

DANIEL KÖNEN

Gesellschafter-Exithaftung im Personenverband

Jus Privatum

250

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 250



Daniel Könen

Gesellschafter-Exithaftung im Personenverband

Einstandspflicht gemäß § 128 HGB als
liquidationsbezogene Ausfallhaftung

Mohr Siebeck

Daniel Könen, geboren 1985; Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Köln und Kopenhagen; 2010 erste juristische Staatsprüfung; Wiss. Mitarbeiter am Institut für das Recht der Europäischen Union der Universität zu Köln; 2012 Master des Wirtschaftsrechts; 2013 Promotion; Rechtsreferendariat am LG Köln; 2015 zweite juristische Staatsprüfung; Wiss. Mitarbeiter am Institut für Europäisches Wirtschaftsrecht; seit 2017 Akademischer Rat a.Z.; 2021 Habilitation.
orcid.org/0000-0002-4351-0380

ISBN 978-3-16-160639-7 / eISBN 978-3-16-160640-3
DOI 10.1628/978-3-16-160640-3

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/21 von der Juristischen Fakultät der Universität zu Köln als Habilitationsschrift angenommen. Das Manuskript ist im Oktober 2020 abgeschlossen worden. Für die Veröffentlichung wurden Schrifttum und Rechtsprechung auf den Stand von Februar 2021 gebracht sowie der Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) vom 20. Januar 2021 eingearbeitet.

Dieser geht – ebenso wie die ganz herrschende Meinung – von der Prämisse aus, dass es im Recht der Personenverbände in Ermangelung von Kapitalsicherungs Vorschriften einer Primärhaftung der Gesellschafter bedürfe, um einen erwünschten Gleichlauf von Herrschaft und Haftung herzustellen. Mit der dogmatischen Weiterentwicklung der Rechtsnatur von Personenaußengesellschaften führt dieser gedankliche Ansatz zu schuld- und haftungsrechtlichen Konflikten, indem den Gläubigern eine schuldnerfremde Vermögensverbindung haftungsrechtlich zugewiesen wird – dies erfolgt allerdings überschießend zulasten der Gesellschafter. Ziel der Untersuchung ist eine rechtsformübergreifende und widerspruchsfreie Neubewertung des von Verbänden im Rechtsverkehr zu gewährleistenden Gläubigerschutzes. Mit der Gesellschafter-Exithaftung wird ein Haftungsmodell entwickelt, mit dem Wertungswidersprüche in allen Lebenszyklen des Personenverbandes von der Gründung bis zur Liquidation vermieden werden können.

Mein herzlicher Dank gilt meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. Ulrich Ehricke, LL.M. (London), M.A., der mich seit meiner Promotion für die Wissenschaft begeistert hat und mir stets als verlässlicher Ratgeber zur Seite stand, sowie Prof. Dr. Martin Henssler für die freundliche und engagierte Übernahme des Zweitgutachtens sowie die wissenschaftliche Begleitung.

Den Mitgliedern der Kölner Fakultät sowie den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Instituts für Europäisches Wirtschaftsrecht danke ich für die freundliche und kompetente Unterstützung sowie die ständige Hilfsbereitschaft.

Danken möchte ich schließlich meiner Familie, die mir während der Erstellung der Arbeit ein steter Rückhalt und inhaltlicher Ansprechpartner war.

Köln, im Februar 2021

Daniel Könen

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Einführung	1
§ 1 <i>Einleitung und Gegenstand der Untersuchung</i>	1
A. Anlass der Untersuchung und Verhältnis zu den geplanten Neuerungen durch das MoPeG	1
B. Problemstellung	4
C. Gang und Gegenstand der Untersuchung	21
Kapitel 1: Wirkungsweise der Gesellschafterhaftung gemäß § 128 HGB	25
§ 2 <i>Inanspruchnahme schuldnerfremden Vermögens durch § 128 HGB</i>	25
A. Vermögenstrennung im Personenverband	27
B. Begründung einer Verbindlichkeit des Personenverbandes im Sinne von § 128 HGB	148
C. Haftung der Gesellschafter für eine Verbindlichkeit des Personenverbandes	186
D. Annahmen über die von § 128 HGB betroffenen bzw. angeordneten Rechtsverhältnisse	223
E. Arbeitshypothese für die weitere Untersuchung	225
§ 3 <i>Teleologisch überschießende Regelungsanordnung einer primären Gesellschafterhaftung</i>	228
A. Die Annahme primärer, inhaltsgleicher Einstandspflicht der Gesellschafter	229
B. Unzureichend legitimierter Haftungsumfang einer primären Erfüllungshaftung nach § 128 HGB	245
C. Zwischenergebnis	350

Kapitel 2: Einstandspflicht gemäß § 128 HGB als liquidationsbezogene Ausfallhaftung (Gesellschafter-Exithaftung)	357
§ 4 Auslegung des § 128 HGB als liquidationsbezogene Ausfallhaftung für Verbindlichkeiten des Personenverbandes	357
A. Der Gläubigergesamtheit verpflichtete Haftungsanordnung des § 128 HGB	360
B. Anbindung der Gesellschafter-Exithaftung an die gesellschaftsrechtliche Systematik	369
C. Gesetzesübergreifende Legitimation der Gesellschafter-Exithaftung	371
§ 5 Haftungsmodell der Gesellschafter-Exithaftung	382
A. Haftungsvolumen: Gläubigerschutz durch Vollwertigkeitsgarantie	383
B. Haftungsrichtung: In ein dem Interesse der Gläubigergesamtheit verpflichtetes Innenverhältnis verlagerte materielle Außenhaftung	383
C. Stichtagsbezogene Haftungsfälligkeit	384
D. Liquidationsrechtliche Umwandlung des insolventen Personenverbandes in eine Abwicklungsgesellschaft <i>sui generis</i> („haftungsbeschränkt“)	386
E. Haftungsinhalt: Unterdeckungsausgleich in Geld	388
F. Gesamtschuldnerische Inanspruchnahme der Gesellschafter	390
Kapitel 3: Die Anwendung der Gesellschafter-Exithaftung	391
§ 6 Konsequenzen der Gesellschafter-Exithaftung im werbenden Stadium des Personenverbandes	391
A. Aktualisierung des Haftungs-Istzustandes bei originärer sowie abgeleiteter Mitgliedschaft	392
B. Nach- und Enthftung bei Ausscheiden eines Gesellschafters aus werbender Gesellschaft	393
C. Gesellschaftsrechtliche Auflösung und Liquidation	394
§ 7 Liquidationsrechtliche Ausgestaltung der Gesellschafter-Exithaftung bei Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft	396
A. Haftungsabwicklung im eröffneten Insolvenzverfahren	396
B. Liquiditätsorientierte Verfahrenseröffnung	410
C. Die Abschlussentscheidung des Eröffnungsverfahrens als Weichenstellung für das anzuwendende Liquidationsregime	415
D. Abweisung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse bzw. Einstellung des Verfahrens mangels Masse	416
E. Verfahrenskostenvorschuss nach § 26 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 InsO zur Aktivierung insolvenzrechtlicher Befugnisse	440

F. Gesellschaftsrechtliche Nachtragsliquidation nach Abschluss des Insolvenzverfahrens	444
G. Primärhaftung der Gesellschafter im Interesse der Gläubigergesamtheit bei mitgliedschaftlichem Missbrauch der Vermögenstrennung	445
H. Gewährleistung des Gläubigerschutzes hinsichtlich verschiedener Gläubigergruppen im Rahmen von parallel verlaufenden Insolvenzverfahren	447
I. Teleologische Einschränkung von § 110 HGB im Hinblick auf den Gesellschafterregress	450
<i>§ 8 Prozessuale und zwangsvollstreckungsrechtliche Konsequenzen der Gesellschafter-Exithaftung</i>	<i>454</i>
A. Ausschließliche Prozessführungsbefugnis des im Gläubigerinteresse agierenden Drittliquidators	454
B. Erscheinungsformen der Einwendungspräklusion entsprechend § 767 Abs. 2 ZPO bei Annahme einer Gesellschafter-Exithaftung . .	461
<i>§ 9 Gesellschafter-Exithaftung und Gesellschaftersicherheiten</i>	<i>475</i>
A. Beurteilung von Parallelsicherheiten im Rahmen des Insolvenzverfahrens	476
B. Beurteilung von Parallelsicherheiten im Rahmen masseloser Liquidation	490
Schluss	491
<i>§ 10 Ergebnisse</i>	<i>491</i>
Literaturverzeichnis	499
Sachregister	523

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Einführung	1
§ 1 <i>Einleitung und Gegenstand der Untersuchung</i>	1
A. Anlass der Untersuchung und Verhältnis zu den geplanten Neuerungen durch das MoPeG	1
B. Problemstellung	4
I. Gläubigerschutzkonzept der persönlichen Haftung	4
1. Kapitalersatzfunktion	4
2. Gläubigerbenachteiligung durch Rechtsverfolgungskosten	6
3. Kreditwürdigkeit der Gesellschaft und Erfüllungsinteresse der Gesellschaftsgläubiger	7
II. Folgen der Gesellschafterinanspruchnahme	11
III. Privilegierung von Gesellschaftsgläubigern auf Kosten der Gesellschafterinteressen	14
1. Zusammenziehen von Vermögensverbindungen zu einheitlicher Haftungsmasse	14
2. Wirtschaftliche Schlechterstellung des Gesellschafters im Rechtsverkehr	15
IV. Ansatz: Einschränkung vom Grundsatz „wer herrscht, der haftet“	18
C. Gang und Gegenstand der Untersuchung	21
Kapitel 1: Wirkungsweise der Gesellschafterhaftung gemäß § 128 HGB	25
§ 2 <i>Inanspruchnahme schuldnerfremden Vermögens durch § 128 HGB</i>	25
A. Vermögenstrennung im Personenverband	27
I. Die Rechtsnatur der Personenaußengesellschaft am Beispiel der oHG	28

1. Traditionelle Gesamthandslehre: Gesamthandsvermögen als Sondervermögen der Gesamthänder	30
2. Vermögensträgerschaft der Gesamthands- Personenaufengesellschaft	33
3. Verbandsrechtliche Rechtssubjektivität der Gesamthands- Personenaufengesellschaft	36
4. Konstituierender Verbandszweck und gleichartige Struktur der Mitgliedschaft	41
5. Verbleibende „strukturelle“ Unterschiede zu verbandsrechtlichen juristischen Personen	48
a) Personengesellschaftsrechtliches Sozietätsmodell	49
aa) Problematik der alleinigen Eigenbeteiligung des Personenverbandes	50
bb) Normative Beschränkungen durch das Sozietätsmodell	51
cc) Sozietätsfundament der Personenaufengesellschaft .	52
dd) Sonderzuordnung von Mitgliedschaften	55
ee) Keine Auswirkungen des Sozietätsmodells auf die verbandsrechtliche Mitgliedschaft	59
ff) Zwischenergebnis	60
b) Vorinsolvenzlicher Kapitalschutz durch realstrukturelle Aufrechterhaltung der Vermögenstrennung	61
aa) Unzulässigkeit mitgliedschaftlicher Beteiligung des Personenverbandes am eigenen Vermögen	61
bb) Verfestigung der Vermögenstrennung durch ein notwendig kollektives Gesellschaftsinteresse	64
cc) Zwischenergebnis	65
c) Firmen- und registerrechtliche Verfestigung der Vermögenstrennung	66
d) Sonstige Organisationsunterschiede als bloße Frage eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses	67
aa) Einheitliche verbandsrechtliche Organisationsverfassung	68
bb) Fortwirkung der Sozietätskonstruktion im Prinzip der Selbstorganschaft	69
cc) Normative Verankerung der Sozietätskonstruktion im Prinzip der Anwachsung	71
dd) Rechtfertigungsbedürfnis jeglicher Verbandshaftungsverfassung	72
ee) Zwischenergebnis	73
6. Abgrenzung der verbandsrechtlichen Gesamthand zu anderen Personenmehrheiten	76
7. Zwingender Zusammenhang zwischen der Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft und einem Gesellschaftsvermögen	78

8. Volkswirtschaftlicher Vorteil der Vermögenstrennung . . .	81
9. Zusammenfassende Thesen zur Rechtsnatur der Personenaußengesellschaft	83
II. Wirkungen der Vermögenstrennung im Personenverband . . .	84
1. Folgen der Vermögensträgerschaft des Personenverbandes .	85
2. Beziehung der Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen	86
a) Gesellschaftsanteil, Vermögensanteil im Sinne mitgliedschaftlicher Wertbeteiligung und Kapitalanteil .	87
aa) Die mitgliedschaftlich vermittelte, rechtliche Wertbeteiligung am Gesellschaftsvermögen	88
(1) Bildung des Vermögensanteils durch Einlagenleistung	88
(2) Wertmäßiger Anteil am Gesellschaftsvermögen .	92
bb) Innenrechtliche Abbildung der mitgliedschaftlichen Wertbeteiligung durch die Bilanzziffer Kapitalanteil	94
b) Bilanzielle Abbildung der materiellen Rechtslage durch das Drei-Konten-Modell	98
c) Vermögenstrennung und abweichende Interessen aufgrund eingeschränkter Zugriffsmöglichkeit der Gesellschafter auf das Verbandsvermögen	103
d) Gewinnermittlung, Gewinnverwendung sowie mehrheitliche Thesaurierung als Ausdruck der getrennten Vermögensverbindungen	109
e) Zwischenergebnis	116
3. Insolvenzschuldnerschaft des Personenverbandes und Vermögenssonderung	120
a) Insolvenzrechtliches Haftungsvermögen und Liquidationscharakter des Insolvenzverfahrens	122
aa) Liquidationscharakter des Insolvenzverfahrens ungeachtet normativ angelegter Freigabemöglichkeit	124
bb) Von der Stellung des Insolvenzverwalters unabhängige Funktion zur Drittliquidation	127
cc) Insolvenzrechtliche Verwirklichung der Vermögenshaftung	131
b) Insolvenzrechtliche Vermögenssonderung	133
aa) Beschränkte Reichweite des Insolvenzbeschlags auf das Schuldnervermögens	135
bb) Liquidationsrechtliche Verlustdeckungsansprüche als Teil der Insolvenzmasse	136
cc) Keine Einstandspflicht der Gesellschafter gemäß § 128 HGB für Masseverbindlichkeiten und Verfahrenskosten des Insolvenzverfahrens	142

dd) Erfordernis rechnerischer Vermögenssonderung	145
III. Zwischenergebnis	146
B. Begründung einer Verbindlichkeit des Personenverbandes im Sinne von § 128 HGB	148
I. Willensbildung und Handeln des Personenverbandes	149
1. Innere Willensbildung des Personenverbandes durch Gesellschafterbeschluss sowie dessen originäres Willensbildungsorgan der Gesellschafterversammlung	149
2. Eigenhandeln der Gesellschaft und das Kompetenzgefüge der Organe	153
II. Das schuldrechtliche Rechtsverhältnis des Personenverbandes zu seinen Gläubigern	156
1. Die ein Schuldverhältnis im engeren Sinne prägende Verbindlichkeit	156
2. Schuldrechtliche Relativität der Leistungspflichten	159
a) Die vermögensorientierte Verbindlichkeit als konstituierendes Element des Schuldverhältnisses	159
b) Relativität schuldrechtlicher Leistungsverpflichtungen	161
aa) Rechtsbeziehungen in Mehrpersonenverhältnissen	162
(1) Gesetzliche Anerkennung von mehreren Rechtssubjekten in einer Gläubigerstellung	163
(2) Aus der Haftungsfunktion des Schuldnervermögens folgende Unzulässigkeit echter Schuldnermehrheiten	165
(3) Zwischenergebnis	171
bb) Synallagma gegenseitig verpflichtender Schuldverhältnisse als normativer Ausdruck vermögensausgleichender Äquivalenzverhältnisse	172
3. Auf den Schuldner beschränkte Vermögensberechtigung	174
4. Zwischenergebnis	177
III. Repräsentationshaftung von Verbänden für ihr organvermitteltes Eigenhandeln	178
1. Eigenhandeln des Verbandes durch organschaftliches Verhalten	178
2. Keine Anwendung des § 278 BGB auf Organhandeln	181
3. Eingeschränkter Vorrang der Vertretungsordnung	182
4. Deliktische Eigenhaftung des handelnden Organwalters neben dem organschaftlich vermittelten Verbandshandeln	184
IV. Zwischenergebnis	185
C. Haftung der Gesellschafter für eine Verbindlichkeit des Personenverbandes	186
I. Tatbestandselement und Rechtswirkung	187

II.	Schuld und Vermögenshaftung	187
1.	Vermögensrechtliche Haftung durch funktionale Gläubigerbeteiligung am Schuldnervermögen	188
2.	Verfahrensmäßige Einbettung der Haftung in Einzel- und Gesamtvollstreckung	191
3.	Das haftungsrechtlich in Bezug genomme Schuldner- Aktivvermögen	192
4.	Grundsatz unbeschränkter Vermögenshaftung	195
a)	Schuldrechtlicher Normalfall gesellschaftsrechtlicher „Haftungsbeschränkungen“	195
b)	Durchbrechung des Grundsatzes unbeschränkter Vermögenshaftung kraft echter Sondervermögen	197
5.	Rechtfertigungsbedürftigkeit der Inanspruchnahme schuldnerfremder Vermögensverbindungen	199
6.	Verteilung von Insolvenzrisiken	200
7.	„Haftung“ der Gesellschafter führt zu funktionaler Beteiligung der Gesellschaftsgläubiger an schuldnerfremdem Vermögen	202
III.	Gesetzlicher Istzustand materieller Außenhaftung	204
IV.	Unterschiede zu privatrechts-typischen gesetzlichen Schuldverhältnissen	207
V.	Beschränkte Reichweite privatautonomer Rechtfertigung der Gesellschafterhaftung	210
1.	Gläubigerseitige, privatautonome Berücksichtigung des § 128 HGB bei Begründung der Gesellschaftsverbindlichkeit	211
2.	Reichweite privatautonomer Inbezugnahme des § 128 HGB im Rahmen der Verbandsbeteiligung	212
VI.	Verhältnis von Haftung und Nachschusspflichten	214
VII.	Akzessorietät der Haftung im Personenverband	216
1.	Einseitige Wirkungsweise der akzessorischen Gesellschafterhaftung	216
2.	Keine Gesamtschuld zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern	217
3.	Modellcharakter des § 110 HGB steht einem Totalregress des akzessorisch haftenden Gesellschafters entgegen	218
4.	Erlöschen der Gesellschaftsverbindlichkeit	220
VIII.	Zwischenergebnis	221
D.	Annahmen über die von § 128 HGB betroffenen bzw. angeordneten Rechtsverhältnisse	223
E.	Arbeitshypothese für die weitere Untersuchung	225

§ 3 Teleologisch überschießende Regelungsanordnung einer primären Gesellschafterhaftung	228
A. Die Annahme primärer, inhaltsgleicher Einstandspflicht der Gesellschafter	229
I. Normverständnis der herrschenden Meinung	229
II. Entwicklung des Haftungsregimes nach § 128 HGB mit Blick auf eine primäre Einstandspflicht	231
III. Inhalt der Gesellschafterhaftung	233
1. Meinungsspektrum zum Inhalt der Gesellschafterhaftung	234
2. Bewertung des Meinungsstreits: Vernachlässigung der rechtlichen Entwicklungen hinsichtlich der Rechtsnatur von Personenverbänden	237
3. Zwischenergebnis	239
IV. Einstandspflicht für vertragliche und gesetzliche, einschließlich deliktischer Verbindlichkeiten	240
B. Unzureichend legitimierter Haftungsumfang einer primären Erfüllungshaftung nach § 128 HGB	245
I. Rechtsfähigkeit von Personenverbänden als normative Hürde eines vorrechtlichen Grundsatzes der unbeschränkten Gesellschafterhaftung nach dem Ansatz „keine Herrschaft ohne Haftung“	246
II. Sinn und Zweck der persönlichen Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB	249
1. Konkretisierung des von § 128 HGB verfolgten Gläubigerschutzes	250
a) Kapitalersatzfunktion durch die Erhaltung des Haftungsvolumens	253
b) „Weicher“ Kapitalschutz im Personenverband	257
c) Berücksichtigung der Gläubigerinteressen durch das personenhandelsgesellschaftsrechtliche Liquidationsrecht	262
aa) Rechtsstellung der Gläubiger während des Liquidationsstadiums	264
bb) Aufrechterhaltung der verbandsrechtlichen Vermögensstrennung während des Liquidations- verfahrens	266
cc) Zwingendes Gesellschaftsvermögen bei noch nicht getilgten Verbindlichkeiten steht Vollabwicklung des Verbandes entgegen	270
dd) Zwischenergebnis: Kein spezifisch liquidationsrechtliches Gläubigerschutzdefizit	277

ee)	Auswirkungen der Liquidationsbefangenheit auf die Vermögenszuordnung	280
d)	Annahme einer Erfüllungsfunktion der Gesellschafterhaftung	284
aa)	Schutzwürdigkeit von Gläubigererfüllungsinteressen (1) Befriedigung des Erfüllungsinteresses bei Vermögensverbindlichkeiten	284 286
(2)	Schuldrechtliches Nichterfüllungsrisiko bei Nichtvermögensverbindlichkeiten	287
bb)	Das Verhältnis eines Gläubigererfüllungsinteresses zu der durch § 128 HGB gesteuerten Verteilung der Regressrisiken	289
cc)	Zusammenhang von Erfüllungshaftung und Akzessorietät	291
(1)	Gewährleistung der Durchsetzungsakzessorietät durch § 129 Abs. 1 bis 3 HGB	291
(2)	Durchbrechung der Durchsetzungsakzessorietät	293
(3)	Wechselwirkung von materieller Akzessorietät nach § 128 HGB und Durchsetzungsakzessorietät nach § 129 HGB	297
dd)	Vollstreckungsrechtliche Fortwirkung der Vermögenstrennung	298
ee)	Zusammenfassung: Keine aus dem Normzweck folgende Erfüllungsfunktion	302
2.	Kreditwürdigkeit von Personengesellschaften	304
3.	Zusätzliche aus der Rechtsnatur des Personenverbandes folgende Argumente zur Bestimmung des Regelungszwecks von § 128 HGB	311
4.	Präventive Verhaltenskontrolle durch mittelbare Außenhaftung	312
5.	Haftungsrechtlicher Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung	315
III.	Am Nutzen orientierte Konkretisierung des normativ angelegten Gleichlaufs von Haftung und Herrschaft	323
1.	Einschränkung der Gesellschafterhaftung angesichts des Grundsatzes „keine Haftung ohne Herrschaft“ unter dem Regime der InsO	324
a)	Haftungsbeschränkung gegenüber Masseverbindlichkeiten	325
b)	Haftungsbeschränkungen außerhalb des Regelverfahrens	327
c)	Kompensation der Haftungsbeschränkung durch die Haftung des Insolvenzverwalters	331

2. Am Nutzen orientiertes Zusammenspiel von Selbstbestimmung und Selbstverantwortung	331
a) Interessenwahrnehmung durch den insolvenzrechtlichen Drittliquidator	334
b) Keine eigennützige Ausübung von Herrschaft der Gesellschafter im Eigeninteresse	335
c) Teleologische Reduktion des § 735 BGB hinsichtlich Masseverbindlichkeiten	336
d) Zwischenergebnis	340
IV. Stellung der personengesellschaftsrechtlichen Haftungsverfassung im System des verbandsrechtlichen Gläubigerschutzes	341
1. Trennungsprinzip in der Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt)	342
2. Kapitalgesellschaftsrechtliches System materieller Innenhaftung und verbandsrechtliche Auffangfunktion des § 128 HGB	343
3. Überschießende Anhäufung von Kapitalschutzvorschriften und Gesellschafterhaftung im Rahmen des Konzernrechts	346
4. Umwandlungsrechtlicher Einzelfallausgleich von Schäden identitätswahrender Rechtsnachfolge	348
C. Zwischenergebnis	350
I. Schuldrechtliche Wertungskonflikte im Rahmen von § 128 HGB	350
II. Keine Notwendigkeit primärer Einstandspflicht im Personenverband	352
 Kapitel 2: Einstandspflicht gemäß § 128 HGB als liquidations- bezogene Ausfallhaftung (Gesellschafter-Exithaftung)	 357
<i>§ 4 Auslegung des § 128 HGB als liquidationsbezogene Ausfallhaftung für Verbindlichkeiten des Personenverbandes</i>	 357
A. Der Gläubigergesamtheit verpflichtete Haftungsanordnung des § 128 HGB	360
I. Tatbestandliche Orientierungspunkte im Rahmen einer die Gläubigergesamtheit schützenden Unterdeckungshaftung	360
II. Überwindung des artikulierten Willens des historischen Gesetzgebers kraft dogmatischer Weiterentwicklung der Rechtsnatur der Personenaußengesellschaft	362
III. Prägung der Gesellschafterhaftung durch den die Gläubigergesamtheit vor verbandsspezifischen Gefahren schützenden Regelungszweck von § 128 HGB	365
1. Hinreichende Kreditwürdigkeit bei Vollwertigkeitsgarantie für das Haftungsvolumen	366

2. Sozietsvermittelte Vermögensbindung	367
3. Faktische insolvenzrechtliche Vorwirkungen der Gesellschafterhaftung	368
B. Anbindung der Gesellschafter-Exithaftung an die gesellschaftsrechtliche Systematik	369
C. Gesetzesübergreifende Legitimation der Gesellschafter-Exithaftung	371
I. Bürgerlich-rechtliche Rahmenbedingungen	371
II. Abgrenzung der Gesellschafter-Exithaftung zum kapitalschützenden Institut der Existenzvernichtungshaftung	372
III. Teilweiser Vollzug des Paradigmenwechsels durch die InsO . . .	375
1. Verhältnis von Gesellschafts- und Insolvenzrecht im Rahmen (besonderer) Liquidation	375
2. Haftungsrechtlicher Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung	377
3. Vermögenszuordnung und Haftungsverwirklichung im eröffneten Insolvenzverfahren	378
a) Stichtagsbezogene Beschränkung der Einstandspflicht auf Altverbindlichkeiten	378
b) Aus der Ermächtigungswirkung folgende relative Gläubigergleichbehandlung	379
IV. Materielle Innenhaftung im Recht der Kapitalgesellschaften . .	380
§ 5 <i>Haftungsmodell der Gesellschafter-Exithaftung</i>	382
A. Haftungsvolumen: Gläubigerschutz durch Vollwertigkeitsgarantie .	383
B. Haftungsrichtung: In ein dem Interesse der Gläubigergesamtheit verpflichtetes Innenverhältnis verlagerte materielle Außenhaftung .	383
C. Stichtagsbezogene Haftungsfälligkeit	384
D. Liquidationsrechtliche Umwandlung des insolventen Personenverbandes in eine Abwicklungsgesellschaft <i>sui generis</i> („haftungsbeschränkt“)	386
E. Haftungsinhalt: Unterdeckungsausgleich in Geld	388
F. Gesamtschuldnerische Inanspruchnahme der Gesellschafter	390
 Kapitel 3: Die Anwendung der Gesellschafter-Exithaftung . . .	391
§ 6 <i>Konsequenzen der Gesellschafter-Exithaftung im werbenden Stadium des Personenverbandes</i>	391
A. Aktualisierung des Haftungs-Istzustandes bei originärer sowie abgeleiteter Mitgliedschaft	392
B. Nach- und Enthftung bei Ausscheiden eines Gesellschafters aus werbender Gesellschaft	393
C. Gesellschaftsrechtliche Auflösung und Liquidation	394

§ 7 Liquidationsrechtliche Ausgestaltung der Gesellschafter-Exithaftung bei Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft	396
A. Haftungsabwicklung im eröffneten Insolvenzverfahren	396
I. Unerheblichkeit begleitender Verfahrensziele sowie der „Person“ des Drittliquidators	396
II. Auswirkungen der Gesellschafter-Exithaftung auf die insolvenzrechtliche Haftungsverwirklichung	399
1. Reichweite der Sperrwirkung des § 93 InsO	400
2. Auf den Unterdeckungsbetrag angemeldeter Forderungen beschränkte Ermächtigungswirkung	402
3. Auf das insolvenzrechtliche Planverfahren beschränkte materielle Befriedungsfunktion	404
a) Aus der Anmeldeobliegenheit folgende Relativität der Stellung als Gesellschafterhaftungsgläubiger sowie deren Überwindung durch den Insolvenzplan	404
b) Bekanntmachungspflicht analog §§ 50, 51 BGB und Befriedungsfunktion des Planverfahrens	406
4. Unzulässigkeit der Freigabe von Haftungsforderungen an Gläubiger	407
III. Zwischenergebnis	408
B. Liquiditätsorientierte Verfahrenseröffnung	410
C. Die Abschlussentscheidung des Eröffnungsverfahrens als Weichenstellung für das anzuwendende Liquidationsregime	415
D. Abweisung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse bzw. Einstellung des Verfahrens mangels Masse	416
I. Genese von §§ 26, 207 sowie § 93 InsO	417
II. Abhängigkeit der Verfahrenseröffnung von der „Kostenmasse“-Deckung	418
1. Vermögensbezogene Beurteilung der „Kostenmasse“-Deckung	418
2. Rechtspolitisches Bestreben einer Einbeziehung der Gesellschafterhaftung zur „Überwindung von Massearmut“	420
a) Keine Haftung der Gesellschafter nach § 128 HGB für Kosten des Insolvenzverfahrens	421
b) Keine Beleihung der Gesellschafterhaftung zum Zwecke der vorläufigen Verfahrenskostendeckung	422
c) Keine rechtliche „Überwindung von Massearmut“ unter Einbeziehung der Gesellschafterhaftung	424
d) Faktische Bereicherung der Masse durch die Gesellschafterhaftung	424

III.	Rechtsfolge der Überleitung in das masselose Liquidationsverfahren	426
1.	Gläubigergleichbehandlung im Stadium masseloser Liquidation	428
2.	Dem Regelungszweck des § 128 HGB immanente Sperr- und Ermächtigungswirkung	430
3.	Im Fremdinteresse der Gläubigergesamtheit durchzuführende Haftungsverwirklichung durch einen Drittliquidator	431
4.	Haftung der (Dritt-)Liquidatoren	434
5.	Problematik fehlender organisierter Gläubigerbeteiligung	437
IV.	Zusammenfassung	439
E.	Verfahrenskostenvorschuss nach § 26 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 InsO zur Aktivierung insolvenzrechtlicher Befugnisse	440
I.	Gläubigervorschussberechtigung zur Aktivierung der insolvenzrechtlichen Befugnisse zwecks Masseanreicherung	440
II.	Kein Bedürfnis personengesellschaftsrechtlicher Vorschusspflicht	441
F.	Gesellschaftsrechtliche Nachtragsliquidation nach Abschluss des Insolvenzverfahrens	444
G.	Primärhaftung der Gesellschafter im Interesse der Gläubigergesamtheit bei mitgliedschaftlichem Missbrauch der Vermögenstrennung	445
H.	Gewährleistung des Gläubigerschutzes hinsichtlich verschiedener Gläubigergruppen im Rahmen von parallel verlaufenden Insolvenzverfahren	447
I.	Verfahrenseingebettete Berücksichtigung der unterschiedlichen Gläubigerinteressen unter insolvenzrechtlichem Regelungsregime	447
II.	Masselose Liquidation	449
I.	Teleologische Einschränkung von § 110 HGB im Hinblick auf den Gesellschafterregress	450
I.	Nichtanwendung von § 110 HGB im Rahmen des eröffneten Insolvenzverfahrens	450
II.	Beschränkung des Gesellschafterregresses auf kontenmäßigen Innenausgleich im Rahmen der liquidationsrechtlichen Schlussabrechnung	451
III.	Inanspruchnahme ausgeschiedener Gesellschafter	452
	<i>§ 8 Prozessuale und zwangsvollstreckungsrechtliche Konsequenzen der Gesellschafter-Exithaftung</i>	<i>454</i>
A.	Ausschließliche Prozessführungsbefugnis des im Gläubigerinteresse agierenden Drittliquidators	454

I.	Variable Streitgegenstandsbestimmung der dynamischen Unterdeckungsausfallhaftung	455
II.	Antragsformulierung	457
III.	Keine prozessualen Gläubigerbeteiligungsrechte	458
IV.	Gewandelter Anwendungsbereich des § 736 ZPO als Folge der Rechtssubjektivität von Personenverbänden	458
B.	Erscheinungsformen der Einwendungspräklusion entsprechend § 767 Abs. 2 ZPO bei Annahme einer Gesellschafter-Exithaftung . .	461
I.	Auf die der Unterdeckung zugrundeliegenden Einzelverbindlichkeiten bezogene Gesellschaftseinwendungen	461
1.	Gesellschaftereinwendungsausschluss im Rahmen des eröffneten Insolvenzverfahrens	462
a)	Einem Ausscheiden entsprechendes Informationsdefizit der Gesellschafter im Rahmen des Insolvenzverfahrens .	463
b)	Einwirkungsmöglichkeit der Gesellschafter im Forderungsfeststellungsverfahren entsprechend § 178 Abs. 2 InsO	466
2.	Einwendungspräklusion im Rahmen masseloser Liquidation	469
II.	Beurteilung persönlicher Einzeleinwendungen im Rahmen der dem Interesse der Gläubigersamtheit verpflichteten Unterdeckungshaftung	470
III.	Berücksichtigung von Gestaltungsrechten im Rahmen der Unterdeckungsermittlung	474
	<i>§ 9 Gesellschafter-Exithaftung und Gesellschaftersicherheiten</i>	<i>475</i>
A.	Beurteilung von Parallelsicherheiten im Rahmen des Insolvenzverfahrens	476
I.	Keine Erstreckung des § 93 InsO auf Gesellschaftersicherheiten bei isolierter Gesellschaftsinsolvenz	476
II.	Verfahrensmäßige Behandlung von Gesellschaftersicherheiten im Rahmen paralleler Insolvenzen	478
1.	Personengesellschaftliches Problem der sog. Doppelberücksichtigung	479
2.	Die Gesellschafter-Exithaftung im Gemenge der vertretenen Lösungsmodelle: Unzulässigkeit der Vollanmeldung einer Haftungsforderung im Gesellschafterinsolvenzverfahren . .	481
3.	Bestimmung der Unterdeckung vor dem Hintergrund der §§ 43, 44 InsO	484
a)	Keine bloß relative Unterdeckungsberechnung	485
b)	Keine notwendige Ergebniskorrektur anhand von § 44 InsO	486

aa) Regelungszweck des § 44 InsO erfordert wirtschaftliche Identität	487
bb) Konsequenzen bei Annahme einer Ausschlusswirkung der Anmeldung einer Parallelsicherheit im Geschafterinsolvenzverfahren	488
cc) Keine verfahrensrelevante Doppelanmeldung bei konsequenter Beachtung der Vermögenstrennung sowie der privatautonomen Haftungsunterwerfung	489
4. Zwischenergebnis	490
B. Beurteilung von Parallelsicherheiten im Rahmen masseloser Liquidation	490
Schluss	491
§ 10 Ergebnisse	491
Literaturverzeichnis	499
Sachregister	523

Einführung

§ 1 Einleitung und Gegenstand der Untersuchung

A. Anlass der Untersuchung und Verhältnis zu den geplanten Neuerungen durch das MoPeG

Eine Form der persönlichen Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft findet in § 128 HGB für die offene Handelsgesellschaft (oHG) ihre normative Verankerung. Danach haften die Gesellschafter „für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich“. Diese Haftung wird seit langem von der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung im Schrifttum als persönliche, primäre, akzessorische und unmittelbare verstanden.¹ Zurückgehend auf den Diskussionsentwurf (sog. Mauracher Entwurf) soll dieses Verständnis nach der Begründung des Regierungsentwurfs für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) auch künftig der – in den §§ 721 BGB-E, 126 HGB-E vorgesehenen – Gesellschafterhaftung zugrunde gelegt werden.² Diese Annahme wurzelt in dem früheren Verständnis, dass die oHG mit dem ihr zugeordneten Vermögen Teil des Vermögens der Gesellschafter sei, die darüber nur gesamthänderisch verfügen könnten.³ Während der Wortlaut des § 128 HGB unverän-

¹ Vgl. *Habersack*, in: Habersack/Schäfer, HGB, § 128 Rn. 19ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 49 II 1, S. 1413f.

² RegE v. 20.1.2021, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG), S. 190f., abrufbar unter: <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Personengesellschaftsrecht.html> (zuletzt abgerufen am 1.2.2021); Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts v. 20.4.2020, S. 115f., abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/042020_Entwurf_Mopeg.pdf (zuletzt abgerufen am 1.2.2021); vgl. *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft*, ZIP 2021, 3; *Bachmann*, NZG 2020, 612 (612ff.); *Fleischer*, DStR 2020, 2137 (2137ff.); *ders.*, DStR 2021, 430 (436); *Geibel*, ZRP 2020, 137 (137ff.); *Heckschen*, NZG 2020, 761 (761ff.); *ders.*, GWR 2021, 1 (2ff.); *M. Noack*, NZG 2020, 581 (581ff.); *Punte/Klemens/Sambulski*, ZIP 2020, 1230 (1230ff.); *C. Schäfer*, ZIP 2020, 1149 (1149ff.); *Schall*, ZIP 2020, 1443 (1443ff.); *K. Schmidt*, ZHR 185 (2021), 16 (38ff.); *Schollmeyer*, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2020; juris-Rn. 3ff.; *Storz*, GWR 2020, 257 (257ff.); *Wertenbruch*, GmbHR 2021, 1 (6); *ders.*, in: Handbuch Personengesellschaften, Stand: 77. EL 7/2020, Rn. I-881; kritisch, *Altmeyden*, ZIP 2021, 213 (219).

³ Zur traditionellen Gesamthandslehre, *H. Buchner*, AcP 169 (1969), 483 (488, 496, 499,

dert geblieben ist, hat sich das Verständnis in Bezug auf die Zuordnung des Vermögens der oHG gewandelt. Mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit von Personenaußengesellschaften – wie sie in der nunmehr vorherrschenden Gesamthandslehre im Sinne der modernen Gruppenlehre zum Ausdruck kommt⁴ – ging das Verständnis einher, dass die Gesellschaft Trägerin eines eigenen, vom Vermögen ihrer Gesellschafter getrennten, Vermögens ist. Dieses Vermögen unterliegt dem schuldrechtlich vermittelten Haftungszugriff der Gesellschaftsgläubiger, während § 128 HGB eine Zugriffsmöglichkeit auf die Privatvermögen der Gesellschafter eröffnet. Anknüpfend an die damit einhergehende getrennte Zuordnung, „ein Rechtssubjekt – ein Vermögen“, gibt es sodann jeweils ein gesondertes Insolvenzverfahren mit jeweils einer dem gemeinschaftlichen Haftungszugriff der Gläubiger zugewiesenen, klar abgegrenzten Insolvenzmasse.⁵ In dieser begrifflichen Verwendung des Vermögens als Haftungsobjekt eines schuldrechtlich verpflichteten Subjekts liegt bereits eine wertende Zuordnung des „Vermögens“ – als Gesamtheit aller Vermögensbestandteile – zu einem Rechtssubjekt. Vor allem zum Zwecke der rechtlichen sowie terminologischen Abgrenzung zu echten, gesetzlich anerkannten Sondervermögen sowie zur vermögensbezogenen Beurteilung der Insolvenzmasse wird der weiteren Untersuchung der Begriff der „Vermögensverbindung“ zugrunde gelegt, wenn über die rechtliche Qualifikation, Zuordnung oder konkrete Zusammensetzung keine Aussage getroffen werden soll.⁶

Die Übernahme des Trennungsprinzips⁷ in das Recht der oHG fand mit dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung im Jahr 1999⁸ in Form der Insolvenzfähigkeit⁹ von Personengesellschaften (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO) sowie durch die im Jahr 2000 eingeführte Regelung des § 14 Abs. 2 BGB¹⁰ ihren gesetzlichen

509); *ders.*, JZ 1968, 622 (622f.); *U. Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil, S. 61 ff., 106; *v. Gamm*, in: RGRK-BGB, Vor § 705 Rn. 4; *A. Hueck*, Das Recht der oHG, § 3 IV, S. 32 ff.; *Schulze-Osterloh*, Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, S. 177; *Wiefels*, Gesellschaftsrecht, S. 13, 18.

⁴ Vgl. grundlegend, *Flume*, ZHR 136 (1972), 177 (177 ff.); *ders.*, Die Personengesellschaft, S. 54 ff.; *C. Schäfer*, in: Habersack/Schäfer, HGB, § 105 Rn. 40 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 8 III.

⁵ Vgl. *Hirte/Praß*, in: Uhlenbruck, InsO, § 35 Rn. 53; *Peters*, in: MüKoInsO, § 35 Rn. 86; *Henckel*, in: Jaeger, InsO, § 35 Rn. 131.

⁶ Vgl. zu dieser Terminologie im Rahmen der wirtschaftlichen Beurteilung der kartellordnungsrechtlichen Adressatenstellung eines Rechtsnachfolgers, BGH, Uv. 10.8.2011 – KRB 55/10, BGHSt 57, 193–202 = juris-Rn. 8, 12, 16, Ls.; OLG Düsseldorf, Uv. 10.2.2014 – V-4 Kart 5/11 (OWi), juris-Rn. 444 ff.

⁷ Vgl. *Boesche*, in: Oetker, HGB, § 124 Rn. 3; *Habersack*, in: Habersack/Schäfer, HGB, § 124 Rn. 6 f.; *Henssler*, in: BeckOGK HGB, Stand: 15.12.2020, § 124 Rn. 11; *Seeger*, in: Heidel/Schall, HGB, § 124 Rn. 3.

⁸ Insolvenzordnung (InsO) vom 5.10.1994 (BGBl. I S. 2866), nach seinem § 335 i. V. m. Art. 110 Abs. 1 nach Maßgabe des Abs. 2 EGInsO 311-14-1 am 1.1.1999 in Kraft getreten.

⁹ Zum Begriff der Insolvenzfähigkeit, *Stahlschmidt*, Die GbR in der Insolvenz, S. 17 ff.

¹⁰ Vgl. bereits § 1059a Abs. 2 BGB 1996, § 191 UmwG 1994, § 7 Nr. 3 MarkenG 1994.

Ausdruck. Der vollzogene vermögensrechtliche Paradigmenwechsel, wie er mit der dogmatisch weiterentwickelten Rechtsnatur der Personenaußengesellschaften einhergegangen ist, lässt sich insbesondere anhand der Regelungen der Insolvenzordnung nachvollziehen. Anhand von § 93 InsO ist etwa zu erkennen, welche gesellschaftsrechtlichen Grundannahmen diesem in Bezug auf die Vermögenszuordnung sowie die Regelung des § 128 HGB zugrunde liegen und welche Widersprüche im Rahmen des Insolvenzverfahrens aufkommen, wenn diese nicht konsequent berücksichtigt werden – etwa im Rahmen der „Kostenmasse“-Deckung.¹¹ In besonderem Maße eröffnet die Analyse der insolvenzrechtlichen Behandlung von Gesellschaftersicherheiten für Gesellschaftsverbindlichkeiten bei parallel verlaufenden Insolvenzverfahren die Möglichkeit, die Vermögenszuordnung sowie die Wirkungsweise von § 128 HGB in der Personenaußengesellschaft zu ermitteln. Während in dem Diskussionsentwurf zum MoPeG (sog. Mauracher Entwurf) noch vorgeschlagen wurde, die Regelung des § 14 Abs. 2 BGB zu streichen, die Rechtsfähigkeit der Personenaußengesellschaften in § 705 Abs. 2 BGB-E zugrunde zu legen und die Haftung der Gesellschafter rechtsformübergreifend für die Personenaußengesellschaften in § 721 BGB-E zu regeln,¹² zeichnet sich im Regierungsentwurf zum MoPeG unter Aufrechterhaltung des § 14 Abs. 2 BGB eine parallele Normierung der Gesellschafterhaftung in § 721 BGB-E sowie § 126 HGB-E ab.¹³ Damit soll einer auf systematische Erwägungen gestützten Annahme einer überschießenden Wirkung der Gesellschafterhaftung für die oHG entgegengewirkt werden, der eine abweichende Vertretungsverfassung innewohnt.¹⁴ Die vorliegende Arbeit versteht sich einerseits als Beitrag zum aktuellen MoPeG-Reformvorhaben. Andererseits ist es Anliegen der Untersuchung, dem von der herrschenden Meinung zugrunde gelegten Verständnis zur Haftungsverfassung in der Personengesellschaft ein eigenständiges, in sich abgeschlossenes Haftungsmodell gegenüberzustellen, anhand dessen künftige Diskussionen sich beurteilen lassen müssen und gegenüber dem ein abweichendes Haftungsverständnis rechtlich zu rechtfertigen ist. Fraglich ist insbesondere, inwiefern die dem Regierungsentwurf zum MoPeG zugrunde gelegten Annahmen einer juristischen Überprüfung standhalten. In Anbetracht der dogmatischen Weiterentwicklung¹⁵ der Rechtsnatur der rechtsfähigen Personengesellschaften – wie die oHG – ist es Angelegenheit dieser Untersuchung, die personengesellschaftsrechtliche Haftung nach § 128 HGB unter Berücksichtigung des vermögensrechtlichen Paradigmenwechsels zu überprüfen.

¹¹ Siehe dazu unten Kap. 2 § 4 C.III, Kap. 3 § 7 D.

¹² Mauracher Entwurf zum MoPeG, S. 2ff., 36ff.; C. Schäfer, ZIP 2020, 1149 (1150).

¹³ Vgl. RegE MoPeG, S. 20, 26.

¹⁴ RegE MoPeG, S. 286.

¹⁵ Zur Unterscheidung von dogmatischer Weiterentwicklung und Rechtsfortbildung, Reuter, AcP 207 (2007), 673 (674ff., 688, 697ff.); siehe dazu unten Kap. 2 § 4 A.II.

B. Problemstellung

I. Gläubigerschutzkonzept der persönlichen Haftung

1. Kapitalersatzfunktion

Die ganz herrschende Meinung spricht § 128 HGB eine gegenüber dem kapitalgesellschaftsrechtlichen Regelungsregime kapitalersetzende Funktion zu.¹⁶ Während Gläubigerschutz im Recht der Kapitalgesellschaften durch ein Mindestkapitalsystem sowie zwingende Vorschriften zum Zwecke der Kapitalversicherung gewährleistet werden könne, weil dadurch ein „Verlustpuffer[sowie] eine pragmatische und generalisierende Kompensation für die abstrakte Gefahr einer übermäßig risikogeneigten Unternehmensleitung“ geschaffen würden,¹⁷ trete im Recht der Personengesellschaften die persönliche Gesellschafterhaftung an deren Stelle.¹⁸ § 128 HGB sei deswegen als persönliche, primäre, akzessorische und unmittelbare Einstandspflicht der Gesellschafter zu charakterisieren, weil das Personengesellschaftsrecht keine gläubigerschützenden Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregelungen sowie keine zwingenden Liquidationsvorschriften kenne.¹⁹ Das Kapitalschutzregime juristischer Personen des Handelsrechts rechtfertige eine „Haftungsbeschränkung“ auf das Vermögen der Gesellschaft, was umkehrt eine persönliche Einstandspflicht der Gesellschafter einer Personengesellschaft für deren Verbindlichkeiten erfordere.²⁰ Umgekehrt mache eine persönliche Gesellschafterhaftung Regeln über das

¹⁶ Vgl. BGH, Uv. 27.9.1999 – II ZR 371/98, BGHZ 142, 315–323 = juris-Rn. 17; BGH, Uv. 7.4.2003 – II ZR 56/02, BGHZ 154, 370–378 = juris-Rn. 11; *Altmeppen*, NJW 2009, 2241 (2242 ff.); *Habersack*, in: Habersack/Schäfer, HGB, § 128 Rn. 1; *Henssler*, PartGG, § 8 Rn. 17, 19; *Hillmann*, in: E/B/J/S, HGB, § 128 Rn. 22; *John*, Die organisierte Rechtsperson, S. 251; *Koehel*, NZG 2020, 127 (128); *K. Schmidt*, JZ 1985, 301 (302); *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 18 IV 2, S. 541 ff.; *Wertenbruch*, in: Handbuch Personengesellschaften, Stand: 77. EL 7/2020, Rn. I-881, I-903; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band 1, § 10 III 1 a bb, S. 536; vgl. *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation, S. 58; RegE MoPeG, S. 190f. (S. 115f. des Mauracher Entwurfs); mit Vorschlägen für eine „haftungsbeschränkte“ Personengesellschaft, *Jacobsen*, DStR 2020, 1259 (1259 ff.); *Röder*, ZHR 184 (2020), 457 (461 ff., 483 ff.), Gesellschafterausschüttungen unter den Vorbehalt eines sog. Bilanztests stellend.

¹⁷ *Grigoleit*, in: Grigoleit, AktG, § 1 Rn. 29f.; *ders.*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH, S. 76 ff., 112 ff.; vgl. *G. Roth*, Verbandszweck und Gläubigerschutz, § 11 B.I, § 15.

¹⁸ Vgl. RegE MoPeG, S. 190f. (S. 115f. des Mauracher Entwurfs); *Boesche*, in: Oetker, HGB, § 128 Rn. 2; *Habersack*, in: Habersack/Schäfer, HGB, § 128 Rn. 1; *Wertenbruch*, in: Handbuch Personengesellschaften, Stand: 77. EL 7/2020, Rn. I-881, I-903, I-925.

¹⁹ *Hillmann*, in: E/B/J/S, HGB; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band 1, § 128 Rn. 1; *Klimke*, in: BeckOK HGB, Stand: 15.1.2021, § 128 Rn. 1; *Wertenbruch*, in: Handbuch Personengesellschaften, Stand: 77. EL 7/2020, Rn. I-881, I-903, I-925; vgl. *Habersack*, in: Habersack/Schäfer, HGB, § 145 Rn. 4 *K. Schmidt*, in: MüKoHGB, § 145 Rn. 12.

²⁰ Vgl. BGH, Uv. 7.4.2003 – II ZR 56/02, BGHZ 154, 370–378 = juris-Rn. 11; BGH, Uv. 27.9.1999 – II ZR 371/98, BGHZ 142, 315–323 = juris-Rn. 17; BGH, Uv. 27.1.1997 – II ZR 123/94, BGHZ 134, 333–342 = juris-Rn. 11 ff.; *Dauner-Lieb*, in: FS Lutter, S. 836; *Henssler*, PartGG, § 8 Rn. 17, 19, 218; *ders.*, AnwBl 2014, 96 (97); *ders.*, AnwBl 1996, 3 (9 ff.); *Hillmann*,

Kapital der Gesellschaft entbehrlich.²¹ Dieser Gedankenführung liegt indes ein ordliberales, auf die hinter jeder Gesellschaft stehenden natürlichen Personen fokussiertes, Haftungsverständnis zugrunde.²² Dieses geht von der Annahme aus, dass derjenige, der sich im Rechtsverkehr eines gesellschaftsrechtlichen Kollektivs bedient und an dessen wirtschaftlichen Erfolg teilhat, auch die mit der Verwendung eines derartigen rechtlichen Vehikels für sein eigenunternehmerisches Tun verbundenen Risiken tragen soll.²³ Die persönliche Gesellschafterhaftung verfolge insofern den Zweck, den Gleichlauf von „Herrschaft und Haftung“ sicherzustellen.²⁴ Dieses Verständnis beruht wiederum auf der Annahme, dass die Gesellschafter trotz Eigenständigkeit der Gesellschaft im Rechtsverkehr einerseits Herrschaft auf die Verbindlichkeiten der Gesellschaft ausüben könnten sowie andererseits einen freien Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen hätten.²⁵ Bezogen auf die Gesamtheit der Gesellschafter ist dies zwar nicht von der Hand zu weisen, hinsichtlich des einzelnen Gesellschafters bedarf eine solche Einschätzung aber einer differenzierteren Betrachtung. Erkennt man einer Personenmehrheit in der Rechtsform einer gesetzlich geregelten Verbandsform Rechtsfähigkeit zu, hat sich die Beurteilung der Gläubiger Risiken zentral anhand des Auftritts dieses Rechtssubjekts im Rechtsverkehr zu beurteilen sowie daran, welche konkreten Einwirkungsmöglichkeiten die einzelnen Gesellschafter bzw. die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit auf dieses Rechtssubjekt ausüben können. Ein besonderes Augenmerk der Untersuchung liegt daher auf den mitgliedschaftlichen Befugnissen und Verpflichtungen des einzelnen Gesellschafters gegenüber der Personengesellschaft als Rechtssubjekt.

Soweit die herrschende Auffassung für die Erforderlichkeit der persönlichen Gesellschafterhaftung auf das Kapitalschutzsystem der juristischen Personen des Handelsrechts verweist, ist zu beachten, dass anhand derer zwar Gläubiger Risiken identifiziert und veranschaulicht werden können, als alleinige Legitimationsgrundlage einer persönlichen Gesellschafterhaftung, die den Gläubigern – abweichend von der schuldrechtlichen Vereinbarung mit der Gesellschaft – eine zusätzliche Vermögensverbindung zur Befriedigung ihrer Forderungen zur

in: E/B/J/S, HGB, § 128 Rn. 1; *Wertenbruch*, in: Handbuch Personengesellschaften, Stand: 77. EL 7/2020, Rn. I-881; *Wiesner*, in: FS Hellwig, S. 413; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, Einleitung Rn. 18; *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, S. 288 f.

²¹ *Habersack*, in: Habersack/Schäfer, HGB, § 128 Rn. 1.

²² Vgl. *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band 1, § 10 III 1 b, S. 539 f.; siehe *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 279 ff.

²³ Vgl. *A. Meyer*, Der Grundsatz der unbeschränkten Verbandsmitgliederhaftung, S. 105 f.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band 1, § 10 III 2 a, S. 543 ff.; *Markworth*, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.1.2021, § 128 Rn. 4; *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 279 f., 281 („Wer den Nutzen hat, mu[ss] auch den Schaden tragen.“).

²⁴ Vgl. *Habersack*, in: Habersack/Schäfer, HGB, § 128 Rn. 1; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band 1, § 10 III 2 a, S. 543 ff.; RegE MoPeG, Begr. zu § 721 BGB-E sowie § 126 HGB-E, S. 190, 286.

²⁵ *Klimke*, in: BeckOK HGB, Stand: 15.1.2021, § 128 Rn. 1.

Verfügung stellt, aber nicht ausreicht. Zwar obliegt es dem nationalen Gesetzgeber im Rahmen des *numerus clausus* der Rechtsformen, diejenigen (Verbands-)Rechtssubjekte zu bestimmen, denen er Rechtsfähigkeit zuerkennt. Dabei kann er auch ein System von Normativbestimmungen erschaffen, welches in Abhängigkeit vom gemeinsam verfolgten Zweck der Verbandsmitglieder pauschal unterschiedliche Anforderungen an den Gläubigerschutz aufstellt (vgl. §§ 21, 22, 43, 54 BGB gegenüber § 128 HGB sowie dem Kapitalschutzsystem der juristischen Personen des Handelsrechts).²⁶ Die Voraussetzungen, die das Gesetz an die Rechtsfähigkeit von Verbänden stellt, können daher mit denen anderer Verbände korrespondieren, um ein rechtsformkohärentes „Verbandsrecht“ zu schaffen und identitätswahrende Rechtsformwechsel zu ermöglichen. Hinsichtlich der Frage des hinreichenden Gläubigerschutzes einer rechtsfähigen Verbandsform ist aber zu untersuchen, inwiefern deren Gläubiger konkreten Risiken im Rechtsverkehr ausgesetzt sind und ob andere Verbandsformen geeigneter Vergleichsmaßstab sein können oder ob der Vergleich mit Rechtsverhältnissen zwischen natürlichen Personen einen geeigneteren Maßstab bildet.

2. Gläubigerbenachteiligung durch Rechtsverfolgungskosten

Die allgemeine Meinung zu § 128 HGB qualifiziert die Gesellschafterhaftung grundsätzlich als primäre Einstandspflicht.²⁷ Nach der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 721 BGB-E des MoPeG, der die Haftungsregelung des § 128 HGB in das BGB aufnehmen soll, können die Gesellschaftsgläubiger nicht vorrangig auf das Gesellschaftsvermögen verwiesen werden, weil es nur dadurch zu einer angemessenen Verteilung der Insolvenzrisiken komme.²⁸

In Abhängigkeit von dem zugrunde zu legenden Vergleichsmaßstab – Rechtsverhältnisse mit juristischen bzw. natürlichen Personen – könnte es fraglich sein, inwiefern mit einem vorrangigen Verweis auf das Gesellschaftsvermögen eine Schlechterstellung der Gläubiger verbunden ist. So sieht die Rechtsordnung grundsätzlich vor, dass der Gläubiger eines zahlungsfähigen, aber zahlungsunwilligen Schuldners zur Befriedigung seines Leistungsinteresses zunächst auf das Erkenntnisverfahren und sodann auf das Vollstreckungsverfahren verwiesen ist. Dabei entstehende Transaktionskosten sind dem Rechtsstaat immanent und werden letztlich von der unterliegenden Partei getragen. Teilweise wird die kapitalersetzende Funktion des § 128 HGB daher darauf beschränkt, „den Gläubigern eine Personalsicherheit im Fall der Insolvenz der Gesellschaft zu verschaffen.“²⁹

²⁶ Vgl. G. Roth, Verbandszweck und Gläubigerschutz, § 4 B.

²⁷ Haas, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, § 128 Rn. 5; Habersack, in: Habersack/Schäfer, HGB, § 128 Rn. 26; Hillmann, in: E/B/J/S, HGB, § 128 Rn. 18; K. Schmidt, in: MüKoHGB, § 128 Rn. 20; Wertenbruch, in: Handbuch Personengesellschaften, Stand: 77. EL 7/2020, Rn. I-901 f.; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band 2, § 8 III 3 b bb.

²⁸ Begr. RegE MoPeG, S. 191.

²⁹ Altmeyden, NJW 2009, 2241 (2243).

Darüber hinaus wird eine einschränkende Anwendung des § 128 HGB angenommen, wenn Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber Gesellschaftern zu beurteilen sind, auch wenn diese der Gesellschaft wie Dritte gegenüber treten (sog. Drittgeschäfte)³⁰ und es sich damit nicht um Sozialverbindlichkeiten handelt, weil der Schutzzweck des § 128 HGB auch bei Drittgeschäften nur teilweise betroffen sei.³¹ Für eine einschränkende Anwendung des § 128 HGB wird vorgebracht, dass sich anders nicht erklären ließe, dass die Drittforderung eines Gesellschafters, der selbst nach § 128 HGB haftet, nicht bereits durch Konfusion erlischt.³² Der forderungsinhabende Gesellschafter soll sich vorrangig an die frei verfügbaren Mittel der Gesellschaft halten, sodass die Mitgesellschafter in Höhe ihrer Verlustbeteiligungsquote subsidiär hafteten, ohne dass es jedoch einer Vorausvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen bedürfte.³³ Die Gesellschaftsverbindlichkeit nähme mit einer Abtretung an einen Nichtgesellschafter eine andere rechtliche Qualität an, weil dieser nicht auf das Gesellschaftsvermögen verwiesen wäre. Auf diese Weise käme es zu einer abweichenden Beurteilung unterschiedlicher Gläubigergruppen. Indes wird es zunehmend uneinheitlich beurteilt, inwieweit ein Gesellschafter, der der Gesellschaft als derartiger Drittgläubiger gegenübersteht, als Folge seiner Treuepflicht vorrangig auf das Gesellschaftsvermögen verwiesen ist.³⁴

3. Kreditwürdigkeit der Gesellschaft und Erfüllungsinteresse der Gesellschaftsgläubiger

Nach herrschender Auffassung soll die persönliche Gesellschafterhaftung die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger sichern und erleichtern, um auf diese Weise die Kreditfähigkeit der Gesellschaft zu fördern.³⁵ Die Gesellschafterhaftung bedinge zugleich eine Erfüllungshaftung, weil die Gesellschafter mit

³⁰ Vgl. *Habersack*, in: Habersack/Schäfer, HGB, § 128 Rn. 12f.; *Graf Wolffskeel von Reichenberg*, NZG 2017, 45 (46ff.); *Wertenbruch*, in: Handbuch Personengesellschaften, Stand: 77. EL 7/2020, Rn. I-897f.; eine differenzierte Betrachtung vornehmend, *Altmeyen*, NJW 2009, 2241 (2244f.).

³¹ Vgl. *Graf Wolffskeel von Reichenberg*, NZG 2017, 45 (48).

³² *Altmeyen*, NJW 2009, 2241 (2243); *Graf Wolffskeel von Reichenberg*, NZG 2017, 45 (48).

³³ *Habersack*, in: Habersack/Schäfer, HGB, § 128 Rn. 13, 49; *Hillmann*, in: E/B/J/S, HGB, § 128 Rn. 18, 10; *M. Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 128 Rn. 24; *K. Schmidt*, in: MüKoHGB, § 128 Rn. 12, 20, 34; a. A. *Altmeyen*, NJW 2009, 2241 (2243 ff.), der die praktische Relevanz von § 128 HGB auf den Fall der Gesellschaftsinsolvenz beschränkt.

³⁴ So *Habersack*, in: Habersack/Schäfer, HGB, § 128 Rn. 13, 49; *Hillmann*, in: E/B/J/S, HGB, § 128 Rn. 18, 10; *K. Schmidt*, in: MüKoHGB, § 128 Rn. 12, 20; a. A. BGH, Uv. 8.10.2013 – II ZR 310/12, juris-Rn. 34f.; OLG Köln, Uv. 28.12.2012 – 18 U 48/12, juris-Rn. 102ff.; *C. Schäfer*, in: MüKoBGB, § 705 Rn. 209; *Steitz*, in: Henssler/Strohn, GesR, HGB, § 128 Rn. 10a; *Wertenbruch*, in: Handbuch Personengesellschaften, Stand: 77. EL 7/2020, Rn. I-897a; die Drittgläubigerstellung differenzierend, *Altmeyen*, NJW 2009, 2241 (2244f.).

³⁵ *Flume*, Die Personengesellschaft, § 16 III, S. 298ff.; *Habersack*, in: Habersack/Schäfer, HGB, § 128 Rn. 1; *A. Hueck*, Das Recht der oHG, § 21 II 3, S. 313; vgl. RegE MoPeG zu § 721 BGB-E, S. 190.

ihrem Marktauftritt für die Gesellschaft mit ihrer Kreditwürdigkeit auch die der Gesellschaft repräsentierten.³⁶

In diesem Zusammenspiel aus Gläubigerschutz und Kreditgewährung für die Gesellschaft ist der Meinungsstreit um den Inhalt der Gesellschafterhaftung zu sehen.³⁷ Während das diesbezügliche Meinungsspektrum lange Zeit in „Haftungstheorie“³⁸ und „Erfüllungstheorie“ geteilt war, wird nach nun überwiegender Auffassung angenommen, dass die Gesellschafter im Rahmen von § 128 HGB grundsätzlich auf Erfüllung in Anspruch genommen werden können (mit einer Zwangsvollstreckung nach §§ 883 bis 885, 894, 897 ZPO), sodass es im Rahmen der Vollstreckung eines Umwegs über § 886 ZPO nicht bedürfe; eine Begrenzung komme nur nach § 275 BGB in Betracht.³⁹ Das auf Erfüllung gerichtete Gläubigerinteresse könne mit einer bloßen Interessenhaftung nicht hinreichend abgesichert werden, weil eine auf den Wert beschränkte Einstandspflicht der Gesellschafter hinter dem tatsächlichen Erfüllungsinteresse zurückbleibe und von einer Inanspruchnahme des Gesellschafters abhalten könne.⁴⁰ Dies bedeutet, dass bei Leistungsunfähigkeit sowie bei bloßer Leistungsunwilligkeit der Gesellschaft als Schuldnerin nicht zunächst der Weg über das allgemeine Leistungsstörungenrecht und die dort geregelten Sekundäransprüche zu beschreiten ist, sondern das Leistungsinteresse der Gesellschaftsgläubiger unmittelbar bei den Gesellschaftern als Unbeteiligten an dem rechtsgeschäftlich vereinbarten oder gesetzlich begründetem Schuldverhältnis befriedigt werden kann. Folge der Inanspruchnahme eines Gesellschafters ist es sodann, dass dieser gegenüber der Gesellschaft bzw. den Mitgesellschaftern Regress suchen muss. Unproblematisch wird dies bei Geldschulden erachtet.⁴¹ Eine auf Erfüllung gerichtete Einstandspflicht der Gesellschafter bedingt verschiedene Einschränkungen vom Haftungskonzept der herrschenden Meinung, abhängig von der Art der Verbindlichkeit. Soweit es sich bei einer Gesellschaftsverbindlich-

³⁶ BGH, Uv. 11.12.1978 – II ZR 235/77, BGHZ 73, 217–225 = juris-Rn. 12.

³⁷ *Habersack*, in: *Habersack/Schäfer*, HGB, § 128 Rn. 27 ff.; *Haas*, in: *Röhricht/Graf von Westphalen/Haas*, HGB, § 128 Rn. 6; *K. Schmidt*, in: *MüKoHGB*, § 128 Rn. 24 ff.

³⁸ Vgl. *Fischer*, in: *Staub*, HGB, 3. Aufl., § 128 Rn. 9 ff.; *ders.*, Die Haftung des Gesellschafters für Schulden der oHG, S. 76 ff., 84; *Hauer*, Rechtsnatur und Schuldinhalt der Haftung des oHG-Gesellschafters, S. 151; *John*, Die organisierte Rechtsperson, S. 255 ff.; *Kornblum*, BB 1971, 1434 (1437 ff.); *Müller-Erzbach*, JZ 1957, 383 (384); *Wieland*, Handelsrecht, S. 635 ff., 639; siehe auch *Rüffler*, JBl. 1999, 222 (224 ff.); *de lege ferenda* befürwortend, *Markworth*, in: *BeckOGK HGB*, Stand: 1.1.2021, § 128 Rn. 97 ff., 108.

³⁹ *Habersack*, in: *Habersack/Schäfer*, HGB, § 128 Rn. 31; *Hillmann*, in: *E/B/J/S*, HGB, § 128 Rn. 27; *Koehel*, NZG 2020, 127 (128 ff.); *Wertenbruch*, in: *Handbuch Personengesellschaften*, Stand: 77. EL 7/2020, Rn. I-904 f.; abweichend, *K. Schmidt*, in: *MüKoHGB*, § 128 Rn. 24.

⁴⁰ *Habersack*, in: *Habersack/Schäfer*, HGB, § 128 Rn. 28; *Hillmann*, in: *E/B/J/S*, HGB, § 128 Rn. 22; *Koehel*, NZG 2020, 127 (128).

⁴¹ *Habersack*, in: *Habersack/Schäfer*, HGB, § 128 Rn. 30; *A. Hueck*, Das Recht der oHG, § 21 II 5, S. 316; *K. Schmidt*, in: *MüKoHGB*, § 128 Rn. 25; *Wertenbruch*, in: *Handbuch Personengesellschaften*, Stand: 77. EL 7/2020, Rn. I-907 f.

keit um eine Nichtvermögensverbindlichkeit handelt, kann die von der herrschenden Meinung angenommene Erfüllungshaftung nicht konsequent angewendet werden mit der Folge, dass unterschiedliche Korrekturen an dem Haftungsmodell des § 128 HGB gemacht werden. Überwiegend wird insoweit ausgehend von Sinn und Zweck des § 128 HGB danach differenziert, ob die Leistung eines Gesellschaftes das bewirken kann, was von der Gesellschaft geschuldet ist.⁴² Soweit eine Stück- bzw. Gattungsschuld oder ein Herausgabeanspruch betroffen sind, wird nunmehr überwiegend davon ausgegangen, dass die Gesellschaft und die Gesellschafter unabhängig von den Eigentums- und Besitzverhältnissen auf Erfüllung hafteten, Leistungshindernisse seien in Anbetracht der Möglichkeit, erforderlichenfalls einen Gegenstand von der Gesellschaft bzw. von einem Gesellschafter zu erwerben, erst auf Ebene der Vollstreckung zu berücksichtigen.⁴³ Die Erfüllungshaftung ermögliche zugleich eine auf das Interesse gerichtete Verurteilung (§§ 255, 258 f., 510b ZPO).⁴⁴

Einschränkungen der auf diese Weise verstandenen Erfüllungshaftung werden in Anbetracht von Sinn und Zweck des § 128 HGB mit unterschiedlichen Begründungsansätzen angenommen, wenn mit einer Erfüllung durch die Gesellschafter ein übermäßiger Eingriff in deren Privatsphäre verbunden wäre bzw., wenn eine solche nicht das gleiche bewirken kann, wie eine Erfüllung durch die Gesellschaft.⁴⁵ Vertretbare Handlungen beeinträchtigten den Gesellschafter in seiner Privatsphäre hingegen nicht, wie die Regelung des § 887 ZPO über die Möglichkeit der Ersatzvornahme zeige.⁴⁶ Unvertretbare Handlungen – etwa die Abgabe einer höchstpersönlichen Willenserklärung oder entsprechende Duldungs- bzw. Unterlassungspflichten (insbesondere Wettbewerbsvereinbarungen) – bedingten hingegen eine auf das Interesse beschränkte Einstands-

⁴² *Habersack*, in: Habersack/Schäfer, HGB, § 128 Rn. 31 ff., 36 ff.; *K. Schmidt*, in: MüKoHGB, § 128 Rn. 24 ff., 28 ff.; *Steitz*, in: Henssler/Strohn, GesR, HGB, § 128 Rn. 22 ff.; *Wertenbruch*, in: Handbuch Personengesellschaften, Stand: 77. EL 7/2020, Rn. I-904 ff.

⁴³ *Habersack*, in: Habersack/Schäfer, HGB, § 128 Rn. 31 ff.; *K. Schmidt*, in: MüKoHGB, § 128 Rn. 26; *Steitz*, in: Henssler/Strohn, GesR, HGB, § 128 Rn. 24; a. A. *A. Hueck*, Das Recht der oHG, § 21 II 5, S. 315 (Verpflichtung des Gesellschafters, für Erfüllung durch Gesellschaft zu sorgen).

⁴⁴ Vgl. *Habersack*, in: Habersack/Schäfer, HGB, § 128 Rn. 31; *K. Schmidt*, in: MüKoHGB, § 128 Rn. 24.

⁴⁵ BGH, Uv. 18.11.2016 – V ZR 221/15, juris-Rn. 23; BGH, Uv. 20.6.2013 – I ZR 201/11, juris-Rn. 11; BGH, Uv. 25.1.2008 – V ZR 63/07, juris-Rn. 8; BGH, Uv. 11.12.1978 – II ZR 235/77, BGHZ 73, 217–225 = juris-Rn. 12; *Habersack*, in: Habersack/Schäfer, HGB, § 128 Rn. 36 ff.; *A. Hueck*, Das Recht der oHG, § 21 II 5, S. 315; *Hillmann*, in: E/B/J/S, HGB, § 128 Rn. 22, 27 ff.; *M. Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 128 Rn. 17; *K. Schmidt*, in: MüKoHGB, § 128 Rn. 24 ff.; *Wertenbruch*, in: Handbuch Personengesellschaften, Stand: 77. EL 7/2020, Rn. I-912 ff., I-915c ff. insbesondere zu Umgehungskonstellationen.

⁴⁶ *Habersack*, in: Habersack/Schäfer, HGB, § 128 Rn. 35; *Hillmann*, in: E/B/J/S, HGB, § 128 Rn. 26; *K. Schmidt*, in: MüKoHGB, § 128 Rn. 27; *Wertenbruch*, in: Handbuch Personengesellschaften, Stand: 77. EL 7/2020, Rn. I-908, I-910f.; vgl. BGH, Uv. 14.2.1957 – II ZR 190/55, BGHZ 23, 302–307 = juris-Rn. 11 ff.

pflicht, weil eine Erfüllung durch die Gesellschafter nicht in Betracht komme.⁴⁷ Methodisch bedeute dies eine der Regelung des § 275 BGB vorgreifende, teleologische Reduktion der Rechtsfolgende, indem § 128 HGB anstatt eines Erfüllungsanspruchs einen sekundären Ersatzanspruch gegenüber dem Gesellschafter begründe.⁴⁸ Problematisch ist, welches Schicksal die Gesellschaftsverbindlichkeit nimmt, wenn der Sekundäranspruch gegenüber dem Gesellschafter geltend gemacht wird, inwiefern etwa die Gesellschaft ihr schuldrechtliches Leistungsrecht aus der Gesellschaftsverbindlichkeit mit Wirkung gegenüber dem Gesellschafter ausüben kann.⁴⁹ Demgegenüber nimmt die Rechtsprechung teilweise auch insoweit noch eine Erfüllungshaftung an.⁵⁰

Die teleologische Annahme von einem notwendigen Zusammenhang einer primären, unmittelbaren Gesellschafterhaftung mit der Gewährleistung des Kredits der Personengesellschaft gibt Anlass zu einer weiteren Untersuchung, wenn man berücksichtigt, dass Personenvereinigungen ihre Attraktivität im Rechtsverkehr aus ökonomischer Perspektive insbesondere durch eine langfristige Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens sowie eine damit korrespondierende gegenseitige Abschirmung der betroffenen Vermögensverbindungen vom Gläubigerzugriff erlangen.⁵¹ Aus Sicht der Gesellschafter bedingt die Zweckbindung einer Vermögensverbindung verbunden mit einer Haftungsabschirmung die Möglichkeit, die Gesellschaft als langfristige Kapitalsammelstelle für die Bündelung gemeinsamer Ressourcen zu nutzen.⁵² Die Attraktivität einer Rechtsform erfordert eine Auseinandersetzung mit beiden Perspektiven, einerseits aus Gläubigersicht, andererseits aus Gesellschaftersicht.

⁴⁷ BGH, Uv. 18.11.2016 – V ZR 221/15, juris-Rn. 23; BGH, Uv. 20.6.2013 – I ZR 201/11, juris-Rn. 11; BGH, Uv. 25.1.2008 – V ZR 63/07, juris-Rn. 8; *Flume*, Die Personengesellschaft, § 16 III 4, S. 308, 310f.; *Habersack*, in: Habersack/Schäfer, HGB, § 128 Rn. 36ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 49 II 2 b; *ders.*, in: MüKoHGB, § 128 Rn. 28ff.; *Wertenbruch*, in: Handbuch Personengesellschaften, Stand: 77. EL 7/2020, Rn. I-912ff.; weitergehend, *Hillmann*, in: E/B/J/S, HGB, § 128 Rn. 29; *M. Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 128 Rn. 15, 17f.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band 2, § 8 III 3 b cc, S. 737; vgl. *A. Hueck*, Das Recht der oHG, § 21 II 5, S. 316ff.

⁴⁸ *Koehler*, NZG 2020, 127 (129).

⁴⁹ Vgl. *Koehler*, NZG 2020, 127 (129).

⁵⁰ RG, Uv. 2.5.1932 – VIII 104/32, RGZ 136, 266–273 (270f.); BGH, Uv. 7.6.1972 – VIII ZR 175/70, BGHZ 59, 64–68 = juris-Rn. 15; OLG Frankfurt a.M., Uv. 11.9.2014 – 6 U 107/13, juris-Rn. 33; beschränkt auf Konstellationen subjektiver Unmöglichkeit, *Koehler*, NZG 2020, 127 (129ff.).

⁵¹ *Dari-Mattiacci/Gelderblom/Jonker* u. a., The Journal of Law, Economics, and Organization 33 (2017), 193 (199f.).

⁵² *König*, AcP 217 (2017), 611 (617ff.); vgl. *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse, Kap. 25.9.

Sachregister

- Absonderungsrechte 419, 481
Abtretung 7, 90, 170
Abwachsung 43, 47
Abwicklungsgesellschaft 386
Abwicklungslast 322
actio pro socio 272
Aktionslast 310, 454, 496
Aktiva 93, 97, 192–193
Aktivvermögen 425
Akzessorietät 161, 216–217, 220, 223,
234–235, 237, 262, 292, 294–295, 297,
319–320, 331, 388, 401, 403, 444
– einseitige 224, 293, 297
Alimentationsinteresse 100, 104, 175, 335
Altverbindlichkeiten 205, 313, 326, 329,
392, 394, 412, 424, 453
Amtstheorie 127
Ansatz und Bewertung 110
Anstellungsvertrag 105
Antragsrücknahme 328, 415
Anwachsung 47, 50, 56, 63, 67, 71, 395,
492
Äquivalenzverhältnis 64, 174, 204, 213,
216
Arbeitshypothese 22, 225, 228
atypisches gesetzliches Schuldverhält-
nis 209
Auflösung 36, 58–59, 77, 88–89, 119, 126,
253, 263–264, 266, 268, 276–277, 293,
339, 394, 426–427, 438, 460, 497
Auseinandersetzung 10, 13, 17, 20, 23,
26, 39, 91, 95, 101, 104, 187, 217, 233,
267, 269, 272, 302, 357, 390
Ausfallhaftungsmodell 362, 388
Ausfallprinzip 481, 483–484
Ausfallrisiko 16, 200, 213, 216, 289–290,
295, 345, 366, 382, 384, 475
Ausgleichshaftung 366, 368, 371, 452
Außenhaftung 216, 220, 239, 345, 368,
390, 445–446, 493–494
Befriedungsfunktion 380, 388, 406, 410,
496
Beitragspflichten 84, 87, 105, 116, 147,
149, 227, 273, 352
Beschlussfassung 117, 151–152
Bestimmtheitsgrundsatz 115
Beteiligungsmöglichkeit 463, 468, 496
Beteiligungsquote 99
Bilanzierungsperiode 104
Bilanzierungspflicht 103
Bilanzposten 110
BilMoG 110
Bruchteilsgemeinschaft 76, 78, 85, 164,
168, 177
Bruttovermögen 192, 194
Bürgerschaftsforderung 485, 487, 488–490
Darlehenskonto 99, 102, 108, 116–118,
132, 281, 390
Dauerschuldverhältnisse 32, 144, 327
Deckungsprognose 419
Delegation von Entscheidungsbefug-
nissen 112
dingliche Sicherheiten 481
dingliche Zuordnung 117, 310
dogmatische Weiterentwicklung 131,
352, 362
Doppelberücksichtigung 478–480,
486–487
Drei-Konten-Modell 97, 102–103, 116,
119
Drittliquidator 129
– Fremdinteresse 176
– Haftung 458
Drittverbindlichkeiten 54, 268–269, 272,
275, 278, 281, 286, 336

- Durchsetzungsakzessorietät 293, 295, 297, 299, 386, 388, 461–462, 474, 496
Durchsetzungsebene 295, 320, 370
- effiziente Güterallokation 323
- Eigenbeteiligung 50
- Eigenhandeln 178
- Eigeninteresse 323, 335, 340, 356, 381, 386, 396, 408, 421, 431, 434, 436, 495
- Eigenkapital 89–90, 95, 101–103, 115, 132, 249, 282, 390
- Eigennutz 104, 336, 340, 397
- Eigenverwaltung 19, 142, 176, 225, 312, 328, 331, 334, 387, 408, 434, 439
- Drittliquidation 176
 - Fremdinteresse 396
 - Geschäftsleiterhaftung 331
 - Gesellschafterhaftung 19
 - vorläufige 379
- Einkommensteuerpflichtigkeit 117
- Einlage 23, 88, 90–92, 95, 98–99, 101, 103, 116–117
- Einlagenverpflichtung 89, 97, 105
- Einlagepflicht 104
- Einmitglieds-Personengesellschaft 45, 50, 54–55, 84
- ein Rechtssubjekt – ein Vermögen 2, 108, 146, 210, 263, 492
- Einwendungserhalt 463
- Einzelverbindlichkeitsbezug 217, 230, 320, 350, 362, 366
- Entnahmebeschränkungen 100, 370
- Entnahmemöglichkeiten 111
- Entnahmerecht 96, 100–101, 103, 107, 110, 116, 330, 422
- Entscheidungsquoten 112, 151, 399
- Erbengemeinschaft 77, 167, 170, 198
- Erfüllungshaftung 7, 9, 234–235, 245, 284, 291, 298–300, 302–304, 308
- Erfüllungsinteresse 8, 234, 286–288, 291, 494
- Erfüllungstheorie 8, 235–236, 239
- Erlöschen 54, 58–59, 159, 164, 267, 286, 293, 319, 380, 397, 404–405, 408, 444, 478, 496, 498
- Ermächtigungswirkung 133, 139, 317, 379, 387, 400, 402, 404–405, 407, 409
- Verzichtsbeschluss 403
- Eröffnungsgrund 120, 126, 131, 148, 316, 319, 390, 412, 415
- Eröffnungsstichtag 140, 217, 322
- Eröffnungsverfahren 328, 339, 387, 415, 440
- Erwerb eigener Anteile 50, 61
- Erzwingbarkeit 191
- Existenzvernichtungshaftung 372, 374
- fehlerhafte Gesellschaft 44
- festes Kapitalkonto 99, 101, 116
- Feststellungsverfahren 462, 467
- Forderungsanmeldung 366, 454, 481, 483
- Forderungsfeststellung 129, 461–462, 464, 468
- Forderungsübergang 12–13, 218, 224
- Fortsetzungsentscheidung 327, 399
- Freigabe 124, 126, 129, 134, 137, 225, 228, 376, 388–389, 407, 410, 444, 452, 459, 467–468, 479, 492
- Liquidationscharakter 124
 - modifiziert 407
- Fremdinteresse 143, 176, 225, 322–323, 339, 345, 361, 373, 379, 386, 403, 421, 424, 431, 434, 436, 438–439, 445, 448–449, 455, 458, 470, 484, 487, 492–495, 497
- Fremdkapital 90, 94, 97, 99, 103, 106, 113, 115–116, 390
- funktionale Gläubigerbeteiligung am Schuldnervermögen 188
- Geldvollstreckung 321
- Geldwertliquidation 388
- gemeinschaftliche Forderung 164
- gemeinschaftliche Schuld 165
- Gesamtforderung 164
- Gesamtgläubigerschaft 164
- Gesamtrechtsnachfolge 38, 50, 52, 54, 57–58, 60, 69, 84, 193, 265, 285, 299, 306, 479
- Gesamtschuld 11–12, 165–166, 170, 185, 217–218, 235, 455
- Gesamtschulden 166, 169
- gesamtschuldnerische Haftung 390
- Geschäftsführungsbefugnis 154
- Geschäftsleiter 176, 328, 331, 334, 340, 379, 396, 496

- Gesellschaftereinwendungen 471
 Gesellschaftergesamtheit 22, 108, 113,
 117–118, 186, 206, 224, 244–245,
 259–262, 264, 269, 279, 302, 313, 326,
 330, 353, 359, 366–367, 374, 395, 412,
 446, 449, 459, 482
 Gesellschafterkonten 99, 101, 116, 217,
 345, 387, 399, 452
 Gesellschaftersicherheiten 3, 449, 476
 Gesellschaftseinwendungen 370, 461,
 463, 470, 475, 496
 Gesellschaftssphäre 108, 302, 371, 452
 Gesellschaftsvermögen 33, 93
 – Beiträge 42
 – freier Zugriff 5, 110, 117, 147, 335
 gesetzliches Schuldverhältnis 208–209,
 351, 372
 Gestaltungsrechte 474
 Gewinnausschüttung 44
 Gewinnbezugsrecht 114
 Gewinnermittlung 109, 113, 115
 Gewinnerwartung 144
 Gewinngutschrift 102
 Gewinnsteigerung 173
 Gewinnthesaurierung 114
 Gewinnverteilung 60, 96, 98, 100, 104,
 109
 Gewinnverwendung 109, 111, 115
 Gläubigerautonomie 127, 331
 Gläubigerbeteiligungsrechte 458
 Gläubigergleichbehandlung 19, 194, 228,
 230, 269, 277, 279, 316, 318–319, 321,
 329, 354–356, 366, 377, 379, 408, 410,
 428–429, 432, 437, 444, 448–449, 478,
 488
 Gläubigermehrheiten 163, 165, 202
 Gleichbehandlungsgrundsatz 87, 318,
 322
 Gleichstufigkeit 11, 217, 296
 Gütergemeinschaft 77, 167

 Haftungsabschirmung 10, 15–16, 242
 Haftungsbeschränkung 196
 – Eigenverwaltung 327
 Haftungsdefizit 379
 Haftungserwartungen 15
 Haftungsfälligkeit 384
 Haftungsinhalt 388
 Haftungs-Istzustand 205, 210–212, 217,
 224, 292, 295, 325, 361, 370, 382,
 385–386, 392–393, 401, 456, 493, 495
 Haftungskontokorrent 387, 455, 462, 497
 Haftungsobjekt 2, 28, 89, 120, 164, 168,
 189, 194–195, 197, 201, 249, 255, 303
 Haftungsrichtung 383
 Haftungstheorie 8, 234, 236
 Haftungstrennungsprinzip 15, 243–342,
 346
 Haftungsunterdeckungsbetrag 370, 458
 Haftungsverjährung 293
 Haftungsvolumen 89, 257, 261, 322, 362,
 366, 368, 383–384, 411, 473
 Hemmung 277, 293, 295, 296, 498
 Hemmungshandlung 294
 Herrschaft und Haftung 18, 334
homo oeconomicus 173, 323

 Innenausgleich 224, 274, 394, 452
 Innengesellschaft 42, 78, 300, 460
 Innenhaftung 206, 291, 322, 343,
 373–374, 378, 380, 382, 384, 447
 Insolvenzbeschlag 121–122, 132–133,
 136, 139, 141, 145, 244, 337, 340, 376,
 378, 399, 409, 486, 497
 Insolvenzeröffnungsverfahren 328
 Insolvenzforderung 132, 450, 477
 Insolvenzmasse 122
 – Nachschussansprüche 425
 – Rechtspersönlichkeit 128
 – Vermögenssonderung 133
 Insolvenzplan
 – Befriedigungsfunktion 406
 – Forderungsausschluss 406
 – Gesamtwirkung 405
 – Sperrjahr 406
 – Verfahren 176, 331, 406
 Insolvenzfähigkeit 2, 120, 125, 311
 Insolvenzrisiko 119, 200, 203, 205, 222,
 226, 284, 290, 351, 367
 Insolvenzverfahren
 – Liquidationscharakter 124, 127,
 129–130, 444
 – Verfahrenseröffnung 18, 20, 142, 266,
 326, 329, 375–376, 379, 385–386, 391,
 396, 408, 415–417, 421, 423–428, 430,
 432–433, 438–441, 443, 449–451, 462,
 495

- Insolvenzverwalter
 – Amtstheorie 127
 – Drittl liquidator 128
 – Haftung 331
 – Liquidationskompetenzen 129
 Interessenssphären 207, 335, 368, 371, 452
 Interzessionspflicht 235

 Jahresabschluss 94, 104

 Kapitalanteil 87, 94
 Kapitalaufbringung 107, 254, 353, 355
 Kapitalausstattung 252, 287
 Kapitalbindung 144, 260, 266, 306, 351, 353, 355, 366–367, 491
 Kapitaldividende 113, 115, 117, 227, 281
 Kapitalerhaltung 107, 254, 259, 353, 355, 381
 Kapitalersatzfunktion 6, 27, 250, 253, 261, 353, 445
 kapitalersetzende Funktion *s. Kapitalersatzfunktion*
 Kapitalkonto I 99, 101
 Kapitalkonto II 99, 100–102, 108, 117–118, 132
 Kapitalschutzsystem 5, 22, 223, 374
 keine Haftung ohne Herrschaft 247, 323–325, 464, 466, 493
 Klageantrag 236, 299, 456–457, 497
 Klagegrund 457
 kollektive Willensbildung 65, 260
 Kollektivherrschaft 105, 113, 312
 Kombinationsmodell 483
 Kompetenzzuweisungsnorm 387
 Konfusion 7, 50, 52–54, 57, 69, 159, 265, 306
 Konkurrenzanmeldung 488
 Konzernmasse *s. substantive consolidation*
 Kostenmasse-Deckung 3, 311, 418, 419, 420, 425, 430, 439, 440, 441, 445, 493
 Kreditvergabe 17
 Kreditwürdigkeit 8, 25, 236–237, 249, 303–304, 310, 320, 364, 366, 413, 495
 Kündigungsmöglichkeit 144, 327

 Leistungsfähigkeit 321, 355
 Leistungsinteresse 8, 167, 287, 292, 388, 414, 445

 Leistungsorientierung 158, 160, 173, 176
 Leistungszweck 166
 Liquidation 124, 396
 – Sanierung 334
 Liquidationsbefugnis 434
 Liquidationseröffnung 386
 Liquidationskompetenzen 129, 177, 324, 328, 386, 467

 Marktversagen 226
 marktwirtschaftliches System 105–106, 117, 172–175, 178, 200, 204, 209, 247
 masseloses Liquidationsverfahren 384, 431
 Masseverbindlichkeiten
 – Sanierungskosten 402
 Mauracher Entwurf 3, 365, 491
 Mehrfach-Mitgliedschaften 46, 55, 67, 83
 Mehrheitsbeschluss 114
 Mehrmitgliedschaftsrechte *s. Mitgliedschaft, Einheitlichkeit der*
 mehrseitiges Rechtsgeschäft 162
 Minderheit 114
 Mindestkapitalisierung 100
 Mitgläubigerschaft 164
 Mitgliedergesamtheit 106
 Mitgliederliste 46
 Mitgliedschaft
 – Einheitlichkeit 45
 – Gleichartigkeit 42
 – juristische Person 48
 – Kernbereich 110–115
 – Realstruktur 43
 – Thesaurierung 51
 – Übertragbarkeit 40
 mitgliedschaftliche Wertbeteiligung 87, 102, 104, 110, 113, 116, 132, 147, 186, 350, 492
 Modellcharakter 219, 222, 224, 370
 Modifizierung des Verbandszwecks 119
 MoPeG 1, 364–365, 460, 491

 Nachhaftung 263, 324, 349, 385, 393, 471
 Nachschussansprüche 141, 274
 – Masseverbindlichkeiten 338
 – Sanierung 338
 – Verfahrenskosten 339
 Nachschüsse 126, 214, 272, 314, 359, 380, 427, 498

- Nachschusspflichten *s. Nachschüsse*
 – Sanierung 137
 – Sanierungskosten 425
 Naturalvollstreckung 321
 Nettovermögen 192
 Neugläubiger 437, 472
 normativer Standard 247, 352
 Normativsystem 44
 – Gewinnausschüttungsverbot 44
 Notliquidator 326
 Novation 370, 385, 497
numerus clausus 6, 55, 68, 74, 195–196
 Nutzenmaximierung 173
- Obliegenheit 330, 380, 388, 401, 496
 Obstruktionsverbot 399
 Offenkundigkeitsprinzip 153
 Ordnungsfunktion des Insolvenzverfahrens 388
 Organfunktionen 69
 Organhandeln 153
 – Kompetenzverteilung 154
 – Privatperson 154
 Organisationsunterschiede 69, 83, 492
 Organisationsvertrag 40, 42, 51
 Organismus 149, 159
 Organkompetenzen 128, 151, 177, 466, 496
 organschaftliche Vertretung 119, 154, 332
 Organtheorie 127, 178, 181
 Organwalter 71, 153, 174, 178, 182, 184, 241
- Parallelsicherheiten *s. Gesellschafter-sicherheiten*
 Partnerschaftsgesellschaft 364
 Passiva 93, 97, 192, 194
 Personalsicherheiten 475, 477–478, 480, 483, 498
 Pflichtenkollisionen 334, 387
 Präferenzen 172, 174, 203, 207, 211, 226, 242, 255–256, 287, 323
 Preisbildung 17
 Prioritätsprinzip 228, 230, 317, 319, 320, 345, 358, 382, 411, 429–430, 448–449, 469, 488
 privatautonomer Aushandlungsprozess 108, 119, 351
- Privatforderung 299, 480
 Privatsphäre 9, 235–236
pro rata 229, 390
 Prüftermin 463, 468, 496
 Publizität 84, 248, 406
- Quote 321, 389, 402, 411, 484, 486–488, 497
- Realsicherheiten 255, 481
 Rechnungsposten 95, 102, 141, 278, 453
 rechtliches Gehör 463, 464, 468
 rechtsformtypische Realstruktur 83
 Rechtsformzwang *s. numerus clausus*
 Rechtsgemeinschaft 31, 164, 169
 Rechtsinstitut 40, 60, 83, 87, 163
 Rechtsnachfolge 47 *s. Konfusion*
 Rechtssubjektsverschiedenheit 214, 223, 239, 289, 459
 Rechtszuständigkeit 76, 78, 191
 Regressanspruch 351–352, 451, 487
 Regresskarussell 206
 Regressverteilung 206, 296
 Relativität 161–162, 171, 177, 285, 288, 320
 Repräsentationshaftung 179, 182
 Repräsentationstheorie 127
 Risikoanalyse 17
 Rügepräklusion 463, 466, 496
- Sachkonto 97
 Sanierung 124, 177, 439
 – Sanierungsmasse 317
 – Schutzschirmverfahren 396
 Schlussabrechnung 102, 141, 268, 278–279, 281, 283, 354, 376, 389, 394, 452
 Schuldnergesamtheit 162
 Schuldübernahme 170
 Schuld und Forderung 159, 161–162, 164, 166, 171–172, 177
 Schuld und Haftung 32, 187, 202
 Schuld und Vermögenshaftung 203, 216, 222, 224, 294, 351, 361, 392
 Sekundäransprüche 8, 168, 236, 285
 Selbstbestimmung 18–19, 161, 174, 189, 209, 226, 229, 312, 332, 336, 356, 415, 436, 495

- Selbstverantwortung 18–19, 189, 209, 226, 229, 312, 331, 336, 356, 415, 436, 495
- Sicherungsforderung 480, 483, 485–486
- Sicherungszweck 234–235, 237–238, 489
- Singularsukzession 170
- Singularsukzessionen *s. Einzelrechtsnachfolge*
- Soll-Einlage 99, 116
- Sondermasse 134–135, 145, 339, 424, 493
- Sondernachfolge 171
- Sondervermögen 2, 29, 31, 80, 86, 145, 169, 197, 203, 247, 271, 352, 460
- Sozialansprüche 41–42, 78, 85, 88, 225, 267, 269, 273, 275, 278, 361, 425, 451
- Sozietätsfundament 53, 58, 302, 392, 494
- Sozietätskonstruktion 47, 52, 54, 56, 58, 64–67, 69, 71, 74–75, 82–84, 87, 105, 107, 109, 114, 147, 151, 155–156, 159, 224, 260–261, 335, 351, 353, 366–367, 369, 446, 492
- Sozietätsprinzip 51, 57, 74 *s. Sozietätskonstruktion*
- Schuldvertrag 51
- Sperrjahr 280, 326, 380, 410, 435, 496
- Sperrwirkung 19, 378–379, 400, 402, 404, 409, 430, 477, 495, 497
- Spezialspruchkörper 456
- Sphärenbetrachtung 237
- staatlicher Anerkennungsakt 83, 492
- StaRUG 23
- Status als juristische Person 43
- Stiftung 23
- stille Gesellschaft 78
- stille Liquidation 226
- Streitgegenstand 454, 456–457, 497
- Strukturunterschiede 48, 67, 69
- substantive consolidation* 14
- Substituierungslast 497
- System von Normativbestimmungen 6
- Teilforderungen 163, 165
- Teilhaberechte 219
- Teilleistung 163
- Teilschulden 165, 169
- Tenorierung 236
- Theorie neutralen Handelns 127
- Thesaurierung 110–111, 114
- Totalregress 218–219
- Transaktionskosten 6, 68, 227, 243, 291, 315
- Trennungsprinzips 2
- Treuepflicht 43
- Überschuldung 412, 455
- Überschuss 87, 109, 125
- Umwandlung 42, 348, 386
- Unterdeckungsberechnung 386–485
- Unterdeckungsbetrag 222, 403, 456, 471, 473, 482–486, 488–490, 497
- Unterdeckungsstatus 403, 455, 496
- Unterkonto 97, 101
- Unternehmergesellschaft 196, 342
- Unvermögenseinwand 236
- Urteilstenor 236, 457
- Verband *s. Verbandszweck, s. Zweckbindung*
- Insolvenzfähigkeit 120
- Konstituierung 37–38, 40, 42, 51, 60–61, 69, 77, 79, 81, 86–87, 90, 112, 116, 121, 150, 210, 212, 222, 226–227, 254, 259, 261, 274, 305, 309, 336–337, 342, 353, 384, 415, 492–493
- Verbandsformen 6, 36, 39, 74, 83, 195
- Verbandsherrschaft 111, 205, 210, 212, 350, 494
- Verbandsinteresse 104, 106, 109
- verbandsrechtliche Willensbildung 65, 104, 106, 464, 492, 495
- verbandspezifische Gefährdungslage 224, 255–256, 284, 321, 343, 358, 362, 367, 372, 414, 484, 494
- Verbandszweck 41
- nichtwirtschaftlich 44
- Verbot der Doppelanmeldung 480
- Verfahrenskostenvorschuss 440
- Verfügungsbefugnis 19, 111, 135, 139, 142–143, 192, 206, 323, 329, 403, 465, 467
- Verfügungsfähigkeit von Rechtsverhältnissen 170
- Verfügungsgegenstand 165
- Verfügungsverbot 328–329, 379, 387
- Vergleichssachverhalt 353
- Verhandlungsgleichgewicht 201, 204, 226

- Verjährung 277, 293, 295–296, 473
Verlustbeteiligung 89, 92, 98–99, 101, 108, 114, 138, 244, 274, 372
Verlusttragungspflicht 106, 140
Vermögensanfall 193
vermögensäquivalenter Nutzen 106
vermögensausgleichendes Äquivalent 62, 107, 109, 118, 173, 212, 214, 286, 288, 351, 360, 446
Vermögensausschüttung 118
Vermögensbindung 224, 253, 260, 266, 306, 332, 346, 410, 445
Vermögensrechte 93, 102–103, 109, 120, 147, 175, 259
Vermögenssonderung 77, 80, 133, 139, 145, 198, 300, 339, 361
Vermögensstrennung
– Aufhebung 214, 265, 282, 302, 479, 493, 495
– ökonomische Analyse 81
– verbandsrechtliche 59, 224, 337, 494
Vermögensübertragung 288
Vermögensverschiebung 208, 222, 227, 314
Vertragsauslegung 149, 235, 350
Vertretertheorie 178
Vertretungsordnung 182
Verwaltungsbefugnis 128, 496
Vollanmeldung 481–484
Vollbeendigung *s. Erlöschen*
– Sanierung 334, 397
– Vermögenslosigkeit 404
Vollinanspruchnahme 389
Vollwertigkeitsgarantie 261, 353, 366, 368, 383, 386–387, 414, 443, 494
Vorausklage 235, 383, 475
Vordividende 100
Vor-Insolvenzperiode 228, 378
vorläufiger Insolvenzverwalter 328, 379, 387, 416, 433
Vorrangwirkung 487

Wahlrechte 110
Wertäquivalent 352
Willensbildung 154
Willensbildungsorgan 112, 186, 224, 260, 272, 313
Windhundprinzip 316, 488
wirtschaftliche Identität 488, 498
wirtschaftlicher Vermögensbegriff 193
Wirtschaftssubjekt 223
Wirtschaftstheorie 173, 246

Zivilgerichtsstand 497
Zwangsvollstreckung 8, 122–123, 125, 131, 187, 190, 276, 285, 291, 300, 318, 349, 459, 498
Zweckbindung 10, 36, 93, 198, 223, 253, 256, 259, 305, 306, 314, 353
Zwei-Konten-Modell 102