

**Stellungnahme des Verbandes Insolvenzverwalter Deutschlands (VID)
zum Referentenentwurf eines
Gesetzes zur Modernisierung
des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)**

I. Vorbemerkung

Zu Beginn der 19. Legislaturperiode verständigten sich die Koalitionsparteien CDU/CSU und SPD darauf, das Recht der Personengesellschaften zu modernisieren. Am 20.04.2020 veröffentlichte das BMJV das Arbeitsergebnis der 2018 eingesetzten Expertenkommission, den Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts.

Diesem folgte am 19.11.2020 der nun vorliegende Referentenentwurf. Die nachfolgende Stellungnahme beschränkt sich auf einzelne insolvenzrechtliche Implikationen des Entwurfs.

II. Im Einzelnen

1. Artikel 1 – Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuches

a) § 706 BGB-E (Sitz der Gesellschaft)

§ 706 BGB-E sieht vor: *„Sitz der Gesellschaft ist vorbehaltlich des Satzes 2 der Ort, an dem deren Geschäfte tatsächlich geführt werden (Verwaltungssitz). Ist die Gesellschaft im Gesellschaftsregister eingetragen und haben die Gesellschafter einen Ort im Inland als Sitz vereinbart (Vertragssitz), so ist dieser Ort Sitz der Gesellschaft“.*

In der Sache ermöglicht die Vorschrift unter bestimmten Voraussetzungen die Trennung des Verwaltungs- von dem Vertragssitz, und zwar unabhängig davon, ob die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat oder in einem Drittstaat hat.¹

Das Sitzwahlrecht soll zwei Beschränkungen unterliegen. Die Begründung des Entwurfs führt dazu aus:

„Zum einen gilt es nur für den Fall, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Register eingetragen ist. Angesichts der Bedeutung des Sitzes etwa in Bezug auf die Zuständigkeit des Register-

¹ Vgl. Entwurfsbegründung S. 141.

gerichts (§ 707 Absatz 1 BGB-E), des Prozessgerichts (§ 17 Absatz 1 Satz 2 ZPO) und des Insolvenzgerichts (§§ 3, 4 InsO) bedarf die Sitzwahl nämlich einer verlässlichen Grundlage (...). Der formlos mögliche Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft bietet im Vergleich zu der notariell zu beurkundenden Satzung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder Aktiengesellschaft (§ 2 Absatz 1 Satz 1 GmbHG, § 23 Absatz 1 Satz 1 AktG) nur dann eine verlässliche Grundlage für die Sitzbestimmung, wenn die Angabe zum Sitz zur Eintragung in das Register angemeldet wird. In diesem Fall wird dem Registergericht der Sitz, auf den sich die Gesellschafter geeinigt haben, im Zuge der Anmeldung mitgeteilt (§ 707 Absatz 1 BGB-E). Dass diese Einigung dem tatsächlichen Willen der Gesellschafter entspricht, wird dadurch sichergestellt, dass sämtliche Gesellschafter die Anmeldung zu bewirken haben (§ 707 Absatz 4 Satz 1 BGB-E). Bezogen auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts hängt das Sitzwahlrecht also davon ab, ob die Gesellschafter von ihrem Eintragungswahlrecht Gebrauch machen. Hierbei muss der Vertragssitz – der Wertung des § 4a GmbHG folgend – zwingend im Inland liegen. Dadurch soll die Gesellschaft fest in der deutschen Rechtsordnung „verankert“ werden. Ein ausländischer Vertragssitz würde hingegen die Durchsetzung des deutschen Gesellschaftsrechts durch deutsche Gerichte und Behörden erschweren oder gar verhindern (...).²

Dass die Sitzwahl insbesondere im Hinblick auf das jeweils zuständige Insolvenzgericht und künftig auch das Restrukturierungsgericht³ einer verlässlichen Grundlage bedarf, ist selbstverständlich. Es sollte deshalb klargestellt werden, dass die Zuständigkeitsregelung des § 3 Abs. 1 Satz 2 InsO und des neuen § 35 StaRUG⁴ von der Regelung des § 706 BGB-E nicht verdrängt wird.

Eine Klarstellung⁵ ist insbesondere für den Fall hilfreich, dass eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die (noch) nicht im Gesellschaftsregister eingetragen ist, einen vom bisherigen Verwaltungssitz abweichenden Sitz zur Erst-Eintragung in das Register am Ort des gewünschten Gerichts vornimmt.⁶ Ein auf diese Weise mögliches „forum shopping“ würde einen entsprechenden Missbrauch motivieren.

Zudem muss auch für betroffene Gläubiger klar sein, an welchem Gericht Fremdanträge zu stellen sind.

² Vgl. Entwurfsbegründung S. 142.

³ So regelt § 3 InsO zur örtlichen Zuständigkeit: „(1) Örtlich zuständig ist ausschließlich das Insolvenzgericht, in dessen Bezirk der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Liegt der Mittelpunkt einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners an einem anderen Ort, so ist ausschließlich das Insolvenzgericht zuständig, in dessen Bezirk dieser Ort liegt. (2) Sind mehrere Gerichte zuständig, so schließt das Gericht, bei dem zuerst die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt worden ist, die übrigen aus.“ Ähnlich nun auch § 35 StaRUG: „Örtlich zuständig ist ausschließlich das Restrukturierungsgericht, in dessen Bezirk der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Liegt der Mittelpunkt einer wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners an einem anderen Ort, so ist ausschließlich das Restrukturierungsgericht zuständig, in dessen Bezirk dieser Ort liegt.“

⁴ Vgl. BR-Drs. 762/20 vom 17.12.2020.

⁵ Eine Klarstellung empfiehlt sich auch vor dem Hintergrund, dass § 706 BGB-E den Verwaltungssitz als den Ort definiert, „an dem deren Geschäfte tatsächlich geführt werden“, während § 3 Abs. 1 Satz 2 InsO im Hinblick auf die Zuständigkeit des Gerichts vom „Mittelpunkt der selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners“ spricht.

⁶ So sieht § 707 Abs. 1 BGB-E vor, dass die Gesellschafter die Gesellschaft bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, zur Eintragung im Gesellschaftsregister anmelden können.

b) Gesellschaftsregister

§ 707a BGB-E (Inhalt und Wirkungen der Eintragung)

§ 707a Abs. 1 Satz 1 BGB-E sieht vor, dass die Eintragung *„die in § 707 Absatz 2 Nummer 1 Buchstabe a, Nummer 2 und 3 genannten Angaben zu enthalten“* hat.

Bei den Angaben nach § 707 Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a, Nr. 2 und 3 BGB-E handelt es sich um den Namen der Gesellschaft, Angaben zu jedem Gesellschafter sowie die Angabe der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter.

Der Mauracher Entwurf⁷ sah dagegen noch vor, dass die Eintragung neben den Namen der Gesellschaft auch Angaben zum Vertragssitz (§ 707 Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe b BGB-E) und zur inländischen Anschrift der Gesellschaft (§ 707 Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe c BGB-E) zu enthalten hat.

Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb diese bei der Erstanmeldung und bei Änderungen (§ 707 Abs. 3 BGB-E) obligatorischen Angaben nach § 707a Abs. 1 Satz 1 BGB-E nun nicht mehr zur Eintragung kommen sollen, insbesondere weil die § 707a Abs. 1 BGB-E nach der Entwurfsbegründung nur klarstellend den Inhalt der Eintragung vorschreibt, der aus den in der Anmeldung enthaltenen Angaben besteht.⁸ Vermutlich liegt nur ein Redaktionsversehen vor, das durch Streichung von *„Buchstabe a“* in § 707a Abs. 1 Satz 1 BGB-E korrigiert werden sollte.

§ 707a Abs. 2 BGB-E sieht – anders als noch der Mauracher Entwurf⁹ – vor, dass die Gesellschaft mit der Eintragung verpflichtet ist, als Namenszusatz die Bezeichnungen *„eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“* oder *„eGbR“* zu führen. *„Wenn in einer eingetragenen Gesellschaft keine natürliche Person als Gesellschafter haftet, muss der Name eine Bezeichnung enthalten, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet.“*

Der VID begrüßt die Einführung einer gesetzlichen Verpflichtung zur Führung des Namenszusatzes. Damit ist sogleich erkennbar, dass über eine Gesellschaft Informationen im Register abrufbar sind. Der Nutzen des Registers für die Gläubiger der GbR ist ungleich höher, wenn sie Kenntnis von ihren Informationsmöglichkeiten haben.

⁷ dort ebenfalls § 707a Abs. 1 Satz 1 BGB-E.

⁸ Vgl. Entwurfsbegründung S. 148.

⁹ Der Mauracher Entwurf sah in § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB-E ein bloßes Recht der Gesellschaft vor, mit der Eintragung in das Gesellschaftsregister den Namenszusatz zu führen.

c) Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu Dritten

§ 722 BGB-E (Zahlungsverbot bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung; Haftungsfolgen) regelt:

„(1) Nachdem bei einer Gesellschaft, bei der kein Gesellschafter eine natürliche Person ist, die Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist oder sich ihre Überschuldung ergeben hat, dürfen die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafter und die Liquidatoren für die Gesellschaft keine Zahlungen leisten. Ausgenommen davon sind Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind. Das Zahlungsverbot nach Satz 1 gilt entsprechend für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in Satz 2 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar. Die Sätze 1 bis 3 gelten nicht, wenn zu den Gesellschaftern der Gesellschaft eine andere rechtsfähige Personengesellschaft gehört, bei der mindestens ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

(2) Wird entgegen § 15a Absatz 1 der Insolvenzordnung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht oder nicht rechtzeitig beantragt oder werden entgegen Absatz 1 Zahlungen geleistet, sind die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafter und die Liquidatoren gegenüber der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Ist in den Fällen des Absatzes 1 streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, trifft sie die Beweislast. Der Ersatzanspruch nach Satz 1 kann durch Vereinbarung mit den Gesellschaftern weder eingeschränkt noch ausgeschlossen werden. Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist, wird die Ersatzpflicht weder durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, dass die Handlung auf einem Beschluss der Gesellschafter beruht. Satz 4 gilt nicht, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung des Insolvenzverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht oder wenn die Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt wird. Der Ersatzanspruch nach Satz 1 verjährt in fünf Jahren.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind entsprechend anzuwenden, wenn die organschaftlichen Vertreter ihrerseits Gesellschaften sind, bei denen kein Gesellschafter eine natürliche Person ist, oder sich die Verbindung von Gesellschaften in dieser Art fortsetzt.“

Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens sollte auch an dieser Stelle dringend das Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG)¹⁰ Berücksichtigung finden, das am 17.12.2020 vom Bundestag verabschiedet wurde.

¹⁰ BR-Drs. 762/20 vom 17.12.2020.

In dessen Art. 5 wurde mit der Neuregelung in § 15b InsO n.F. die Haftung insolvenzantragspflichtiger Mitglieder von Vertretungsorganen und Abwickler juristischer Personen für Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife an zentraler Stelle zusammengeführt. Parallel wurden in Art. 14 bis 17 SanInsFoG die bisherigen Zahlungsverbots- und Haftungsregeln in den §§ 130a, 177a HGB, §§ 92 Abs. 2, 93 Abs. 3, 116 Satz 1 AktG, §§ 64, 71 Abs. 4 GmbHG und § 99 GenG aufgehoben bzw. angepasst. Wenn mit § 722 BGB-E nun wieder eine gesonderte Regelung neben § 15b InsO n.F. geschaffen würde, stünde dies im Widerspruch zu der Vereinheitlichung des Haftungstatbestands.

Zudem weicht die Formulierung in § 722 Abs. 1 BGB-E zum Zeitpunkt der Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung („...oder sich ihre Überschuldung ergeben hat“) von derjenigen in § 15b Abs. 1 InsO n.F. („... nach dem Eintritt [...] der Überschuldung“) ab, was zu Auslegungsproblemen führt, welcher Zeitpunkt maßgeblich sein soll.

Vor diesem Hintergrund bietet sich an, von der gesonderten Zahlungsverbots- und Haftungsregelung in § 722 BGB-E abzusehen. Sollte dies nicht gewollt sein, ist zumindest eine Harmonisierung mit § 15b InsO n.F. geboten. Darüber hinaus sollte zumindest in der Gesetzesbegründung der Hinweis erfolgen, dass auch im Rahmen von § 722 BGB-E die Insolvenzantragstellung bei rechtshängiger Restrukturierungssache durch die Anzeige gemäß § 32 Abs. 3 StaRUG substituiert wird.

In § 32 Abs. 3 StaRUG („Pflichten des Schuldners“) ist vorgesehen:

„Während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache ist der Schuldner verpflichtet, dem Restrukturierungsgericht den Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Absatz 2 der Insolvenzordnung unverzüglich anzuzeigen. Handelt es sich bei dem Schuldner um eine juristische Person oder um eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, für deren Verbindlichkeiten keine natürliche Person als unmittelbarer oder mittelbarer Gesellschafter haftet, steht der Zahlungsunfähigkeit eine Überschuldung im Sinne des § 19 Absatz 2 der Insolvenzordnung gleich.“

§ 42 StaRUG regelt, dass die Organe während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache zwar keine Insolvenzantragspflicht, aber eine Anzeigepflicht für den Fall der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung haben. Nach § 42 Abs. 1 StaRUG substituiert die Anzeige die Stellung eines den Anforderungen des § 15a InsO genügenden Insolvenzantrags.

d) Ausscheiden eines Gesellschafters

§ 723 BGB-E (Gründe für das Ausscheiden; Zeitpunkt des Ausscheidens)

Ausweislich der Entwurfsbegründung soll der bisher im Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts geltende Grundsatz der „Auflösung der Gesellschaft vor Ausscheiden eines Gesellschafters“ in den Grundsatz „Ausscheiden eines Gesellschafters vor Auflösung der Gesell-

schaft“ umgekehrt werden.¹¹

So regelt **§ 723 BGB-E**:

„(1) Folgende Gründe führen zum Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft, sofern der Gesellschaftsvertrag für diese Fälle nicht die Auflösung der Gesellschaft vorsieht:

- 1. Tod des Gesellschafters;*
- 2. Kündigung der Mitgliedschaft durch den Gesellschafter;*
- 3. Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters;*
- 4. Kündigung der Mitgliedschaft durch einen Privatgläubiger des Gesellschafters;*
- 5. Ausschließung aus wichtigem Grund.*

(2) Im Gesellschaftsvertrag können weitere Gründe für das Ausscheiden eines Gesellschafters vereinbart werden.

(3) Der Gesellschafter scheidet mit Eintritt des ihn betreffenden Ausscheidensgrundes aus, im Fall der Kündigung der Mitgliedschaft aber nicht vor Ablauf der Kündigungsfrist und im Fall der Ausschließung aus wichtigem Grund nicht vor Mitteilung des betreffenden Beschlusses an den auszuschießenden Gesellschafter.“

Sofern der Gesellschaftsvertrag keine Auflösung vorsieht, soll mithin die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters zu dessen Ausscheiden führen. Neben den Alternativen Ausscheiden des Gesellschafters und Auflösung der Gesellschaft kann damit keine gesellschaftsvertragliche Regelung mehr getroffen werden, die bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters dessen Verbleib in der Gesellschaft vorsieht. Damit wird künftig die Eigensanierung einer GmbH & Co. KG im Simultaninsolvenzverfahren unter Erhalt der Struktur in aller Regel unmöglich. Denn mit dem Insolvenzantrag der KG tritt praktisch immer auch bei der Komplementärs-GmbH Insolvenzreife ein. Scheidet die GmbH mit Eröffnung des eigenen Insolvenzverfahrens zwangsläufig aus der KG aus und fällt damit der einzige persönlich haftende Gesellschafter weg, führt dies zur liquidationslosen Auflösung der KG unter Gesamtrechtsnachfolge des oder der Kommanditisten.¹² Bisher ermöglicht die in § 131 Abs. 3 Satz 1 HGB enthaltene Öffnung für vertragliche Abweichungen von der Ausscheidensfolge die strukturerhaltende Sanierung einer GmbH & Co. KG trotz Simultaninsolvenz von KG und Komplementärs-GmbH. Eine Aufgabe dieser Möglichkeit hätte mit Blick auf die Verbreitung dieser Gesellschaftsform erhebliche nachteilige Auswirkungen auf die Sanierungsfähigkeit.

¹¹ Entwurfsbegründung S. 194.

¹² BGH 15.03.2004 – II ZR 247/01; 08.05.2014 – I ZR 217/12. Selbst die von K. Schmidt (MüKo-HGB, 4. Aufl., § 131 Rz. 76 m.w.N.) vertretene teleologische Reduktion dürfte nach der Entwurfsfassung nicht mehr vertretbar sein.

Ungeklärt bleibt bei der geplanten Neuregelung weiter, was geschehen soll, wenn bei einem Gesellschafter, der keine natürliche Person ist, ein Insolvenzantrag mangels Masse abgewiesen wird. Es würde sich anbieten, die Löschung im Handelsregister ausdrücklich dem Tod einer natürlichen Person gleichzustellen.

Zudem sollte jedenfalls in der Begründung klargestellt werden, wie der Begriff „Insolvenzverfahren“ definiert werden soll. Dies empfiehlt sich nicht nur vor dem Hintergrund des Art. 2 Nr. 4 EulnsVO, sondern auch im Hinblick auf die Einführung des unter Ziff. II. 1.c) beschriebenen Restrukturierungsverfahrens durch das kürzlich verabschiedete StaRUG.

e) Auflösung der Gesellschaft

aa) § 729 BGB-E (Auflösungsgründe)

§ 729 BGB-E sieht vor:

„(1) Die Gesellschaft wird aufgelöst durch:

- 1. Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen wurde;*
- 2. Erreichung oder Unmöglichwerden des Zwecks, zu dem sie gegründet wurde;*
- 3. Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft;*
- 4. Kündigung der Gesellschaft;*
- 5. Auflösungsbeschluss.*

(2) Eine Gesellschaft, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, wird ferner aufgelöst:

- 1. mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist;*
- 2. durch die Löschung wegen Vermögenslosigkeit nach § 394 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.*

Dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere rechtsfähige Personengesellschaft gehört, bei der mindestens ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

(3) Im Gesellschaftsvertrag können weitere Auflösungsgründe vereinbart werden.“

Die Gesellschaft wird nach **§ 729 Abs. 2 BGB-E** mit der Rechtskraft des Beschlusses aufgelöst, durch den die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist, wenn kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist (§ 729 Abs. 2 Nr. 1 BGB-E mit der Ausnahme des Abs. 2 Satz 2).

Das bedeutet im Umkehrschluss, dass eine Gesellschaft, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, nicht mit der Rechtskraft des Beschlusses aufgelöst ist, durch den die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist.

Dieser Umstand führt im Hinblick auf die Neufassung des **§ 31 InsO-E** dazu, dass die Mitteilungspflichten des Insolvenz- an das Registergericht im Hinblick auf eingetragene Gesellschaften mit und ohne eine natürliche Person als Gesellschafter divergieren und damit auch fehleranfällig sind.

So regelt § 31 InsO-E, dass bei im Gesellschaftsregister eingetragenen Schuldnern das Insolvenzgericht dem Registergericht im Fall der Abweisung des Eröffnungsantrages mangels Masse eine Ausfertigung des abweisenden Beschlusses übermittelt, wenn der Schuldner eine rechtsfähige Personengesellschaft ist, die durch Abweisung mangels Masse aufgelöst wird.

Der Umstand der Abweisung des Antrages mangels Masse dürfte für die Gläubiger der Gesellschaft jedoch regelmäßig auch in den Fällen, in denen ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, von Bedeutung und daher eintragungswürdig sein.

Eine Klarstellung, wie der Begriff „Insolvenzverfahren“ in **§ 729 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E** definiert werden soll, wäre zudem auch an dieser Stelle hilfreich.

bb) § 730 BGB-E (Auflösung bei Tod oder Insolvenz eines Gesellschafters)

§ 730 BGB-E regelt für den Fall der vertraglichen Absicherung die einstweilige Fortführung der laufenden Geschäfte bei Auflösung der Gesellschaft durch Tod oder Insolvenz des Gesellschafters:

„(1) Ist im Gesellschaftsvertrag vereinbart, dass die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird, hat der Erbe des verstorbenen Gesellschafters den anderen Gesellschaftern dessen Tod unverzüglich anzuzeigen. Wenn mit dem Aufschub Gefahr für die Gesellschaft oder das Gesellschaftsvermögen verbunden ist, hat der Erbe außerdem die laufenden Geschäfte fortzuführen, bis die anderen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweitig Fürsorge treffen können. Abweichend von § 736b Absatz 1 gilt für die einstweilige Fortführung der laufenden Geschäfte die dem Erblasser durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis als fortbestehend. Die anderen Gesellschafter sind in gleicher Weise zur einstweiligen Fortführung der laufenden Geschäfte berechtigt und verpflichtet.

(2) Absatz 1 Satz 4 gilt entsprechend, wenn im Gesellschaftsvertrag vereinbart ist, dass die Gesellschaft durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst wird.“

Die Begründung des Entwurfs führt zu **§ 730 Abs. 2 BGB-E** aus:

„Absatz 2 übernimmt im Wesentlichen den geltenden § 728 Absatz 2 Satz 2 BGB. Sieht der Gesellschaftsvertrag vor, dass die Gesellschaft bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters aufgelöst wird, begründet die Vorschrift das gegenüber § 736c Absatz 2 BGB-E vorrangige Pflichtrecht der anderen Gesellschafter zur Notgeschäftsführung. Danach sind die anderen Gesellschafter, soweit ihnen nach dem Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis übertragen ist, für eine Übergangszeit bei Gefahr für das Gesellschaftsvermögen zur Fortführung der Geschäfte berechtigt und verpflichtet. Im Umkehrschluss aus der Verweisung auf § 730 Absatz 1 Satz 4 BGB-E folgt, dass dem Insolvenzverwalter diese Befugnis auch dann nicht zusteht, wenn dem Gesellschafter-Schuldner nach dem Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis übertragen war.“¹³

Zunächst wäre eine Klarstellung, wie der Begriff „Insolvenzverfahren“ in **§ 730 Abs. 2 BGB-E** definiert werden soll, auch hier hilfreich.

Auch wenn der Entwurf die Möglichkeit der Eigenverwaltung an dieser Stelle nicht anspricht: Sollte die Norm dahingehend zu verstehen sein, dass auch der eigenverwaltende Gesellschafter in Insolvenz von der Notgeschäftsführung ausgeschlossen sein soll, wäre eine Klarstellung in der Entwurfsbegründung wünschenswert.

cc) § 734 BGB-E (Fortsetzung der Gesellschaft)

§ 734 BGB-E sieht vor:

*„(1) Die Gesellschafter können nach Auflösung der Gesellschaft deren Fortsetzung beschließen, sobald der Auflösungsgrund beseitigt ist.
(2) Hat nach dem Gesellschaftsvertrag die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden, muss der Beschluss über die Fortsetzung der Gesellschaft mit einer Mehrheit von mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen gefasst werden.
(3) Ist die Gesellschaft vor ihrer Auflösung im Gesellschaftsregister eingetragen gewesen, ist die Fortsetzung von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Gesellschaftsregister anzumelden.“*

In der Begründung wird zu **Abs. 1** ausgeführt:

„Absatz 1 regelt, unter welchen Voraussetzungen eine aufgelöste Gesellschaft fortgesetzt werden kann. Dazu muss erstens die Gesellschaft aufgelöst, aber noch nicht vollbeendet sein. Zweitens muss der Auflösungsgrund beseitigt sein. (...) Wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet, muss das Insolvenzverfahren zum Beispiel nach § 213 InsO eingestellt oder nach §§ 217 ff. InsO aufgehoben sein; in diesem Fall bewirken die insolvenzrechtlichen Vorschriften, dass die Fortsetzung der Gesellschaft nicht den Interessen Dritter entgegensteht. (...)“¹⁴

¹³ Entwurfsbegründung S. 206.

¹⁴ Entwurfsbegründung S. 208.

Der Entwurf unterstellt, dass die insolvenzrechtlichen Vorschriften (stets) bewirken, dass die Fortsetzung der Gesellschaft nicht den Interessen Dritter entgegensteht. Am Beispiel der in den §§ 217 ff. InsO enthalten die Regelungen zum Insolvenzplan soll aufgezeigt werden, dass dies zwar in der Regel der Fall ist, jedoch nicht in jedem Fall vorausgesetzt werden kann.

So besteht die Möglichkeit, dass im Rahmen eines Debt-Equity-Swaps neue Gesellschafter hinzukommen. Die (Neu-) Gesellschafter können dann die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen, so dass sich das Vertragsrisiko der Gläubiger im Hinblick auf die neuen Gesellschafter verändert. Während die Altgläubiger durch den Insolvenzplan Kenntnis von den Änderungen der Gesellschafterstruktur erlangen (können), ist dies bei den Neugläubigern jedenfalls dann nicht der Fall, wenn die Gesellschaft nicht im Gesellschaftsregister eingetragen ist.

f) Innengesellschaft

§ 740a BGB-E (Beendigung der Gesellschaft)

§ 740a BGB-E regelt anstelle der Liquidation die Beendigung der nicht rechtsfähigen Gesellschaft, da diese mangels eigenen Vermögens liquidationslos erlischt.¹⁵

So endet die Innengesellschaft nach **§ 740a Abs. 1 Nr. 6 BGB-E** (auch) mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters.

Dies berücksichtigt jedoch nicht die Besonderheiten der Freigabe einer selbstständigen Tätigkeit des Schuldners (§ 35 Abs. 2 InsO), was das Beispiel einer selbstständigen Zahnärztin zeigt, die Gesellschafterin einer Innengesellschaft zum Zweck gemeinsamer Praxisnutzung ist. In deren Insolvenz ergeben sich Schwierigkeiten bei der weiteren Ausübung der freigegebenen selbstständigen Tätigkeit, wenn durch das gesetzliche Ende der Innengesellschaft die weitere Nutzung der gemeinsamen Praxisräume nicht durchgängig möglich ist. Im schlimmsten Fall muss die Schuldnerin neue Praxisräume suchen, was im laufenden Insolvenzverfahren schwierig sein dürfte. Ein zwingendes Ende der Innengesellschaft mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters ist daher nicht in jedem Fall interessengerecht.

Die Innengesellschaft sollte deshalb nicht automatisch gem. § 740a Abs. 1 Nr. 6 BGB-E enden, wenn der Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren über das Vermögen des Gesellschafters die selbstständige Tätigkeit des Schuldners freigegeben hat und der Gesellschaftsvertrag keine Auflösung der Gesellschaft für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters vorsieht.

¹⁵ Entwurfsbegründung S. 221.

2. Artikel 38 – Änderungen der Insolvenzordnung

Die Ausführungen zu § 31 InsO-E finden sich wegen des Sachzusammenhangs bei § 729 Abs. 2 BGB-E.

3. Artikel 51 – Änderungen des Handelsgesetzbuches

§ 107 HGB-E (Kleingewerbliche, vermögensverwaltende oder freiberufliche Gesellschaft; Statuswechsel)

§ 107 HGB-E sieht vor:

„(1) Eine Gesellschaft, deren Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Absatz 2 Handelsgewerbe ist oder die nur eigenes Vermögen verwaltet, ist offene Handelsgesellschaft, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist. Dies gilt auch für eine Gesellschaft, deren Zweck die gemeinsame Ausübung Freier Berufe durch ihre Gesellschafter ist, soweit das anwendbare Berufsrecht die Eintragung zulässt.

(2) Die Gesellschaft ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Eintragung nach den für die Eintragung einer offenen Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften herbeizuführen. Ist die Eintragung erfolgt, ist eine Fortsetzung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur im Wege eines Statuswechsels zulässig.

(3) Wird eine offene Handelsgesellschaft zur Eintragung in das Gesellschaftsregister angemeldet, trägt das Gericht ihre Fortsetzung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein, sofern nicht die Voraussetzung des § 1 Absatz 2 eingetreten ist. Im Übrigen findet § 707c Absatz 2 Satz 2 bis 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.“

Während der BGH für die bundesgesetzlich geregelten Berufe des Wirtschaftsprüfers und des Steuerberaters bereits die Berufsausübung in der Rechtsform einer Personenhandelsgesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen gebilligt hatte,¹⁶ sieht der Entwurf als wesentliche inhaltliche Neuerung vor, dass Personenhandelsgesellschaften auch für die Ausübung Freier Berufe geöffnet werden (vgl. **§ 107 Abs. 1 Satz 2 HGB-E**).¹⁷

„Die Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft zur Ausübung Freier Berufe steht unter dem Vorbehalt der Erlaubnis durch das anwendbare Berufsrecht. Wegen der Verweisung des § 161 Absatz 2 HGB-E gilt die neue Regelung auch für eine Kommanditgesellschaft.“¹⁸ „Der nunmehr

¹⁶ Vgl. Entwurfsbegründung S. 260.

¹⁷ Vgl. Entwurfsbegründung S. 256.

¹⁸ Entwurfsbegründung S. 260.

vorgesehene allgemeine berufsrechtliche Vorbehalt stellt sicher, dass die spezifischen Schutzbelange im Zusammenhang mit der Ausübung jedes Berufs von dem für die berufsrechtlichen Regelungen berufenen Landes- beziehungsweise Bundesgesetzgeber verfolgt werden können.“, so die Entwurfsbegründung.¹⁹

Auch wenn es gute Gründe dafür gibt, es dem jeweiligen Berufsrecht zu überlassen, ob es die Eintragung zulässt oder nicht, führt dies dazu, dass sich einzelne Berufe damit von Haftungsrisiken befreien können und andere nicht. Dies ist jedenfalls dann nicht nachvollziehbar, wenn die Risikostruktur/Gefährdung durch mangelhafte Leistung für die beteiligten Mandanten/Kunden vergleichbar ist.

III. Fazit

1. Der Entwurf enthält gegenüber dem „Mauracher Entwurf“ aus insolvenzrechtlicher Sicht deutliche Verbesserungen.
2. Er sollte jedoch an einigen wenigen Punkten nachgebessert werden, insbesondere um die Praxis nicht mit vermeidbaren Rechtsfragen zu belasten.
3. Die Nachbesserungen sollten insbesondere die Regelungen des neu geschaffenen Gesetzes über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG) berücksichtigen.

Berlin, den 21.12.2020

Kontakt:

Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. (VID)

Französische Straße 13/14

10117 Berlin

Tel.: 030/ 20 45 55 25

E-Mail: info@vid.de

Web: www.vid.de

¹⁹ Entwurfsbegründung S. 260.