

Klaus Siemon²⁾

Die Gewinnforderung eines Kommanditisten einer GmbH & Co. KG und das Verhältnis zur Verwaltungs-GmbH in der Insolvenz

Der folgende Beitrag stellt die Auswirkungen der Geltendmachung von Gewinnforderungen gegen eine GmbH & Co. KG durch Kommanditisten dar, wenn die als Komplementärin handelnde Verwaltungs-GmbH nicht über ausreichende Vermögenswerte verfügt, und untersucht die Frage, ob die Gewinnforderungen von Kommanditisten einer GmbH & Co. KG überhaupt zur Insolvenz der KG führen können.

I. Einleitung

Ein sehr altes Problem wird im Insolvenzverfahren immer mal wieder relevant. Kommanditisten einer GmbH & Co. KG streiten mitunter über den Grund und die Höhe von Gewinnforderungen, die sie an sich ausgezahlt sehen möchten. Diese Gewinnforderungen richten sich gegen die KG. Ein prominenter Fall ist Suhrkamp.¹⁾ Ein Fall aus der täglichen Praxis ist unter II dargestellt. Wird der Streit erst einmal vor den Gerichten ausgetragen, werden oft mehrere Instanzen in allerlei verschiedenen Konstellationen bemüht. Ist die Gewinnforderung dann tituliert, kommt es auch zu Vollstreckungen gegen die GmbH & Co. KG. Nicht im Blickfeld der Beteiligten befindet sich regelmäßig die Komplementärin der GmbH & Co. KG, die üblicherweise durch eine Verwaltungs-GmbH gestellt wird. Im Regelfall hat eine solche Verwaltungs-GmbH kein nennenswertes Vermögen. Der Streit zwischen den Gesellschaftern überlagert die Frage, ob und wie sich die Realisierung der Gewinnforderungen der Kommanditisten gegen die KG auf die Vermögenssituation der Verwaltungs-GmbH auswirkt. Bei einer Befriedigung der Gewinnforderungen durch die KG wird mittelbar nämlich auch dem Vermögen der Verwaltungs-GmbH Substanz entzogen. Aufgrund der Stellung der Verwaltungs-GmbH als haftende Komplementärin führt die Verringerung der Vermögensbasis der KG bei ihr zu einem höheren Risiko der Inanspruchnahme für KG-Verbindlichkeiten. Übersteigen bei der KG wegen der Gewinnforderungen die Passiva die Aktiva, dann verliert der Freistellungsanspruch der Verwaltungs-GmbH, der ihr gegen die KG zusteht, an Wert und es kann eine Überschuldung und/oder Zahlungsunfähigkeit auch bei der Verwaltungs-GmbH eintreten. Es ist kennzeichnend, dass die streitenden Kommanditisten diese Situation nicht wahrnehmen, wobei sich jedoch gerade wegen der Veränderung der Vermögenslage bei der Verwaltungs-GmbH die Frage stellt, ob die Realisierung von Gewinnforderungen eines Kommanditisten, die eine Überschuldung und/oder Zahlungsunfähigkeit bei der Verwaltungs-GmbH herbeiführt, die Insolvenzgründe bei der KG überhaupt verursachen kann.

II. Der Praxisfall

Nachfolgend dargestellter Fall soll das Problem veranschaulichen.

Die Schuldnerin ist eine GmbH & Co. KG und betreibt einen Bordellbetrieb. Komplementärin ist eine Verwaltungs-GmbH,

die mit Ausnahme der Stammeinlage über kein weitergehendes Vermögen verfügt, wobei die beiden Kommanditisten auch dort Gesellschafter sind. Die zwei Kommanditisten der Schuldnerin konkurrieren um den Bordellbetrieb und schließen nach schwierigen Verhandlungen eine Vereinbarung zur Regelung des Beteiligungsengagements. Die beiden Kommanditisten einigen sich in der Vereinbarung auf eine jeweils 50 %ige Beteiligung an der Schuldnerin. Der zu diesem Zweck Anteile abgebende Gesellschafter verpflichtet sich in einem notariellen Schuldanerkenntnis zur Zahlung eines Betrags von 500.000 €. Aus den Gesamtumständen kann geschlussfolgert werden, dass der Betrag i. H. v. 500.000 € Gewinnbeteiligungen aus der Führung des Bordellbetriebs beinhaltet. Deshalb verpflichtet sich auch die Schuldnerin als Mithaftende in einem notariellen Schuldanerkenntnis. In der Folge entsteht Streit zwischen den Kommanditisten. Man überhäuft sich mit Klagen, die jeweils im Hochsicherheitstrakt des zuständigen Gerichts verhandelt werden. Schließlich stellt der aus dem notariellen Schuldanerkenntnis berechtigte Kommanditist einen Insolvenzantrag gegen die Schuldnerin bei dem Insolvenzgericht. Er verweist auf eine fruchtlos durchgeführte Vollstreckung aus dem Schuldanerkenntnis und macht die Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung der Schuldnerin geltend. Die Schuldnerin weist die Zahlungsunfähigkeit zurück. Sämtliche Zahlungsverpflichtungen seien erfüllt. Dies ist mit Ausnahme des im Schuldanerkenntnis geregelten Anspruchs von 500.000 € zutreffend. Gegen diesen im Übrigen fälligen Anspruch von 500.000 € verteidigt sich die Schuldnerin lediglich mit nicht tragfähigen Argumenten. Die §§ 30, 31 GmbHG werden nicht als Einwand vorgetragen. Zutreffend verweist die Schuldnerin aber darauf, dass eine Überschuldung ohne Berücksichtigung der 500.000 € nicht vorliegen würde. Das Insolvenzgericht bestellt einen nicht von einer Seite vorgeschlagenen Sachverständigen.

III. Die Rechtslage

1. Grundsatzentscheidung des BGH v. 29. 3. 1973 – II ZR 25/70

Nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 29. 3. 1973²⁾ verstößt bei einer GmbH & Co. KG eine Zahlung an den Gesellschafter nicht nur dann gegen das Verbot des § 30 Abs. 1 GmbHG, wenn die GmbH ihm unmittelbar eine Leistung erbringt, die ihr Vermögen unter den Stammkapitalnennbetrag

¹⁾ Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter, Düsseldorf/Köln
1) AG Charlottenburg ZInsO 2013, 2501; Stöber, ZInsO 2013, 2457; Spliedt, ZInsO 2013, 2155; LG Frankfurt/M. ZIP 2013, 1720, dazu EWiR 2013, 581 (Führ. v. Falkenhausen) sowie LG Frankfurt/M. ZIP 2013, 1831, dazu EWiR 2013, 589 (Hölzle); OLG Frankfurt/M. ZIP 2013, 2018, dazu EWiR 2013, 753 (Bähr/Schwartz); Möhlenkamp, BB 2013, 2828; Thole, ZIP 2013, 1937; Fölsing, ZInsO 2013, 2115.

2) BGH v. 29. 3. 1973 – II ZR 25/70, NJW 1973, 1036; BGH v. 19. 2. 1990 – II ZR 268/88, ZIP 1990, 578, dazu EWiR 1990, 479 (Bergmann); BGH v. 10. 12. 2007 – II ZR 180/06, ZIP 2008, 174 (m. Bespr. K. Schmidt, S. 481), m. umfäng. w. N., dazu EWiR 2008, 403 (Henkel); Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., 2013, § 30 Rz. 68 f.

herabsetzt, sondern auch, wenn dem Gesellschafter etwas derart aus dem Vermögen der KG zugewendet wird, dass im Ergebnis das Vermögen der GmbH dem Stammkapitalnennwert nicht mehr entspricht. Nach Meinung des BGH kann das beispielsweise der Fall sein, wenn die im Übrigen vermögenslose GmbH ihr Kapital als Einlage in die KG eingebracht hat und der Wert ihrer Beteiligung an der KG in Folge einer Zuwendung an den Gesellschafter unter den Stammkapitalnennwert herabsinkt. Besitzt die GmbH eigenes Reinvermögen, aber keinen oder nur einen verhältnismäßig geringen Kapitalanteil, kann die Zuwendung an den Gesellschafter, von der Minderung des Kapitalanteils abgesehen, auch darüber hinaus zur Aufzehrung ihres Stammkapitals führen, wenn sie zum Ausgleich der Passivposten, die sich aus ihrer Haftung für die Verbindlichkeiten der KG ergeben, in Folge der Aushöhlung des Vermögens der KG keinen gegenüber dieser mehr realisierbaren Freistellungsanspruch aktivieren kann und das Vermögen der GmbH aus diesem Grund unter die Ziffer des Stammkapitals herabgedrückt wird. Weiter formuliert der BGH, dass, soweit die verbotswidrige Zahlung aus dem Vermögen der KG bereits erbracht worden ist, § 31 GmbHG zugunsten der KG auf Rückzahlung gilt.

Diese Rechtsprechung bedeutet, dass die §§ 30, 31 GmbHG zugunsten einer KG analog anwendbar sind, wenn die beschriebenen Folgen bei der Verwaltungs-GmbH eintreten. Nachdem der BGH in der Entscheidung vom 29. 3. 1973 diese Rechtsprechung noch darauf beschränkt hatte, dass der Kommanditist zugleich auch Gesellschafter bei der GmbH ist, urteilte er in der Entscheidung vom 19. 2. 1990 aus, dass diese Rechtsprechung auch für den Kommanditisten gilt, der nicht zugleich der GmbH angehört.³⁾

In der aktuellen juristischen Literatur wird diese Rechtsprechung einhellig wiedergegeben und auch heute noch als Bestandteil des Rechts der GmbH & Co. KG behandelt.⁴⁾

2. Die Auswirkungen auf die Insolvenzgründe

Es stellt sich im Ausgangsfall (II) die Frage, ob die fällige Forderung aus dem notariellen Schuldanerkenntnis i. H. v. 500.000 € zur Überschuldung und/oder Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin führt. Die §§ 30, 31 GmbHG analog könnten dem entgegenstehen. Nach der dargestellten Rechtsprechung des BGH gelten die §§ 30, 31 GmbHG auch zugunsten der KG. Notwendig ist die Gesellschafterstellung. Diese liegt im Ausgangsfall vor.⁵⁾ Ohne die 500.000 € würde eine Überschuldung bei der KG nicht vorliegen, was bedeutet, dass erst die Berücksichtigung der 500.000 € im Überschuldungsstatus zu einer evtl. Überschuldung führen würde. Führt aber dieser Anspruch zu einer Unterdeckung i. H. v. 500.000 € bei der KG, dann würde dies unmittelbar auf die Verwaltungs-GmbH durchschlagen. Deren Freistellungsanspruch gegen die KG wäre nicht mehr werthaltig und es würde die Überschuldung der Verwaltungs-GmbH eintreten. Um dies zu verhindern, greift § 30 Abs. 1 GmbHG nach der zitierten Rechtsprechung zugunsten der KG ein, was zur Folge hat, dass auch die Überschuldung bei der KG nicht eintreten kann. Dasselbe gilt wegen § 31 GmbHG auch für die Zahlungsunfähigkeit. Würden die 500.000 € ausbezahlt, dann ergäbe sich automatisch ein

Rückzahlungsanspruch gem. § 31 Abs. 1 GmbHG, der nach einhelliger Meinung im Liquiditätsstatus zu berücksichtigen ist.⁶⁾ Ansprüche, die gegen § 30 GmbHG verstoßen und noch nicht ausgezahlt sind, bleiben bei Prüfung der Zahlungsunfähigkeit außer Ansatz.⁷⁾ Im Ausgangsfall lag daher weder eine Überschuldung noch eine Zahlungsunfähigkeit vor.

Gewinnforderungen bei der KG weisen eine Besonderheit auf, die von Bedeutung ist. Den Gewinnforderungen steht keine Gegenleistung der Kommanditisten im Sinne der Rechtsprechung gegenüber. Denn sie leisten im Gegenzug nichts in die KG, was das Herabsinken des Vermögens unter die Stammkapitalziffer verhindern würde. Würde als Gegenleistung etwas in die KG fließen, könnte dies die §§ 30, 31 GmbHG ausschließen.⁸⁾ Im Übrigen ist der Begriff der Auszahlung weit auszulegen und bei einer Geldleistung erfüllt.⁹⁾

Im Ausgangsfall und in anderen Fällen existiert oft ein vollstreckbarer Titel für die Gewinnforderung. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die §§ 30, 31 GmbHG deshalb im Insolvenzverfahren präkludiert sind. Diese Frage ist aus dem Sinn und Zweck der Normen heraus eindeutig zu beantworten. § 30 GmbHG ist eine zentrale Gläubigerschutzbestimmung.¹⁰⁾ Sie will jede Art von Schmälerung derjenigen Vermögensmasse verhindern, die der Gesellschaft im Gläubigerinteresse garantiert wurde. Die §§ 30, 31 GmbHG stehen deshalb nicht zur Disposition der Gesellschafter und auch nicht der Gesellschaft selbst. Das „Auszahlungsverbot“ ist deshalb von Amts wegen zu beachten und hindert bzw. vernichtet den Anspruch des Gesellschafters auf Leistung.¹¹⁾ Im Ergebnis ist das „Auszahlungsverbot“ auch vom Insolvenzgericht zu beachten und von Amts wegen zu prüfen. Insolvenzgründe können in diesen Konstellationen bei einer KG wegen der Gewinnforderungen von Kommanditisten nicht eintreten.

Lediglich theoretisch ist der Fall, dass ein Herabsinken unter die Stammkapitalziffer nicht eintritt, also keine Überschuldung durch Leistung auf eine Gewinnforderung herbeigeführt wird, aber die Gewinnforderung gleichwohl eine Zahlungsunfähigkeit verursacht. In der Praxis tritt in diesen Fällen Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit regelmäßig gleichzeitig auf. Außerdem würde der Eintritt der Insolvenzreife wegen Zahlungsunfähigkeit aufgrund einer Auszahlung der Gewinnforderung bei der KG zu Wertkorrekturen bei der KG führen,¹²⁾ in deren Folge dann ebenfalls das Vermögen der Verwaltungs-GmbH geschmälert würde und die §§ 30, 31 GmbHG nach dem Sinn und Zweck ebenfalls eingreifen wür-

3) BGH ZIP 1990, 578; BGH ZIP 2008, 174.

4) Kuntz, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, 2012, § 30 Rz. 81; Thiessen, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 2. Aufl., 2012, § 30 Rz. 46; Fastrich (Fußn. 2), § 30 Rz. 68; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl., 2012, § 30 Rz. 171; Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., 2012, § 30 Rz. 8.

5) In der Praxis ist bei Änderungen in der Gesellschafterstellung oder bei Zweifeln immer auch § 16 GmbHG zu berücksichtigen, dazu Altmeppen (Fußn. 4), § 16 Rz. 2 ff.

6) Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., 2010, § 17 Rz. 10.

7) Uhlenbruck/Uhlenbruck (Fußn. 6), § 17 Rz. 10.

8) BGH NJW 1973, 1036, 1038 oben links.

9) Dazu Altmeppen (Fußn. 4), § 30 Rz. 23 ff.; Hommelhoff (Fußn. 4), § 30 Rz. 8.

10) Kuntz (Fußn. 4), § 30 Rz. 1; Thiessen (Fußn. 4), § 30 Rz. 1; Fastrich (Fußn. 2), § 30 Rz. 1; Altmeppen (Fußn. 4), § 30 Rz. 1.

11) Altmeppen (Fußn. 4), § 30 Rz. 153; Hommelhoff (Fußn. 4), § 30 Rz. 52.

12) Fastrich (Fußn. 2), § 30 Rz. 68.

den. Der Begriff der Auszahlung in den §§ 30, 31 GmbHG ist nach einhelliger Meinung weit auszulegen.

IV. Die Rechtsprechung zu § 64 Satz 3 GmbHG

Im 2. Leitsatz seiner Entscheidung vom 9. 10. 2012 formuliert der BGH¹³⁾ im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen des § 64 Satz 3 GmbHG Folgendes: „Bei der Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit nach § 64 Satz 3 GmbHG ist eine fällige Forderung des Gesellschafters in der Liquiditätsbilanz zu berücksichtigen.“ Für die GmbHG & Co. KG gilt § 161 Abs. 2 HGB, der auf § 130a Abs. 1 Satz 3 HGB verweist. § 130a Abs. 1 Satz 3 HGB und § 64 Satz 3 GmbHG sind nahezu wortgleich, so dass sich die Frage stellt, ob die zitierte Rechtsprechung zu § 64 Satz 3 GmbHG die dargestellte Rechtslage zur Behandlung von Gewinnforderungen gem. §§ 30, 31 GmbHG berührt oder gar verändert. In beiden Fällen richten sich Ansprüche von Gesellschaftern gegen die Gesellschaft und es stellt sich die Frage, wie die Behandlung der Ansprüche im Liquiditäts- bzw. Überschuldungsstatus ist. Damit sind die Gemeinsamkeiten aber schon erschöpft. § 30 GmbHG ist eine zentrale Gläubigerschutzbestimmung,¹⁴⁾ die trotz der Änderungen durch das MoMiG¹⁵⁾ nach wie vor gilt.¹⁶⁾ Deshalb gilt auch die Rechtsprechung dazu weiter. In der Entscheidung vom 9. 10. 2012 nimmt der II. Senat des BGH weder seine eigene Rechtsprechung zu den §§ 30, 31 GmbHG in Bezug, noch hebt er sie gar auf. Dies hat seine Ursache darin, dass es bei § 64 Satz 3 GmbHG um andere Wirkungszusammenhänge geht und Rückschlüsse auf die §§ 30, 31 GmbHG verfehlt sind. § 64 GmbHG stellt eine Anspruchsgrundlage gegen den Geschäftsführer dar. Dieser soll zu einer frühzeitigen Insolvenzantragstellung angehalten werden.¹⁷⁾ Deshalb ist auch eine fällige Gesellschafterforderung in die Liquiditätsbilanz

einzustellen. Der BGH arbeitet den Schutzzweck des § 64 Satz 3 GmbHG heraus; dieser stellt eine Ergänzung der Haftung der Gesellschafter aus Existenzvernichtung dar.¹⁸⁾ Ausdrücklich verweist der BGH darauf, dass § 64 Satz 3 GmbHG Lücken schließen will und zwar in den Fällen, in denen § 30 GmbHG gerade nicht eingreift.¹⁹⁾ § 64 Satz 3 GmbHG stellt also eher eine Ergänzung zu § 30 GmbHG dar, so dass ein Rückschluss auf § 30 GmbHG in dem Sinne, dass eine Gesellschafterforderung nunmehr zu einer Unterschreitung der Stammkapitalziffer einer Verwaltungs-GmbH führen kann, unzulässig und durch die Entscheidung des BGH v. 9. 10. 2012 gerade nicht veranlasst ist.

V. Fazit

Die Gewinnforderungen von Kommanditisten können nicht zur Insolvenzzureife der GmbH & Co. KG führen, wenn die Verwaltungs-GmbH als Komplementärin infolge der Realisierung der Gewinnforderungen ihrerseits überschuldet und/oder zahlungsunfähig würde. Die §§ 30, 31 GmbHG stehen dem entgegen und sind bei Prüfung der Insolvenzgründe der KG von Amts wegen zu berücksichtigen.

13) BGH v. 9. 10. 2012 – II ZR 298/11, ZIP 2012, 2391 (m. Bespr. *Altmeyden*, ZIP 2013, 801), dazu *EWiR* 2013, 75 (*Bork*); verschiedentlich wurde die Einstellung der Gesellschafterforderungen in den Liquiditätsstatus mit der Entscheidung des BGH v. 9. 10. 2012 begründet.

14) *Kuntz* (Fußn. 4), § 30 Rz. 1; *Thiessen* (Fußn. 4), § 30 Rz. 1; *Fastrich* (Fußn. 2), § 30 Rz. 1; *Altmeyden* (Fußn. 4), § 30 Rz. 1.

15) Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23. 10. 2008 (BGBl I, 2026) mit Wirkung vom 1. 11. 2008.

16) *Kuntz* (Fußn. 4), § 30 Rz. 81; *Thiessen* (Fußn. 4), § 30 Rz. 46; *Fastrich* (Fußn. 2), § 30 Rz. 68; *Altmeyden* (Fußn. 4), § 30 Rz. 171.

17) BGH ZIP 2012, 2391, Rz. 12.

18) BGH ZIP 2012, 2391, Rz. 13.

19) BGH ZIP 2012, 2391, Rz. 13.

Rechtsprechung

Tatbestand und Gründe der Entscheidungen werden regelmäßig ungekürzt veröffentlicht. Ausnahmsweise gekürzte oder von der Redaktion zum besseren Verständnis umformulierte oder selbst verfasste Tatbestände werden durch die Überschrift „Zum Sachverhalt“ kenntlich gemacht. Die Gründe (Entscheidungsgründe) werden ebenfalls nur ausnahmsweise gekürzt. Geringfügige Auslassungen werden jeweils durch Punkte (...) gekennzeichnet. Bei umfangreicheren Kürzungen wird den Gründen statt der Überschrift „Gründe“ oder „Entscheidungsgründe“ die Überschrift „Aus den Gründen“ vorangestellt. Hinzufügungen der Redaktion, insbesondere von ZIP- und EWiR-Fundstellen, sind *kursiv* gesetzt. Entscheidungen der unteren und mittleren Instanzen werden als „nicht rechtskräftig“ gekennzeichnet, wenn nach Kenntnis der Redaktion ein Rechtsmittel eingelegt wurde oder die Berufungs- oder Revisionsfrist noch nicht abgelaufen ist. Dies gilt auch in den Fällen, in denen ein Rechtsmittel möglicherweise ausgeschlossen ist. Entscheidungen, bei denen nach Kenntnis der Redaktion innerhalb der Rechtsmittelfrist – einerlei, ob überhaupt zulässig – kein Rechtsmittel eingelegt wurde, werden als „rechtskräftig“ gekennzeichnet. Entscheidungen, die mit einem „+“ versehen sind, sind für die Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung des betreffenden Gerichts vorgesehen.

Rechtsprechung zum Bank- und Kreditsicherungsrecht

BGB § 249; EStG §§ 15, 16

Zur Anrechnung von Steuervorteilen bei der Rückabwicklung einer Fondsbeteiligung im Zuge eines Schadensersatzanspruchs gegen die beratende Bank

BGH, Urt. v. 28. 1. 2014 – XI ZR 495/12 (KG) +

Leitsätze des Gerichts:

1. Zur Frage der Anrechnung steuerlicher Vorteile auf einen gegen die beratende Bank gerichteten Schadensersatzanspruch auf Rückabwicklung der Beteiligung an einem Medienfonds, wenn der Anleger entsprechend dem Fondskonzept nur einen Teil der Einlage eingezahlt und