BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

TEILURTEIL

IX ZR 234/07

Verkündet am:
24. September 2009
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

InsO §§ 54, 55 Abs. 1 Nr. 1, § 80; HGB § 128

Die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft haften nicht persönlich für die Kosten des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft und die von dem Verwalter in diesem Verfahren begründeten Masseverbindlichkeiten.

BGH, Teilurteil vom 24. September 2009 - IX ZR 234/07 - OLG Brandenburg
LG Neuruppin

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. September 2009 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ganter, den Richter Vill, die Richterin Lohmann und die Richter Dr. Fischer und Dr. Pape

für Recht erkannt:

Die gegen die Beklagte zu 1 gerichtete Revision des Klägers gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 23. Mai 2007 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die der Beklagten zu 1 im Revisionsverfahren erwachsenen Kosten zu tragen. Im Übrigen bleibt die Kostenentscheidung dem Schlussurteil vorbehalten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Verwalter in dem auf Antrag des Beklagten zu 2 am 31. Januar 2000 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der N. (fortan: Schuldnerin). Gesellschafter der in der Rechtsform einer offenen Handelsgesellschaft geführten Schuldnerin waren die beiden Beklagten.

2 Soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse nimmt der Kläger die Beklagten auf Zahlung von Kosten des Insolvenzverfahrens in Höhe von 10.500 € (eigene Vergütung und Auslagen in Höhe von 9.000 € und Gerichtskosten des Insolvenzverfahrens von 1.500 €) und von Masseverbindlichkeiten

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

in Höhe von 4.125,34 €, insgesamt 14.625,34 €, in Anspruch. Im Berufungsverfahren hat er allerdings lediglich Zahlung von 9.482,37 € begehrt. Hierbei hat er - irrtümlich, so sein Vorbringen in der Revisionsbegründung - die Aktivmasse von 5.142,97 € von den Kosten des Verfahrens in Abzug gebracht, obwohl das Landgericht bereits die zuerkannten Insolvenzforderungen um diesen Betrag vermindert hat.

3 Die Instanzgerichte haben die Klage wegen dieser Forderungen abgewiesen. Mit seiner von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger diese Ansprüche weiter. In der mündlichen Verhandlung hat der Kläger hinsichtlich des Betrages von 5.142,97 € keinen Antrag gestellt.

4 Der Beklagte zu 2 ist nach Einlegung der Revision verstorben.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision ist wegen der weiter geltend gemachten Forderung von 5.142,97 € zurückgenommen worden. Im Übrigen bleibt sie ohne Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung unter anderem in ZIP 2007, 1756 ff veröffentlicht ist, hat ausgeführt: Die Kosten des Insolvenzverfahrens und die sonstigen Masseverbindlichkeiten seien als Neuverbindlichkeiten anzusehen. Für diese hätten die Beklagten nicht als Gesellschafter nach § 128 HGB einzustehen. Die Vorschrift des § 93 InsO gebe für die Entscheidung der Streit-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

frage nichts her, weil mit ihr lediglich die Befugnis zur Geltendmachung der aus § 128 HGB folgenden persönlichen Haftung eines Gesellschafters für Gesellschaftsschulden dem Insolvenzverwalter übertragen werde. Da sich am Status des Gesellschafters durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nichts ändere, müsste er an sich auch für die Neuverbindlichkeiten haften. Im Insolvenzverfahren fehle es jedoch an jeder Einflussmöglichkeit der Gesellschafter. Die Verwaltung werde von dem Insolvenzverwalter ausgeübt, der auch im Rechtsverkehr anstelle der Gesellschafter als Verhandlungspartner auftrete und die Verwaltung im Interesse der Gläubigergesamtheit vornehme. Das Berufungsgericht schließe sich daher der herrschenden Meinung im Schrifttum an, nach der § 128 HGB teleologisch zu reduzieren sei.

II.

7 1. Über die gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Revisionsanträge ist durch Teilurteil zu entscheiden. Soweit sich die Klage gegen den Beklagten zu 2 richtet, ist das Verfahren durch dessen Tod unterbrochen worden (§ 239 Abs. 1 ZPO). Da die Beklagten als Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft keine notwendigen Streitgenossen sind (vgl. BGHZ 54, 251, 253 ff; Zöller/Vollkommer, ZPO 27. Aufl. § 62 Rn. 7), berührt die Unterbrechung das Verfahren gegen die Beklagte zu 1 (fortan nur: Beklagte) nicht. Ein Teilurteil ist in gleicher Weise wie bei einer Verfahrensunterbrechung nach § 240 ZPO durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines der einfachen Streitgenossen (hierzu BGHZ 148, 214, 216; BGH, Urt. v. 1. April 1987 - VIII ZR 15/86, NJW 1987, 2367, 2368; v. 19. Dezember 2002 - VII ZR 176/02, NJW-RR 2003, 1002 f) auch dann zulässig, wenn das Verfahren durch den Tod einer

Partei unterbrochen worden ist (BGH, Urt. v. 7. November 2006 - X ZR 149/04, NJW 2007, 156, 158 Rn. 16).

8 2. Soweit der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat keinen Antrag gestellt hat, ist dies als (Teil-)Rücknahme der Revision zu verstehen, zumal insoweit eine Klageänderung vorgelegen hätte, welche in der Revisionsinstanz grundsätzlich unzulässig ist (BGHZ 28, 131, 136 f). Es hätte sich nicht um eine bloße Beschränkung oder Modifikation eines bereits früher gestellten Antrags gehandelt, die sich nur als Klarstellung darstellt und bei der eine Klageänderung im Revisionsverfahren ausnahmsweise zulässig ist (vgl. BGHZ 104, 374, 383; BGH, Urt. v. 28. September 1989 - IX ZR 180/88, WM 1989, 1873, 1875). Der Kläger hatte die Anrechnung der vorhandenen Aktivmasse auf die zuerkannten Insolvenzforderungen durch das Landgericht mit seiner Berufung nicht angegriffen. Die vom Kläger im Berufungsverfahren vorgenommene Anrechnung der Aktivmasse auf die Kosten des Insolvenzverfahrens ist entgegen der Revisionsbegründung nicht irrtümlich erfolgt, sondern der Kläger hat der Regelung des § 53 InsO Rechnung getragen. Wenn der Kläger nunmehr in der Revisionsinstanz die Zahlung weiterer 5.142,97 € verlangt hätte, hätte er die Korrektur des im Berufungsverfahren insoweit nicht angegriffenen erstinstanzlichen Urteils angestrebt. Dies wäre im Revisionsverfahren nicht mehr möglich, die Revision insoweit als unzulässig zu verwerfen gewesen.

9 3. Im Übrigen hält das Berufungsurteil der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

10 a) Im Ergebnis mit Recht hat das Berufungsgericht eine Haftung der Beklagten wegen der Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 InsO verneint.

11 Die Auffassung des Berufungsgerichts, § 128 HGB sei teleologisch zu reduzieren und erfasse nicht aus Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters resultierende Neuverbindlichkeiten, ist von Karsten Schmidt (ZHR 152 [1988], 105, 115 f; Schlegelberger/K.Schmidt, HGB 5. Aufl. § 128 Rn. 70; MünchKomm-HGB/K. Schmidt, 2. Aufl. § 128 Rn. 81) begründet worden und in der Literatur auf breite Zustimmung gestoßen (Jaeger/Müller, InsO § 93 Rn. 32; MünchKomm-InsO/Brandes, 2. Aufl. § 93 Rn. 7; HmbKomm-InsO/Pohlmann, 3. Aufl. § 93 Rn. 12; Oetker/Boesche, HGB [2009] § 128 Rn. 68; Gottwald/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch, 3. Aufl. § 94 Rn. 76; Brinkmann, Die Bedeutung der §§ 92, 93 InsO für den Umfang der Insolvenz- und Sanierungsmasse [2001] S. 120 ff; Zimmermann, Die Haftung der Gesellschafter für die vom Insolvenzverwalter einer Personenhandelsgesellschaft begründeten Verbindlichkeiten [1997] S. 71 ff, insbes. S. 92 f; Oepen, Massefremde Masse [1999] Rn. 198; H.-F. Müller, Der Verband in der Insolvenz [2002], S. 234; Kesseler, Das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Partnerschaftsgesellschaft [2004], Rn. 537, 552; Cranshaw jurisPR-InsR 21/2007 Anm. 4 unter C.; Prütting ZIP 1997, 1725, 1732). Einer solchen Reduktion des Anwendungsbereichs des § 128 HGB bedarf es jedoch nicht (so jetzt auch Kesseler NZI 2008, 42). Denn es besteht - anders als für außerhalb des Insolvenzverfahrens entstandene Verbindlichkeiten - für die durch den Insolvenzverwalter begründeten Masseverbindlichkeiten schon aus insolvenzrechtlichen Gründen keine Haftung der Gesellschafter.

12 aa) In Rechtsprechung und Literatur ist seit langem anerkannt, dass Schuldner der durch Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters nach Verfahrenseröffnung begründeten Masseverbindlichkeiten (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 InsO) der Insolvenzschuldner ist, sich die Haftung während des Verfahrens je-

doch auf die Gegenstände der Insolvenzmasse beschränkt (BGH, Urt. v. 25. November 1954 - IV ZR 81/54, NJW 1955, 339; LAG München ZIP 1990, 1217, 1218; MünchKomm-InsO/Hefermehl, aaO § 53 Rn. 30 f; Jaeger/Henckel, aaO § 53 Rn. 10, 13; HK-InsO/Lohmann, 5. Aufl. § 53 Rn. 9; Pape in Kübler/ Prütting/Bork, InsO § 53 Rn. 32; Uhlenbruck/Berscheid, InsO 12. Aufl. § 53 Rn. 7 f; HmbKomm-InsO/Jarchow, aaO § 53 Rn. 24, 27; K. Schmidt aaO S. 113; Kesseler aaO; Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 8. Aufl. § 6 Rn. 505; so auch bereits Jaeger ZZP 50 [1926], 157, 168 f gegen Levy ZZP 49 [1925], 212, 213 und Wolff ZZP 22 [1896], 207, 210). Es handelt sich um eine dem Verfahren immanente Haftungsbeschränkung (Kesseler aaO). Für diese ist maßgeblich, dass der Verwalter nicht befugt ist, den Schuldner persönlich mit seinem insolvenzfreien Vermögen zu verpflichten, weil seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nach § 80 Abs. 1 InsO auf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen beschränkt ist (BGHZ 34, 293, 295 f; BGH, Urt. v. 25. November 1954, aaO; LAG München aaO; HK-InsO/Lohmann, aaO; Pape in Kübler/Prütting/Bork, aaO; Uhlenbruck/Berscheid, aaO § 53 Rn. 8; Mohrbutter/Ringstmeier, aaO).

13 bb) Diese Grundsätze gelten allgemein, also bei der Insolvenz einer natürlichen Person, aber auch einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit.

14 (1) Im Anwendungsbereich des § 128 HGB entsteht hierdurch kein Widerspruch zwischen diesen Grundsätzen und der persönlichen Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden (a.A. Leipold/M. Wolf, Insolvenzrecht im Umbruch [1991], 113, 122). Wenn eine Schuld der Gesellschaft vorliegt, ist nach § 128 HGB die persönliche Haftung der Gesellschafter zwar unausweichlich (Lüke in Kübler/Prütting/Bork, aaO § 93 Rn. 27; Armbruster, Die Stellung des haftenden Gesellschafters in der Insolvenz der Personenhandelsgesell-

schaft nach geltendem und künftigem Recht [1996] S. 157; Kesseler, aaO [Partnerschaftsgesellschaft] Rn. 537; Zimmermann, aaO S. 61; K. Schmidt aaO S. 115). Das Verfügungsrecht des Insolvenzverwalters ist nach den genannten insolvenzrechtlichen Grundsätzen jedoch auf die Gegenstände der Masse beschränkt. Bestandteil der Insolvenzmasse einer Gesellschaft ist aber nur ihr gesamtes Vermögen, nicht etwa auch das Privatvermögen ihrer Gesellschafter (BGHZ 121, 179, 189; Uhlenbruck/Hirte, InsO 12. Aufl. § 11 Rn. 276; H.-F. Müller, aaO S. 235; Häsemeyer, Insolvenzrecht 4. Aufl. Rn. 31.15). Die aus seinem Amt folgenden Befugnisse würden erweitert, wenn der Verwalter die Gesellschafter über § 128 HGB für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zugleich auch persönlich verpflichten könnte. Eine solche Haftung kann der Verwalter ebenso wenig begründen wie eine Haftung des Schuldners mit seinem massefreien Vermögen (MünchKomm-InsO/Brandes, aaO; Mohrbutter/Ringstmeier, aaO § 6 Rn. 508). Der Verwalter ist nicht der gesetzliche Vertreter des Schuldners hinsichtlich des nicht zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens (BGH, Urt. v. 26. Januar 2006 - IX ZR 282/03, ZInsO 2006, 260 Rn. 6). Seine beschränkte gesetzliche Ermächtigung ist der vertraglich ermöglichten unbeschränkten Verpflichtungsbefugnis der Gesellschafter nicht gleichzusetzen (a.A. Homann in Mohrbutter/Ringstmeier, aaO § 26 Rn. 55).

15 (2) Hieran ändert die Vorschrift des § 93 InsO nichts. Diese enthält keine gesetzliche Ermächtigung für den Verwalter, die Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft in die Haftung zu nehmen (H.-F. Müller, aaO S. 235; a.A. Lüke in Kübler/Prütting/Bork, aaO § 93 Rn. 29). § 93 InsO verleiht dem Insolvenzverwalter über das Vermögen der Gesellschaft lediglich die Befugnis, die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger gegen die Gesellschafter gebündelt einzuziehen (BGHZ 178, 171, 174 Rn. 11; BGH, Urt. v. 9. Oktober 2006 - II ZR 193/05, ZIP 2007, 79, 80 Rn. 9). Diese Befugnis setzt bereits bei Verfah-

renseröffnung begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft voraus (HK-InsO/Kayser, aaO § 93 Rn. 17). Zwar können in der Krise, jedoch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Gesellschaftsvermögen durch den persönlich haftenden Gesellschafter erbrachte Leistungen zur Verwirklichung der Gläubigergleichbehandlung von dem Verwalter des Gesellschaftsvermögen in analoger Anwendung des § 93 InsO angefochten werden (BGHZ 178, 171, 174 f Rn. 12). Dennoch bleiben Gesellschaftsvermögen und Gesellschaftervermögen getrennte Vermögensmassen. Dies zeigt sich daran, dass das Anfechtungsrecht in der Doppelinsolvenz von Gesellschaft und Gesellschafter allein dem Insolvenzverwalter über das Gesellschaftervermögen zusteht (BGHZ 178, 171, 175 Rn. 13). § 93 InsO bewirkt also keine allgemeine Gleichstellung zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen.

16 cc) Vereinzelt wird allerdings in der Literatur eine Haftung der Gesellschafter auch für durch den Insolvenzverwalter begründete Verbindlichkeiten bejaht (Lüke in Kübler/Prütting/Bork, aaO § 93 Rn. 27 ff, insbes. Rn. 30; Mohrbutter/Ringstmeier/Homann, aaO § 26 Rn. 55 f; Runkel/Spliedt, Anwaltshandbuch-Insolvenzrecht, 2. Aufl. § 3 Rn. 107 ff). Die dafür angeführten - durchaus unterschiedlichen - Begründungen tragen jedoch nicht.

17 Zum Teil wird die Auffassung vertreten, die Gesellschafter hafteten für liquidationsbedingte Verbindlichkeiten, etwa die Kosten der Beauftragung eines Steuerberaters für die Erstellung der Buchhaltung und der Steuererklärung (Runkel/Spliedt, aaO § 3 Rn. 108 f; wegen der Bezugnahme auf die Liquidationskosten wohl auch Mohrbutter/Ringstmeier/Homann, aaO). Dies führte jedoch zu einer nicht zu rechtfertigenden, jedenfalls unzweckmäßigen und kaum abgrenzbaren Unterscheidung zwischen den Kosten der Liquidation und denen der Unternehmensfortführung.

18 Nach anderer Auffassung haften die Gesellschafter grundsätzlich für sämtliche durch den Insolvenzverwalter für die Gesellschaft begründeten Verbindlichkeiten. Zum Schutz der Gesellschafter und ihrer Privatgläubiger vor unbegrenzten Verpflichtungen durch den Verwalter sei allerdings ein Zustimmungsvorbehalt für die Gesellschafter bei außergewöhnlichen Geschäften erforderlich (Lüke in Kübler/Prütting/Bork, aaO § 93 Rn. 30). Hierfür gibt es jedoch keine gesetzliche Grundlage. Eine entsprechende Anregung ist zwar in den Diskussionen bei der Einführung der Insolvenzordnung dem Gesetzgeber unterbreitet, aber nicht verwirklicht worden.

19 b) Im Ergebnis ebenfalls zutreffend ist das Berufungsgericht - insoweit ohne nähere Begründung - davon ausgegangen, dass auch für die Kosten des Insolvenzverfahrens (§ 54 InsO) die Beklagte nicht mit ihrem Privatvermögen haftet. Dies betrifft im Streitfall die Gerichtskosten des Insolvenzverfahrens sowie die Vergütung und die Auslagen des Insolvenzverwalters.

20 Eine Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen für diese Kosten lehnt im Ergebnis - mit unterschiedlichen Begründungen - auch die ganz überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung ab (vgl. OLG Celle ZIP 2007, 2210, 2211; MünchKomm-InsO/Brandes, aaO § 93 Rn. 10; HK-InsO/Kayser, aaO § 93 Rn. 24; HmbKomm-InsO/Pohlmann, aaO § 93 Rn. 18; MünchKomm-HGB/K. Schmidt, aaO § 128 Rn. 81; Schlegelberger/K. Schmidt, aaO § 128 Rn. 70; Joost/Strohn/Hillmann, HGB 2. Aufl. § 128 Rn. 69; Oetker/Boesche, aaO; Kesseler, aaO Rn. 572; Oepen, aaO Rn. 197 i.V.m. Rn. 194; Pelz, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in der Insolvenz [1999] S. 97 f; Stahlschmidt, Die GbR in der Insolvenz [2003] S. 88 f; Brinkmann, aaO S. 121 f; Marotzke ZInsO 2008, 57, 60 f; Heitsch ZInsO 2008, 793, 794; Pohlmann ZInsO

2008, 21, 22 f; zur KO Staub/Habersack, HGB 4. Aufl. § 128 Rn. 72; Jaeger aaO S. 171).

21 aa) Allerdings hat das Berufungsgericht nicht berücksichtigt, dass sich diese Kosten (§ 54 InsO) von den in § 55 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 InsO genannten Verbindlichkeiten schon dadurch unterscheiden, dass sie nicht erst durch Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters begründet werden. Ihre Grundlage haben sie vielmehr bereits in der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, wenn auch ihre endgültige Höhe erst bei Beendigung des Verfahrens feststeht (§ 58 Abs. 1 Satz 1 GKG, § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 1 Abs. 1 InsVV). Sie sind nicht ohne weiteres als Neuverbindlichkeiten einzuordnen. Andererseits handelt es sich auch nicht um durch die Gesellschafter für die Gesellschaft begründete Altverbindlichkeiten. Entscheidend ist jedoch nicht ihre begriffliche Einordnung, sondern der Gesichtspunkt, dass die Kosten des Insolvenzverfahrens darauf angelegt sind, allein aus der Masse des insolventen Rechtsträgers beglichen zu werden (MünchKomm-HGB/K. Schmidt, aaO § 128 Rn. 81). Nach § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO weist das Insolvenzgericht den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ab, wenn das Vermögen des Schuldners - gemäß §§ 35 f InsO genauer: die künftige Masse - voraussichtlich nicht ausreichen wird, um die Kosten des Verfahrens zu decken. Nach § 207 Abs. 1 Satz 1 InsO ist das Verfahren einzustellen, wenn sich nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens herausstellt, dass die Insolvenzmasse nicht ausreicht, um die Kosten des Verfahrens zu decken. Nach diesen Vorschriften ist also die Deckung der Verfahrenskosten aus der Masse - von den Ausnahmefällen der Stundung der Verfahrenskosten und des Gläubigervorschusses abgesehen (vgl. § 207 Abs. 1 Satz 2 InsO) - Voraussetzung eines Insolvenzverfahrens (BGH, Beschl. v. 16. Juli 2009 - IX ZB 221/08, ZIP 2009, 1591, 1592 Rn. 9).

22 Auch in der Einzelzwangsvollstreckung ist für die Kostenhaftung nach § 788 ZPO nur das gesamte pfändbare Vermögen des Vollstreckungsschuldners heranzuziehen, was dafür spricht, allein das Gesellschaftsvermögen als Haftungsobjekt anzusehen (Brinkmann, aaO S. 122). In der Insolvenz wird die Haftung des Schuldners für die Kosten bereits dadurch realisiert, dass nach § 35 Abs. 1, § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO das gesamte pfändbare Vermögen in Beschlag genommen wird (Pelz, aaO S. 98). Auch die Verfahrenskosten sind daher im Ergebnis allein aus der Masse zu decken.

23 bb) Ein Teil der Literatur tritt allerdings für eine Haftung der Gesellschafter für einzelne oder alle Verfahrenskosten ein. Die hierfür vorgebrachten Argumente greifen jedoch nicht durch.

24 (1) Eine Haftung der Gesellschafter für die Gerichtskosten sowie die Vergütung und Auslagen des Insolvenzverwalters wird mit dem Willen des Gesetzgebers bei der Einführung des § 93 InsO begründet. Nach der Amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs sollte durch diese Vorschrift ein wesentlicher Beitrag zur Überwindung der Massearmut geleistet werden. Dadurch werde verhindert, dass der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft mangels Masse abgewiesen werden müsse, obwohl ein persönlich haftender Gesellschafter über ausreichendes Vermögen verfüge (vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 140 f zu § 105). Dieser Wille werde durchkreuzt, wenn der Insolvenzverwalter von den persönlich haftenden Gesellschaftern nicht auch die Verfahrenskosten einziehen könne (Jaeger/Müller, aaO § 93 Rn. 43 f; H.-F. Müller, aaO S. 247; im Ergebnis auch Röhricht/Graf v. Westphalen/v. Gerkan/Haas, HGB 3. Aufl. § 128 Rn. 18; Gottwald/Haas, aaO § 94 Rn. 77).

25 Dessen bedürfte es schon dann nicht, wenn die von den Gesellschaftern aufgrund ihrer Haftung für die Insolvenzforderungen nach § 93 InsO eingezogenen Mittel zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet werden dürften. Dann könnte bereits im Rahmen des § 26 Abs. 1 InsO berücksichtigt werden, ob voraussichtlich von den Gesellschaftern ein für die Verfahrenskosten ausreichender Betrag einzuziehen sein wird (AG Hamburg ZInsO 2007, 1283; MünchKomm-InsO/Brandes, aaO; HmbKomm-InsO/Pohlmann, aaO § 93 Rn. 19; Gottwald/Haas, aaO § 94 Rn. 35, 78, 83; Pelz, aaO S. 107 f; Stahlschmidt, aaO S. 89 f; Heitsch ZInsO 2008, 793, 794; Pohlmann ZInsO 2008, 21, 22 f). Ob eine solche Verwendung dieser Mittel zulässig ist (a.A. MünchKomm-HGB/K. Schmidt, aaO; Brinkmann, S. 102 f; Leipold/Häsemeyer, aaO S. 101, 107; Runkel/Spliedt, aaO § 3 Rn. 117; differenzierend Oepen, aaO Rn. 225 ff; Kesseler, aaO Rn. 690; Marotzke aaO S. 61 f), kann hier letztlich offen bleiben.

26 Jedenfalls ergibt sich aus der Entwurfsbegründung kein eindeutiger Wille des Gesetzgebers für die vorgeschlagene Auslegung. Dort heißt es nämlich, der Verwalter dürfe keine Zahlungen einfordern, die über den Betrag hinausgingen, der bei Berücksichtigung des Liquidationswertes der bereits vorhandenen Insolvenzmasse zur Befriedigung aller Insolvenzgläubiger erforderlich sei (BT-Drucks. 12/2443, aaO S. 140). Dies spricht dafür, dass der Vorschrift die Konzeption zugrunde liegt, die Gesellschafter sollten lediglich den Differenzbetrag zwischen dem vorhandenen Gesellschaftsvermögen und den Verbindlichkeiten der Gesellschaft aufbringen (vgl. K. Schmidt KTS 2001, 373, 391; Cranshaw aaO; Marotzke aaO S. 61). Jedenfalls sollte die Regelung des § 93 InsO nicht zu einer Erweiterung der Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters gegenüber dem bisherigen Rechtszustand führen (BT-Drucks. 12/2443, aaO). Eine Haftung der Gesellschafter für die Massekosten der Konkursordnung war jedoch weder ausdrücklich geregelt, noch in Rechtsprechung und Literatur an-

erkannt (s. zur KO Staub/Habersack, aaO). Der Vorschrift kann daher unter Berücksichtigung ihrer Entstehungsgeschichte nicht entnommen werden, dass die Gesellschafter zusätzlich zu den Altschulden die Kosten des Insolvenzverfahrens aufzubringen haben (MünchKomm-InsO/Brandes, aaO; HK-InsO/Kayser, aaO).

27 (2) Die von der Revision angestellte Erwägung, der Verwalter übernehme mit der Liquidation eine eigentlich den Gesellschaftern obliegende Aufgabe (so auch Jaeger/Müller, aaO Rn. 45; H.-F. Müller, aaO S. 248; ähnlich Runkel/Spliedt, aaO § 3 Rn. 107 ff; Mohrbutter/Ringstmeier/Homann, aaO § 26 Rn. 55), kann deren Haftung für seine Vergütung und Auslagen nicht begründen. Die Aufgaben eines Insolvenzverwalters und eines Liquidators unterscheiden sich wesentlich, weil dem Liquidator die Vollbeendigung der Gesellschaft obliegt, hingegen der Insolvenzverwalter vorrangig die Interessen der Gläubiger zu wahren hat, gegenüber denen das Ziel der Vollbeendigung zurückzutreten hat (BGHZ 148, 252, 258; 163, 32, 35 f gegen K. Schmidt ZIP 2000, 1913, 1916 f). Auch die Kosten einer Liquidation und eines Insolvenzverfahrens sind nicht vergleichbar (HmbKomm-InsO/Pohlmann, aaO § 93 Rn. 18; Marotzke aaO S. 59 f). Regelfall der Liquidation ist die Bestellung der Gesellschafter oder einzelner von ihnen durch Gesellschafterbeschluss oder Gesellschaftsvertrag zu Liquidatoren (§ 146 Abs. 1 Satz 1 HGB); nur ausnahmsweise kann das Gericht auf Antrag eines Beteiligten Nichtgesellschafter zu Liquidatoren ernennen (§ 146 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 HGB). Im gesetzlichen Regelfall fallen daher bei den Gesellschaftern als Kosten der Liquidation neben ihrem Arbeitsaufwand lediglich verauslagte Unkosten an. Demgegenüber hat die Vergütung des Insolvenzverwalters dessen allgemeine Geschäftskosten (§ 4 Abs. 1 Satz 1 InsVV), aber auch den gesamten Arbeitsaufwand abzudecken, auch den bei den Gesellschaftern von vornherein nicht anfallenden Aufwand für die Einarbeitung in die

Verhältnisse der Gesellschaft. Bei einer (im Streitfall nicht gegebenen) - auch nur zeitweisen - Unternehmensfortführung müsste überdies in kaum abgrenzbarer Weise zwischen fortführungsbedingten (etwa Vergütungszuschläge für Unternehmensfortführung) und liquidationsbedingten (etwa Vergütung für Verwertungsmaßnahmen) Verfahrenskostenanteilen unterschieden werden (HmbKomm-InsO/Pohlmann, aaO). Dies ist nicht praktikabel.

28 (3) Nach einer weiteren Auffassung soll sich die Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen für die Gerichtskosten des Verfahrens daraus ergeben, dass sie die schlechte wirtschaftliche Lage der Gesellschaft zu verantworten hätten und es sich daher um Altverbindlichkeiten handle (Jaeger/Müller, aaO § 93 Rn. 44; H.-F. Müller, aaO S. 245; Armbruster, aaO, S. 159 f, 173; so auch bereits Sieveking, Die Haftung des Gemeinschuldners für Masseansprüche [1937] S. 70 f; im Ergebnis auch Koller in Koller/Roth/Morck, HGB 6. Aufl. §§ 128, 129 Rn. 7). Hiergegen spricht aber schon entscheidend, dass die bei Verfahrenseröffnung schon eingetretene materielle Insolvenz der Gesellschaft nur tatsächliche Voraussetzung, nicht aber Rechtsgrund für die Verfahrenskosten ist (MünchKomm-InsO/Brandes, aaO; HK-InsO/Kayser, aaO; HmbKomm-InsO/Pohlmann, aaO).

29 (4) Schließlich folgt auch nicht aus der Regelung in § 23 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 GKG eine persönliche Haftung der Gesellschafter für die Gerichtskosten des Insolvenzverfahrens.

30 Nach § 23 Abs. 1 Satz 1 GKG ist Schuldner der Gebühr für das Insolvenzeröffnungsverfahren der Verfahrensschuldner, wenn ein Eigenantrag vorliegt. Die Kosten des eröffneten Verfahrens trägt er in jedem Fall (§ 23 Abs. 3 GKG). Hieraus entnimmt ein Teil der Literatur eine nicht auf die Insolvenzmasse

beschränkte Haftung des Gesellschafters für die Gerichtskosten (Mohrbutter in Mohrbutter/Ringstmeier, aaO § 6 Rn. 508; allgemein zur Haftung des Schuldners auch Jaeger/Henckel, aaO § 53 Rn. 11). Diese Bestimmungen bringen jedoch nur den allgemein anerkannten Grundsatz zum Ausdruck, dass Schuldner der Masseverbindlichkeiten der Insolvenzschuldner ist (vgl. oben unter II. 3. a aa). Über eine etwaige persönliche Haftung des Schuldners über die Masse hinaus treffen sie keine Aussage. Sie ändern daher nichts an der auf die Masse beschränkten Haftung, welche auch für die Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB gilt. Bereits aus den Motiven zum Gerichtskostengesetz ergibt sich, dass über die Frage, von wem und in welcher Weise die Kosten im Konkursverfahren zu berichtigen sind, in erster Linie die Vorschriften entscheiden sollten, welche die Konkursordnung selbst über Massekosten und Masseschulden enthält (Drucksachen des Deutschen Reichstages, 3. Legislatur-Periode II. Session 1878 Nr. 76, S. 101). Dies sollte auch in dem Falle gelten, dass die Konkursmasse zu ihrer Berichtigung nicht ausreicht (Drucksachen des Deutschen Reichstages, aaO). Als im Jahr 1923 mit § 78 GKG eine dem heutigen § 23 Abs. 3 GKG vergleichbare Regelung in Kraft getreten ist (RGBl. I 1, 20), war damit keine Änderung des vorherigen Rechtszustandes verbunden. Aus der Begründung des Entwurfs, der in § 85 eine entsprechende Regelung vorgesehen hat (Drucksachen des Deutschen Reichstages 1. Wahlperiode 1920/22 Nr. 5301, S. 7), ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine mit dieser Regelung beabsichtigte Haftung des Schuldners über die Masse hinaus (Drucksachen des Deutschen Reichstages, aaO S. 19). Führt der Eröffnungsantrag der Gesellschafter oder der Antrag eines der Gläubiger zu der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Gesellschaftsvermögen, greift damit die dem Verfahren immanente Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen (dazu oben unter II. 3. b aa) für sämtliche Gebührentatbestände des Gerichtskostengesetzes ein. Lediglich bei einer Abweisung des Eröffnungsantrages mangels

Masse (§ 26 Abs. 1 Satz 1 InsO) kommt es nicht zu dieser Haftungsbeschränkung, und die Gesellschafter haften nach § 128 HGB für die von dem antragstellenden Gesellschafter für die Gesellschaft veranlassten Gebühren des Eröffnungsverfahrens nach § 23 Abs. 1 Satz 1 GKG, Nr. 2310 Kostenverzeichnis zum GKG (vgl. Marotzke aaO S. 59).

Ganter Vill Lohmann

Fischer Pape

Vorinstanzen:
LG Neuruppin, Entscheidung vom 20.09.2006 - 1 O 507/04 -
OLG Brandenburg, Entscheidung vom 23.05.2007 - 7 U 173/06 -