ Unverzüglich i.S.d. § 159 InsO bedeutet allerdings nicht, dass der Insolvenzverwalter die Verwertung zwingend sofort vorzunehmen hat. Vielmehr ist z.B. auch eine vorübergehende – nicht aber eine dauerhafte – Fortführung eines Unternehmens zulässig, wenn hierdurch höhere Erlöse als bei der sofortigen Liquidation zu erwarten sind, vgl. *Breutigam* in: BK InsO, § 159 Rdnr. 34; *Görg* in: MüKo InsO, § 159 Rdnr. 7.

¹⁴²¹ *Görg* in: MüKo InsO, § 159 Rdnr. 5; vgl. auch *Andres* in: *Andres/Leithaus*, § 159 Rdnr. 16; *Kahlert* in: BK InsO, § 159 Rdnr. 40.

¹⁴²² Vgl. *Görg* in: MüKo InsO, § 159 Rdnr. 6.

Gläubiger, bestmöglich im Rahmen des Insolvenzverfahrens befriedigt zu werden, kollidiert.

aa. Liquidationsmaßnahmen im Insolvenzverfahren

Vergleicht man den Ablauf einer insolvenzrechtlichen Abwicklung mit demjenigen einer gesellschaftsrechtlichen Liquidation, stellt man fest, dass beide Verfahren in den wesentlichen Punkten übereinstimmen. Ebenso wie in der gesellschaftsrechtlichen Liquidation, in der die Liquidatoren zunächst eine Eröffnungsbilanz erstellen müssen¹⁴²³, verschafft sich auch der Insolvenzverwalter zu Beginn der Abwicklung nach Inbesitznahme der Masse gemäß § 148 Abs. 1 InsO einen Überblick über die Aktiva und Passiva des Schuldners. Hierzu hat der Insolvenzverwalter nach § 151 Abs. 1 InsO ein Verzeichnis der Massegegenstände inklusive deren Bewertung (vgl. § 151 Abs. 2 InsO) sowie nach § 152 Abs. 1 InsO ein Verzeichnis aller Gläubiger des Schuldners anzufertigen und auf Grundlage dieser beiden Verzeichnisse¹⁴²⁴ gemäß § 153 InsO eine auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bezogene geordnete Übersicht aufzustellen, in welcher die Massegegenstände und Verbindlichkeiten des Schuldners einander gegenüber gestellt werden. Aufgrund dieser vom Insolvenzverwalter im Berichtstermin zu erläuternden¹⁴²⁵ Vermögensübersicht sowie der nach § 156 InsO erforderlichen Information der Gläubiger hinsichtlich der wirtschaftlichen Lage des Schuldners entscheidet die Gläubigerversammlung gemäß § 157 InsO über den Fortgang des Verfahrens. Soweit eine Liquidation des Schuldnerunternehmens entschieden wird – und nur in diesem Fall kommt eine Vollabwicklung der schuldnerischen Handelsgesellschaft in Betracht¹⁴²⁶ – hat der Insolvenzverwalter im Folgenden diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die dazu nötig sind, das in der Masse gebundene Schuldnervermögen verfügbar zu machen¹⁴²⁷. Die Aufgabe des Insolvenzverwalters entspricht dabei derjenigen eines Liquidators, die Geschäfte der Gesellschaft in einem unter Berücksichtigung des Liquidationsziels angemessenen Zeitraum zu beenden¹⁴²⁸, die Forderungen der Gesellschaft einzuziehen¹⁴²⁹ und das Gesellschaftsvermögen zu liquidieren¹⁴³⁰. Ebenso wie Liquidatoren im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Liquidation¹⁴³¹ ist auch der Insolvenzverwalter nicht verpflichtet, die laufenden

¹⁴²³ Siehe Erster Teil III. 2., S. 37 f.

¹⁴²⁴ Vgl. Begründung § 170 RegE InsO (entspricht § 151 InsO), BT-Drs. 12/2443, S. 171.

¹⁴²⁵ Görg in: MüKo InsO, § 156 Rdnr. 11.

¹⁴²⁶ Zu den notwendigen Rahmenbedingungen einer Vollliquidation siehe Dritter Teil IV. 2., S. 119 ff.

¹⁴²⁷ *Dithmar* in: Braun, § 159 Rdnr. 2; Görg in: MüKo InsO, § 159 Rdnr. 4.

¹⁴²⁸ Erster Teil III. 3., S. 38 f.

¹⁴²⁹ Erster Teil III. 4., S. 39 f.

¹⁴³⁰ Erster Teil III. 5., S. 40 ff.

¹⁴³¹ Erster Teil III. 3., S. 38 f.

Geschäfte abbrechen. Vielmehr bleibt trotz des Verwertungsauftrages ein Spielraum des Verwalters, das Unternehmen für einen gewissen Zeitraum fortzusetzen¹⁴³². Sobald das Massevermögen liquidiert ist, hat der Insolvenzverwalter die gewonnenen Mittel gleichmäßig nach Maßgabe der §§ 187 ff. InsO zur Befriedigung der Gläubiger derjenigen angemeldeten Forderungen zu verwenden, die weder vom Verwalter noch von den übrigen Gläubigern bestritten bzw. die zwar bestritten aber gerichtlich festgestellt wurden. Die Verteilungen können gemäß § 187 Abs. 2 Satz 1 InsO immer dann stattfinden, wenn hinreichende Barmittel in der Insolvenzmasse vorhanden sind. Ist die Verwertung der Masse mit Ausnahme des laufenden Einkommens beendet, erfolgt nach § 196 Abs. 1 InsO eine Schlussverteilung, für die der Insolvenzverwalter eine Schlussrechnung aufzustellen hat, vgl. §§ 197 Abs. 1 Nr. 1, 188 InsO. Dabei sind auf bestrittene und aufschiebend bedingte Forderungen entfallende Beträge nach Maßgabe der §§ 189, 191 InsO gemäß § 198 InsO zurückzubehalten¹⁴³³. Auch bei der nicht notwendig gleichmäßigen¹⁴³⁴ Befriedigung der Gläubiger im gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahren werden bei der Schlussverteilung zunächst nur die für begründet erachteten und nicht bestrittenen Gläubigerforderungen befriedigt, während die auf gegebenenfalls gerichtlich geltend zu machende bestrittene Forderungen entfallenden Beträge je nach Gesellschaftstypus bei der Schlussverteilung zurückzubehalten sind oder den Gläubigern vor der Verteilung entsprechend Sicherheit geleistet werden muss¹⁴³⁵. Erst wenn die Gläubiger vollständig befriedigt sind, schließt sich in beiden Verfahren die Verteilung des Restvermögens an die Gesellschafter nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen an (vgl. § 199 Satz 2 InsO), wobei bei juristischen Personen in der gesellschaftsrechtlichen Liquidation ein Sperrjahr vor der Übertragung von Vermögenswerten auf die Gesellschafter abzuwarten ist¹⁴³⁶. Sobald die Schlussverteilung sowie die Verteilung des Restvermögens vollzogen sind, wird die Gesellschaft nach einer Mitteilung des Insolvenzverwalters¹⁴³⁷ gemäß § 394 FamFG gelöscht und das Insolvenzverfahren schließlich nach § 200 Abs. 1 InsO aufgehoben. Außerdem hat der Insolvenzverwalter bei Beendigung seines Amtes gemäß § 66 Abs. 1 InsO der Gläubigerversammlung im Rahmen einer internen privatrechtlichen Abrechnung verbunden mit einem Tätigkeitsbericht¹⁴³⁸ Rechnung zu legen. Auch im gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahren haben die Liquidatoren nach der Befriedigung der Gläubiger mit einer Schlussrechnung Rechenschaft gegenüber der Gesellschaft und

¹⁴³² Görg in: MüKo InsO, § 159 Rdnr. 7; Kahlert in: BK InsO, § 159 Rdnr. 35.

¹⁴³³ Die Zurückhaltungsmöglichkeit von Beträgen nach § 190 Abs. 2, Abs. 3 InsO gilt hingegen nur bei Abschlagsverteilungen, vgl. *Füchsl/Weishäupl* in: MüKo InsO, § 198 Rdnr. 2 FN 4.

¹⁴³⁴ Erster Teil III. 6., S. 42 ff.

¹⁴³⁵ Zur Gläubigerbefriedigung im Liquidationsverfahren siehe Erster Teil III. 6., insbesondere a., S. 42.

¹⁴³⁶ Erster Teil III. 7., S. 58 ff.; zum Erfordernis der Einhaltung eines Sperrjahres in der insolvenzrechtlichen Abwicklung vgl. *Vierter Teil II. 4. a. bb.*, S. 281 f.

¹⁴³⁷ *Vierter Teil I. 2.*, S. 186 f.

¹⁴³⁸ *Nowak* in: MüKo InsO, § 66 Rdnr. 3.

den Gesellschaftern abzulegen¹⁴³⁹. Außerdem ist hier eine Liquidationsschlussbilanz aufzustellen¹⁴⁴⁰, bevor die Gesellschaft zur Löschung beim Register anzumelden ist¹⁴⁴¹. Vorbehaltlich weiterhin bestehenden Abwicklungsbedarfs und der damit verbundenen Notwendigkeit einer Nachtragsliquidation¹⁴⁴² ist das jeweilige Abwicklungsverfahren mit der Registerlöschung beendet und die Gesellschaft vollbeendet. Ein auf Liquidation gerichtetes Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften deckt folglich unabhängig vom Bestehen einer Vollabwicklungspflicht im Wesentlichen sämtliche Verfahrensschritte ab, die zu einer Abwicklung der entsprechenden Gesellschaft außerhalb des Insolvenzverfahrens erforderlich wären¹⁴⁴³.

bb. Weitergehende Vollabwicklungsmaßnahmen im Insolvenzverfahren

Obwohl beide Verfahren einander weitgehend entsprechen, bleibt das Insolvenzverfahren in Teilbereichen hinter einer gesellschaftsrechtlichen Liquidation zurück. So bedarf es im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften jedenfalls ohne Vollabwicklungspflicht keiner Verwertung des gesamten Gesellschaftsvermögens, sofern dies nicht zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Aber auch unter Geltung des Vollabwicklungszwecks kann eine vollständige Abwicklung unterbleiben, wenn andernfalls der Verfahrenshauptzweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung beeinträchtigt wäre. Aus diesem Grund können Massegegenstände in der Gesellschaftsinsolvenz freigegeben werden, weshalb eine längere Verfahrensdauer durch die Verwertung von Massevermögen trotz einer grundsätzlichen Vollabwicklungspflicht nicht zu befürchten ist. Zwar wird im seltenen Fall der Abwicklungsbedürftigkeit des freigegebenen Gegenstandes¹⁴⁴⁴ ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren im Anschluss an das Insolvenzverfahren notwendig, was durch das Erfordernis eines zweiten durchzuführenden Verfahrens regelmäßig zu einer längeren Gesamtdauer der Abwicklung führt. Diese Verlängerung beruht jedoch gerade nicht auf dem Vollabwicklungszweck, sondern auf dem Verfahrenshauptzweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung¹⁴⁴⁵, welcher die Zulässigkeit einer Freigabe gebietet.

Eine längere Verfahrensdauer kann jedoch durch diejenigen Maßnahmen verursacht werden, die ihren Grund allein in der Vollabwicklung der Schuldnergesellschaft haben

¹⁴³⁹ Erster Teil III. 8., S. 61 f.

¹⁴⁴⁰ Erster Teil III. 8., S. 61 f.

¹⁴⁴¹ Erster Teil III. 9., S. 62 f.

¹⁴⁴² Siehe zur gesellschaftsrechtlichen Nachtragsliquidation Erster Teil III. 9., S. 62 f. sowie zur insolvenzrechtlichen Nachtragsverteilung Vierter Teil II. 3., S. 254 ff.

¹⁴⁴³ So auch *H.-F. Müller*, S. 17; vgl. auch *Meyer-Sommer*, S. 157.

¹⁴⁴⁴ Vgl. Vierter Teil II. 2. c., S. 248 ff.

¹⁴⁴⁵ Siehe oben, Vierter Teil II. 2. b., S. 235 ff.

und nicht der Gläubigerbefriedigung dienen. Dabei handelt es sich zum einen um die Verwertung von Vermögensgegenständen, die zu einer vollständigen Befriedigung der Gläubiger nicht erforderlich wäre, und zum anderen um die Verteilung nach der Befriedigung der Gläubiger überschüssigen Restvermögens an die am Schuldner beteiligten Personen gemäß § 199 Satz 2 InsO. Ebenso wie vor der Verteilung des Restvermögens an die Gesellschafter im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Liquidation, muss auch vor der Verteilung nach § 199 Satz 2 InsO wegen der funktionellen Übereinstimmung zum Liquidationsverfahren bei juristischen Personen¹⁴⁴⁶ zum Schutz der Gläubiger ein Sperrjahr abgewartet werden¹⁴⁴⁷. Da in der gesellschaftsrechtlichen Liquidation die Sperrjahresfrist mit der Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft und der Aufforderung der Gläubiger zur Anmeldung ihrer gegenüber der Gesellschaft bestehenden Forderungen beginnt, ist wegen des vergleichbaren Publizitätsgrades im Insolvenzverfahren an den Eröffnungsbeschluss und die damit verbundene Aufforderung zur Gläubigeranmeldung gemäß § 28 InsO anzuknüpfen¹⁴⁴⁸, weshalb die Sperrjahresfrist nach der vollständigen Befriedigung der Gläubiger im Insolvenzverfahren regelmäßig bereits abgelaufen sein wird. Dennoch verlängert sich das Verfahren in diesem Fall um die für die Ermittlung des Verteilungsmaßstabes und die für die Verteilung benötigte Zeit.

Außerdem ist zu überlegen, ob aufgrund des Vollabwicklungszwecks eine Verfahrensaufhebung im Falle einer Hinterlegung nach § 198 InsO ausgeschlossen sein könnte, was eine Fortdauer des Insolvenzverfahrens über die gesamte Zeitspanne, in denen Gegenstände im Wege der Hinterlegung zurückzubehalten sind¹⁴⁴⁹, zur Folge hätte. Selbst wenn man allerdings eine Verfahrensaufhebung zuließe, so dass im Fall des Freiwerdens des hinterlegten Betrages nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 InsO eine Nachtragsverteilung durchzuführen wäre, läge eine verfahrensimmanente Vollbeendigung vor, da es sich bei der Nachtragsverteilung um eine Fortsetzung des aufgehobenen Insolvenzverfahrens handelt¹⁴⁵⁰. Dennoch kann diese Lösung vor dem Hintergrund des Vollabwicklungszwecks nicht überzeugen. Mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens würde die Gesellschaft in die Verfügungsgewalt der Liquidatoren übertragen, was durch die Integration des Vollabwicklungszwecks gerade vermieden werden sollte. Außerdem würde durch die öffentliche Bekanntmachung der Verfahrensaufhebung

¹⁴⁴⁶ Zum Meinungsstand hinsichtlich der Erstreckung des Sperrjahres auf atypische Personengesellschaften vgl. bereits FN 372.

¹⁴⁴⁷ Vgl. *Hirte* in: Uhlenbruck, § 11 Rdnr. 150; *derselbe* in: ZInsO 2000, 127 (133).

¹⁴⁴⁸ *Hirte* in: Uhlenbruck, § 11 Rdnr. 150; *derselbe* in: ZInsO 2000, 127 (133); weitergehend *Noack*, GesR, Rdnr. 414.

¹⁴⁴⁹ Unter § 198 InsO fallen die nach § 189 Abs. 1 InsO sowie § 191 Abs. 1 InsO zurückzubehaltenden Gegenstände. Die Zurückhaltungsmöglichkeit von Beträgen nach § 190 Abs. 2, Abs. 3 InsO gilt nur bei Abschlagsverteilungen, vgl. FN 1433.

¹⁴⁵⁰ Vgl. oben Vierter Teil II. 3., S. 254 f.

nach § 200 Abs. 2 InsO, insbesondere den Eintrag der Verfahrensaufhebung in das Handels- oder Genossenschaftsregister gemäß §§ 200 Abs. 2, 31 InsO für den Rechtsverkehr der Eindruck vermittelt, mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens seien die wirtschaftlichen Schwierigkeiten beseitigt und ein Erhalt des Schuldners über das Insolvenzverfahren hinaus als sinnvoll erachtet worden. Sofern eine Handelsgesellschaft jedoch innerhalb des Insolvenzverfahrens mit Ausnahme hinterlegter Beträge vollständig abgewickelt wurde, gebietet der Schutz potenzieller Gläubiger vor der Eingehung von Rechtsbeziehungen zu der quasi-vermögenslosen Gesellschaft eine fortbestehende Publizität der Vermögenslage der Gesellschaft. Es ist daher angezeigt, von der Aufhebung eines auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahrens unter Beachtung des Vollabwicklungszwecks abzusehen, wenn eine vollständige Abwicklung alleine am Hinterlegenserfordernis scheitert. Eine Aufhebung des Verfahrens mit der Folge einer unter Umständen später erforderlich werdenden Nachtragsverteilung hätte in diesem Fall gegenüber einer Aufrechterhaltung des Verfahrens keine Vorteile, da auch bei Aufhebung des Insolvenzverfahrens der Insolvenzbeschlagnahmehin-sichtlich der hinterlegten Beträge und damit bezüglich des gesamten verbliebenen Gesellschaftsvermögens fortbesteht¹⁴⁵¹. Außerdem kann bei ausbleibender Verfahrensaufhebung ebenso eine Nachtragsverteilung nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 InsO bezüglich freige-wordener hinterlegter Beträge stattfinden, da eine solche lediglich einen erfolgten Schlusstermin nach § 197 InsO, nicht dagegen eine Verfahrensaufhebung nach § 200 InsO voraussetzt. Eine andere Beurteilung würde bei unmittelbar nach dem Schlusstermin festgestelltem unvorhergesehenen Gesellschaftsvermögen eine Verfahrensaufhebung zur Anordnung einer Nachtragsverteilung voraussetzen, was einen bloßen Formalismus darstellen würde. Zudem ergibt sich die Möglichkeit der Nachtragsverteilung vor Aufhebung des Insolvenzverfahrens aus einem Umkehrschluss zu § 203 Abs. 2 InsO, wonach die Aufhebung des Verfahrens der Anordnung einer Nachtragsverteilung nicht entgegensteht, aber folglich auch nicht Voraussetzung einer Nachtragsverteilung ist. Frei gewordene hinterlegte Beträge im Sinn des § 198 InsO sind daher im Rahmen einer Nachtragsverteilung vor Aufhebung des Insolvenzverfahrens zu verteilen.

Durch die Integration der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften verlängert sich das Insolvenzverfahren also um die notwendige Zeit für die Durchführung solcher Maßnahmen, die allein der Gesellschaftsabwicklung dienen und auf die Befriedigung der Gläubiger keine Auswirkungen haben. Aus dem Vollabwicklungszweck resultiert daher die Dauer für die Verwertung von Massegegenständen, die zur Befriedigung der Gläubiger nicht mehr notwendig wäre, die Dauer der Herausgabe eines Verteilungs-

¹⁴⁵¹ Fuchs/Weishäupl in: MüKo InsO, § 198 Rdnr. 3; Kießner in: Braun, § 198 Rdnr. 4.

überschusses an die am Schuldner beteiligten Personen nach § 199 Satz 2 InsO sowie die Verfahrensverlängerung über den Zeitraum der Hinterlegung im Sinn des § 198 InsO. Soweit die Masse hingegen nicht zur vollständigen Befriedigung der Gläubiger ausreicht und keine Beträge zu hinterlegen sind, wird im Rahmen des Insolvenzverfahrens vorbehaltlich einer aufgrund des Gläubigerbefriedigungszwecks durchzuführenden Freigabe die Gesellschaft ohnehin vollständig abgewickelt, so dass die Vollabwicklung die Verfahrensdauer in diesen Fällen nicht verlängert.

cc. Längere Verfahrensdauer und bestmögliche Gläubigerbefriedigung

Die grundsätzliche Pflicht zur Vollabwicklung von Handelsgesellschaften innerhalb des Insolvenzverfahrens verlängert die Verfahrensdauer also insbesondere dann, wenn keine vollständige Masseverwertung zur Befriedigung der Gläubiger notwendig wäre. In diesen Fällen läuft die durch weitergehende Abwicklungsmaßnahmen verursachte Verfahrensverlängerung allerdings nicht den Gläubigerinteressen entgegen. Ist für die Befriedigung der Gläubiger die Verwertung eines Teils der Insolvenzmasse ausreichend, muss mit der Verteilung nicht bis zur vollständigen Masseverwertung abgewartet werden. Nach § 187 Abs. 2 Satz 1 InsO können Verteilungen an die Gläubiger nämlich immer dann stattfinden, wenn hinreichende Barmittel in der Insolvenzmasse vorhanden sind. Ist durch eine Abschlagserteilung eine vollständige Befriedigung sämtlicher Gläubiger möglich, muss sogar von einer Reduzierung des grundsätzlich bestehenden pflichtgemäßen Ermessens des Insolvenzverwalters hinsichtlich der Durchführung von Abschlagsverteilungen¹⁴⁵² (vgl. § 187 Abs. 2 Satz 1 InsO) auf Null ausgegangen werden, da Gründe, die ein Abwarten erfordern würden¹⁴⁵³, in diesem Fall nicht bestehen. Durch die Verwertung von Massevermögen, welches für die Befriedigung der Gläubiger nicht mehr erforderlich ist, verlängert sich daher zwar die Verfahrensdauer, eine Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen droht wegen der durchzuführenden Abschlagsverteilungen aber nicht. Gleiches gilt für die Verteilung eines Überschusses nach der Schlussverteilung an die am Schuldner beteiligten Personen nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen gemäß § 199 Satz 2 InsO. Da hier ein Überschuss bei der Schlussverteilung vorausgesetzt wird, erfolgt die Überschussverteilung nur in denjenigen Fällen, in denen die bei der Schlussverteilung zu berücksich-

¹⁴⁵² Vgl. Begründung zu § 215 RegE InsO (entspricht § 187 InsO) BT-Drs. 12/2443, S. 186; *Füchsl/Weishäupl* in: MüKo InsO, § 187 Rdnr. 9.

¹⁴⁵³ Als Gründe, in denen eine Verteilung trotz hinreichender Barmittel unterbleiben kann nennt der Gesetzesentwurf die Notwendigkeit der vorhandenen Barmittel zur Fortführung des Unternehmens oder die Verwendung der Barmittel zur Abfindung gesicherter Gläubiger, um Zinsbelastungen zu vermeiden, und damit Fällen, in denen ein Abwarten die Masse mehr und damit die Befriedigungsaussicht der Gläubiger verbessert, vgl. BT-Drs. 12/2443, S. 186.

tigenden angemeldeten Forderungen der Gläubiger bereits vollständig befriedigt wurden. Auch hier hat eine etwaige längere Verfahrensdauer vorbehaltlich dadurch entstehender Kosten also keine negativen Folgen für die Gläubigerbefriedigung.

Schließlich wirkt sich auch die durch den Ausschluss der Verfahrensaufhebung während einer Hinterlegung nach § 198 InsO verursachte längere Verfahrensdauer ebenso wie die Verwertung zur Gläubigerbefriedigung nicht mehr notwendigen Vermögens oder die Verteilung überschüssigen Restvermögens an die Gesellschafter nicht negativ auf das Befriedigungsinteresse der Gläubiger aus. Befriedigung können die Gläubiger aus dem hinterlegten Betrag ohnehin erst erlangen, wenn feststeht, dass derjenige Gläubiger, für den der Betrag hinterlegt war, diesen nicht beanspruchen kann. Ob dann eine Nachtragsverteilung durchgeführt oder das bestehende aber durch die Hinterlegung ruhende Insolvenzverfahren fortgeführt werden muss, ist eine bloße Verfahrensfrage und hat auf den Zeitpunkt, in dem die Gläubiger aus dem zurückfließenden Betrag befriedigt werden können, keine Auswirkungen. Sollten durch die längere Verfahrensdauer also nicht mehr Kosten anfallen¹⁴⁵⁴, würde die Vollabwicklung auch hier nicht mit dem Verfahrenshauptzweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung kollidieren, so dass es bei einer Abwicklungspflicht bleibt.

Da eine Freigabe von Massevermögen trotz des Vollabwicklungszwecks zur bestmöglichen Gläubigerbefriedigung auch in der Insolvenz von Handelsgesellschaften möglich ist, wird durch die Integration des Vollabwicklungszwecks keine Verlängerung der Verfahrensdauer verursacht, welche die Interessen der Gläubiger beeinträchtigen könnte. Die längere Verfahrensdauer könnte sich jedoch negativ auf die Verfahrenskosten auswirken, was im Folgenden zu prüfen ist.

dd. Exkurs: Nachschussverteilung bei der Genossenschaftsabwicklung

Zuvor soll allerdings noch kurz auf eine Besonderheit in der Insolvenz eingetragener Genossenschaften eingegangen werden. Gemäß § 105 GenG sind die Mitglieder vorbehaltlich einer anderweitigen Regelung in der Satzung verpflichtet, Nachschüsse zur Insolvenzmasse zu leisten, wenn die Masse die Ansprüche der Massegläubiger sowie die bei der Schlussverteilung berücksichtigten Gläubigerforderungen nicht deckt. Für die Befriedigung der Gläubiger durch Mittel, die nicht aus der Masseliquidation, sondern aus den Nachschüssen der Genossen erlangt wurden, modifizieren die §§ 115, 115a GenG die allgemeinen insolvenzrechtlichen Regelungen. Grundsätzlich sollen

¹⁴⁵⁴ Dazu unten, Vierter Teil II. 4. b., S. 286 ff.

durch Nachschüsse erlangte Mittel nach § 115 Abs. 1 GenG erst nachdem die Nachschussberechnung für vollstreckbar erklärt wurde an die Gläubiger verteilt werden. Da die Nachschussberechnung gemäß § 114 Abs. 2 GenG jedoch erst zu erstellen ist, wenn nach dem Vollzug der Schlussverteilung nach § 196 InsO ein Fehlbetrag verbleibt, erfolgt die Verteilung der Nachschüsse gemäß § 115 Abs. 1 GenG regelmäßig erst im Rahmen einer Nachtragsverteilung. Eine Ausnahme besteht nach § 115a Abs. 1 GenG nur dann, wenn die Abwicklung des Insolvenzverfahrens längere Zeit in Anspruch nimmt und mit keiner Erstattung eingezogener Beträge an die Mitglieder zu rechnen ist. In diesem Fall kann der Insolvenzverwalter mit Zustimmung des Gläubigerausschusses sowie des Insolvenzgerichts die Nachschüsse bereits bei Abschlagsverteilungen berücksichtigen.

Ebenso wie bei einer Hinterlegung gemäß § 198 InsO hätte allerdings eine Aufhebung des Insolvenzverfahrens vor der durchzuführenden Nachtragsverteilung zur Folge, dass durch die Löschung des Insolvenzvermerks im Genossenschaftsregister der Eindruck vermittelt würde, dass ein Fortbestand der Gesellschaft vor dem Hintergrund der verbesserten Vermögenssituation nach Durchführung des Insolvenzverfahrens als sinnvoll erachtet wurde. Ähnlich wie bereits hinsichtlich der Hinterlegung ausgeführt¹⁴⁵⁵, ist das Insolvenzverfahren daher auch hier erst nach der Nachschussverteilung aufzuheben. Da wie oben dargelegt eine Nachtragsverteilung keine Aufhebung des Insolvenzverfahrens voraussetzt, gerät diese Lösung auch nicht mit § 115 Abs. 1 GenG in Konflikt. Zwar verlängert sich das Insolvenzverfahren durch eine Fortsetzung bis zur Verteilung der Nachschüsse, auch hier läuft die Verlängerung Gläubigerinteressen jedoch nicht zuwider, da diese eine Verteilung der Nachschüsse auch bei Aufhebung des Insolvenzverfahrens erst im Rahmen einer Nachtragsverteilung verlangen könnten. Sollten durch die Verfahrensdauer also keine höheren Kosten verursacht werden, kollidiert auch die Nachschussverteilung bei eingetragenen Genossenschaften nicht mit dem Verfahrenshauptzweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung.

b. Kosten des Insolvenzverfahrens

Soweit die verfahrensimmanente Vollabwicklung im Einzelfall über die „reguläre“ Insolvenzabwicklung hinausgehende Kosten verursacht, die als Massekosten im Sinn des § 54 InsO nach § 53 InsO vorweg und damit vor den Forderungen der Insolvenzgläubiger¹⁴⁵⁶ zu berichtigen sind, stellt dies regelmäßig eine Beeinträchtigung des Ver-

¹⁴⁵⁵ Vierter Teil II. 4. a. bb., S. 282 ff.

¹⁴⁵⁶ *Hefermehl* in: MüKo InsO, § 53 Rdnr. 12.

fahrenshauptzwecks der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung dar. Aufgrund der Vorrangigkeit des Gläubigerbefriedigungszwecks muss eine Vollabwicklung daher in derartigen Fällen unterbleiben. Wann eine Vollabwicklung aufgrund der dadurch verursachten Kosten unterbleiben muss und in welchen Fällen die Vollabwicklung demgegenüber im Hinblick auf die Kosten realisiert werden kann, ist im Folgenden zu untersuchen. Nach Maßgabe der Aufzählung der vorweg zu berichtigenden Verfahrenskosten in § 54 InsO sind dabei die Gerichtskosten, die Vergütungen und Auslagen des (vorläufigen) Insolvenzverwalters sowie die Vergütungen und Auslagen der Mitglieder des Gläubigerausschusses zu betrachten. Zudem soll an dieser Stelle untersucht werden, ob durch die Integration der Vollabwicklung in das Insolvenzverfahren die Masse mit Kosten gesellschaftsinterner Maßnahmen oder den für die Aufbewahrung von Schriften und Büchern entstehenden Ausgaben belastet wird.

aa. Gerichtskosten

Zunächst soll geprüft werden, welchen Einfluss die Vollabwicklung auf die Gerichtskosten nach § 54 Nr. 1 InsO hat. Welche Gerichtskosten im Einzelnen anfallen, regelt das Gerichtskostengesetz. Gemäß § 3 Abs. 2 GKG werden die Gerichtskosten nach dem Kostenverzeichnis der Anlage 1 des GKG erhoben. Für das Insolvenzverfahren, dessen Gebühren in Hauptabschnitt 3 des Kostenverzeichnisses (Nr. 2310 ff. KV) geregelt sind, werden Gebühren für das Eröffnungsverfahren, die Durchführung des Insolvenzverfahrens auf Antrag des Schuldners, die Durchführung des Verfahrens auf Antrag eines Gläubigers, besondere Prüfungstermine und schriftliches Prüfungsverfahren nach § 177 InsO, die Restschuldbefreiung sowie Beschwerden unterschieden. Auswirkungen kann die Integration der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften im Rahmen des Insolvenzverfahrens diesbezüglich nur auf die Durchführung des Insolvenzverfahrens auf Antrag des Schuldners oder eines Gläubigers haben. Gemäß § 58 Abs. 1 GKG werden die Gebühren für die Durchführung des Insolvenzverfahrens ebenso wie diejenigen für den Antrag auf Verfahrenseröffnung nach dem Wert der Insolvenzmasse zur Zeit der Beendigung des Verfahrens erhoben. Dies gilt unabhängig davon, ob der Schuldner oder ein Gläubiger den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellt, da § 58 Abs. 2 GKG, wonach sich im Fall eines Gläubigerantrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Verfahren über den Antrag grundsätzlich nach dem Betrag der Forderung des entsprechenden Gläubigers bemisst, nur für die Eröffnungsgebühr gemäß § 3 Abs. 2 GKG i.V.m. Nr. 2311 KV gilt¹⁴⁵⁷. Richten sich die Gebühren allerdings allein nach dem Wert der Masse, kann ein durch

¹⁴⁵⁷ Vgl. *Hartmann*, § 58 GKG Rdnr. 6.

die verfahrensimmanente Vollabwicklung gesteigerter Aufwand oder eine hierdurch verlängerte Verfahrensdauer keine Auswirkungen auf die Gerichtskosten haben. Lediglich dann, wenn die Vollabwicklung eine Erhöhung des Massewertes zur Folge hätte, würde sich die Gerichtsgebühr aufgrund der Vollabwicklung erhöhen. Wie die bisherige Untersuchung gezeigt hat, führt die Integration des Vollabwicklungszwecks zur Massezugehörigkeit des Urheberrechts, des Rechts des Hinterlegers auf Verzicht der Rücknahme einer hinterlegten Sache sowie des unpfändbaren Vermögens im Sinne des § 36 Abs. 1 InsO. Da das Recht des Hinterlegers, auf eine hinterlegte Sache zu verzichten, selbst keinen Vermögenswert hat, kommt eine Erhöhung des Massewertes also durch die Massezugehörigkeit des Urheberrechts einerseits und des unpfändbaren Vermögens im Sinn des § 36 Abs. 1 InsO andererseits in Betracht. Doch selbst wenn sich der Wert der Masse und damit nach § 58 Abs. 1 GKG die Gerichtsgebühren durch die Massezugehörigkeit dieser Gegenstände erhöhen, führt dies nicht zu einer Beeinträchtigung des Gläubigerbefriedigungszwecks durch die Vollabwicklung. Im Gegenteil führt die Massezugehörigkeit der Gegenstände in aller Regel zu einer Erhöhung des Massewertes und damit einer Vermehrung des zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung stehenden Vermögens. Zwar erhöhen sich dadurch auch die Gerichtsgebühren, die Erhöhung bleibt jedoch regelmäßig hinter dem Wert des den Massewert erhöhenden Gegenstandes zurück.

Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn durch die Massewerterhöhung aufgrund der Massezugehörigkeit eines Gegenstandes ein Kostensprung der gemäß § 34 Abs. 1 GKG zu berechnenden Wertgebühren verursacht wird. Da die maximale Erhöhung der Gebühr pro Kostensprung allerdings – wie bereits ausgeführt¹⁴⁵⁸ – nach § 34 Abs. 1 GKG 150 € beträgt, kommt eine solche nur bei Gegenständen in Betracht, die den Wert der Masse um weniger als 150 € erhöhen, und dies auch nur dann, wenn der Wert der Masse ohne Einbeziehung des entsprechenden Gegenstandes maximal 150 € unter dem nächsten Kostensprung liegt. In der Praxis wird diese Konstellation also kaum vorkommen. In der weit überwiegenden Zahl der Fälle führt die Einbeziehung werthaltiger Urheberrechte sowie werthaltiger Vermögensgegenstände im Sinn des § 36 InsO daher auch bei Berücksichtigung der Kosten zu einer Erhöhung der Verteilungsmasse zugunsten der Gläubiger.

Aber auch in den seltenen Ausnahmefällen, in denen die Gebühren durch die Einbeziehung tatsächlich über den Wert des einbezogenen Gegenstandes hinausgehend erhöht werden, ist es nicht gerechtfertigt, die Vollabwicklung zu unterlassen. Da der Wert der Masse, der nach § 58 Abs. 1 GKG entscheidend für die Bestimmung der Ge-

¹⁴⁵⁸ Vierter Teil II. 3. a. dd., S. 260 ff.

richtsgebühren ist, erst zum Zeitpunkt der Beendigung des Verfahrens endgültig feststeht, könnte auch erst zu diesem Zeitpunkt über die Einbeziehung allein aufgrund der Vollbeendigung einzubeziehender Vermögensgegenstände entschieden werden. Bis zu diesem Zeitpunkt bestünde Unsicherheit bezüglich der Massezugehörigkeit des entsprechenden Gegenstandes einerseits sowie dem Verfügungsberechtigten (vgl. § 80 Abs. 1 InsO) andererseits. Diese Unsicherheit wegen der Möglichkeit in Kauf zu nehmen, dass die Masse in praktisch kaum denkbaren Ausnahmefällen mit Gebühren von höchstens 150 € – und in dieser Höhe auch nur bei Massewerten von über 200.000 € (vgl. Anlage 2 des GKG sowie § 34 GKG) – belastet würde, wäre mit der Rechtssicherheit nicht vereinbar. Würde man demgegenüber stets von der Einbeziehung von Massegegenständen aufgrund des Vollabwicklungszwecks absehen, hätte dies zwar zur Folge, dass ein den Wert eines derartigen Gegenstandes übersteigender Kostensprung ausgeschlossen wäre, die in der weit überwiegenden Zahl der Fälle durch die Einbeziehung bewirkte Massewerterhöhung zugunsten der Gläubiger würde dann allerdings ebenfalls unterbleiben. Selbst wenn durch die Einbeziehung in seltenen Fällen ein Kostensprung hinsichtlich der Gerichtsgebühren verursacht werden kann, bleibt es daher aufgrund der üblicherweise der Gläubigerbefriedigung dienenden Wirkung bei der Einbeziehung der aufgrund des Vollabwicklungszwecks einzubeziehenden Massegegenstände. Die Vollabwicklung wird durch die seltene Gefahr eines Kostensprungs folglich nicht gehindert.

Eine die verfahrensimmanente Vollabwicklung von Handelsgesellschaften wegen der Vorrangigkeit des Gläubigerbefriedigungszwecks hindernde Erhöhung der Gerichtsgebühren kommt daher nicht in Betracht. Wenn also durch die über die Gläubigerbefriedigung hinausgehende Vollabwicklung keine ebenfalls zu den Gerichtskosten zählenden Auslagen¹⁴⁵⁹ (vgl. § 1 Abs. 1 GKG) nach Nr. 9000 ff. KV anfallen, erhöhen sich die Gerichtskosten aufgrund der Durchführung einer verfahrensimmanenten Vollabwicklung nicht. Ob Auslagen aufgrund einer über die Gläubigerbefriedigung hinausgehenden Vollabwicklung angefallen sind, lässt sich jedoch nicht in einer für das Verfahren umsetzbaren Weise feststellen. So müsste das Insolvenzgericht beispielsweise für jede angefertigte Kopie untersuchen und dokumentieren, ob diese dem Gesamtverfahren mit dem Hauptziel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung dient oder ob die entsprechende Kopie allein zur Ermöglichung der Vollabwicklung der Schuldnergesellschaft notwendig wurde. Mit der Verfahrensökonomie wäre eine solche Vorgehensweise nicht vereinbar. Da Auslagen in der weit überwiegenden Zahl der Fälle nicht ausschließlich auf der Vollabwicklung der insolventen Handelsgesellschaft ohne

¹⁴⁵⁹ Zu beachten ist, dass die Eintragung von Insolvenzvermerken in öffentliche Register i.S.d. § 31 InsO im Insolvenzverfahren ohnehin gebührenfrei sind, vgl. *Hefermehl* in: *MüKo InsO*, Rdnr. 29.

Bezug zur Gläubigerbefriedigung beruhen, ist es daher gerechtfertigt, tatsächlich im Einzelfall auf der Vollabwicklung beruhende Auslagen mit Ausnahme der sogleich zu betrachtenden Vergütung des Insolvenzverwalters sowie der Mitglieder des Gläubigerausschusses nach Nr. 9018 KV aus Gründen der Verfahrensökonomie und -effektivität unberücksichtigt zu lassen. Eine Vollabwicklung muss folglich nicht wegen einer Erhöhung der Gerichtskosten unterbleiben.

bb. Vergütung und Auslagen des Insolvenzverwalters

Außer durch die bereits untersuchten Gerichtskosten käme eine Beeinträchtigung des Verfahrenshauptzwecks der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung aufgrund der Vollabwicklung auch dann in Betracht, wenn durch die Pflicht zur vollständigen Liquidation die vorweg aus der Masse zu begleichende Vergütung des Insolvenzverwalters sowie dessen Auslagen erhöht wären und damit eine geringere Masse zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger zur Verfügung stünde. Ebenso wie die Gerichtsgebühren richtet sich allerdings auch die Vergütung des Insolvenzverwalters gemäß §§ 63 Abs. 1 Satz 2, 65 InsO i.V.m. § 1 Abs. 1 InsVV in erster Linie nach dem Wert der Masse, auf die sich die Schlussrechnung im Sinn des § 66 InsO¹⁴⁶⁰ bezieht. Da die Vergütung des Insolvenzverwalters gemäß § 2 Abs. 1 InsO vorbehaltlich der in § 2 Abs. 2 InsO normierten Mindestvergütung in der Regel rein prozentual im Verhältnis zur Masse zu bestimmen ist, sind hinsichtlich der Vergütung des Insolvenzverwalters im Gegensatz zu den Gerichtsgebühren keine über den Wert einer die Masse erhöhenden Gegenstandes hinausgehenden Kostensprünge zu befürchten. Auch wenn der Wert der Masse also durch die Integration der Vollabwicklung in das Insolvenzverfahren im Einzelfall erhöht werden kann¹⁴⁶¹, führt dies nicht zu einer die Masseerhöhung übersteigende Erhöhung der Verwaltervergütung. Allerdings sieht § 63 Abs. 1 Satz 3 InsO sowie § 3 InsVV neben der in § 2 InsVV am Massewert orientierten Regelvergütung die Möglichkeit von Zu- und Abschlägen vor, um so dem Umfang und der Schwierigkeit des Insolvenzverfahrens im Einzelfall gerecht zu werden¹⁴⁶². Fraglich ist daher, ob es sich bei der Durchführung der Vollabwicklung um eine zuschlagsbedürftige Zusatzaufgabe des Insolvenzverwalters im Sinn des § 3 InsVV handelt.

¹⁴⁶⁰ *Madert* in: Nerlich/Römermann, § 1 InsVV Rdnr. 3; *Nowak* in: MüKo InsO, Anh. § 65 InsO, § 1 InsVV Rdnr. 3.

¹⁴⁶¹ Siehe oben Vierter Teil II. 4. b. aa., S. 287 ff.

¹⁴⁶² *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, InsVV, § 3 Rdnr. 1.

Da die Vergütung des Insolvenzverwalters gemäß § 63 Abs. 1 Satz 3 InsO einzelfallbezogen¹⁴⁶³ und angemessen¹⁴⁶⁴ sein muss, kann nicht pauschal beantwortet werden, ob die Vollabwicklung eine gesonderte Verwaltervergütung zur Folge hat. Wird im Rahmen der Durchführung des Insolvenzverfahrens das gesamte Gesellschaftsvermögen sowie sämtlicher nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf gedeckt, ohne dass der Insolvenzverwalter hierzu über die zur Gläubigerbefriedigung erforderlichen Maßnahmen hinausgehende Handlungen zur Vollabwicklung der schuldnerischen Gesellschaft erbringen müsste, ist die Abwicklungstätigkeit mit der Regelvergütung angemessen honoriert, so dass eine Vergütungserhöhung aufgrund der Vollabwicklung in diesem Fall ausscheidet. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn gerade die Vollabwicklungspflicht zur Erforderlichkeit schwieriger und umfangreicher Abwicklungsmaßnahmen führt. Da eine Masseabwicklung im Rahmen des Insolvenzverfahrens jedoch ohnehin erfolgt, masseneutrale sowie masseschädigende Gegenstände regelmäßig freigegeben werden können¹⁴⁶⁵ und die Vergütung für nichtvermögensrechtliche Abwicklungsmaßnahmen jedenfalls in der weit überwiegenden Zahl der Fälle bereits durch die an der Masse orientierte Vergütung mit abgedeckt ist¹⁴⁶⁶, kommt eine besondere Schwierigkeit oder ein besonderer Umfang der Vollabwicklung nur hinsichtlich solcher Abwicklungsmaßnahmen in Betracht, die ohne Bezug zur Gläubigerbefriedigung allein aufgrund der Vollabwicklung erfolgen müssen. Wie bereits hinsichtlich der Verfahrensdauer ausgeführt¹⁴⁶⁷, handelt es sich bei diesen zusätzlich durchzuführenden Abwicklungsmaßnahmen um die Verwertung von Vermögensgegenständen nach bereits vollständig gesicherter Gläubigerbefriedigung, die Herausgabe eines Überschusses bei der Schlussverteilung an die am Schuldner beteiligten Personen sowie das Abwarten des Hinterlegungszeitraums im Sinn des § 198 InsO. Außerdem obliegt es dem Insolvenzverwalter durch die Verpflichtung zur Vollabwicklung, dem Registergericht bei vollständig durchgeführter Liquidation den Eintritt der Vermögenslosigkeit anzuzeigen¹⁴⁶⁸.

Die Anzeige der Vermögenslosigkeit gegenüber dem Registergericht rechtfertigt wegen des geringen damit verbundenen Aufwandes keine Erhöhung der Verwaltervergütung. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass auch die Eintragung in das Handels- oder Genossenschaftsregister im Rahmen des Insolvenzverfahrens nach § 69 Abs. 2 KostO

¹⁴⁶³ BGH MDR 2007, 424 (425) = NZI 2007, 43 (44); Haarmeyer/Wutzke/Förster, InsVV, § 6 Rdnr. 8.

¹⁴⁶⁴ Vgl. BVerfGE 88, 145 (159) = NJW 1993, 2861; BGHZ 116, 233 (237 ff.) = NJW 1992, 692 (693); BGHZ 160, 176 (182 f.) = NJW 2004, 2976 (2978); Hefermehl in: MüKo InsO, § 54 Rdnr. 36; Last in: Gottwald, § 127 Rdnr. 2; Nowak in: MüKo InsO, § 63 Rdnr. 1.

¹⁴⁶⁵ Etwas anderes gilt nur dann, wenn die vollständige Befriedigung der Gläubiger auch ohne Freigabe derartiger Gegenstände gesichert ist, vgl. Vierter Teil 2. b. bb. aaa. (2), S. 239 f.

¹⁴⁶⁶ Siehe oben, Vierter Teil II. 3. c., S. 271 ff.

¹⁴⁶⁷ Vierter Teil II. 4. a. bb., S. 281 ff.

¹⁴⁶⁸ Vierter Teil I. 2., S. 186 f.

keine Kosten verursacht, welche die Masse schmälern könnten¹⁴⁶⁹. Auch die Verwertung von Vermögensgegenständen trotz vollständig gesicherter Gläubigerbefriedigung ist ohne Einfluss auf die Vergütung des Insolvenzverwalters. Unabhängig davon, ob der Insolvenzverwalter Massegegenstände verwertet oder nicht, bemisst sich die Vergütung des Verwalters nämlich allein nach dem Wert der Masse und damit dem gesamten massezugehörigen Vermögen, das dem Schuldner zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung gehört oder das dieser während des Verfahrens erwirbt¹⁴⁷⁰. Selbst die Freigabe eines Massegegenstandes würde an dem für die Bestimmung der Vergütung maßgeblichen Wert der Masse nichts ändern¹⁴⁷¹.

Fraglich ist, ob auch für die Hinterlegung bzw. den Fortbestand des Verfahrens bis zur endgültigen Entscheidung hinsichtlich des hinterlegten Gegenstandes keine durch den Vollabwicklungszweck verursachten Mehrkosten anfallen. Unproblematisch sind diesbezüglich die Kosten der Hinterlegung selbst: Da die Hinterlegungskosten aus dem hinterlegten Betrag und damit von dem Begünstigten zu tragen sind¹⁴⁷², wird die Masse ohnehin nur dann durch die Hinterlegung belastet, wenn der hinterlegte Betrag nicht dem Gläubiger zukommt, für dessen Forderung er hinterlegt wurde. Aber auch wenn der hinterlegte Betrag endgültig der Masse zukommt, beruht die Hinterlegung und folglich die dadurch verursachten Kosten nicht auf dem Vollabwicklungszweck, sondern auf dem Verfahrenshauptzweck der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung. Mehrkosten aufgrund der Vollabwicklung könnten jedoch dann anfallen, wenn durch ein Abwarten der Verfahrensaufhebung bis zur endgültigen Entscheidung über die Rechte am hinterlegten Betrag die Vergütung des Insolvenzverwalters zu Lasten der Masse höher würde. Teilweise wird angenommen, dass eine überlange Verfahrensdauer – genannt werden mehr als zwei oder vier Jahre – zu einer Erhöhung der Verwaltervergütung führt¹⁴⁷³. Dem ist jedoch entgegenzutreten. Lediglich dann, wenn gesondert zu vergütende Erschwernisse zu einer Verlängerung der Verfahrensdauer führen, kommt eine Erhöhung der Vergütung in Betracht. Der Zuschlag beruht in diesen Fällen jedoch nicht auf der Verfahrensdauer, sondern auf den jeweiligen Er-

¹⁴⁶⁹ *Hefermehl* in: MüKo InsO, § 54 Rdnr. 29.

¹⁴⁷⁰ *Haarmeyer/Wutze/Förster*, InsVV, § 1 Rdnr. 10.

¹⁴⁷¹ Vgl. zu den Gerichtskosten *Hartmann*, § 58 GKG Rdnr. 3; a.A. *Last* in: Gottwald, § 126 Rdnr. 29, der freigegebene Gegenstände für Kostenberechnungen nicht heranzieht. Im Hinblick auf den Anspruch des Verwalters auf eine angemessene Vergütung ist diese Ansicht jedoch abzulehnen: Die Freigabe setzt eine vorherige Prüfung der Zulässigkeit der Freigabe voraus, bei deren fehlerhafter Beurteilung dem Verwalter eine persönliche Haftung droht. Der Aufwand des Verwalters bei der Freigabe bleibt daher regelmäßig nicht entscheidend hinter dem Aufwand im Fall einer Verwertung zurück, weshalb auch eine Berücksichtigung eines freigegebenen Gegenstandes bei der Bemessung der Verwaltervergütung angezeigt ist.

¹⁴⁷² *Füchsl/Weishäupl* in: MüKo InsO, § 198 Rdnr. 3; *Kießner* in: Braun, § 198 Rdnr. 4; *Westphal* in: Nerlich/Römermann, § 198 Rdnr. 10.

¹⁴⁷³ *Hess* in: Hess/Weis/Wienberg, § 3 InsVV Rdnr. 68; *Nowak* in: MüKo InsO, Anh. § 65 InsO, § 3 InsVV Rdnr. 12.

schwernissen im Einzelfall¹⁴⁷⁴. Der Grund hierfür ist, dass sich die Vergütung des Insolvenzverwalters an dessen Tätigkeit und nicht nach dem Zeitraum, in dem er seine Tätigkeit ausübt, zu bemessen hat¹⁴⁷⁵. Nach Hinterlegung eines Massegegenstandes macht es jedoch hinsichtlich der Tätigkeit des Insolvenzverwalters keinen Unterschied, ob das Insolvenzverfahren aufgehoben und gegebenenfalls im Wege der Nachtragsverteilung wieder aufgenommen wird, oder ob die Aufhebung des Insolvenzverfahrens erst dann erfolgt, wenn festgestellt ist, wem der hinterlegte Betrag zusteht. Ein Mehraufwand des Verwalters durch die unterlassene Verfahrensaufhebung käme lediglich dann in Betracht, wenn hinsichtlich des hinterlegten Betrages gesondert zu vergütende Rechnungslegungspflichten entstünden. Da der entsprechende Betrag jedoch unabhängig von der Verfahrensaufhebung weiter unter Insolvenzbeschluss steht¹⁴⁷⁶ und damit massezugehörig ist, was bereits durch die Hinterlegung auf den Namen der Masse¹⁴⁷⁷ deutlich wird, bestünde die Pflicht des Insolvenzverwalters zur Rechnungslegung im Sinn des § 155 InsO auch im Fall der Verfahrensaufhebung fort, weshalb durch ein Abwarten der Aufhebung des Insolvenzverfahrens bei Hinterlegung eines Betrages im Sinn des § 198 InsO keine höhere Verwaltervergütung und damit keine höheren Kosten zu Lasten der Insolvenzgläubiger anfallen.

Eine höhere Verwaltervergütung käme also nur durch die Herausgabe eines Überschusses bei der Schlussverteilung an die am Schuldner beteiligten Personen nach § 199 Satz 2 InsO in Betracht. Da eine Herausgabe der bei der Schlussverteilung überschüssigen Beträge¹⁴⁷⁸ an die Gesellschafter, Aktionäre oder Genossen nach § 199 Satz 2 InsO die Funktion einer Verteilung des Restvermögens an die Gesellschafter im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Liquidation hat¹⁴⁷⁹ und daher in Höhe der ihnen gesellschaftsvertraglich oder gesetzlich zustehenden Anteile¹⁴⁸⁰ und nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen¹⁴⁸¹ erfolgen muss, setzt diese Herausgabe durch den Insolvenzverwalter eine eingehende Prüfung der gesellschaftsvertraglichen Regelungen beziehungsweise der Verhältnisse der Gesellschaftsanteile zueinander voraus.

¹⁴⁷⁴ LG Göttingen ZInsO 2006, 930; AG Potsdam NZI 2005, 460; Haarmeyer/Wutzke/Förster, InsVV, § 3 Rdnr. 58.

¹⁴⁷⁵ LG Göttingen ZInsO 2006, 930 f.; AG Potsdam NZI 2005, 460.

¹⁴⁷⁶ Siehe oben FN 1363.

¹⁴⁷⁷ Fuchsl/Weishäupl in: MüKo InsO, § 198 Rdnr. 3; W. Uhlenbruck in: Uhlenbruck, § 198 Rdnr. 10; Westphal in: Nerlich/Römermann, § 198 Rdnr. 10.

¹⁴⁷⁸ Hierzu zählen nicht die unverwertbaren Beträge, über die die Gläubigerversammlung im Schlusstermin nach § 197 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu entscheiden hat, vgl. Westphal in: Nerlich/Römermann, § 199 Rdnr. 3.

¹⁴⁷⁹ Vgl. Erster Teil III. 7., S. 58 ff.

¹⁴⁸⁰ Vgl. zu § 199 Satz 2 InsO Hintzen in: MüKo InsO, § 199 Rdnr. 2; Kießner in: Braun, § 199 Rdnr. 7.

¹⁴⁸¹ Hirte in: Uhlenbruck, § 11 Rdnr. 150; auf die nach den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften notwendigen Bekanntmachungen gem. §§ 267 AktG, 65 Abs. 2 GmbHG, 82 Abs. 2 GenG kann jedoch im Hinblick auf die bereits erfolgten insolvenzrechtlichen Bekanntmachungen verzichtet werden, vgl. Hirte in: Uhlenbruck, § 11 Rdnr. 150; Noack, GesR, Rdnr. 414.

Zudem hat der Insolvenzverwalter bei der Herausgabe steuerrechtliche Pflichten zu berücksichtigen, wie z.B. bei der Ausschüttung an die Gesellschafter einer juristischen Person entstehende Körperschaftsteuer zu erklären und abzuführen¹⁴⁸². Regelmäßig wird für die hierfür erforderliche Prüfung und Beachtung der gesellschafts- und steuerrechtlich relevanten Aspekte ein Zuschlag zur Vergütung des Insolvenzverwalters erforderlich werden¹⁴⁸³. Nach verbreiteter Ansicht ist dieser Zuschlag analog §§ 63, 269 InsO¹⁴⁸⁴ aus dem herauszugebenden Verteilungsüberschuss zu begleichen¹⁴⁸⁵. Dem ist zuzustimmen. Der Verfahrenshauptzweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung verbietet es, die Gläubiger mit Kosten zu belasten, die nicht durch die Masseverwertung und -verteilung zur Befriedigung der Gläubiger, sondern durch die Abwicklung der Schuldnergesellschaft im Interesse der Allgemeinheit anfallen¹⁴⁸⁶. Die Kosten der Abwicklung der Gesellschaft im Sinn des § 199 Satz 2 InsO müssen daher der Restverteilungsmasse entnommen werden. Dies gilt selbst dann, wenn persönlich haftende Gesellschafter des Schuldners existieren, da diese weder für Masseverbindlichkeiten noch für die Kosten des Insolvenzverfahrens haften¹⁴⁸⁷. Eine Herausgabe des Verteilungsüberschusses kommt daher nur dann in Betracht, wenn die hierfür entstehenden Kosten aus der Verteilungsmasse gedeckt sind. Andernfalls kann der Insolvenzverwalter seine Tätigkeit einstellen und den Verteilungsüberschuss an die Gesellschaft freigeben¹⁴⁸⁸. Allerdings gilt auch hier, wie bereits hinsichtlich der Kosten einer Nachtragsverteilung ausgeführt, dass eine Herausgabe der Restmasse an die am Schuldner beteiligten Personen aufgrund des Verfahrenszwecks der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften immer dann stattfinden muss, wenn die Kosten der Herausgabe den zur Herausgabe zur Verfügung stehenden Betrag nicht übersteigen¹⁴⁸⁹.

Eine Erhöhung der Verwaltervergütung kommt folglich nur in den seltenen Fällen in Betracht, in denen nach der Schlussverteilung ein Überschuss verbleibt, welcher gemäß § 199 Satz 2 InsO an die am Schuldner beteiligten Personen herauszugeben ist. Die im Regelfall hierfür anfallende Vergütung des Insolvenzverwalters ist dem Überschuss zu entnehmen, so dass die Vollabwicklung nicht zu Lasten der Gläubiger geht. Lediglich dann, wenn der Überschuss zur Deckung der Verwaltervergütung nicht ausreicht, hat eine Vollabwicklung der insolventen Handelsgesellschaft, welche in diesem

¹⁴⁸² Kießner in: Braun, § 199 Rdnr. 8; Westphal in: Nerlich/Römermann, § 199 Rdnr. 8a.

¹⁴⁸³ Vgl. Kießner in: Braun, § 199 Rdnr. 11.

¹⁴⁸⁴ Haarmeyer/Wutzke/Förster, Kap. 1 Rdnr. 62; Noack, GesR, Rdnr. 89; Rödder, S. 19.

¹⁴⁸⁵ Hirte in: Uhlenbruck, § 11 Rdnr. 150; derselbe, ZInsO 2000, 127 (133); Kießner in: Braun, § 199 Rdnr. 10; Noack, GesR, Rdnr. 89; Rödder, S. 19; Smid in: Smid, § 199 Rdnr. 2.

¹⁴⁸⁶ Die Verfolgung öffentlicher Zwecke hat auch im Insolvenzverfahren mit öffentlichen Mitteln zu erfolgen, vgl. Häsemeyer, vor Rdnr. 2.01; Windel in: Jaeger, § 80 Rdnr. 18; siehe Dritter Teil IV, 4. e. bb., S. 176.

¹⁴⁸⁷ Vgl. BGH NJW 2010, 69 (71 f.).

¹⁴⁸⁸ Haarmeyer/Wutzke/Förster, Kap. 1 Rdnr. 62; Noack, GesR, Rdnr. 89.

¹⁴⁸⁹ Vgl. oben Vierter Teil II, 3. a. bb., S. 256 ff.

Fall auf Kosten der zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung stehenden Masse erfolgen müsste, zu unterbleiben.

Auch wenn eine Vollabwicklung in der Praxis folglich kaum jemals an der Vergütung des Insolvenzverwalters scheitern wird, ist fraglich, ob die durch zusätzliche Abwicklungspflichten entstehenden Auslagen des Insolvenzverwalters die Masse zu Lasten der Gläubiger schmälern und eine Vollabwicklung daher hindern können. Da mit der Vergütung des Insolvenzverwalters gemäß § 4 Abs. 1 InsVV die allgemeinen Geschäftskosten, zu denen der gesamte Bürunterhalt zählt, abgedeckt sind, handelt es sich bei den zu erstattenden notwendigen Auslagen um besondere Kosten, die dem Insolvenzverwalter im Einzelfall entstehen, beispielsweise durch Reisen (vgl. § 4 Abs. 2 InsVV) oder Ausgaben für Porto, Telefon und Papier¹⁴⁹⁰. Wie bereits hinsichtlich der gerichtlichen Auslagen dargelegt¹⁴⁹¹, lässt sich aber auch bezüglich der Auslagen des Insolvenzverwalters nicht in einer praktikablen Weise unterscheiden, ob die jeweilige Ausgabe jedenfalls auch der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung dient oder allein aus Gründen der Abwicklung des Schuldners angefallen ist. Auch hier ist es daher gerechtfertigt, die Auslagen, welche regelmäßig im Vergleich zu den sonstigen Verfahrenskosten einen äußerst geringen Wert haben, unberücksichtigt zu lassen. Etwas anderes gilt dann, wenn die Gläubiger im Rahmen der Schlussverteilung vollständig befriedigt wurden und eine Restabwicklung nach Maßgabe der gesellschaftsrechtlichen Regelungen im Sinne des § 199 Satz 2 InsO stattfindet. Ebenso wie zur Vergütung des Insolvenzverwalters für derartige Abwicklungsmaßnahmen ausgeführt, können auch die dementsprechenden Auslagen nicht zu Lasten der Gläubiger die Masse schmälern. Da die Schlussverteilung bereits durchgeführt und lediglich der Verteilungsüberschuss zu verteilen ist, steht auch fest, dass die entsprechenden Maßnahmen nicht der Befriedigung der Gläubiger dienen. Durch den Schlusstermin und die Schlussverteilung tritt folglich eine Zäsur ein: Die vorher entstandenen Vergütungsansprüche und Auslagen des Insolvenzverwalters belasten die Masse, während die später entstehenden zu Lasten des Verteilungsüberschusses gehen¹⁴⁹². Reicht der Verteilungsüberschuss zur Deckung der Auslagen des Insolvenzverwalters nicht aus, kann der Verwalter ebenso wie bei unzureichender Deckung seiner Vergütungsansprüche für die Restabwicklung den Verteilungsüberschuss freigeben und die weitere Abwicklung mangels Kostendeckung den Liquidatoren nach gesellschaftsrechtlichen

¹⁴⁹⁰ Last in: Gottwald, § 127 Rdnr. 31.

¹⁴⁹¹ Siehe oben Vierter Teil II. 4. b. aa., S. 289 f.

¹⁴⁹² Dies gilt auch dann, wenn der Insolvenzverwalter seine Auslagen nach § 8 Abs. 3 InsVV pauschal berechnet. In diesem Fall beziehen sich die Prozentsätze der pauschalen Auslage gemäß § 8 Abs. 3 InsVV nach der Schlussverteilung und dem Schlusstermin lediglich auf die für die Restabwicklung geschuldete Verwaltervergütung.

Grundsätzen überlassen. In diesem Fall ist die Vollabwicklung der Schuldnergesellschaft vor dem Hintergrund der vorrangigen Gläubigerbefriedigung und dem Anspruch des Insolvenzverwalters auf Vergütung und Auslagenersatz nicht realisierbar.

cc. Vergütung und Auslagen der Mitglieder des Gläubigerausschusses

Auch bei der Vergütung und den Auslagen der Mitglieder des Gläubigerausschusses handelt es sich um vorweg zu berichtigende Masseverbindlichkeiten, die im Falle der Erhöhung aufgrund einer verfahrensimmanenten Vollabwicklung den Verfahrenshauptzweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung beeinträchtigen würden. Im Gegensatz zu den Gerichtsgebühren sowie der Vergütung des Insolvenzverwalters orientiert sich die gem. § 73 Abs. 1 InsO vorgeschriebene Vergütung der Mitglieder des Gläubigerausschusses allerdings nicht am Wert der Masse. Nach § 17 InsVV sind die Mitglieder des Gläubigerausschusses vielmehr pro Stunde zu bezahlen¹⁴⁹³. Eine erhöhte Vergütung für die Mitglieder des Gläubigerausschusses käme daher dann in Betracht, wenn der Gläubigerausschuss durch die Integration der Vollabwicklung in das Insolvenzverfahren weitere Aufgaben zu erfüllen hätte, die einen höheren Zeitaufwand erforderlich machen würden. Das ist allerdings nicht der Fall. Der Gläubigerausschuss ist das zentrale Organ für die Mitwirkung der Gläubiger, durch das ihr ständiger Einfluss auf den Ablauf des Insolvenzverfahrens sichergestellt wird¹⁴⁹⁴. Hierzu hat der Gläubigerausschuss den Insolvenzverwalter gemäß § 69 InsO zu unterstützen und zu überwachen. Soweit Interessen der Gläubiger durch Handlungen des Insolvenzverwalters jedoch nicht tangiert werden können, kann auch der Gläubigerausschuss nach der diesem zugrunde liegenden Zwecksetzung nicht tätig werden. Dies ist aber bei der über die Befriedigung der Gläubiger hinausgehenden gesellschaftsrechtlichen Abwicklung, die allein dem Insolvenzverwalter unter Aufsicht des Insolvenzgerichts (vgl. § 58 Abs. 1 InsO) obliegt, der Fall. Der Umfang der Tätigkeit des Gläubigerausschusses sowie die dafür notwendige Zeit ändern sich durch die Integration der Vollabwicklung folglich nicht. Die Mitglieder des Gläubigerausschusses können daher keine höhere Vergütung durch die Integration der Vollabwicklung in das Insolvenzverfahren verlangen.

¹⁴⁹³ Die Vergütung hat dabei individuell nach den jeweils erbrachten Leistungen zu erfolgen, vgl. *Last* in: Gottwald, § 127 Rdnr. 65.

¹⁴⁹⁴ BT-Drs. 12/2443, S. 131; *Klopp/Kluth* in: Gottwald, § 21 Rdnr. 1; *Schmid-Burgk* in: MüKo InsO, § 69 Rdnr. 9.

dd. Massebelastungen durch gesellschaftsinterne Maßnahmen

Fraglich ist, inwiefern Maßnahmen im Bereich der internen Schuldnerorganisation wie z.B. die Einberufung und Durchführung von Gesellschafterversammlungen aufgrund der Integration der Vollabwicklung insolventer Gesellschaften in das Insolvenzverfahren die Masse mit Kosten belasten können. Von der herrschenden Ansicht werden derartige Maßnahmen im Schuldnerinnenbereich weder als Insolvenzforderungen nach § 38 InsO noch als Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 InsO angesehen, so dass die Kosten aus dem insolvenzfremden Vermögen der Gesellschaft aufzubringen oder von den Gesellschaftern freiwillig persönlich zu tragen sind¹⁴⁹⁵. Wie bereits festgestellt besteht bei insolventen Handelsgesellschaften jedoch regelmäßig keinerlei werthaltiges massefreies Vermögen, aus welchem die Kosten beglichen werden könnten. Zwar bleibt eine Kostenübernahme durch die Gesellschafter möglich, auf diese hat jedoch weder die Gesellschaft noch der Insolvenzverwalter einen Anspruch, weshalb die Fähigkeit der Schuldnergesellschaft zur Willensbildung und -umsetzung innerhalb des Insolvenzverfahrens gefährdet wäre¹⁴⁹⁶. Aus diesem Grund wird erwogen, derartige Kosten mit Massemitteln zu finanzieren. Nur so wären die Maßnahmen, die trotz der Alleinzuständigkeit der Gesellschaftsorgane im Außenverhältnis jedenfalls teilweise im Innenverhältnis der Durchführung einer optimalen Verfahrensabwicklung dienen, gesichert¹⁴⁹⁷. In erster Linie bedarf es allerdings dann der Mitwirkung der Gesellschaftsorgane im gesellschaftsinternen Bereich, wenn eine Reorganisation der insolventen Gesellschaft durchgeführt werden soll, für die unter Umständen Kapitalerhöhungen oder ein Fortsetzungsbeschluss zu fassen ist. In diesem Fall haben die Verfahrensbeteiligten jedoch die Möglichkeit, im Rahmen eines Insolvenzplans der Gesellschaft die notwendigen Geldmittel zur Verfügung zu stellen. An anderer Stelle – wie im Bereich der Durchführung von Handlungen nach dem Wertpapierhandelsgesetz gemäß § 11 Abs. 1 WpHG – hat der Gesetzgeber ausdrücklich eine Unterstützungspflicht des Insolvenzverwalters durch Bereitstellung der für die Handlungen notwendigen Mittel angeordnet. Darüber hinaus ist es nicht gerechtfertigt, die Insolvenz- und Massegläubiger mit den Kosten für gesellschaftsinterne Maßnahmen zu belasten, welche für die insolvenzrechtliche Abwicklung nicht notwendig sind. Nur wenn die entsprechende gesellschaftsrechtliche Maßnahme nicht nur dem Wohl der Gesellschaft dient, sondern – wie beispielsweise bei Sanierung der insolventen Gesellschaft – zudem im Interesse der Gläubiger liegt¹⁴⁹⁸ oder die Gläubiger der Bereitstellung von

¹⁴⁹⁵ Haas in: Gottwald, § 92 Rdnr. 278; vgl. auch Hirte in: Uhlenbruck, § 11 Rdnr. 189.

¹⁴⁹⁶ H.-F. Müller, S. 117.

¹⁴⁹⁷ Vgl. W. Uhlenbruck, NZI 2007, 313 (314).

¹⁴⁹⁸ Vgl. W. Uhlenbruck, NZI 2007, 313 (315).

Mitteln zustimmen¹⁴⁹⁹, ist eine Belastung der Masse mit den dadurch entstehenden Kosten gerechtfertigt. Nach richtiger Ansicht kann der Insolvenzverwalter in diesen Fällen die Kosten aus der Masse begleichen ohne sich einer Haftung nach § 60 Abs. 1 InsO auszusetzen¹⁵⁰⁰. Im Übrigen hat die Durchführung gesellschaftsinterner Maßnahmen aufgrund des Vorrangs des Gläubigerbefriedigungszwecks auf Kosten der Gesellschafter oder des insolvenzfreien Vermögens der Gesellschaft zu erfolgen. Durch die Integration der Vollabwicklung in das Insolvenzverfahren entstehen folglich keine erhöhten Kosten durch gesellschaftsinterne Maßnahmen.

ee. Massebelastungen durch Aufbewahrungspflichten

Schließlich könnte die Masse auch dann durch die Vollabwicklung zu Lasten der Gläubiger beeinträchtigt werden, wenn Kosten für die nach Handelsrecht erforderliche Aufbewahrung von Büchern und Schriften – also der in § 257 HGB genannten Unterlagen¹⁵⁰¹ – sowie der unter § 147 AO genannten steuerrechtlich relevanten Unterlagen der abgewickelten Gesellschaft für einen Zeitraum von sechs bzw. zehn Jahren¹⁵⁰² entstünden, die den Forderungen der Gläubiger als Masseverbindlichkeiten vorgingen oder gleichrangig mit diesen die Insolvenzquote der einzelnen Gläubiger mindern würden. Nach den gesellschaftsrechtlichen Regelungen hat die Aufbewahrung jedoch bei Personenhandelsgesellschaften, der GmbH sowie der eG durch einen Gesellschafter bzw. ein Mitglied oder einen Dritten zu erfolgen (vgl. §§ 157 Abs. 2 HGB, 74 Abs. 2 GmbHG, 93 GenG)¹⁵⁰³. Bei der AG und der KGaA sind die entsprechenden Unterlagen durch die Mitglieder des Vorstands oder die Abwickler¹⁵⁰⁴ an einem vom Gericht bestimmten sicheren Ort¹⁵⁰⁵ zu hinterlegen (vgl. §§ 273 Abs. 2, 278 Abs. 3 AktG). Die Kosten der Aufbewahrung sind jeweils von der Liquidationsmasse der Gesellschaft zurückzubehalten¹⁵⁰⁶. Wird eine Gesellschaft im Rahmen des Insolvenzverfahrens oder auf andere Art abgewickelt, gelten die gesellschaftsrechtlichen Aufbewahrungsregelungen nach herrschender Ansicht entsprechend¹⁵⁰⁷, da es für die

¹⁴⁹⁹ H.-F. Müller, S. 118.

¹⁵⁰⁰ W. Uhlenbruck, NZI 2007, 313 (315 f.).

¹⁵⁰¹ Haas in: Baumbach/Hueck, § 74 Rdnr. 7; Hüffer in: MüKo AktG, § 273 Rdnr. 18.

¹⁵⁰² Siehe oben Erster Teil III. 9., S. 63 f. sowie § 147 Abs. 3 AO.

¹⁵⁰³ Vgl. oben Erster Teil III. 9., S. 63 f.

¹⁵⁰⁴ Hüffer in: MüKo AktG, § 273 Rdnr. 17.

¹⁵⁰⁵ Sicherer Ort im Sinn des § 273 Abs. 2 AktG kann auch die Wohnung des Aufbewahrers sein, vgl. Hintzen in: MüKo InsO, § 200 Rdnr. 43. Nach Ansicht von Förster/Tost, ZInsO 1998, 297 (299) soll die Bestimmung des Ortes entgegen der gesetzlichen Regelung im Insolvenzverfahren dem Insolvenzverwalter obliegen.

¹⁵⁰⁶ Vgl. Hopt in: Baumbach/Hopt, § 157 Rdnr. 4; Hüffer, § 273 Rdnr. 10; derselbe in: MüKo AktG, § 273 Rdnr. 20.

¹⁵⁰⁷ Vgl. OLG Stuttgart ZIP 1984, 1385; Haas in: Gottwald, § 94 Rdnr. 43; Hillmann in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 157 Rdnr. 8; Hopt in: Baumbach/Hopt, § 157 Rdnr. 4; K. Schmidt in: MüKo HGB, § 157 Rdnr. 17.

Aufbewahrung keine Rolle spielt, auf welche Weise die Vollbeendigung einer Handelsgesellschaft eingetreten ist¹⁵⁰⁸. Auch nach einer Vollabwicklung im Rahmen des Insolvenzverfahrens würde die Aufbewahrungspflicht demnach weder dem Insolvenzverwalter obliegen, noch müsste die Aufbewahrung auf Kosten der Masse erfolgen.

Nach einer Abwicklung insolventer Handelsgesellschaften innerhalb des Insolvenzverfahrens ist die Aufbewahrungspflicht mangels bestehenden Gesellschaftsvermögens zur Kostentragung jedoch häufig kaum durchzusetzen. Zwar kann der Insolvenzverwalter, soweit gesellschaftsvertraglich oder durch Gesellschafterbeschluss keine zuständige Person bestimmt ist, eine gerichtliche Bestimmung gemäß §§ 157 Satz 2 HGB, 74 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, 93 Satz 2 GenG durch das Registergericht beantragen¹⁵⁰⁹, die gerichtliche Bestellung bewirkt aber keine Verpflichtung der bestellten Person zur Übernahme der Verwahrung¹⁵¹⁰. Selbst wenn sich eine Person gesellschaftsvertraglich, nach einem entsprechenden Gesellschafterbeschluss oder in der Folge der gerichtlichen Bestimmung zur Übernahme der Verwahrung verpflichtet hat, ist diese Pflicht kaum durchzusetzen. Zwar ist die zuständige Person in diesem Fall verpflichtet die nach Maßgabe des § 36 Abs. 2 Nr. 1 InsO massezugehörigen Bücher und Schriften vom Insolvenzverwalter entgegenzunehmen¹⁵¹¹. Außer bei der AG, bei welcher gemäß § 407 AktG die Möglichkeit besteht, zuständige Vorstandsmitglieder oder Abwickler durch die Festsetzung von Zwangsgeld durch das Registergericht – nicht aber seitens des Insolvenzgerichts¹⁵¹² – zur Entgegennahme und Verbringung der Unterlagen an dem gerichtlich bestimmten, sicheren Ort anzuhalten, ist die Festsetzung von Zwangsgeld zur Durchsetzung der Aufbewahrungspflichten bei den sonstigen Gesellschaftstypen allerdings nicht zulässig¹⁵¹³. Es bleibt dem Insolvenzverwalter dann nur die Möglichkeit, das zuständige Finanzamt zu informieren um darauf hinzuwirken, dass der zur Aufbewahrung Verpflichtete (vgl. § 140 AO) mit der Androhung von Zwangsmitteln gemäß §§ 328 ff. AO zur Erfüllung der ihm obliegenden Aufbewahrungspflichten angehalten wird¹⁵¹⁴. Selbst wenn also eine Person zur Übernahme

¹⁵⁰⁸ Vgl. *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 157 Rdnr. 17.

¹⁵⁰⁹ Vgl. *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen, § 74 Rdnr. 12; *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 74 Rdnr. 9; *Hintzen* in: MüKo InsO, § 200 Rdnr. 43; *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 157 Rdnr. 22; *Wicke*, § 74 Rdnr. 4.

¹⁵¹⁰ *OLG Stuttgart* ZIP 1984, 1385; *Hillmann* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 157 Rdnr. 15; *K. Schmidt* in: MüKo HGB, § 157 Rdnr. 25.

¹⁵¹¹ *OLG Hamm* NJW 1964, 2355; *LG Hannover* KTS 1973, 191; *Kießner* in: Braun, § 200 Rdnr. 13; *Klopp/Kluth* in: Gottwald, § 75 Rdnr. 28; *Westphal* in: Nerlich/Römermann, § 200 Rdnr. 13; vgl. auch *OLG Stuttgart* NZG 1999, 31 (33); *Hintzen* in: MüKo InsO, § 200 Rdnr. 43.

¹⁵¹² *Hintzen* in: MüKo InsO, § 200 Rdnr. 43; a.A. wohl *Kießner* in: Braun, § 200 Rdnr. 14.

¹⁵¹³ Vgl. *BayObLG* NJW 1968, 56; *Haas* in: Baumbach/Hueck, § 74 Rdnr. 10; *Hintzen* in: MüKo InsO, § 200 Rdnr. 43; *Kießner* in: Braun, § 200 Rdnr. 14.

¹⁵¹⁴ *Förster/Tost*, ZInsO 1998, 297 (299); *Hintzen* in: MüKo InsO, § 200 Rdnr. 43; *Klopp/Kluth* in: Gottwald, § 75 Rdnr. 28; vgl. auch zur Zulässigkeit von Zwangsmaßnahmen zur Erzwingung außersteuerlicher Aufbewahrungspflichten *Cöster* in: Pahlke/Koenig, § 140 Rdnr. 31.

der Verwahrung verpflichtet ist, kann diese gegen ihren Willen nur schwer zur tatsächlichen Verwahrung bewegt werden. Steht demgegenüber keine zuständige Person fest, ist die Verwahrungspflicht überhaupt nicht durchsetzbar.

Aus diesem Grund erwägt *Müller*, den Insolvenzverwalter zur Rücklage des für die Verwahrung notwendigen Geldbetrages aus der Masse zu verpflichten, um mit diesem für eine ordnungsgemäße Verwahrung, üblicherweise durch Übertragung an einen professionellen Anbieter von Archivdienstleistungen, zu sorgen¹⁵¹⁵. Zwar wären auf diese Weise die handels- und steuerrechtlichen Aufbewahrungspflichten gesichert, allerdings ist fraglich, ob die Aufbewahrung der Unterlagen auf Kosten der Gläubiger erfolgen darf. Unproblematisch ist dies dann, wenn die Gläubiger freiwillig die Kosten der Aufbewahrung übernehmen. Aus diesem Grund ist es dem Insolvenzverwalter auch zu empfehlen, im Schlusstermin auf eine Kostenübernahme der Gläubiger hinsichtlich der Hinterlegung hinzuwirken¹⁵¹⁶. Eine entsprechende Verpflichtung der Gläubiger zur Kostenübernahme besteht jedoch nicht. Wie bereits mehrfach ausgeführt, darf die Integration der Vollarwicklung in das Insolvenzverfahren ohne entsprechende gesetzliche Regelung nicht dazu führen, dass die Gläubiger die Abwicklungskosten zu tragen haben¹⁵¹⁷. Zwar führt die bisherige gesetzliche Regelung zu einer Gefährdung der Aufbewahrungspflichten, dass aber eine Regelung fehlt, nach welcher die Kosten der Aufbewahrung im Fall der Vollarwicklung als Massekosten vorrangig beglichen werden könnten, kann jedoch nicht zu Lasten der Gläubiger gehen. Es bleibt nach der momentanen Rechtslage daher nur der Ausweg, dem Insolvenzverwalter nach vorheriger Androhung und Inkenntnissetzung der Staatsanwaltschaft die Vernichtung der Unterlagen zu gestatten¹⁵¹⁸.

Die Aufbewahrungspflichten von Büchern und Schriften belasten die Masse folglich mangels anderweitiger gesetzlicher Regelung nicht.

c. Zusammenfassung

Eine durch die verfahrensimmanente Vollarwicklung insolventer Handelsgesellschaften verursachte Verfahrensverlängerung, steht einer Realisierbarkeit der Abwicklung nicht entgegen. Zwar erfordert der Verfahrenshauptzweck der bestmöglichen Gläubi-

¹⁵¹⁵ *H.-F. Müller*, S. 22 f.; vgl. auch *Breutigam* in: BK InsO, § 36 Rdnr. 6; *Klopp/Kluth* in: Gottwald, § 75 Rdnr. 30.

¹⁵¹⁶ *Hintzen* in: MüKo InsO, § 200 Rdnr. 43 FN 6; *Kießner* in: FK InsO, § 200 Rdnr. 17.

¹⁵¹⁷ *A.A. Förster/Tost*, ZInsO 1998, 297 (299).

¹⁵¹⁸ *Hintzen* in: MüKo InsO, § 200 Rdnr. 43; *Smid* in: Smid, § 200 Rdnr. 15; *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 200 Rdnr. 21; *Weis* in: Hess § 200 Rdnr. 31; *Westphal* in: Nerlich/Römermann, § 200 Rdnr. 13.

gebefriedigung auch eine Befriedigung der Gläubiger in einem angemessenen Zeitraum, durch die Integration der Vollabwicklung in das Insolvenzverfahren verzögert sich die Befriedigung der Gläubiger jedoch nicht. Diejenigen Maßnahmen, die kein Mittel zum Zweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung sind, sondern allein der Vollabwicklung der schuldnerischen Handelsgesellschaft dienen, wirken sich erst nach der Befriedigung der Gläubiger aus. Während die Verwertung des zur Befriedigung der Gläubiger nicht mehr notwendigen Vermögens nach der Befriedigung der Gläubiger erfolgen kann und eine Verteilung des Vermögensüberschusses nach § 199 Satz 2 InsO ohnehin erst nach der vollständigen Befriedigung in Betracht kommt, führt auch das Abwarten der Verfahrensaufhebung bis zur endgültigen Entscheidung bezüglich des Schicksals hinterlegter Geldbeträge zu keiner Verlängerung des Verfahrens zu Lasten der Gläubiger. Ob die Aufhebung des Verfahrens bis zur endgültigen Entscheidung hinsichtlich des hinterlegten Betrages abgewartet oder demgegenüber im Fall des Freiwerdens eine Nachtragsverteilung durchgeführt wird, ändert am Zeitpunkt, in welchem der hinterlegte Betrag zur Befriedigung der Gläubiger verteilt werden kann, nichts.

Die längere Verfahrensdauer wirkt sich auch nicht dadurch negativ auf die Befriedigungsaussichten der Gläubiger aus, dass höhere Verfahrenskosten durch die längere Dauer anfallen würden. Sowohl die Gerichtskosten als auch die Vergütung des Insolvenzverwalters richten sich nicht nach der Verfahrensdauer, sondern nach dem Wert der Masse. Zwar sind im Einzelfall hinsichtlich der Vergütung des Insolvenzverwalters Zuschläge möglich, allerdings setzen diese einen höheren Aufwand voraus, so dass für eine längere Verfahrensdauer allein kein Zuschlag gefordert werden kann. Ein Zuschlag zur Vergütung des Insolvenzverwalters ist jedoch regelmäßig dann angemessen, wenn der Verwalter nach § 199 Satz 2 InsO einen Verteilungsüberschuss an die am Schuldner beteiligten Personen nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen herauszugeben hat. Da der Verfahrenshauptzweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung eine Belastung der Gläubiger mit den Abwicklungskosten verbietet, ist der Insolvenzverwalter nur dann zur Herausgabe eines Verteilungsüberschusses nach § 199 Satz 2 InsO verpflichtet, wenn die hierfür entstehende Vergütung sowie die anfallenden Auslagen aus dem Verteilungsüberschuss selbst beglichen werden können. Andernfalls kann er die überschüssigen Gegenstände freigeben und die Vollabwicklung den Liquidatoren in einem sich anschließenden gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahren überlassen.

Stets ohne Einfluss ist die Integration der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften auf die Vergütung der Mitglieder des Gläubigerausschusses, da diese nicht mit der

Abwicklung der insolventen Handelsgesellschaft betraut sind und daher keinen gesteigerten Aufwand durch die Vollabwicklung haben. Ebenso wenig wird die Masse durch die Durchführung solcher gesellschaftsinterner Maßnahmen beeinträchtigt, die nicht im Interesse der Gläubiger liegen. Derartige Maßnahmen sind vorbehaltlich gesetzlicher Sonderregelungen auf Kosten eines gegebenenfalls bestehenden insolvenzfreien Gesellschaftsvermögens oder auf Kosten der Gesellschafter durchzuführen. Schließlich belasten auch die Aufbewahrungspflichten von Büchern und Schriften die Masse mangels anderweitiger gesetzlicher Regelung nicht, da nicht der Insolvenzverwalter, sondern die Gesellschafter oder Dritte zur Aufbewahrung verpflichtet sind.

Außer in dem Fall, in dem ein für die Herausgabe nach § 199 Satz 2 InsO geschuldeter Zuschlag zur Vergütung des Insolvenzverwalters zu zahlen ist, welcher nicht aus dem Verteilungsüberschuss beglichen werden kann, stehen daher weder die Kosten des Verfahrens noch dessen Dauer einer Vollabwicklung entgegen.

5. Zusammenfassung der Realisierbarkeit der Abwicklung

Obwohl eine verfahrensimmanente Vollabwicklung lediglich dann zu erfolgen hat, wenn der Verfahrenshauptzweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung nicht beeinträchtigt wird, ist die Vollabwicklung in der überwiegenden Zahl der Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften realisierbar. Originär massefreie Vermögenswerte, die einer Vollabwicklung entgegenstünden, bestehen nicht. Der Insolvenzverwalter hat jedoch die Möglichkeit, durch Freigabe nachträglich massefreies Vermögen zu schaffen, wenn durch den Verbleib der entsprechenden Gegenstände in der Masse die Befriedigungsaussicht der Gläubiger beeinträchtigt würde. Hat der freigegebene Gegenstand einen zur Befriedigung der Gläubiger oder zur Herausgabe an die Gesellschafter geeigneten, bilanzierungsfähigen Vermögenswert, scheidet eine Vollabwicklung im Fall der Freigabe aus.

Daneben scheidet eine verfahrensimmanente Vollabwicklung auch in den seltenen Fällen, in denen eine vollständige Abwicklung im Insolvenzverfahren unterblieben ist und die Kosten einer Nachtragsverteilung aus der zu erwartenden Verteilungsmasse nicht gedeckt werden können. Auch eine Herausgabe der entsprechenden Verteilungsmasse an die am Schuldner beteiligten Personen entsprechend § 199 Satz 2 InsO kommt dann nicht in Betracht, da dies zum einen bereits einen Zuschlag zur Vergütung des Insolvenzverwalters auslösen würde und zum anderen eine Herausgabe an die Gesellschafter vor der vollständigen Befriedigung der Gläubiger nicht erfolgen darf. In

den übrigen Fällen kann das Verfahrensziel der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften regelmäßig unabhängig davon im Wege einer Nachtragsverteilung erreicht werden, ob es sich bei dem bestehenden Abwicklungsbedarf um vermögens- oder nichtvermögensrechtlichen handelt. Lediglich bezüglich freigegebener Gegenstände und der hierfür nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens erlangten Surrogate scheidet eine Nachtragsabwicklung wegen der mit der Freigabe verbundenen endgültigen Aufhebung des Insolvenzbeschlags aus.

Neben der fehlenden Kostendeckung einer Nachtragsverteilung muss eine Vollabwicklung auch dann aus Kostengründen unterbleiben, wenn die Vergütung und Auslagen des Insolvenzverwalters für eine Herausgabe eines Verteilungsüberschusses an die am Schuldner beteiligten Personen nach § 199 Satz 2 InsO nicht aus dem Verteilungsüberschuss gedeckt werden kann. Im Übrigen steht jedoch weder die unter Umständen durch eine Vollabwicklung hervorgerufene längere Verfahrensdauer, noch eine Belastung der Gläubiger aufgrund einer Erhöhung der Verfahrenskosten oder sonstiger Massebelastungen einer Vollabwicklung von Handelsgesellschaften im Insolvenzverfahren entgegen.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die Vollabwicklung von Handelsgesellschaften innerhalb des Insolvenzverfahrens kein angestrebtes, aber funktionsloses weil unerreichbares Verfahrensziel ist, sondern dass regelmäßig eine Vollabwicklung realisiert werden kann. Eine wichtige Ausnahme besteht, wenn abwicklungsbedürftige Massegegenstände vom Insolvenzverwalter zur Verbesserung der Befriedigungsaussichten der Gläubiger freigegeben werden. Die sonstigen Fälle, in denen eine Vollabwicklung zu unterbleiben hat – die fehlende Kostendeckung einer Nachtragsverteilung einerseits sowie eine Herausgabe nach § 199 Satz 2 InsO andererseits – sind seltene Ausnahmefälle und hindern die Vollabwicklung regelmäßig nicht. Eine Vollabwicklung kann also immer dann erfolgen, wenn einerseits die Interessen der Gläubiger nicht beeinträchtigt werden und andererseits die Abwicklungskosten gedeckt sind.

III. AUSWIRKUNGEN AUF DIE GESELLSCHAFT UND DEREN ORGANE

Nachdem gezeigt wurde, dass eine grundsätzliche Pflicht zur Vollabwicklung von Handelsgesellschaften innerhalb des Insolvenzverfahrens besteht und dass eine solche vorbehaltlich der Freigabe von Massegegenständen sowie der Kostendeckung der Restvermögensverteilung nach § 199 Satz 2 InsO oder einer Nachtragsverteilung auch praktisch durchführbar ist, soll im Folgenden geprüft werden, welche Folgen der Vollabwicklungszweck für die Gesellschaft und deren Organe mit sich bringt.

1. Auswirkungen auf die Gesellschaft

Durch die Integration der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften als Bestandteil des Insolvenzverfahrens ergeben sich für die Gesellschaft als Rechtsträger keine Besonderheiten. Ebenso wie ohne eine Vollabwicklungspflicht führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Auflösung der insolventen Handelsgesellschaft¹⁵¹⁹. Mit der Auflösung ist unabhängig davon, ob eine gesellschaftsrechtliche Liquidation oder ein Insolvenzverfahren durchzuführen ist, eine Änderung des Gesellschaftszwecks verbunden. Im Fall der Insolvenzeröffnung tritt der Insolvenzszweck an die Stelle des bisherigen Gesellschaftszwecks, so dass der Zweck nunmehr auf Abwicklung der Gesellschaft gerichtet ist¹⁵²⁰. Dies gilt selbst dann, wenn während des Verfahrens die Sanierung oder Reorganisation beschlossen wird. Erst wenn wirksam eine Fortsetzung der insolventen Gesellschaft beschlossen wurde¹⁵²¹, ändert sich der Gesellschaftszweck zurück in einen werbenden. Eine weitere, unabhängig von der Existenz eines Vollabwicklungszwecks bestehende Folge der Insolvenzeröffnung ist der durch den Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich der Masse ausgelöste Verlust der Prozessführungsbefugnis bezüglich aller massebezogener Rechtsstreitigkeiten¹⁵²². Sämtliche Auswirkungen auf die Gesellschaft als Rechtsträger resultieren jedoch aus der Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Gläubigerbefriedigungsverfahren und sind unabhängig von einer Pflicht zur verfahrensimmanenten Vollabwicklung von Handelsgesellschaften. Auf die Gesellschaft als solche hat der Vollabwicklungszweck daher keine über die sonstigen insolvenzrechtlichen Folgen hinausgehenden Auswirkungen.

¹⁵¹⁹ Erster Teil I. 2. a., S. 13 f.

¹⁵²⁰ Erster Teil II., S. 29 ff.; speziell zur Auflösung durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens auch *Gutsche*, Rdnr. 327; *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 111.

¹⁵²¹ Siehe dazu Erster Teil IV., S. 64 ff.

¹⁵²² Vgl. *BGH NJW* 2005, 2015 (2016); *OLG Köln NZI* 2005, 472; *Kroth* in: Braun, § 80 Rdnr. 12.

2. Auswirkungen auf die Gesellschaftsorgane

Abschließend soll untersucht werden, welche Auswirkungen die grundsätzliche Pflicht zur verfahrensimmanenten Vollabwicklung von Handelsgesellschaften für die Organstellung der Gesellschaftsorgane hat und wie die Organkompetenzen gegenüber denjenigen des Insolvenzverwalters abzugrenzen sind.

a. Fortbestand der Organstellung

Handelt es sich bei der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften um ein Ziel des Insolvenzverfahrens, welches der Insolvenzverwalter durch die Abwicklung der Schuldnerin herbeizuführen hat, stellt sich die Frage, welche Folgen diese Abwicklung auf die Stellung der Gesellschaftsorgane hat. Unzweifelhaft ist jedenfalls, dass Aufgaben und Befugnisse der Gesellschaftsorgane in Bezug auf die Insolvenzmasse mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter übergehen. Wesentlich weiter geht jedoch *Schulz*: Ausgehend von einer zwingenden Vollabwicklung von Handelsgesellschaften durch den Insolvenzverwalter ohne Möglichkeit verfahrensfreien Gesellschaftsvermögens nimmt *Schulz* in einem auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahren grundsätzlich eine vollständige Verdrängung der Organkompetenzen verbunden mit einem Entfallen der Organstellung bei insolventen Handelsgesellschaften an¹⁵²³. Diese Verdrängung der Gesellschaftsorgane steht und fällt jedoch mit der Einordnung des Insolvenzverwalters als Organ der Gesellschaft¹⁵²⁴. Nur wenn man den Insolvenzverwalter nämlich als Gesellschaftsorgan ansieht, kann man vom Wegfall der sonstigen Organe ausgehen, ohne dass die insolvente Handelsgesellschaft mangels Existenz eines Leitungsorgans handlungsunfähig wird¹⁵²⁵. Wie bereits dargelegt, kann der Insolvenzverwalter allerdings nicht als Organ der Schuldnerin angesehen werden¹⁵²⁶. Eine vollständige Verdrängung der Gesellschaftsorgane kommt daher nicht in Betracht, vielmehr bleiben diese in der Insolvenz von Handelsgesellschaften im Amt¹⁵²⁷, auch wenn ihre Befugnisse durch die Insol-

¹⁵²³ *Schulz*, S. 77 ff.; *derselbe* in: KTS 1986, 389 ff.; verbleiben soll den Organen lediglich der Gesellschafterstatus für Maßnahmen, welche die Insolvenzreife beseitigen sollen, vgl. *Schulz*, S. 83 f.

¹⁵²⁴ Auch nach der modifizierten Organtheorie ist eine vollständige Verdrängung der Gesellschaftsorgane jedoch nicht zwingend, vgl. *K. Schmidt*, Wege, S. 117.

¹⁵²⁵ *H.-F. Müller*, S. 57, 61; vgl. auch *RGZ* 81, 332 (336); *Gutsche*, Rdnr. 158; *K. Schmidt*, Wege, S. 116 f.

¹⁵²⁶ Vgl. *Vierter Teil II. 2. b. bb. bbb.*, S. 243 ff.

¹⁵²⁷ *RGZ* 76, 244 (246); *RGZ* 81, 332 (336); *RGZ* 127, 197 (200); *BGH* NJW 1981, 1097 (1098); *BGH* ZInsO 2006, 260 f.; *BGH* NJW-RR 2007, 624 (626); *BVerwG* NJW-RR 2005, 1207 (1209); *LG Bonn* NZI 2009, 194; *LG Bonn* NZI 2009, 781; *Gutsche*, Rdnr. 156 ff.; *Haas* in: *Gottwald*, § 91 Rdnr. 29; § 92 Rdnr. 263 (GmbH), § 93 Rdnr. 18 (AG), § 93 Rdnr. 60 (eG); *Häsemeyer*, Rdnr. 30.30; *Hüffer*, § 264 Rdnr. 8; *Kroth* in: *Braun*, § 80 Rdnr. 14; *Meyer-Sommer*, S. 27; *Ott/Vuia* in: *MüKo InsO*, § 80 Rdnr. 112; *K. Schmidt*, AG 2006, 597; *Weber*, KTS 1970, 73 (81); dies gilt selbst dann, wenn der Insolvenzverwalter die Dienstverhältnisse der Organe kündigt, da er über die Organstellung nicht verfügen kann (sogenannte Trennungs-

venzverfahrenseröffnung aufgrund der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters stark eingeschränkt werden¹⁵²⁸. Unter Geltung der Insolvenzordnung ergibt sich der Fortbestand der Organstellung im Übrigen bereits eindeutig aus § 101 Abs. 1 InsO, wonach die Auskunftspflicht und Mitwirkungspflichten gemäß §§ 97, 98 InsO sowie die Postsperrung nach § 99 InsO im Insolvenzverfahren über das Vermögen anderer Schuldner als natürlicher Personen für die Mitglieder des Vertretungs- und Aufsichtsorgans des Schuldners entsprechend gelten.

Es ist noch darauf hinzuweisen, dass entgegen der zur Konkursordnung ergangenen Rechtsprechung des *BFH*¹⁵²⁹ die bestehenden Organkompetenzen im Rahmen des Insolvenzverfahrens von den bei Eröffnung des Verfahrens bestehenden Organen und nicht etwa den gesellschaftsvertraglich oder gesetzlich bestimmten Liquidatoren wahrgenommen werden¹⁵³⁰. Die im Rahmen einer gesellschaftsrechtlichen Liquidation geltenden Regelungen zur Bestellung von Liquidatoren werden im Insolvenzverfahren verdrängt (§§ 145 Abs. 1 HGB, 66 Abs. 1 GmbHG, 264 Abs. 1 AktG). Eine andere Beurteilung würde im Übrigen auch zu schwer nachvollziehbaren Ergebnissen führen. Gemäß § 101 Abs. 1 InsO gelten die Auskunftspflicht und Mitwirkungspflichten des Schuldners nach § 97 InsO entsprechend für die Mitglieder des Vertretungs- oder Aufsichtsorgans und die vertretungsberechtigten persönlich haftenden Gesellschafter des Schuldners. Von den Liquidatoren ist in der Norm hingegen nicht die Rede. Es wäre auch unzumutbar, Personen, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen waren, was bei Liquidatoren möglich und insbesondere in der Liquidation von Personengesellschaften keine Seltenheit ist¹⁵³¹, Mitwirkungs- und Auskunftspflichten aufzuerlegen¹⁵³². Die bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehenden Organe bleiben daher für die Dauer des Insolvenzverfahrens im Amt¹⁵³³.

theorie), vgl. *BGH NJW* 1981, 1097 (1098); *BGH NJW-RR* 2007, 624 (626); *Häsemeyer*, Rdnr. 30.30; *Ott/Vuia* in: *MüKo InsO*, § 80 Rdnr. 112a; *Röder*, S. 78 ff. Zu den bestehenden Möglichkeiten, eine faktische Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft durch Amtsniederlegung der Organe zu verhindern siehe *Gutsche*, Rdnr. 172 ff.

¹⁵²⁸ *Meyer-Sommer*, S. 27; vgl. auch *H.-F. Müller*, S. 18.

¹⁵²⁹ *BFHE* 128, 322 (323); *BFHE* 175, 309 (312); *BFH*, Urf. v. 30.09.1987, Az.: VIII B 60/87.

¹⁵³⁰ *BGH NJW* 1996, 2035; *BGH NJW-RR* 2007, 624 (626); *OLG Zweibrücken NZI* 2003, 343 (344); *Hirte* in: *Uhlenbruck*, § 11 Rdnr. 120; *H.-F. Müller*, S. 63 ff.; vgl. auch *Meyer-Sommer*, S. 155 ff., die jedoch für den Fall der Freigabe eines Massegegenstandes zu Recht die Organkompetenz der Liquidatoren hinsichtlich dieses verfahrensfreien Vermögens bejaht, da in diesem Fall ein Liquidationsverfahren bereits neben dem Insolvenzverfahren stattfindet, vgl. dazu Dritter Teil IV. 1., S. 117 ff.

¹⁵³¹ Siehe oben Erster Teil III. 1. a., S. 32 ff.

¹⁵³² *H.-F. Müller*, S. 66; zweifelnd *Meyer-Sommer*, S. 160.

¹⁵³³ Zu Recht weist *H.-F. Müller* darauf hin, dass im Fall der Auflösung der Gesellschaft vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Liquidatoren die Organkompetenzen wahrnehmen, vgl. *H.-F. Müller*, S. 66; ebenso

b. Abgrenzung der Kompetenzbereiche zum Insolvenzverwalter

Existieren also die bisherigen Gesellschaftsorgane und der Insolvenzverwalter nebeneinander im Insolvenzverfahren, stellt sich die Frage, wie die Kompetenzbereiche abzugrenzen sind. Besondere Beachtung verdient diesbezüglich eine von *Weber* bereits im Jahr 1970 entwickelte Abgrenzung¹⁵³⁴. *Weber* unterscheidet zwischen einem Verdrängungsbereich, in welchem die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich der Masse auf den Konkurs- bzw. Insolvenzverwalter übergeht, einem Schuldnerbereich¹⁵³⁵, der die Wahrnehmung der Rechte des Schuldners im Insolvenzverfahren umfasst und der bei Handelsgesellschaften durch die Gesellschaftsorgane wahrgenommen wird, sowie einem konkurs- bzw. insolvenzfremden Bereich, auf den der Verwalter nicht zugreifen kann. Im Folgenden soll gezeigt werden, dass die von *Weber* entwickelte Abgrenzung trotz der grundsätzlichen Integration der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften weiterhin als Orientierungshilfe zur Kompetenzabgrenzung zwischen Insolvenzverwalter und Gesellschaftsorganen aktuell und notwendig ist¹⁵³⁶.

aa. Verdrängungsbereich

Unzweifelhaft ist unabhängig von der Existenz einer Vollabwicklungspflicht im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften ein sogenannter Verdrängungsbereich, in welchem die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bezüglich der Masse durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf den Insolvenzverwalter übergeht, anzuerkennen¹⁵³⁷. Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird die Masse als Haftungsfonds der Gesamtheit der Gläubiger zugewiesen¹⁵³⁸. Zur Durchsetzung der Gläubigerbefriedigungsfunktion geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich der Insolvenzmasse nach § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter über. Hierdurch wird der Schuldner bzw. werden dessen geschäftsführende Organe von den Einwirkungsmöglichkeiten auf das massebefangene Vermögen ausge-

Hirte in: Uhlenbruck, § 11 Rdnr. 120; zur Kündigung der Organe durch den Insolvenzverwalter vgl. bereits FN 1527.

¹⁵³⁴ *Weber*, KTS 1970, 73 (76 ff.).

¹⁵³⁵ *Weber* spricht diesbezüglich vom „Gemeinschuldnerbereich“, vgl. *Weber*, KTS 1970, 73 (78 f.).

¹⁵³⁶ Vgl. auch *Meyer-Sommer*, S. 155 ff.; *Rödter*, S. 36 f.

¹⁵³⁷ Vgl. *Weber*, KTS 1970, 73 (78). Etwas anderes gilt in den seltenen Fällen der Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO, in welchen die Kompetenzen des Insolvenzverwalters im wesentlichen vom Schuldner, im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften also von den Organen der schuldnerischen Handelsgesellschaft, unter Aufsicht eines Sachwalters wahrgenommen werden, vgl. dazu *Riggert* in: *Nerlich/Römermann*, § 270 Rdnr. 15a ff.; *Rödter*, S. 183 ff.

¹⁵³⁸ *H.-F. Müller*, S. 106; *Schulz*, S. 72; ähnlich *Lwowski/Peters* in: *MüKo InsO*, § 35 Rdnr. 1.

geschlossen bzw. verdrängt¹⁵³⁹, um auf diese Weise die Masse möglichst ungeschmälert zur gleichmäßigen und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung zu erhalten¹⁵⁴⁰.

Der Verdrängungsbereich umfasst nach § 80 Abs. 1 InsO sämtliche, die Masse betreffenden und die Insolvenzzwecke fördernden Maßnahmen¹⁵⁴¹. Neben der Inbesitznahme, Verwaltung und Verwertung der Masse zählen hierzu beispielsweise handels- und steuerrechtliche Rechnungslegungs- und Buchführungspflichten (vgl. §§ 155 InsO, 34 Abs. 3 AO)¹⁵⁴², die der Schuldner aufgrund der Massezugehörigkeit der Geschäftsbücher gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 1 InsO nicht wahrnehmen könnte, oder die gegenüber Arbeitnehmern bestehenden sozialversicherungsrechtlichen Pflichten¹⁵⁴³, da der Insolvenzverwalter mit Eröffnung des Verfahrens in die Arbeitgeberstellung einrückt¹⁵⁴⁴. Außerdem kann als Beispiel für die Verdrängung der Gesellschaftsorgane durch den Insolvenzverwalter das Recht genannt werden, Handlungsvollmachten oder Prokuren für die insolvente Gesellschaft zu erteilen¹⁵⁴⁵ oder im Fall von im Schuldnerbereich anzusetzenden Kapitalerhöhungen¹⁵⁴⁶ die Einlagen auf das erhöhte Kapital einzuziehen¹⁵⁴⁷. Diese Beispiele könnten noch fortgeführt werden, eine vollumfängliche Darstellung sämtlicher dem Verdrängungsbereich – und ebenso den übrigen Bereichen – zuzuordnender Rechte und Pflichten kann diese Untersuchung allerdings nicht leisten, weshalb diesbezüglich auf die einschlägige Literatur verwiesen werden soll¹⁵⁴⁸.

bb. Insolvenzfrierer Bereich

Umstritten ist die Frage, ob ein konkurs- bzw. insolvenzfrierer Vermögensbereich des Schuldners im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Handelsgesellschaft an-

¹⁵³⁹ Vgl. *Haas* in: Gottwald, § 92 Rdnr. 275; *Kroth* in: Braun, § 80 Rdnr. 1.

¹⁵⁴⁰ *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 1; *W. Uhlenbruck* in: Uhlenbruck, § 80 Rdnr. 2.

¹⁵⁴¹ *Kroth* in: Braun, § 80 Rdnr. 25; *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 46.

¹⁵⁴² Vgl. hierzu ausführlich *H.-F. Müller*, S. 107 ff.

¹⁵⁴³ *Haas* in: Gottwald, § 92 Rdnr. 285; zu den handels- und steuerrechtlichen Bilanz- und Buchführungspflichten auch *BGH NJW* 1979, 2212; *Ott/Vuia* in: MüKo InsO § 80 Rdnr. 110, 131 ff.; zu den sozialversicherungsrechtlichen Pflichten auch *Kroth* in: Braun, § 80 Rdnr. 33; *Ott/Vuia* in: MüKo InsO § 80 Rdnr. 129 f.

¹⁵⁴⁴ Vgl. *BAG NJW* 1975, 182; *BAG NJW* 1979, 774 (775); *Kroth* in: Braun, § 80 Rdnr. 33; *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 120 ff.; *Wittkowski* in: Nerlich/Römermann, § 80 Rdnr. 104.

¹⁵⁴⁵ *Gutsche*, Rdnr. 369; *Haas* in: Gottwald, § 92 Rdnr. 285; *Hopt* in: Baumbach/Hopt, § 48 Rdnr. 1; *Kießner* in: Nerlich/Römermann, § 117 Rdnr. 11; *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 103; *Rödter*, S. 85 ff.; *Weber* in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 48 Rdnr. 14; a.A. hinsichtlich der Prokura *Wittowski* in: Nerlich/Römermann, § 80 Rdnr. 33. Die bisherigen Vollmachten erlöschen hingegen gemäß § 117 Abs. 1 InsO.

¹⁵⁴⁶ Siehe unten Vierter Teil III. 2. b. cc., S. 311 f.

¹⁵⁴⁷ *KG NZG* 2000, 103 (104); *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 112b.

¹⁵⁴⁸ Vgl. diesbezüglich für die GmbH *Haas* in: Gottwald, § 92 Rdnr. 275 ff.; vgl. auch *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 111 ff.

zuerkennen ist. Nach der herrschenden Strömung innerhalb der eine Vollabwicklungspflicht bejahenden Ansicht kann es einen solchen zur Ermöglichung einer vollständigen Abwicklung der Schuldnergesellschaft nicht geben¹⁵⁴⁹. Wie die bisherige Untersuchung gezeigt hat, kann allerdings sowohl originär massefreies – wenn auch nicht die Vollabwicklung hinderndes – Vermögen¹⁵⁵⁰ als auch durch Freigabe vom Insolvenzverwalter geschaffenes massefreies Vermögen¹⁵⁵¹ in der Gesellschaftsinsolvenz bestehen. Zudem wurde gezeigt, dass sich die Befugnis des Insolvenzverwalters, das Schuldnervermögen zu verwalten und über dieses zu verfügen, lediglich auf die Masse, nicht aber auf den massefreien Vermögensbereich des Schuldners erstreckt¹⁵⁵². Auch auf Grundlage einer grundsätzlichen Vollabwicklungspflicht von Handelsgesellschaften im Insolvenzverfahren ist daher mit *Weber* ein verfahrensfreier Vermögensbereich anzuerkennen, dessen Verwaltung und Verfügung den Gesellschaftsorganen obliegt.

Der insolvenzfremde Vermögensbereich des Schuldners umfasst sämtliche Gegenstände, die nie Bestandteil der Masse waren oder vom Insolvenzverwalter aus der Masse freigegeben wurden. Zudem zählen zum insolvenzfremden Vermögensbereich die mit der Verwaltung des insolvenzfremden Vermögens zusammenhängenden Pflichten. Die Schuldnerin bleibt daher durch ihre Organe bezüglich des massefreien Vermögens zur handels- und steuerrechtlichen Rechnungslegung verpflichtet (vgl. § 155 InsO), so dass beispielsweise bei Kapitalgesellschaften weiterhin Jahresabschlüsse nach § 325 HGB – und sei es im Rahmen einer Nullbilanz – offenzulegen sind¹⁵⁵³.

¹⁵⁴⁹ Vgl. zur Rechtslage unter Geltung der InsO vgl. *OLG Karlsruhe* DZWIR 2004, 123 (124) = *Rpfleger* 2003, 614; *Adolphsen*, KTS 2005, 53 (62); *Bork*, Rdnr. 135; *Gutsche*, Rdnr. 145; *Holzer* in: *Kübler/Prütting*, § 35 Rdnr. 32; *Kilger/K. Schmidt*, InsG, § 1 KO Anm. 1)A.c); *Klopp/Kluth* in: *Gottwald*, § 25 Rdnr. 39; *H.-F. Müller*, S. 27 ff.; *derselbe* in: *Jaeger*, § 35 Rdnr. 145; *Pech*, S. 67; *Rödder*, S. 22; *Pieper*, S. 139; *K. Schmidt*, ZIP 2000, 1913 (1917); *Westpfahl*, Rdnr. 319 f.; zur Rechtslage unter Geltung der KO bereits *OVG Greifswald* NJW 1998, 175 (178); *Pluta*, EWiR 1996, 265 (266); *Purps/Schumann*, VIZ 1999, 385 (387); *K. Schmidt/Schulz*, ZIP 1982, 1015 (1016 ff.); *K. Schmidt*, KTS 1984, 345 (364); *derselbe*, ZIP 1984, 713 (722); *derselbe*, ZIP 1985, 713 (722); *derselbe*, ZGR 1986, 179 (187); *derselbe*, GS Martens, 699 (716); *derselbe*, KTS 1988, 1 (12); *derselbe*, *Wege*, S. 70, 119; *derselbe*, NJW 1993, 2833 (2836); *derselbe*, *GmbH* 1994, 829 (831); *derselbe*, KTS 1994, 309 (310); *derselbe*, ZGR 1998, 633 (637 f.); *Schulz*, S. 45 f.; *derselbe*, NJW 1984, 2428; *derselbe*, KTS 1986, 389 (400 f.); zum Ausschluss massefreien Vermögens durch Freigabe: *H.-F. Müller*, S. 38 ff.; *derselbe* in: *Jaeger*, § 35 Rdnr. 348; *Pieper*, S. 171; *Purps/Schumann*, VIZ 1999, 386 (387); *Rödder*, S. 30; *K. Schmidt*, ZGR 1998, 633 (637 f.); *derselbe*, ZIP 2000, 1913 (1917); differenzierend nach der Existenz einer persönlich haftenden natürlichen Person als Gesellschafter *OLG Karlsruhe* DZWIR 2004, 123 (124) = *Rpfleger* 2003, 614.

¹⁵⁵⁰ *Vierter Teil II. 1.*, S. 190 ff.

¹⁵⁵¹ *Vierter Teil II. 2.*, S. 233 ff.

¹⁵⁵² *Siehe Dritter Teil IV. 3. b. b. aaa.*, S. 139 ff.; vgl. auch *BGH* ZInsO 2006, 260 f.; *Haas* in: *Gottwald*, § 92 Rdnr. 279; *Ott/Vuia* in: *MüKo InsO*, § 80 Rdnr. 9.

¹⁵⁵³ *LG Bonn* NZI 2009, 194 f. Da die insolvente Gesellschaft allerdings wegen des Insolvenzbeschlusses nicht auf Rücklagen zur Aufbringung der Rechnungs- und Offenlegungskosten zugreifen kann und die Gesellschaftsorgane die Kosten nicht aus ihrem Privatvermögen tragen müssen, fehlt es bei einem Unterlassen der

Neben dem insolvenzfreien Vermögen sind zum insolvenzfreien Bereich auch die trotz Insolvenzeröffnung fortbestehenden Kompetenzen der Gesellschaftsorgane im internen gesellschaftsorganisatorischen Bereich zu zählen¹⁵⁵⁴. In diesem internen Schuldnerbereich werden die Gesellschaftsorgane nicht durch den Insolvenzverwalter verdrängt. Eine Verdrängung der Leitungsorgane der Gesellschaft würde einen Eingriff in das gemäß Art. 9 Abs. 1 GG geschützte organisatorische Selbstbestimmungsrecht des Verbandes darstellen, welcher mangels Erforderlichkeit der Verdrängung zur Verwirklichung der Insolvenzzwecke der Gläubigerbefriedigung sowie der Vollarbeitung der schuldnerischen Handelsgesellschaft nicht gerechtfertigt wäre¹⁵⁵⁵. Neben dem insolvenzfreien Vermögensbereich ist daher auch ein insolvenzfrier gesellschaftsorganisatorischer Bereich anzuerkennen. Als Beispiele für diesen können Anmeldungen nicht massebezogener eintragungspflichtiger Umstände zum Handelsregister¹⁵⁵⁶, nicht masserelevante Änderungen des Gesellschaftsvertrages¹⁵⁵⁷, Bestellungen und Abberufungen von Gesellschaftsorganen¹⁵⁵⁸, Einberufungen von Gesellschafterversammlungen¹⁵⁵⁹, Beschlüsse bezüglich kapitalerhöhender Maßnahmen¹⁵⁶⁰ oder die Fassung eines Fortsetzungsbeschlusses¹⁵⁶¹ genannt werden.

Der ungeachtet einer grundsätzlichen Pflicht zur Vollarbeitung anzuerkennende insolvenzfrier Bereich erfasst also das insolvenzfrier Schuldnervermögen einerseits sowie den internen gesellschaftsorganisatorischen Bereich des Schuldners andererseits.

Rechnungs- und Offenlegungspflicht regelmäßig am Verschulden der Gesellschaft, vgl. *LG Bonn* NZI 2009, 781 (782).

¹⁵⁵⁴ Vgl. *Haas* in: *Gottwald*, § 92 Rdnr. 276 ff.; *Hüffer* in: *MüKo AktG*, § 264 Rdnr. 64; *Ott/Vuia* in: *MüKo InsO*, § 80 Rdnr. 112; *Weber*, KTS 1970, 73 (79 f.).

¹⁵⁵⁵ *H.-F. Müller*, S. 62. Die Auffassung von *Schulz*, KTS 1986, 389 (404), wonach der Eingriff in die innergesellschaftliche Organisation mit einem Vorrang des Insolvenzrechts gegenüber dem Gesellschaftsrechts begründet werden kann, ist im Hinblick auf Art. 9 Abs. 1 GG abzulehnen.

¹⁵⁵⁶ Vgl. *Gutsche*, Rdnr. 341; *Haas* in: *Gottwald*, § 92 Rdnr. 276; *Ott/Vuia* in: *MüKo InsO*, § 80 Rdnr. 112a; *Rödter*, S. 54 ff.; *W. Uhlenbruck*, NZI 2007, 313 (315).

¹⁵⁵⁷ *Haas* in: *Gottwald*, § 92 Rdnr. 276; *H.-F. Müller*, S. 116; *Ott/Vuia* in: *MüKo InsO*, § 80 Rdnr. 112a.

¹⁵⁵⁸ Vgl. *BGH* NJW 1981, 1097 (1098); *BGH* NJW-RR 2007, 624 (626); *BayObLG* NJW-RR 1988, 929 (931); *Gutsche*, Rdnr. 361; *Häsemeyer*, Rdnr. 30.30; *Hüffer* in: *MüKo AktG*, § 264 Rdnr. 71; *Ott/Brauckmann*, ZIP 2004, 2117 (2120); *Ott/Vuia* in: *MüKo InsO*, § 80 Rdnr. 112a; *W. Uhlenbruck*, NZI 2007, 313 (315); *Weber*, KTS 1970, 73 (80). Dieses Recht steht weiterhin dem dafür zuständigen Gesellschaftsorgan zu, beispielsweise bei der GmbH nach § 46 Nr. 5 GmbHG der Gesellschafterversammlung, bei der AG und KGaA (vgl. § 278 Abs. 3 AktG) gemäß § 84 AktG dem Aufsichtsrat bezüglich des Vorstandes sowie gemäß §§ 101, 103 AktG der Hauptversammlung bezüglich der Aufsichtsratsmitglieder oder bei der eG gemäß §§ 24 Abs. 2 (Vorstand), 36 Abs. 1, 3 (Aufsichtsrat) GenG der Generalversammlung.

¹⁵⁵⁹ *Gutsche*, Rdnr. 342; *Haas* in: *Gottwald*, § 92 Rdnr. 277; *Hüffer* in: *MüKo AktG*, § 264 Rdnr. 70; *Ott/Vuia* in: *MüKo InsO*, § 80 Rdnr. 112a; *Weber*, KTS 1970, 73 (80).

¹⁵⁶⁰ *Gutsche*, Rdnr. 355; *Haas* in: *Gottwald*, § 92 Rdnr. 276; *Hüffer* in: *MüKo AktG*, § 264 Rdnr. 72; *Ott/Brauckmann*, ZIP 2004, 2117 (2120); *W. Uhlenbruck*, NZI 2007, 313 (315); *Weber*, KTS 1970, 73 (80). Effektiv kapitalherabsetzende Maßnahmen kann es wegen der damit verbundenen gläubigerschädigenden Wirkung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr geben, vgl. *Hüffer* in: *MüKo AktG*, § 264 Rdnr. 77; *Rödter*, S. 145.

¹⁵⁶¹ *Haas* in: *Gottwald*, § 92 Rdnr. 276 ff.; *Ott/Brauckmann*, ZIP 2004, 2117 (2120); *Ott/Vuia* in: *MüKo InsO*, § 80 Rdnr. 112a; *W. Uhlenbruck*, NZI 2007, 313 (315); *Weber*, KTS 1970, 73 (80).

cc. Schuldnerbereich

Schließlich ist unabhängig von der Einordnung der Stellung des Insolvenzverwalters und der Ansicht bezüglich des Bestehens einer verfahrensimmanenten Vollabwicklung von Handelsgesellschaften ein Schuldnerbereich anzuerkennen, welcher die Wahrnehmung von Schuldnerrechten und -pflichten innerhalb des Insolvenzverfahrens durch den Schuldner bzw. dessen Organe umfasst¹⁵⁶². Betrachtet man zum Beispiel die Auskunft- und Mitwirkungspflichten¹⁵⁶³ des Schuldners gegenüber dem Insolvenzverwalter sowie deren Durchsetzung nach §§ 97 Abs. 1, 2, 98, 101 Abs. 1 InsO wird deutlich, dass die Annahme, der Insolvenzverwalter hätte die aus dem Schuldnerbereich resultierenden Rechte wahrzunehmen und Pflichten auszuüben, hier ad absurdum geführt würde. Beispielsweise bei der Erstellung von Arbeitszeugnissen, die der Insolvenzverwalter nach der hier vertretenen Ansicht als nichtvermögensrechtliche Abwicklungsaufgabe schuldet¹⁵⁶⁴, bedarf der Insolvenzverwalter zwingend der Informationen der bisherigen Organe. So setzt auch § 101 Abs. 1 InsO den Fortbestand der Vertretungs- und Aufsichtsorgane des Schuldners zur Erfüllung dieser Pflichten voraus¹⁵⁶⁵. Gleiches gilt für die sofortige Beschwerde gegen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 34 Abs. 2 InsO, die wohl kaum dem Insolvenzverwalter als Ausübungsbefugtem über die Schuldnerrechte mit der Folge zustehen kann, dass der Verwalter mit der Beschwerde seine eigene Position angreifen würde¹⁵⁶⁶. Auch an der Beschwerdebefugnis gegen den Beschluss der Festsetzung der Verwaltervergütung gemäß § 64 Abs. 3 Satz 1 InsO, die sowohl dem Verwalter als auch dem Schuldner zusteht, oder der Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft (vgl. § 83 Abs. 1 InsO) zeigt sich, dass die Interessen zwischen Schuldner und Verwalter durchaus gegenläufig sein können und praktisch häufig auch sein werden, so dass eine Wahrnehmung der Schuldnerrechte durch den Insolvenzverwalter auch insoweit nicht überzeugen kann. Diese Beispiele ließen sich noch weiter fortführen¹⁵⁶⁷. Es ist allerdings bereits deutlich geworden, dass die Stellung des Schuldners von derjenigen des Insolvenzverwalters abzugrenzen ist. Die Insolvenzordnung geht von zwei verschiedenen Verfahrensbeteiligten, mit unterschiedlichen Rechten und Pflichten innerhalb des Verfahrens aus. Diese Trennung ist für eine Kompetenzbegrenzung und

¹⁵⁶² Vgl. *Gutsche*, Rdnr. 311; *Weber*, KTS 1970, 73 (78 f.).

¹⁵⁶³ Siehe zum Inhalt dieser Pflichten *H.-F. Müller*, S. 92 ff.

¹⁵⁶⁴ Im Ergebnis ebenso *BAG NJW* 1991, 1971; *H.-F. Müller*, S. 115; *Ott/Vuia* in: *MüKo InsO*, § 80 Rdnr. 122.

¹⁵⁶⁵ *H.-F. Müller*, S. 63.

¹⁵⁶⁶ Dies sieht auch *Schulz*, weshalb derartige Verfahrensrechte trotz einer grundsätzlichen Verdrängung der Gesellschaftsorgane auch nach dessen Ansicht weiterhin von den bisherigen Organen geltend gemacht werden sollen, vgl. *Schulz*, KTS 1986, 389 (414 f.); ähnlich *Westpfahl*, Rdnr. 314.

¹⁵⁶⁷ Daneben sind zum Beispiel die Pflicht zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung nach § 153 InsO, die Einlegung von Rechtsmitteln nach §§ 6, 7 InsO, die Unterrichtungs- und Antragsrechte gemäß §§ 158 Abs. 2, 161 InsO, das Recht zur Vorlage eines Insolvenzplans nach § 218 Abs. 1 InsO oder der Antrag auf Eigenverwaltung gemäß § 270 Abs. 2 InsO zu nennen, vgl. *Haas* in: *Gottwald*, § 92 Rdnr. 283.

Kontrolle zwischen Schuldner und Verwalter bei der Masseverwaltung und -verwertung auch unerlässlich. Der Schuldnerbereich besteht daher ebenfalls bis zur verfahrensimmanten Vollbeendigung des Schuldners fort. Im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Handelsgesellschaft werden die dort anzusiedelnden Rechte und Pflichten von den Gesellschaftsorganen wahrgenommen¹⁵⁶⁸.

Den Organen der Gesellschaft verbleiben folglich trotz Existenz einer verfahrensimmanten Vollabwicklungspflicht die den Schuldner betreffenden Verfahrensrechte und -pflichten.

dd. Überschneidungsbereich

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass neben den bereits genannten Bereichen, in denen entweder der Insolvenzverwalter oder die Gesellschaft durch ihre Gesellschaftsorgane die Rechten und Pflichten wahrnehmen, ein sogenannter Überschneidungsbereich existiert, in welchem eine Kooperation zwischen Insolvenzverwalter und Gesellschaftsorganen erforderlich ist¹⁵⁶⁹. Dies ist dann der Fall, wenn zwar eigentlich der innerorganisatorische Schuldnerbereich betroffen ist, durch die Kompetenzzusübung aber negative Auswirkungen auf die Masse entstehen können¹⁵⁷⁰. Zwar bleiben in diesem Fall die Gesellschaftsorgane zuständig, aufgrund der Auswirkungen auf die Masse ist im Innenverhältnis allerdings die Mitwirkung des Insolvenzverwalters erforderlich¹⁵⁷¹. Viele Beispiele für den Überschneidungsbereich lassen sich jedoch nicht finden¹⁵⁷². Genannt werden kann aber in der Insolvenz der AG die Zustimmung zur Übertragung nicht voll eingezahlter¹⁵⁷³ vinkulierter Namensaktien (vgl. § 68 Abs. 2 AktG)¹⁵⁷⁴ oder die Durchführung kapitalmarktrechtlicher Pflichten nach dem WpHG (vgl. § 11 Abs. 1 WpHG)¹⁵⁷⁵. Wie die übrigen Bereiche besteht jedoch auch der Überschneidungsbereich unabhängig von einer grundsätzlichen Pflicht zur verfahrensimmanten Vollabwicklung insolventer Handelsgesellschaften.

¹⁵⁶⁸ H.-F. Müller, S. 87.

¹⁵⁶⁹ Vgl. *BVerwG* NJW-RR 2005, 1207 (1211); *Ott/Brauckmann*, ZIP 2004, 2117 (2118); *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 112; *Weber*, KTS 1970, 73 (80).

¹⁵⁷⁰ *Ott/Brauckmann*, ZIP 2004, 2117 (2118); *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 112.

¹⁵⁷¹ *Ott/Brauckmann*, ZIP 2004, 2117 (2119); *Ott/Vuia* in: MüKo InsO, § 80 Rdnr. 112; vgl. auch *BVerwG* NJW-RR 2005, 1207 (1211).

¹⁵⁷² *Hüffer*, § 264 Rdnr. 10.

¹⁵⁷³ Voll eingezahlte vinkulierte Namensaktien fallen hingegen in den Schuldnerbereich, vgl. *Hüffer* in: MüKo AktG, § 264 Rdnr. 70.

¹⁵⁷⁴ *Hüffer*, § 264 Rdnr. 10; *derselbe* in: MüKo AktG, § 264 Rdnr. 79; a.A. *Gutsche*, Rdnr. 387, der die Zustimmung zur Übertragung allein dem Insolvenzverwalter zuordnet.

¹⁵⁷⁵ Vgl. dazu bereits *Vierter Teil II. 4. b. dd.*, S. 297 f.

3. Zusammenfassung

Die Integration der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften wirkt sich weder auf die Gesellschaft als solche, noch auf den Bestand der Gesellschaftsorgane aus. Auch die Kompetenzabgrenzung zwischen Insolvenzverwalter und Gesellschaftsorganen unterliegt aufgrund der Vollabwicklung keiner Veränderung. Es ist unabhängig vom Bestehen einer grundsätzlichen Vollabwicklungspflicht zur Abgrenzung der Kompetenzen des Insolvenzverwalters und der Gesellschafter zwischen mehreren Bereichen zu unterscheiden. Zum einen existiert ein Verdrängungsbereich, in welchem der Insolvenzverwalter den Schuldner durch den Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich der Masse verdrängt. Darüber hinaus ist ein insolvenzfreier Bereich der Gesellschaft anzuerkennen, der einerseits das insolvenzfreie Vermögen, welches trotz Eröffnung des Insolvenzverfahrens weiterhin dem Kompetenzbereich des Schuldners unterliegt und im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften von den Schuldnerorganen verwaltet wird, und andererseits die Kompetenzen im Rahmen der internen Gesellschaftsorganisation erfasst. Daneben existiert ein so genannter Schuldnerbereich, der die verfahrensrechtlichen Rechte und Pflichten des Schuldners umfasst. Schließlich besteht ein Überschneidungsbereich, der grundsätzlich dem insolvenzfreien Bereich zuzuordnende Gesellschafterkompetenzen erfasst, welche aufgrund nachteiliger Auswirkungen auf die Masse jedoch eine Kooperation mit dem Insolvenzverwalter erfordern.

IV. ERGEBNIS VIERTER TEIL

Die Integration der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften als Zweck des Insolvenzverfahrens führt nicht zu einer vollständigen Veränderung des Verfahrens in der Gesellschaftsinsolvenz. Zwar wirkt sich der Vollabwicklungszweck in verschiedenen Teilbereichen des Verfahrens aus und ermöglicht dadurch, die Vollabwicklung der Schuldnergesellschaft in einer Vielzahl der auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahren praktisch umzusetzen, gleichzeitig führt allerdings die Nachrangigkeit des Vollabwicklungszwecks gegenüber dem Verfahrenshauptzweck der gleichmäßigen und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung dazu, dass eine Vollabwicklung nicht zur Beeinträchtigung der Interessen der Gläubiger führen darf.

Eine wichtige Auswirkung des Vollabwicklungszwecks betrifft den Zeitpunkt der Aufhebung des Insolvenzverfahrens. Da der Vollabwicklungszweck über die Deckung sämtlichen Abwicklungsbedarfs hinaus auch eine Vollbeendigung und damit bei juris-

tischen Personen eine Löschung der Gesellschaft im Handels- oder Genossenschaftsregister voraussetzt, hat der Insolvenzverwalter nach vollständiger Verwertung und Verteilung der Masse das Registergericht über die Vermögenslosigkeit der insolventen Handelsgesellschaft zu informieren. Sobald daraufhin die Löschung im Register erfolgt, ist die Gesellschaft vorbehaltlich unerkannten weiteren Abwicklungsbedarfs vollbeendet, so dass das Insolvenzverfahren aufgehoben werden kann.

Daneben wirkt sich der Vollabwicklungszweck auch auf die Bestimmung der Insolvenzmasse aus. Soll eine Handelsgesellschaft innerhalb des Insolvenzverfahrens vollständig abgewickelt werden, darf es kein die Vollabwicklung hinderndes massefreies Vermögen geben. Unabhängig von der Existenz des Vollabwicklungszwecks kommen allerdings in der Insolvenz von Handelsgesellschaften ohnehin kaum massefreie abwicklungsbedürftige Gegenstände in Betracht. Auswirkungen bestehen jedoch aufgrund des Abwicklungsziels hinsichtlich des Urheberrechts, des Rechts des Hinterlegers, auf die Rücknahme einer hinterlegten Sache zu verzichten, sowie hinsichtlich des aus Existenzschutzgründen nach § 36 Abs. 1 InsO an sich massefreien Vermögens. Unter Berücksichtigung des Vollabwicklungszwecks sind diese Gegenstände Bestandteil der Insolvenzmasse und können vom Insolvenzverwalter abgewickelt werden.

Aufgrund des Vorrangs des Verfahrenshauptzwecks der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung hat eine Vollabwicklung allerdings immer dann zu unterbleiben, wenn andernfalls die Befriedigung der Gläubiger beeinträchtigt würde. Daraus folgt, dass die Freigabe von Massegegenständen trotz des Vollabwicklungszwecks im Insolvenzverfahren von Handelsgesellschaften zulässig sein muss, um die Masse zu entlasten und die Befriedigungsaussichten der Gläubiger zu verbessern. Sofern abwicklungsbedürftige Massegegenstände freigegeben werden, ist eine Vollabwicklung im Rahmen des Insolvenzverfahrens daher nicht mehr realisierbar, so dass sich ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren anschließen muss.

Ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren muss sich auch dann an das Insolvenzverfahren anschließen, wenn die Vollbeendigung der Gesellschaft wegen verbliebenen Abwicklungsbedarfs nicht erreicht wurde und die Kosten einer Nachtragsabwicklung aus der Nachtragsverteilungsmasse nicht gedeckt wären. Sobald aber eine Finanzierung der Nachtragsabwicklung gesichert ist, führt der Vollabwicklungszweck dazu, dass ein Absehen von der Anordnung der Nachtragsabwicklung wegen Unangemessenheit nach § 203 Abs. 3 Satz 1 InsO ausscheidet. Innerhalb der Nachtragsab-

wicklung ist dann der gesamte verbleibende vermögens- und nichtvermögensrechtliche Abwicklungsbedarf zu decken¹⁵⁷⁶.

Schließlich bedarf es der Durchführung eines gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahrens auch dann, wenn ein Überschuss nach der Befriedigung der Gläubiger verbleibt, welcher nach § 199 Satz 2 InsO nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen vom Insolvenzverwalter an die am Schuldner beteiligten Personen herauszugeben ist und der für die Herausgabe entstehende Zuschlag zur Vergütung des Insolvenzverwalters aus den herauszugebenden Beträgen nicht beglichen werden kann. Im Übrigen hindern jedoch weder mit der Vollabwicklung verbundene Kosten, noch eine etwaige Verlängerung der Verfahrensdauer die vollständige Abwicklung der Schuldnergesellschaft innerhalb des Insolvenzverfahrens.

Abschließend kann festgehalten werden, dass durch die Integration der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften in das Insolvenzverfahren keine Auswirkungen auf die insolvente Handelsgesellschaft selbst, deren Organe oder die Abgrenzung der Kompetenzbereiche zwischen den Gesellschaftsorganen und dem Insolvenzverwalter entstehen. Auch in einem auf Liquidation gerichteten Insolvenzverfahren bleibt die Organstellung der bisherigen Organe daher bestehen. Zwar werden diese vom Insolvenzverwalter in sämtlichen, mit der Verwaltung und Verwertung der Masse in Verbindung stehenden Bereichen verdrängt, dennoch verbleiben die Kompetenzen der Gesellschaftsorgane hinsichtlich eines das insolvenzfremde Vermögen und die interne Gesellschaftsorganisation umfassenden insolvenzfremden Bereichs sowie eines Schuldnerbereichs, welchem die Wahrnehmung der Schuldnerrechte und -pflichten im Rahmen des Insolvenzverfahrens unterfallen.

¹⁵⁷⁶ Allerdings können freigegebene Vermögensgegenstände und hierfür nach Verfahrensaufhebung erlangte Surrogate im Rahmen einer Nachtragsabwicklung nicht zugunsten der Gläubiger verwertet und verteilt werden, vgl. Vierter Teil II. 3. b., S. 266 ff.

ERGEBNIS UND SCHLUSS

Die vollständige Abwicklung insolventer Handelsgesellschaften ist seit der Einführung der Insolvenzordnung ein Ziel des Insolvenzverfahrens. Neben dem in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers kann dies den §§ 199 Satz 2, 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO entnommen werden. Ebenso wie im Rahmen eines gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahrens sind Handelsgesellschaften daher grundsätzlich innerhalb des Insolvenzverfahrens ihrer Vollbeendigung zuzuführen. Die Vollbeendigung einer Gesellschaft tritt nach der vorzugswürdigen Lehre vom Tripletatbestand ein, wenn dieser weder bilanzierungsfähige Vermögenswerte verbleiben, die zur Befriedigung der Gläubiger oder zu einer Herausgabe an die Gesellschafter geeignet sind, noch sonstiger nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf verbleibt. Zudem ist bei juristischen Personen als *actus contrarius* zur Gesellschaftsgründung eine Löschung der Gesellschaft im Handels- oder Genossenschaftsregister erforderlich. Dem Insolvenzverwalter obliegt es daher vorbehaltlich einer Sanierung oder Reorganisation ebenso wie einem Liquidator in der gesellschaftsrechtlichen Liquidation, die laufenden Geschäfte der Gesellschaft zu beenden, die bestehenden Forderungen einzuziehen sowie das gesamte Gesellschaftsvermögen in Geld umzusetzen, um schließlich die Gläubiger zu befriedigen und die Löschung der Gesellschaft im Register einzuleiten.

Die zur Durchführung dieser Abwicklungsmaßnahmen notwendigen Voraussetzungen sind im Rahmen des Insolvenzverfahrens regelmäßig gegeben. Originär massefreie Vermögenswerte, welche die Vollabwicklung hindern könnten, bestehen in der Gesellschaftsinsolvenz nicht. Zudem hat der Gesetzgeber dem Insolvenzverwalter mit § 199 Satz 2 InsO die Befugnis übertragen, nach der vollständigen Befriedigung sämtlicher Gläubiger die verbleibenden Abwicklungsmaßnahmen nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen abzuschließen. Fälle, in denen eine vollständige Abwicklung der Schuldnergesellschaft im Insolvenzverfahren von vornherein unmöglich ist, existieren daher nicht. Dennoch kann das Verfahrensziel der Vollabwicklung von Handelsgesellschaften nicht immer erreicht werden. Damit eine Vollabwicklung durchgeführt werden kann, müssen gewisse Rahmenbedingungen vorliegen. Insbesondere muss es sich überhaupt um ein auf Liquidation gerichtetes Verfahren handeln. Soll die insolvente Gesellschaft im Verfahren gemäß der Entscheidung der Gläubiger fortgeführt und saniert oder reorganisiert werden, scheidet eine Vollabwicklung denknotwendig aus. Ebenso kann eine Vollabwicklung – wie überhaupt das Insolvenzverfahren – immer dann nicht durchgeführt werden, wenn das Verfahren insbesondere wegen mangelnder Deckung der Verfahrenskosten vorzeitig beendet wird. Da sich die Vollabwicklung

allerdings auf die Verfahrenskosten nur in seltenen Ausnahmefällen auswirkt, führt deren Integration in das Insolvenzverfahren nicht zu einer wesentlich höheren Wahrscheinlichkeit der mangelnden Verfahrenskostendeckung im Vergleich zum Insolvenzverfahren ohne grundsätzliche Pflicht zur Vollabwicklung von Handelsgesellschaften. Lediglich dann, wenn der für eine Verteilung überschüssiger Beträge an die am Schuldner beteiligten Personen nach § 199 Satz 2 InsO geschuldete Zuschlag zur Vergütung des Insolvenzverwalters nicht aus der Überschussverteilungsmasse gedeckt ist oder die zur Nachtragsabwicklung zur Verfügung stehende Masse deren Kosten unterschreitet, muss die weitere und damit vollständige Abwicklung im Rahmen des Insolvenzverfahrens unterbleiben.

Die wichtigste Grenze der Vollabwicklung besteht jedoch in der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung, welche trotz der Integration der Vollabwicklung als Zweck des Insolvenzverfahrens oberstes Verfahrensziel bleibt. Die vollständige Abwicklung der Schuldnerin im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften ist daher nur dann durchzuführen, wenn dies die Befriedigung der Gläubiger nicht beeinträchtigt. Aus diesem Grund hat der Insolvenzverwalter auch im Insolvenzverfahren über das Vermögen von Handelsgesellschaften ungeachtet der Existenz des Vollabwicklungszwecks das Recht und die Pflicht, die Masse zugunsten der Gläubiger durch die Freigabe massemindernder Vermögensgegenstände auf Kosten der Realisierbarkeit der Vollabwicklung der insolventen Gesellschaft zu entlasten. Zudem dürfen Abwicklungsmaßnahmen, wie die Herausgabe nach der Schlussverteilung überschüssigen Restvermögens an die am Schuldner beteiligten Personen nach § 199 Satz 2 InsO nicht auf Kosten der Gläubiger durchgeführt werden.

Vorbehaltlich der genannten Ausnahmen und Grenzen sind Handelsgesellschaften allerdings innerhalb des Insolvenzverfahrens durch eine vollständige vermögens- und nichtvermögensrechtliche Abwicklung ihrer Vollbeendigung zuzuführen.

LITERATURVERZEICHNIS

- Adolphsen, Jens* Lizenz und Insolvenz von Sportvereinen, KTS 2005, 53
- Ahrens, Martin* Negativerklärung zur selbständigen Tätigkeit gem. § 35 II InsO, NZI 2007, 622
- Andres, Dirk
Leithaus, Rolf* Insolvenzordnung (InsO) – Kommentar, München 2006 (zit.: *Bearbeiter* in: Andres/Leithaus)
- Balz, Manfred* Die Ziele der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., Herne Berlin 2000, 3
- Balz, Manfred* Die Ziele des Reformentwurfs, in: Kübler, Neuordnung des Insolvenzrechts, 1989, 1
- Bamberger, Heinz Georg
Roth, Herbert* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 (§§ 1 – 610, CISG), 2. Aufl., München 2007
- Bartenbach, Kurt
Volz, Franz-Eugen* Arbeitnehmererfindungsgesetz – Kommentar zum Gesetz über Arbeitnehmererfindungen, 4. Aufl., Köln Berlin Bonn München 2002
- Barz, Carl Hans
Behrens, Peter
Goerdeler, Reinhard
u.a.* Hachenburg – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Band 3 (§§ 53 – 85), 7. Aufl., Berlin New York 1984 (zit.: *Bearbeiter* in: Hachenburg, 7. Aufl.)
- Barz, Carl Hans
Brönner, Herbert,
Klug, Ulrich,
u.a.* Aktiengesetz – Großkommentar, Band 3 (§§ 179 – 290), 3. Aufl. Berlin New York 1973 (zit.: *Bearbeiter* in: Großkommentar AktG)
- Bassenge, Peter* Tatsachenermittlung, Rechtsprüfung und Ermessensausübung in den registergerichtlichen Verfahren nach §§ 132 bis 144 FGG, Rpfleger 1974, 173
- Baumann, Jürgen* Konkurs und Vergleich, 2. Aufl., Bielefeld 1981 (zit.: *Baumann*, Konkurs und Vergleich)
- Baumann, Wolfgang* Die Einmann-Personengesellschaft, BB 1998, 225
- Baumbach, Adolf
Hopt, Klaus J.
Merkt, Hanno* Handelsgesetzbuch, 34. Aufl., München 2010

- Baumbach, Adolf*
Hueck, Alfred GmbH – Gesetz, 19. Aufl., München 2010 (zit.:
Bearbeiter in: Baumbach/Hueck)
- Baur, Fritz*
Stürner, Rolf Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht –
Ein Lehrbuch, Band II: Insolvenzrecht, 12. Aufl.,
Heidelberg 1990 (zit.: *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht)
- Baur, Fritz*
Stürner, Rolf
Bruns, Alexander Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl., Heidelberg 2006
- Becker, Michael* Der Ausschluss aus der Aktiengesellschaft, ZGR 15
(1986), 383
- Benckendorff, Hans-Peter* Freigabe von Kreditsicherheiten in der Insolvenz, in:
Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., Münster
2009, 1389
- Beuthien, Volker* Genossenschaftsgesetz: Mit Umwandlungs- und Kartell-
recht sowie Statut der Europäischen Genossenschaft,
14. Aufl., München 2004
- Biaggini, Giovanni* "Ratio legis" und richterliche Rechtsfortbildung, in: Die
Bedeutung der "Ratio legis": Kolloquium der Juris-
tischen Fakultät der Universität Basel, Basel/Genf/
München 2001, 51
- Bley, Erich* Die Haftung des Gemeinschuldners für Masseansprüche,
ZZP 62 (1941), 111
- Bokelmann, Gunther* Der Prozeß gegen eine im Handelsregister gelöschte
GmbH, NJW 1977, 1130
- Bork, Reinhard*
Jacoby, Florian Das Ausscheiden des einzigen Komplementärs nach
§ 131 Abs. 3 HGB, ZGR 2005, 611
- Bork, Reinhard* Die als vermögenslos gelöschte GmbH im Prozeß, JZ
1991, 841
- Bork, Reinhard* Einführung in das Insolvenzrecht, 5. Aufl., Tübingen
2009
- Bork, Reinhard* Zur Passivlegimitation des Insolvenzverwalters im
Kündigungsschutzprozess – Anm. zu LAG Hamm, Urt.
v. 23.11.2000 – 4 Sa 1179/00, ZInsO 2001, 210

- Bötticher, Eduard* Besprechung: Jaeger, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, Erster Band (§§ 1 – 70 KO), 8. Aufl., 1958, ZZP 71 (1958), 314
- Bötticher, Eduard* Die Konkursmasse als Rechtsträger und der Konkursverwalter als ihr Organ, ZZP 77 (1964), 55
- Braun, Eberhard* Insolvenzordnung, 4. Aufl., München 2010 (zit.: *Bearbeiter* in: Braun)
- Braun, Eberhard*
Uhlenbruck, Wilhelm Unternehmensinsolvenz: Grundlagen, Gestaltungsmöglichkeiten, Sanierung mit der Insolvenzordnung, Düsseldorf 1997
- Breutigam, Axel*
Blersch, Jürgen
Goetsch, Hans Berliner Kommentar Insolvenzrecht – Kommentar der InsO und der InsVV mit Schriftsätzen und Mustern für die Insolvenzrechtspraxis, CD-ROM, Stand März 2003, Freiburg Berlin 2003 (zit.: *Bearbeiter* in: BK InsO)
- Brugger, Winfried* Konkretisierung des Rechts und Methoden der Auslegung, AöR 119 (1994), 1
- Buchner, Gerhard* Amtsliquidation, Nachtragsliquidation und masselose Insolvenz von Kapitalgesellschaften, Köln Berlin Bonn München 1988
- Bumiller, Ursula*
Hardsch, Dirk FamFG – Freiwillige Gerichtsbarkeit: Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), 9. Aufl., München 2009
- Bundesministerium der*
Justiz Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts: Diskussionsentwurf – Entwurf einer Insolvenzordnung (EInsO) und anderer Reformvorschriften mit Begründung und Anhang, Köln 1988 (zit.: DiskE InsO 1988)
- Bundesministerium der*
Justiz Referentenentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts – mit Begründung und Gesamtregister des Verlags zum Referentenentwurf (Artikel 1 bis 3) und zu den „Ergänzungen“ des Referentenentwurfs = Ergänzungen des Diskussionsentwurfs (Artikel 4 bis 25), Köln, 1989 (zit.: RefE InsO 1989)
- Bydlinski, Franz* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien New York 1991

- Canaris, Claus-Wilhelm* Die Feststellung von Lücken im Gesetz: Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Aufl., Berlin 1982
- Cepl, Philipp* Lizenzen in der Insolvenz des Insolvenznehmers – unter besonderer Berücksichtigung des Kündigungsrechts des Lizenzgebers, NZI 2000, 357
- Crisolli, Karl-August
Groschuff, Hans
Kaemmel, Ernst* Umwandlung und Löschung von Kapitalgesellschaften – auf Grund der Gesetze vom 5. Juli 1934 und 9. Oktober 1934 nebst den dazu ergangenen Durchführungsverordnungen, Leipzig 1935
- Dahl, Michael
Schmitz, Jan* Eigenkapitalersatz nach dem MoMiG aus insolvenzrechtlicher Sicht, NZG 2009, 325
- Damm, Renate
Rehbock, Klaus* Widerruf, Unterlassung und Schadensersatz in den Medien, 3. Aufl., München 2008
- Dieckmann, Albrecht* Zur Behandlung des „Neuerwerbs“, in: Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, Köln Berlin Bonn 1991, 127
- Dölle, Hans* Neutrales Handeln im Privatrecht – Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung, in: Festschrift Fritz Schulz, Zweiter Band, 1951
- Dorndorf, Eberhard* Zur Dogmatik des Verfahrenszwecks in einem marktadäquaten Insolvenzrecht, in: Festschrift Franz Merz, Köln 1992, 31
- Dreier, Thomas
Schulze, Gernot* Urheberrechtsgesetz – Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz – Kommentar, 3. Aufl., München 2008 (zit.: *Bearbeiter* in: Dreier/Schulze)
- Dreyer, Gunda* Rechtsnachfolge in „höchstpersönliche“ Rechte von Verbänden, JZ 2007, 606
- Ebenroth, Carsten Thomas
Boujong, Karlheinz
Joost, Detlev* Handelsgesetzbuch, Band 1 (§§ 1 – 342 a), 2. Aufl., München 2008 (zit.: *Bearbeiter* in: Ebenroth/Boujong/Joost)

- Eckstein, Ernst* Der rechtliche Charakter der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung und die rechtliche Stellung des Versteigerungsrichters und des Zwangsverwalters, ZZP 40 (1910), 48
- Ensthaler, Jürgen* Die Liquidation von Personengesellschaften – Gewinn- und Verlustverteilung bei der Liquidation der Gesellschaft und beim Ausscheiden eines Gesellschafters, Berlin 1985
- Ensthaler, Jürgen* Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch mit UN-Kaufrecht, 7. Aufl., Neuwied 2007
- Erle, Bernd* Anforderungen an die Kapitalausstattung einer aufgelösten GmbH bei Fortsetzung, GmbHR 1997, 973
- Erle, Bernd* Die Funktion des Sperrjahres in der Liquidation der GmbH, GmbHR 1998, 216
- Fabricius, Fritz* Relativität der Rechtsfähigkeit: Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des privaten Personenrechts, München 1963
- Fezer, Karl-Heinz* Markenrecht – Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenübereinkommen – Dokumentation des nationalen, europäischen und internationalen Kennzeichenrechts, 3. Aufl., München 2001
- Fichtelmann, Helmar* Die Fortsetzung einer aufgelösten GmbH, GmbHR 2003, 67
- Fikentscher, Wolfgang* Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band III: Mitteleuropäischer Rechtskreis, Tübingen 1976
- Fleck, Hans-Joachim* Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 1974, 224
- Fleddermann, Christoph* Konsequenzen der Geltung der Amtstheorie für die Passivlegitimation im Kündigungsschutzprozess – Anm. zu LAG Hamm, Urt. v. 23.11.2000 – 4 SA 1179/00 – ZInsO 2001, 234 (n.rkr.), ZInsO 2001, 359

- Flume, Werner* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
Band 1, Erster Teil – Die Personengesellschaft, Berlin
Heidelberg 1977
Band 2 – Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin
Heidelberg 1979
(zit.: *Flume*, BGB AT I/1 bzw. II)
- Foerste, Ulrich* Insolvenzrecht, 4. Aufl., München 2008
- Förster, Karsten*
Tost, Angela Die Archivierung von Geschäftsunterlagen im
Insolvenzverfahren, ZInsO 1998, 297
- Förster, Karsten* Klartext: Die Freigabe bleibt zulässig!, ZInsO 2000, 315
- Geßler, Ernst*
Hefermehl, Wolfgang
Eckardt, Ulrich
u.a. Aktiengesetz, Band 5 (§§ 241 – 290), §§ 262 – 277,
11. Lieferung, München 1986 (zit.: *Bearbeiter* in:
Geßler/Hefermehl)
- Geßler, Ernst*
Hefermehl, Wolfgang
Hildebrandt, Wolfgang
u.a. Schlegelberger: Handelsgesetzbuch, Band 3, 1. Halb-
band (§§ 105 – 160), 5. Aufl., München 1992 (zit.:
Bearbeiter in: Schlegelberger)
- von Godin, Reinhard*
Wilhelmi, Hans Aktiengesetz vom 6. September 1965 – Kommentar,
Band 2 (§§ 179 – 410), 4. Aufl., Berlin New York 1971
- Goette, Wulf*
Habersack, Mathias Münchener Kommentar zum Aktiengesetz,
Band 1 (§§ 1 – 75), 3. Aufl., München 2008
Band 8 (§§ 278 – 328), 3. Aufl., München 2010
(zit.: *Bearbeiter* in: MüKo AktG)
- Gottwald, Peter* Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl., München 2006 (zit.:
Bearbeiter in: Gottwald)
- Graf-Schlicker, Marie Luise* InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung, Köln 2008
(zit.: *Bearbeiter* in: Graf-Schlicker)
- Grunewald, Barbara* Gesellschaftsrecht, 7. Aufl., Tübingen 2008
- Gummert, Hans*
Weipert, Lutz Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1:
BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partner-
schaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 3. Aufl.,
München 2009 (zit.: *Bearbeiter* in: MünchHdb. GesR)

- Gundlach, Ulf*
Frenzel, Volkhard
Schmidt, Nikolaus Die Simultaninsolvenz einer GmbH & Co. KG und ihrer Komplementär-GmbH, DStR 2004, 1658
- Gutsche, Lason* Die Organkompetenzen im Insolvenzverfahren, Köln, 2003
- Haarmeyer, Hans*
Wutzke, Wolfgang
Förster, Karsten Handbuch zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., München 2001
- Haarmeyer, Hans*
Wutzke, Wolfgang
Förster, Karsten Insolvenzrechtliche Vergütung (InsVV), 4. Aufl., München 2007 (zit.: *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, InsVV)
- Haas, Ulrich* Der Erstattungsanspruch nach § 64 II GmbHG, NZG 2004, 737
- Hahn, Carl* Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen – Auf Veranlassung des Kaiserlichen Reichs-Justizamts herausgegeben, Band 4 – Materialien zu der Konkursordnung und dem Einführungsgesetz vom 10. Februar 1877 (zit.: *Hahn*, Mat. IV)
- Halm, Dirk*
Linder, Stephanie Die Fortsetzungsmöglichkeit bei der aufgelösten GmbH nach der neuen Insolvenzordnung, DStR 1999, 379
- Hanisch, Hans* Rechtszuständigkeit der Konkursmasse – Die Wiederentdeckung selbständiger Rechtsbeziehungen der Konkursmasse in rechtsvergleichender Sicht, Frankfurt am Main 1973
- Haratsch, Andreas*
Koenig, Christian
Pechstein, Matthias Europarecht, 6. Aufl., Tübingen 2009
- Hartmann, Peter* Kostengesetze, 39.Aufl., München 2009
- Häsemeyer, Ludwig* Altlasten – Ein Prüfstein für wechselseitige Abstimmungen zwischen dem Insolvenzrecht und dem Verwaltungsrecht, in: Insolvenzrecht in Wissenschaft und Praxis, Festschrift Wilhelm Uhlenbruck, Köln 2000, 97
- Häsemeyer, Ludwig* Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 43 (1982), 507

- Häsemeyer, Ludwig* Insolvenzrecht, 4. Aufl., 2007
- Hassemer, Winfried* Gesetzesbindung und Methodenlehre, ZRP 2007, 213
- Heinze, Meinhard* Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht, NJW 1982, 1665
- Heller, Christoph* Die vermögenslose GmbH, Köln Berlin Bonn München 1989
- Hellmann, Friedrich* Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, Berlin 1907
- Hellwig, Konrad* Anspruch und Klagrecht – Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozessrecht, 2. Aufl., Leipzig 1910
- Henckel, Wolfram
Gerhardt, Walter* Jaeger: Insolvenzordnung,
Band 1 (§§ 1 – 55), Berlin 2004
Band 2 (§§ 56 – 102), Berlin 2007
(zit.: *Bearbeiter* in: Jaeger)
- Henckel, Wolfram* Buchbesprechug: K. Schmidt, Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen – Befunde, Kritik, Perspektiven, ZIP 1991, 133
- Henckel, Wolfram* Insolvenzrechtsreform zwischen Vollstreckungsrecht und Unternehmensrecht, in: Festschrift Franz Merz, Köln 1992, 197
- Henssler, Martin* Die Rechts- und Pflichtenstellung des GmbH-Geschäftsführers nach Einführung der Insolvenzordnung, ZInsO 1999, 121
- Henssler, Martin* Die verfahrensrechtlichen Pflichten des Geschäftsführers im Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH und der GmbH & Co. KG, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., Münster 2009, 990
- Hess, Harald
Pape, Gerhard* InsO und EGInsO – Grundzüge des neuen Insolvenzrechts, Köln 1995
- Hess, Harald
Weis, Michaela
Wienberg, Rüdiger* InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung mit EGInsO,
Band 1 Insolvenzordnung, 2. Aufl., Heidelberg 2001
Band 2 InsVV und EGInsO, 2. Aufl., Heidelberg 2001
(zit.: *Bearbeiter* in: Hess/Weis/Wienberg)

- Hillers, Klaus* Personengesellschaft und Liquidation: die Auswirkung der Liquidation auf die vermögensrechtliche Stellung des Personengesellschafters, Köln Berlin Bonn München 1988
- Hirte, Heribert* Auflösung der Kapitalgesellschaft, ZInsO 2000, 127
- Holzer, Johannes* Redaktionsversehen in der Insolvenzordnung?, NZI 1999, 44
- Hommelhoff, Peter* Für eine minimalinvasive und dennoch höchst effektive Reform des Eigenkapitalersatzrechts, in: Die GmbH-Reform in der Diskussion – Sondertagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung (VGR), Köln 2006, 115
- Hönn, Günther* Die konstitutive Wirkung der Löschung von Kapitalgesellschaften, ZHR 138 (1974), 50
- Höpfner, Alexander* Möglichkeiten des Insolvenzverwalters zur Rückgängigmachung oder wirtschaftlichen Kompensation der Freigabe, ZIP 2000, 1517
- Horn, Norbert* Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit – Inspire Art, NJW 2004, 893
- Horn, Norbert* Heymann – Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht) – Kommentar,
Band 1 (§§ 1 – 104), 2. Aufl., Berlin New York 1995
Band 2 (§§ 105 – 237), 2. Aufl., Berlin New York 1996
(zit.: *Bearbeiter* in: Heymann)
- Hubmann, Heinrich* Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., Köln Graz 1967
- Hüffer, Uwe* Aktiengesetz, 9. Aufl., München 2010
- Hüffer, Uwe* Das Ende der Rechtspersönlichkeit von Kapitalgesellschaften – Überlegungen zur konstitutiven Wirkung der Gesellschaftslöschung und zur Zuordnung von Restvermögen, in: Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz, Köln Berlin Bonn München 1987, 99

- Jaeger, Ernst* Kommentar zur Konkursordnung und den Einföhrungsgesetzen,
Band 1 (§§ 1 – 70), 3. und 4. Aufl., Berlin 1907
Band 2 (§§ 71 – 244), 3. und 4. Aufl., Berlin 1913
(zit.: Jaeger, KO, 3. u. 4. Aufl. (1913))
- Jaeger, Ernst* Konkursordnung mit Einföhrungsgesetzen, Band 2,
2. Halbband (§§ 208 – 244), 8. Aufl., Berlin 1973 (zit.:
Bearbeiter in: Jaeger, KO, 8. Aufl. (1973))
- Jaeger, Ernst* Konkursordnung – Großkommentar (§§ 1 – 42),
9. Aufl., Berlin New York 1997 (zit.: *Bearbeiter* in:
Jaeger, KO, 9. Aufl. (1997))
- Jarass, Hans*
Pieroth, Bodo Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland –
Kommentar, 10. Aufl., München 2009 (zit.: *Bearbeiter*
in: Jarass/Pieroth)
- Jauernig, Othmar* Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbe-
handlungsgesetz (Auszug), 13. Aufl., München 2009
(zit.: *Bearbeiter* in: Jauernig)
- Jelinek, Wolfgang*
Nunner, Bettina Kein konkursfreies Vermögen im Konkurs juristischer
Personen, ZIK (Zeitschrift für Insolvenzrecht und
Kreditschutz [Österreich]) 1997, 119
- Johlke, Horst*
Schröder, Jens-Sören Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.07.2003,
14 U 207/01, ZIP 2003, 1510, EWiR 2003, 1095
- Kalter, Anton* Das konkursfreie Vermögen, KTS 1975, 1
- Kegel, Gerhard*
Schurig, Klaus Internationales Privatrecht – Ein Studienbuch, 9. Aufl.,
München 2004
- Keidel, Theodor*
Kuntze, Joachim
Winkler, Karl Freiwillige Gerichtsbarkeit – Kommentar zum Gesetz
über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichts-
barkeit, 15. Aufl., München 2003 (zit.: *Bearbeiter* in:
Keidel/Kuntze/Winkler)
- Kilger, Joachim* Konkursordnung, 15. Aufl., München 1987 (zit.: *Kilger*,
KO, 15. Aufl.)
- Kilger, Joachim* Rechtsanwendung im Konkurs, in: Festschrift Franz
Merz, Köln 1992, 253

- Kilger, Joachim
Schmidt, Karsten* Insolvenzgesetze, KO/VgIO/GesO, 17. Aufl., München 1997 (zit.: *Kilger/K. Schmidt*, InsG)
- Kindler, Peter* Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft? – Die „Überseering“-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht, NJW 2003, 1073
- Kirberger, Petra* Die Notwendigkeit der gerichtlichen Liquidatorenbestellung im Falle der Nachtragsliquidation einer wegen Vermögenslosigkeit gelöschten Gesellschaft oder Genossenschaft, Rpfleger 1975, 341
- Kirchhof, Hans-Peter
Lwowski, Hans-Jürgen
Stürner, Rolf* Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1 (§§ 1 – 102), 2. Aufl., München 2007
Band 2 (§§ 103 – 269), 2. Aufl., München 2008
Band 3 (§§ 270 – 359), 2. Aufl., München 2008
(zit.: *Bearbeiter* in: MüKo InsO)
- Kleine, Wolfgang
Flöther, Lucas* Freigabe in der Insolvenz und Sachenrechtsbereinigung, NJW 2000, 405
- Kluth, Thomas* Die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters oder die „Insolvenz“ der Verwaltertheorien, NZI 2000, 351
- Kohler, Josef* Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891 (zit.: *Kohler*, Lehrbuch des Konkursrechts)
- Koller, Ingo
Roth, Wulf-Henning
Morck, Winfried* Handelsgesetzbuch, 6. Aufl., München 2007 (zit.: *Bearbeiter* in: Koller/Roth/Morck)
- Kollhossner, Helmut* Prölls – Versicherungsaufsichtsgesetz mit Europäischem Gemeinschaftsrecht und Recht der Bundesländer, 12. Aufl., München 2005 (zit.: *Bearbeiter* in: Prölls)
- Kölsch, Rainer* Anmerkung zu BayVGh, Urteil vom 11.12.1979, 118 VIII 76, KTS 1983, 462, KTS 1983, 466
- Konzen, Horst* Der Gläubigerschutz bei Liquidation der masselosen GmbH, in: Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, Berlin 2003; 323
- Konzen, Horst* Soergel – Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 16 (§§ 1018 – 1296), 13. Aufl., Stuttgart 2001 (zit.: *Bearbeiter* in: Soergel)

- Kraft, Alfons
Kreutz, Peter* Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Neuwied Kriftel 2000
- Kreft, Gerhart* Insolvenzordnung – Heidelberger Kommentar, 5. Aufl., Heidelberg 2008 (zit.: *Bearbeiter* in: HK InsO)
- Kreutz, Peter* Von der Einmann- zur „Keinmann“-GmbH?, in: Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag, Berlin New York 1985, 379
- Kroppf, Bruno
Semler, Johannes* Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 7 (§§ 222 – 277), 2. Aufl., München 2001 (zit.: *Bearbeiter* in: MüKo AktG)
- Kropholler, Jan* Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts, 6. Aufl., Tübingen 2006
- Kübler, Bruno M.
Prütting, Hanns* Kommentar zur Insolvenzordnung,
Band 1 (§§ 1 – 79), 38. Lfg. 12/09, Köln 2009
Band 2 (§§ 80 – 173), 38. Lfg. 12/09, Köln 2009
Band 3 (§§ 174 – 359), 38. Lfg. 12/09, Köln 2009
(zit.: *Bearbeiter* in: Kübler/Prütting)
- Kübler, Bruno M.
Prütting, Hanns
Noack, Ulrich* Kommentar zur Insolvenzordnung, Sonderband 1: Gesellschaftsrecht, Köln 1999 (zit.: *Noack, GesR*)
- Kübler, Friedrich
Assmann, Heinz-Dieter* Gesellschaftsrecht: Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen, 6. Aufl., Heidelberg 2006
- Kügel, Wilfried* Die Entwicklung des Altlasten- und Bodenschutzrechts, NJW 2000, 107
- Kuhn, Georg
Uhlenbruck, Wilhelm* Konkursordnung, 10. Aufl., München 1986 (zit.: *Kuhn/Uhlenbruck*, 10. Aufl., (1986))
- Kuhn, Georg
Uhlenbruck, Wilhelm* Konkursordnung, 11. Aufl., München 1994 (zit.: *Kuhn/Uhlenbruck*, 11. Aufl., (1994))
- Landfermann, Hans-Georg* Zur Gestaltung und Formulierung der Insolvenzordnung, in: Festschrift für Wolfram Henckel, Berlin New York 1995, 515

- Lang, Johann*
Weidmüller, Ludwig Genossenschaftsgesetz (Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften): Mit Erläuterungen zum Umwandlungsgesetz: Kommentar, 36. Aufl., Berlin 2008
- Larenz, Karl* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin Heidelberg New York 1991
- Larenz, Karl*
Canaris, Claus-Wilhelm Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin Heidelberg New York 1995
- Leipold, Dieter* Anmerkung zu BAG, Urteil vom 22.03.1988, 3 AZR 350/86, AP Nr. 6 zu § 50 ZPO = NJW 1988, 2637, AP Nr. 6 zu § 50 ZPO
- Leipold, Dieter* BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Tübingen 2008
- Lent, Friedrich* Zur Lehre von der Partei kraft Amtes, ZZP 62 (1941), 129
- Lindacher, Walter* Die Nachgesellschaft – Prozessuale Fragen bei gelöschten Kapitalgesellschaften, in: Festschrift für Wolfram Henckel, Berlin New York 1995, 549
- Looschelders, Dirk*
Roth, Wolfgang Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung – Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1996
- Lüke, Wolfgang* Umweltrecht und Insolvenz, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., Münster 2009, 706
- Lutter, Marcus* Die Auslegung angeleglichenen Rechts, JZ 1992, 593
- Lutter, Marcus*
Hommelhoff, Peter GmbH – Gesetz – Kommentar, 17. Aufl., Köln 2009 (zit.: *Bearbeiter* in: Lutter/Hommelhoff)
- Lutter, Marcus* Holdingprobleme – Bemerkungen zu einem Urteil des schweizerischen Bundesgerichts vom 22. Mai 1979, JZ 1981, 216
- Lwowski, Hans-Jürgen*
Tetzlaff, Christian Altlasten in der Insolvenz – Freigabe, Insolvenzplan und parallele Zwangsverwaltungsverfahren, NZI 2004, 225

- Lwowski, Hans-Jürgen
Tetzlaff, Christian* Verwertung unbeweglicher Gegenstände im Insolvenzverfahren – Ausgewählte Rechtsfragen zur Verwertung von Grundpfandrechten und Zubehör in der Insolvenz, WM 1999, 2336
- Lwowski, Hans-Jürgen
Tetzlaff, Christian* Zivilrechtliche Umwelthaftung und Insolvenz, WM 1998, 1509
- Maiberg, Hermann* Gesellschaftsrecht, 7. Aufl., München Wien 1990
- Maier, Daniel* Die Insolvenz des Rechtsanwalts – zugleich ein Beitrag zur Insolvenz des Selbstständigen, Baden-Baden 2008
- Matthies, Stefan* Der Teilbarkeitsbegriff in der Insolvenzordnung sowie die insolvenzrechtliche Behandlung unteilbarer Leistungen im gegenseitigen Vertrag, Frankfurt am Main 2008
- Maunz, Theodor
Dürig, Günter
Herzog, Roman
u.a.* Grundgesetz – Kommentar, Band III (Art. 17 – 27), 56. Lfg. 10/09, München 2009 (zit.: *Bearbeiter* in: Maunz/ Dürig)
- Maus, Karl Heinz* Steuern bei Neuerwerb im Insolvenzverfahren oder: Der ungeliebte Neuerwerb, ZIP 2004, 389
- Mentzel, Franz
Kuhn, Georg
Uhlenbruck, Wilhelm* Konkursordnung, 9. Aufl., München 1979 (zit.: *Mentzel/ Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 9. Aufl.)
- Merz, Franz* Buchbesprechung *Wolf Schulz*, Die masselose Liquidation der GmbH, ZZZ 100 (1987), 493
- Mes, Peter* Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz – Kommentar, 2. Aufl., München 2005
- Meyer-Landrut, Joachim
Miller, Georg
Niehus, Rudolf* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) einschließlich Rechnungslegung zum Einzel- sowie zum Konzernabschluß, Berlin New York 1987
- Meyer-Sommer, Ellen* Die Freigabe streitbefangener Forderungen im Regelinsolvenzverfahren über das Vermögen einer GmbH, Baden-Baden 2007

- Michalski, Lutz* Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band 2 (§§ 35 – 86), München 2002 (zit.: *Bearbeiter* in: Michalski)
- Mitlehner, Stephan* Anmerkung zu OLG Naumburg, Urt. v. 1.3.2000, 5 U 192/99, ZIP 2000, 976, ZIP 2000, 977
- Möhring, Philipp
Nicolini, Käte* Urheberrechtsgesetz – Kommentar, 2. Aufl., München 2000 (zit.: *Bearbeiter* in: Möhring/Nicolini)
- Mugdan, Benno* Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 3: Sachenrecht, Berlin 1899
- Mugdan, Benno* Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band 1, Allgemeiner Theil, Berlin und Leipzig 1888 (zit.: *Mugdan*, Mot. I)
- Müller, Hans-Friedrich* Der Verband in der Insolvenz, Köln Berlin Bonn München 2002 (zit.: *H.-F. Müller*)
- Müller, Klaus* Kommentar zum Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 4. Band (Anh. nach § 64c bis 164), 2. Aufl., Bielefeld 2000 (zit.: *K. Müller*, GenG)
- Musielak, Hans-Joachim* Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 7. Aufl., München 2009 (zit.: *Bearbeiter* in: Musielak)
- Müther, Peter-Hendrik* Die Löschung juristischer Personen wegen Vermögenslosigkeit – Ein Problemkind der Praxis?, Rpfleger 1999, 10
- Nerlich, Jörg
Römermann, Volker* Insolvenzordnung, 17. Lfg. März 2009, München 2009 (zit.: *Bearbeiter* in: Nerlich/Römermann)
- Nunner, Bettina* Die Freigabe von Konkursvermögen – Grundfragen des Massebegriffes und der Haftungsordnung im Konkurs, Wien 1998
- Ott, Wolfgang
Brauckmann, Dana* Zuständigkeitsgerangel zwischen Gesellschaftsorganen und Insolvenzverwalter in der börsennotierten Aktiengesellschaft, ZIP 2004, 2117

- Pahlke, Armin
Koenig, Ulrich* Abgabenordnung – §§ 1 – 368 – Kommentar, 2. Aufl., München 2009 (zit.: *Bearbeiter* in: Pahlke/Koenig)
- Palandt, Otto* Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen – insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I- und Rom II-Verordnungen, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), BGB-Informationspflichten-Verordnung, Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz, 69. Aufl., München 2010 (zit.: *Bearbeiter* in: Palandt)
- Pape, Gerhard* Anmerkung zu LG Osnabrück, Beschluss vom 24.09.1993, 9 O 177/90, NdsRpfl 1993, 364, EWiR 1994, 164
- Pape, Gerhard* Anmerkung zu OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 12.04.1994, 2 M 31/93, ZIP 1994, 1130, EWiR 1994, 675
- Pape, Gerhard* Die Altlastenproblematik im Konkurs, KTS 1993, 551
- Pape, Gerhard* Entwicklung der Rechtsprechung zum Regelinsolvenzverfahren im Jahre 2003, ZInsO 2004, 237
- Pape, Gerhard* Folgen der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für die Behandlung von Altlasten im Insolvenzverfahren, ZInsO 2002, 453
- Pape, Gerhard
Uhlenbruck, Wilhelm* Insolvenzrecht, München 2002 (zit.: *Pape/Uhlenbruck*, Insolvenzrecht)
- Pape, Gerhard* Kein Ersatz der gesellschaftsrechtlichen Liquidation durch Unternehmenskonkurs, WiPra 1996, 242 ff. / 258 ff. (Fortsetzung)
- Pape, Gerhard* Zum Freigaberecht des Konkursverwalters bei Grundstücken mit Altlasten – Anmerkungen zu dem Beschluss des OVG Lüneburg vom 7. Mai 1991, ZIP 1991, 1607, ZIP 1991, 1544
- Pape, Gerhard* Zur entsprechenden Anwendung des § 166 KO auf eine Verteilung nach Einstellung mangels Masse, ZIP 1992, 747

| | |
|--|--|
| <i>Pape, Gerhard Voigt, Joachim</i> | Zur Zulässigkeit von Individualklagen trotz Gesamtvollstreckung, WiB 1995, 618 |
| <i>Paulick, Alfred</i> | Die GmbH ohne Gesellschafter, Eine Untersuchung zur Entstehung, Zulässigkeit und Handhabung der Keimmann GmbH, Göttingen 1979 |
| <i>Paulus, Christoph</i> | Insolvenzverwalter und Gläubigerorgane, NZI 2008, 705 |
| <i>Paura, Jörg</i> | Liquidation und Liquidationspflichten – Pflichten von Organen und Mitgliedern nach Auflösung der Gesellschaft, Hamburg 1996 |
| <i>Pawlowski, Hans-Martin</i> | Einführung in die juristische Methodenlehre – ein Studienbuch zu den Grundlagenfächern Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie, 2. Aufl., Heidelberg 2000 (zit.: <i>Pawlowski</i> , Einführung) |
| <i>Pawlowski, Hans-Martin</i> | Methodenlehre für Juristen: Theorie der Norm und des Gesetzes: Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Heidelberg 1999 (zit.: <i>Pawlowski</i> , Methodenlehre) |
| <i>Pech, Janine</i> | Die Einbeziehung des Neuerwerbs in die Insolvenzmasse – Konsequenzen und Probleme des § 35 InsO, Frankfurt am Main 1999 |
| <i>Petersen, Jan</i> | Ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit und Insolvenz, NJW 1992, 1202 |
| <i>Pieper, Nicole</i> | Die Freigabe in der Insolvenz einer GmbH, Hamburg 2007 |
| <i>Pluta, Michael</i> | Anmerkung zu LG Chemnitz, Urteil vom 15.11.1995, 9 O 3353/94, ZIP 1995, 2007, EWiR 1996, 265 |
| <i>Pöhlmann, Peter Fandrich, Andreas Bloehs, Joachim</i> | Genossenschaftsgesetz – Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften nebst umwandlungsrechtlichen Vorschriften für Genossenschaften, 3. Aufl., München 2007 |
| <i>Purps, Thorsten Schumann, Gunda</i> | Die Freigabe in der Insolvenz im Falle getrennten Boden- sowie Gebäudeeigentums, VIZ 1999, 385 |

- Rauscher, Thomas* Internationales Privatrecht – Mit internationalem und europäischem Verfahrensrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2009
- Rauscher, Thomas*
Wax, Peter
Wenzel, Joachim Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen
Band 1 (§§ 1 – 510c), 3. Aufl., München 2008
Band 2 (§§ 511 – 945), 3. Aufl., München 2007
(zit.: *Bearbeiter* in: MüKo ZPO)
- Rebmann, Kurt*
Säcker, Franz Jürgen
Rixecker, Roland Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Band 1, 1. Halbband (§§ 1 – 240, ProstG), 5. Aufl., München 2006
Band 2 (§§ 241 – 432), 5. Aufl., München 2007
Band 3 (§§ 433 – 610), 5. Aufl., München 2008
Band 4 (§§ 611 – 704), 5. Aufl., München 2009
Band 5 (§§ 705 – 853), 5. Aufl., München 2009
Band 6 (§§ 854 – 1296), 5. Aufl., München 2009
Band 9 (§§ 1922 – 2385), 4. Aufl., München 2004
(zit.: *Bearbeiter* in: MüKo BGB)
- Reichsgerichtsräte-*
kommentar herausgegeben
von den Mitgliedern des
Bundesgerichtshofes Das Bürgerliche Gesetzbuch – mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Band 1 (§§1 – 240), 12. Aufl., Berlin New York 1982 (zit.: *Bearbeiter* in: RGRK)
- Reimer, Eduard*
Schade, Hans
Schippel, Helmut ArbEG – Gesetz über Arbeitnehmererfindungen und deren Vergütungsrichtlinien – Kommentar, 8. Aufl., Berlin 2007 (zit.: *Bearbeiter* in: Reimer/Schade/Schippel)
- Riehm, Thomas* Gerichtliche Bestellung des Nachtragsliquidators – ein Modell für alle Handelsgesellschaften, NZG 2003, 1054
- Rigol, Ruth* Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.04.2005, IX ZR 281/03, BGHReport 2005, 1080
- Robrecht, Friedrich* Der Informationsanspruch des GmbH-Geschäftsführers nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, GmbHR 2002, 692
- Rödder, Carsten* Kompetenzbeschränkungen der Gesellschaftsorgane in der Insolvenz der GmbH, Frankfurt am Main Berlin Bern 2007

- Rodewald, Jörg* Zu Wesen und Wirkung der Liquidations-Schlußbilanz für die GmbH, GmbHHR 1994, 454
- Röhricht, Volker
von Westphalen, Friedrich* Handelsgesetzbuch – Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften und besonderen Handelsverträgen (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht), 3. Aufl., Köln 2008 (zit.: *Bearbeiter* in: Röhricht/v. Westphalen)
- Rosenberg, Leo
Schwab, Karl Heinz
Gottwald, Peter* Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 2004
- Roth, Günter
Altmeppen, Holger* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 6. Aufl., München 2009 (zit.: *Bearbeiter* in: Roth/Altmeppen)
- Rowedder, Heinz
Schmidt-Leithoff, Christian* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 4. Aufl., München 2002 (zit.: *Bearbeiter* in: Rowedder/Schmidt-Leithoff)
- Roy, Rudolf
Palm, Franz* Zur Problematik der Zwangsvollstreckung in Computer, NJW 1995, 690
- Ruhwedel, Edgar* Die Partenreederei – Das Erscheinungsbild einer historisch gewachsenen Gesellschaft im modernen Recht, Bielefeld 1973
- Rüthers, Bernd* Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?, JZ 2002, 365
- Rüthers, Bernd* Gelegener Richterstaat und vernebelte Richtermacht, NJW 2005, 2759
- Rüthers, Bernd* Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, JZ 2006, 53
- Saenger, Ingo* Die im Handelsregister gelöschte GmbH im Prozeß, GmbHHR 1994, 300
- Schade, Hans* Der Erfinder, GRUR 1977, 390
- Schlitt, Michael* Die GmbH & Co. KG in der Insolvenz nach neuem Recht (2. Teil), NZG 1998, 755

- Schmidt, Andreas* Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 3. Aufl.,
Münster 2009 (zit.: *Bearbeiter* in: Hamburger
Kommentar)
- Schmidt, Hubert* Zur Vollbeendigung juristischer Personen, Bielefeld
1989
- Schmidt, Karsten*
Lutter, Marcus Aktiengesetz Kommentar, 2. Band (§§ 150 – 410), Köln
2008
- Schmidt, Karsten* Aktienrecht und Insolvenzrecht – Organisations-
probleme bei insolventen Aktiengesellschaften, AG
2006, 597
- Schmidt, Karsten* „Altlasten in der Insolvenz“ – unendliche Geschichte
oder ausgeschriebenes Drama?, ZIP 2000, 1913
- Schmidt, Karsten* Altlasten, Ordnungspflicht und Beseitigungskosten im
Konkurs – Wege und Irrwege der verwaltungsgericht-
lichen Praxis, NJW 1993, 2833
- Schmidt, Karsten* Anwendung von Handelsrecht auf Rechtshandlungen
des Konkursverwalters – Zum Urteil des BGH
25.2.1987, NJW 1987, 1905
- Schmidt, Karsten* Bodensanierung, Ordnungspflicht und Ersatzvornahme
im Konkurs einer Handelsgesellschaft, BB 1991, 1273
- Schmidt, Karsten* Das Insolvenzrecht und seine Reform zwischen Prozeß-
recht und Unternehmensrecht, KTS 1988, 1
- Schmidt, Karsten* Das Insolvenzverfahren neuer Art – Kernprobleme der
Insolvenzrechtsreform nach dem Kommissionsbericht,
ZGR 1986, 178
- Schmidt, Karsten* Das Prozeßrechtsverhältnis bei Umstrukturierung, Auf-
lösung und Konkurs einer Handelsgesellschaft – Ein
Beitrag zur zivilprozessualen Parteilehre und zu §§ 239
ff ZPO, in: Festschrift für Wolfram Henckel, Berlin
New York 1995, 749
- Schmidt, Karsten* Der Konkursverwalter als Gesellschaftsorgan und als
Repräsentant des Gemeinschuldners – Versuch einer
Konkursverwaltertheorie für heute und morgen, KTS
1984, 345

- Schmidt, Karsten*
Uhlenbruck, Wilhelm Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz – Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Bankrecht und Organisation bei Krisenvermeidung, Krisenbewältigung und Abwicklung, 4. Aufl., Köln 2009 (zit.: *Bearbeiter* in: K. Schmidt/W. Uhlenbruck)
- Schmidt, Karsten* Die Handels- Personengesellschaft in Liquidation – Ein neues Bild des Liquidationsrechts der Gesamthandsgesellschaften, ZHR 153 (1989), 271
- Schmidt, Karsten* Die Partenreederei als Handelsgesellschaft, Köln Berlin Bonn München 1995
- Schmidt, Karsten* Die stille Liquidation: Stiefkind des Insolvenzrechts – Eine Problemskizze am Beispiel der GmbH und der GmbH & Co., ZIP 1982, 9
- Schmidt, Karsten* Eigenkapitalersatz und Überschuldungsfeststellung, GmbHR 1999, 9
- Schmidt, Karsten* Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln Berlin Bonn München 2002 (zit.: *K. Schmidt, GesR*)
- Schmidt, Karsten* GmbH-Reform, Solvenzgewährleistung und Insolvenzpraxis, GmbHR 2007, 1
- Schmidt, Karsten* Handelsrecht, 5. Aufl., Köln Berlin Bonn München 2002 (zit.: *K. Schmidt, HandelsR*)
- Schmidt, Karsten* Insolvenz und Insolvenzabwicklung bei der typischen GmbH & Co. KG – Thesen und Fragen zur Verzahnung von Insolvenzverwaltung und -abwicklung bei der GmbH & Co. KG, GmbHR 2002, 1209
- Schmidt, Karsten* Insolvenzordnung und Gesellschaftsrecht, ZGR 1998, 633
- Schmidt, Karsten* Insolvenzordnung und Unternehmensrecht – Was bringt die Reform?, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., Herne Berlin 2000, 1199
- Schmidt, Karsten* Insolvenzrisiko und gesellschaftsrechtliche Haftung – Die Unternehmensinsolvenz als Bewährungsprobe des Gesellschaftsrechts, JZ 1985, 301

- Schmidt, Karsten* Institutionen eines künftigen Insolvenzrechts der Unternehmen – Ein Diskussionsbeitrag zum Ersten Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, ZIP 1985, 713
- Schmidt, Karsten* Kapitalsicherung in der GmbH & Co. KG: Schlussbilanz oder Zwischenbilanz einer Rechtsfortbildung? – Eine Skizze mit Ausblicken auf die Auslandsgesellschaft & Co. Sowie auf die Stiftung & Co. KG, GmbHR 1989, 141
- Schmidt, Karsten* Klage und Rechtshängigkeit bei Konkursöffnung vor Klagezustellung, NJW 1995, 911
- Schmidt, Karsten*
Schulz, Wolf Konkursfreies Vermögen insolventer Handelsgesellschaften? – Systemfragen des Unternehmenskonkurses, ZIP 1982, 1015
- Schmidt, Karsten* Liquidationsbilanzen und Konkursbilanzen – Rechtsgrundlagen für Sonderbilanzen bei aufgelösten Handelsgesellschaften, Heidelberg 1989 (zit.: *K. Schmidt*, Liquidationsbilanzen)
- Schmidt, Karsten* Liquidationszweck und Vertretungsmacht der Liquidatoren – Ein Beitrag zur Auslegung der §§ 49 BGB, 149 HGB, 70 GmbHG, 88 GenG und 269 AktG, AcP 174 (1974), 55
- Schmidt, Karsten* Löschung und Beendigung der GmbH – Grundfragen der Vermögenslosigkeit, Vollbeendigung und Nachtragsliquidation, GmbHR 1988, 209
- Schmidt, Karsten* Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht – Unternehmens- und insolvenzrechtlicher Teil – Gutachten für den 54. Deutschen Juristentag, Band I Teil D, München 1982 (zit.: *K. Schmidt*, Gutachten Unternehmensinsolvenz)
- Schmidt, Karsten* Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
Band 1 (§§ 1 – 104), 2. Aufl., München 2005
Band 2 (§§ 105 – 160), 2. Aufl., München 2006
Band 4 (§§ 238 – 342e), 2. Aufl., München 2008
(zit.: *Bearbeiter* in: MüKo HGB)

- Schmidt, Karsten* Unterbrechung und Fortsetzung von Prozessen im Konkurs einer Handelsgesellschaft – Fragen und Thesen zu §§ 240 ZPO, 10 ff. KO (96 ff. InsO), KTS 1994, 309
- Schmidt, Karsten* Verbotene Zahlungen in der Krise von Handelsgesellschaften und die daraus resultierenden Ersatzpflichten – Insolvenzzrechtliche Brotvermehrung durch Klagen nach § 64 Abs. 2 GmbHG (§§ 92 AktG, 130a, 177a HGB, 99 GenG), ZHR 168 (2004), 637
- Schmidt, Karsten* Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen – Befunde, Kritik, Perspektiven, Köln 1990 (zit.: *K. Schmidt, Wege*)
- Schmidt, Karsten* Zur Ablösung des Löschungsgesetzes, GmbHR 1994, 829
- Schmidt, Karsten* Zustandshaftung im Konkurs einer Handelsgesellschaft – Ordnungsrecht unter der Herrschaft der Insolvenzrechtsdoktrin, in: Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, Berlin New York 1987, 699
- Scholz, Franz* Kommentar zum GmbH-Gesetz – mit Anhang Konzernrecht,
Band 1 (§§1 – 34), 10. Aufl., Köln 2006
Band 3 (§§ 53-85), 10. Aufl., Köln 2010
(zit.: *Bearbeiter* in: Scholz)
- Schuckmann, Hans-Joachim*
Sonnenfeld, Susanne Jansen FGG – Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – Großkommentar, Band 3 (§§ 71 – 200), 3. Aufl., Berlin 2006 (zit.: *Bearbeiter* in: Jansen)
- Schultze, Thilo* Die Änderung des Firmennamens bei drohender Insolvenz, DZWIR 2005, 56
- Schulz, Wolf* Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 20.01.1984, 4 C 37/80, NJW 1984, 2427, NJW 1984, 2428
- Schulz, Wolf* Die masselose Liquidation der GmbH – Zum Zweck von Konkurs und Liquidation am Beispiel der GmbH, Heidelberg 1986
- Schulz, Wolf* Zur Verdrängung und Ersetzung der Gesellschaftsorgane durch den Konkursverwalter, KTS 1986, 389

- Schwab, Brent* Die Rechtsstellung des Urhebers in der Insolvenz, KTS 1999, 49
- Seidel, Christiane
Flitsch, Michael* Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.07.2003, 14 U 207/01, DZWIR 2004, 123, DZWIR 2004, 125
- Smid, Stefan* Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.04.2005, IX ZR 281/03, jurisPR-BGHZivilR 34/2005 Anm. 5 (Online Ressource)
- Smid, Stefan* Die Aufgaben des neuen Insolvenzverfahrens, DZWIR 1997, 309
- Smid, Stefan* Freigabe des Neuerwerbs in der Insolvenz selbständig tätiger Schuldner, DZWIR 2008, 133
- Smid, Stefan* Insolvenzordnung, 2. Aufl., Stuttgart Berlin Köln 2001 (zit.: *Bearbeiter* in: Smid)
- Sonnen, Bernd-Rüdiger
Tetzlaff, Christian* Umweltstrafrechtliche Unterlassungshaftung des Insolvenzverwalters bei Umweltschäden in der Insolvenz, wistra 1999, 1
- Statistisches Bundesamt* Statistisches Jahrbuch 2009 – Für die Bundesrepublik Deutschland, Wiesbaden 2009 (zit.: Statistisches Jahrbuch 2009)
- Staub, Hermann
Canaris, Claus-Wilhelm
Schilling, Wolfgang
Ulmer, Peter* Handelsgesetzbuch – Großkommentar, Band 1 (§§ 1 – 104), 4. Aufl., Berlin New York 1995
Band 2 (§§ 105 – 237), 4. Aufl., Berlin New York 2004 (zit.: *Bearbeiter* in: Staub)
- Staub, Hermann
fortgeführt von den
Mitgliedern des
Reichsgerichts* Handelsgesetzbuch – Großkommentar, Band 2, 2. Halbband (§§ 145 – 177, 335 – 342), 3. Aufl., Berlin 1970 (zit.: *Bearbeiter* in: Staub (1970))
- von Staudinger, Julius* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, §§ 21 – 79, Neubearbeitung, Berlin 2005
Drittes Buch, Sachenrecht, ErbbVO, §§ 1018 – 1112, Neubearbeitung, Berlin 2002 (zit.: *Bearbeiter* in: Staudinger)

- Stein, Friedrich
Jonas, Martin* Kommentar zur Zivilprozessordnung,
Band 2 (§§ 41 – 127a), 22. Aufl., Tübingen 2006
Band 7 (§§ 704 – 827), 22. Aufl., Tübingen 2002
(zit.: *Bearbeiter* in: Stein/Jonas)
- Steinbeck, Anja* Die Verwertbarkeit der Firma und der Marke in der
Insolvenz, NZG 1999, 133
- Sternal, Werner* Das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens,
NJW 2007, 1909
- Stichelbrock, Barbara* Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz –
von der Vollstreckung nach §§ 112 ff. UrhG bis zum
Kündigungsverbot des § 112 InsO, WM 2004, 549
- Stobbe, Michael* Die Durchsetzung gesellschaftsrechtlicher Ansprüche
der GmbH in Insolvenz und masseloser Liquidation,
Köln, 2001
- Stürner, Rolf* Aktuelle Probleme des Konkursrechts – Zur Neubear-
beitung des *Jaegerschen* Kommentars, ZZZ 94 (1981),
263
- Stürner, Rolf* Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZZ 99
(1986), 291
- Stürner, Rolf* Umwelthaftung und Insolvenz, in: Festschrift Franz
Merz, Köln 1992, 563
- Sudhoff, Heinrich* GmbH & Co. KG, 6. Aufl., München 2005 (zit.:
Bearbeiter in: Sudhoff)
- Tetzlaff, Christian* Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 04.10.2000, 11
B 52.00 (OVG Lüneburg), EWiR 2003, 535
- Theil, Clemens* Anmerkung zu BAG, Urteil vom 09.07.1981, 2 AZR
329/79, JZ 1982, 372, JZ 1982, 373
- Thomas, Heinz
Putzo, Hans* Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, den
Einführungsgesetzen und europarechtlichen
Vorschriften – Kommentar, 30. Aufl., München 2009
(zit.: *Bearbeiter* in: Thomas/Putzo)

- Uhlenbruck, Jan* Die Rechtsfolgen der Abweisung oder Einstellung mangels Masse für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., Herne Berlin 2000, S. 1187
- Uhlenbruck, Wilhelm* Die Bedeutung des neuen Insolvenzrechts für GmbH-Geschäftsführer (I), GmbHR 1999, 313
- Uhlenbruck, Wilhelm* Die Durchsetzung von Gläubigeransprüchen gegen eine vermögenslose GmbH und deren Organe nach geltendem und neuem Insolvenzrecht, ZIP 1996, 1641
- Uhlenbruck, Wilhelm* Insolvenzordnung, 12. Aufl., München 2003 (zit.: *Bearbeiter* in: Uhlenbruck, 12. Aufl.)
- Uhlenbruck, Wilhelm* Insolvenzordnung, 13. Aufl., München 2010 (zit.: *Bearbeiter* in: Uhlenbruck)
- Uhlenbruck, Wilhelm* Gesellschaftsrechtliche Aspekte des Insolvenzrechts, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., Herne Berlin 2000, 1157
- Uhlenbruck, Wilhelm* Gesetzesunzulänglichkeit bei Masseunzulänglichkeit, NZI 2001, 408
- Uhlenbruck, Wilhelm* Kosten gesellschaftsrechtlicher Pflichten und Sanierungsmaßnahmen in der Insolvenz, NZI 2007, 313
- Ulmer, Peter* Hachenburg – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Band 3 (§§ 53 – 85), 8. Aufl., Berlin New York 1997 (zit.: *Bearbeiter* in: Hachenburg)
- Vallender, Heinz* Auflösung und Löschung der GmbH – Veränderungen aufgrund des neuen Insolvenzrechts, NZG 1998, 249
- Wagner, Magnus
Zabel, Karsten* Insolvenzverschleppungshaftung nach § 64 II GmbHG wegen Überschuldung – Anreicherung der Masse durch Haftungsverlagerung auf den Steuerberater?, NZI 2008, 660
- Wandtke, Artur-Axel
Bullinger, Winfried* Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl., München 2009 (zit.: *Bearbeiter* in: Wandtke/Bullinger)
- Weber, Friedrich* Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29.05.1961, VII ZR 46/60, JZ 1963, 222, JZ 1963, 223

- Weber, Friedrich* Die Funktionsteilung zwischen Konkursverwalter und Gesellschaftsorganen im Konkurs der Kapitalgesellschaft, KTS 1970, 73
- Weitemeyer, Birgit* Ordnungsrechtliche Maßnahmen im Konkursverfahren: Insolvenz und Schutz der Umwelt, Baden-Baden 1995
- Westermann, Harm Peter* Erman Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar mit EGBGB, ErbbauVO, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, 12. Aufl., Köln 2008 (zit.: *Bearbeiter* in: Erman)
- Westpfahl, Lars* Umweltschutz und Insolvenz – Zugleich ein Beitrag zur Rechtsanwendung im Konkurs, Köln, 1998
- Wicke, Hartmut* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Kommentar, München 2009
- Wimmer, Klaus* Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Aufl., Köln 2009 (zit.: *Bearbeiter* in: FK InsO)
- Wimpfheimer, Heinrich* Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation, München 1908
- Windbichler, Christine* Gesellschaftsrecht – Ein Studienbuch, 22. Aufl., München 2009
- Wolff, Theodor* Die Konkursordnung mit Einführungsgesetz, Nebengesetzen und Ergänzungen, 2. Aufl., Berlin Leipzig 1921 (zit.: *Wolff*, KO, 2. Aufl. (1921))
- Zeising, Jörg* Die insolvenzrechtliche Verwertung und Verteidigung von gewerblichen Schutzrechten – Teil III, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte (Mitt.) 2001, 60
- Zimmer, Daniel
Naendrup, Christoph* Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht, NJW 2009, 545
- Zippelius, Reinhold* Juristische Methodenlehre, 10. Aufl., München 2006

Zöller, Richard

Zivilprozessordnung – mit FamFG (§§ 1-185, 200-270, 433-484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen – Kommentar, 28. Aufl., 2010 (zit.: *Bearbeiter* in: Zöller)

Zöllner, Wolfgang

Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 5/3 (§§ 262 – 290), 2. Aufl., Köln Berlin München 2004 (zit. *Bearbeiter* in: KK AktG)

