



7. DEUTSCHER INSOLVENZRECHTSTAG 2010

- WISSENSCHAFT, RECHTSPRECHUNG, PRAXIS -

17. bis 19. MÄRZ 2010

**Konsolidierte Insolvenzabwicklung?
- Überlegungen über GmbH & Co.-Insolvenzen und
Konzerninsolvenzen -**

Prof. Dr. Karsten Schmidt, Bucerius Law School, Hamburg

Konsolidierte Insolvenzabwicklung?

- Überlegungen über GmbH & Co.-Insolvenzen und Konzerninsolvenzen -

Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt, Präsident der Bucerius Law School in Hamburg

I. Zum Thema

1. Konzerninsolvenzen und GmbH & Co.-Insolvenzen haben ein Dreifaches gemeinsam:

- In beiden Fällen geht es um gesellschaftsrechtlich miteinander verbundene, jedoch unterscheidbare Rechtsträger.
- In beiden Fällen legt die schicksalhafte Verbindung dieser Rechtsträger im Insolvenzfall ein konsolidiertes Verfahren nahe.
- In beiden Fällen ist ein solches weder gesellschaftsrechtlich noch insolvenzrechtlich im Gesetz angelegt.

2. Das Recht der Unternehmensinsolvenzen zielt auf Abwicklung oder Reorganisation insolventer Unternehmen. Aber rechtstechnisch knüpft es beim Rechtsträger („Schuldner“) an. Dies bereitet Schwierigkeiten, wenn das Unternehmen wie in Fällen der GmbH & Co. oder des Konzerns aus mehr als einem Rechtsträger besteht.

3. Geht man von einem Einheitsunternehmen aus – was bei der GmbH & Co. KG typisch und beim Konzern immerhin möglich ist –, so liegt der Gedanke einer konsolidierten Abwicklung im Insolvenzfall nahe. Aber eine solche Einheitsinsolvenz kann immer nur ein „Als ob“ sein: eine Abwicklung, als läge ein einziges Insolvenzverfahren vor. Damit stellt sich die Frage, wie nahe die Abwicklung technischer getrennter Massen einem Einheitsinsolvenzverfahren kommen kann.

II. GmbH & Co.-Insolvenzen

4. Bei der typischen GmbH & Co. KG könnte die perfekte als-ob-Konsolidierung darin bestehen,

- dass alle ungedeckten Verbindlichkeiten jeder der Gesellschaften auch der jeweils anderen in Rechnung gestellt werden (§ 93 InsO bzw. § 110 HGB),
- dass auch die Massekosten und Masseschulden jeder der Gesellschaften vice versa zur Last gelegt würden und
- dass die Insolvenzquoten gleich sind.

Dieses Ziel ist de lege lata jedoch nicht erreichbar.

5. Die Regelung des § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB (Insolvenz des pHG als Ausscheidensfall) entspricht bei typischen Personengesellschaften dem regelmäßigen Gesellschafterwillen. Sie wird sogar in vielen GmbH & Co.-Verträgen auf die Kommanditisten ausgedehnt.

6. Bei einer GmbH & Co. KG ist die Regelung des § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB sinnvoll ausschließlich

- im (unwahrscheinlichen) Fall einer Separatinsolvenz nur der GmbH sowie
- im (unwahrscheinlichen) Fall einer Vermögenslosigkeit der Komplementär-GmbH.

7. Auf die Simultaninsolvenz von KG und GmbH passt § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB nicht (teleologische Reduktion; a.M. BGH, DB 2004, 1258 = GmbHR 2004, 952 = ZIP 2004, 1047). Auch die Einpersonen-GmbH & Co. KG erlischt deshalb nicht durch die Insolvenz der GmbH (a.M. BGH, aaO). Einer Haftungsbeschränkung für den Alleinkommanditisten (dazu BGH, aaO) mit analoger Anwendung der Bestimmungen über

die Nachlassinsolvenz (§§ 1975 BGB, 315 ff. InsO und dazu OLG Hamm, ZIP 2007, 1233, 1237 f.) bedarf es deshalb in der Mehrheit der Fälle nicht.

8. Im Fall der Simultaninsolvenz empfiehlt sich die Einsetzung eines und desselben Insolvenzverwalters für beide Gesellschaften. Dieser meldet den sich aus § 93 InsO i.V.m. §§ 128, 161 Abs. 2 HGB ergebenden Haftungsanspruch für die KG-Masse in der GmbH-Insolvenz an, m.a.W.: Er trägt ihn einfach in die Tabelle ein.

Im Fall der Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO) bleibt die Geschäftsführung der GmbH für beide Gesellschaften zuständig (verzahnte Eigenverwaltung).

9. Die herrschende Auffassung hält den Insolvenzverwalter an, die Massen der Kommanditgesellschaft und ihrer Komplementär-GmbH und ihrer je eigenen Insolvenzgläubigerkreise streng auseinander zu halten. Charakteristisch für dieses Bild der Doppelinsolvenz ist das Urteil BGH, NJW 2009, 225 = NZI 2009, 45 = ZIP 2008, 2224: Separate Anfechtungsbefugnisse in der KG-Insolvenz und der Gläubigerinsolvenz.

10. Auch Kapitalaufbringungsklagen (§§ 7, 19 GmbHG) und Kapitalerhaltungsklagen (§ 31 GmbHG) sind, was die Komplementär-GmbH anlangt, grundsätzlich für diese zu erheben (charakteristisch, wenn auch im Ergebnis bedenklich BGHZ 174, 370 = NZI 2008, 322 = ZIP 2008, 174). Anderes gilt nur, soweit es sich um Liquiditätsabflüsse aus dem KG-Vermögen handelt (ständige Rspr. seit BGHZ 60, 324 = NJW 1973, 1036).

III. Konzern-Insolvenz

11. Die Diskussion um den UNCITRAL „Legislative Guide“ zur Einführung eines Konzerninsolvenzrechts schwankt zwischen nachdrücklicher Ermunterung (zuletzt Bork, ZIP 2010, 397 ff.) und Resignation (zuletzt Ehrlicke in Kölner Schrift, 3. Aufl.

2010, Kap. 32 Rdnr. 61). Es muss streng zwischen Konzernlösungen de lege ferenda und den geringen Möglichkeiten de lege lata unterschieden werden.

12. Die UNCITRAL-Vorschläge de lege ferenda bleiben bisher weitgehend im Allgemeinen und geben wenig konkreten Anhalt. Sie basieren auch weitgehend auf einem kaum greifbaren Begriff der Unternehmensgruppe. Dieser ist in den §§ 15 ff. AktG nicht angelegt, ebenso wenig ein Konzept der Vollkonsolidierung. Für eine „substantive consolidation“ fehlen de lege lata wie auch de lege ferenda die Grundlagen.

13. Die UNCITRAL-Vorschläge helfen aber bei der Bestimmung der für eine „joint administration“ relevanten Themen, nämlich

- Verfahrenseröffnung und
- Verfahrensdurchführung,

dies alles unter Einbeziehung grenzüberschreitender Fälle.

14. Bezüglich der Verfahrenseröffnung wird rechtspolitisch diskutiert über

- das Prioritätsprinzip,
- einen Vorrang des Mutter-Gerichtsstands,
- die Zulassung von Wahlgerichtsständen und
- die echte Prorogation.

15. Die deutsche Praxis hat aus dem „ausschließlichen“ Unternehmensgerichtsstand des § 3 Abs. 1 Satz 2 InsO einen verdeckten Wahlgerichtsstand gemacht. Rechtspolitisch vorzuziehen wäre ein Sitz-Gerichtsstand mit Wahl- und Verweisungsgerichtsstand bei dem COMI (eingehend Karsten Schmidt, KTS 2010, 1, 22 ff.).

16. Einen Konzern-Insolvenzverwalter im technischen Sinne gibt es nicht. Die Führung von Konzerninsolvenzen in Personalunion kann oftmals genau so sachdienlich sein, wie in anderen Fällen eine Aufgabenteilung. In beiden Fällen – nicht nur im ersteren – sollte die Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters möglich sein. Der in Personalunion agierende Insolvenzverwalter kann konzerninterne Forderungen ohne besondere Anmeldung in die Tabelle aufnehmen.

Im Fall der Eigenverwaltung ist für jede Konzerngesellschaft ihr Leitungsorgan zuständig.

17. Unternehmensverträge enden weder durch die Insolvenz der Mutter- noch der Tochtergesellschaft (str.). Allerdings werden Unternehmensverträge

- durch eine Insolvenz des abhängigen Unternehmens außer Vollzug gesetzt (im Ergebnis ähnlich die hM) und sind
- im Fall einer Insolvenz des herrschenden Unternehmens kündbar.

Die Ausübung von Konzernherrschaft gegenüber einem Insolvenzverwalter ist ausgeschlossen. Ihre Ausübung durch einen Insolvenzverwalter ist es nicht.

18. Anfechtungstatbestände und Anfechtungsprozesse unter Konzerngliedern unterstreichen die Richtigkeit eines auf Vollkonsolidierung verzichtenden Konzern-Insolvenzrechts und zeigen Grenzen auch für die „joint administration“.