

GUTACHTEN

Dokumentnummer: 11404
letzte Aktualisierung: 30.06.2005

ZPO §§ 727, 736; BGB § 728; InsO § 80

Umschreibung der Vollstreckungsklausel in der Insolvenz eines GbR-Gesellschafters

I. Sachverhalt

A., B. und C. sind Gesellschafter einer GbR und in dieser Eigenschaft als Grundstückseigentümer im Grundbuch eingetragen. Auf dem Grundbesitz der GbR lastet eine Grundschuld, weswegen sich die Beteiligten entsprechend § 736 ZPO der sofortigen Zwangsvollstreckung in dinglicher Hinsicht unterworfen haben. Über das Vermögen des Gesellschafters A. wurde nunmehr das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Grundschuldgläubigerin verlangt deswegen jetzt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Insolvenzverwalter anstelle des insolventen Gesellschafters A. und legt hierzu eine beglaubigte Abschrift des Beschlusses über die Bestellung des Insolvenzverwalters über das Vermögen des A. vor.

II. Frage

Darf eine Klauselumschreibung erfolgen, auch wenn die Regelungen des Gesellschaftsvertrages der GbR nicht bekannt sind?

III. Zur Rechtslage

1. Klauselumschreibung auf den Insolvenzverwalter

a) Grundsatz

Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht nach § 80 Abs. 1 InsO die alleinige Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis vom Schuldner auf den Insolvenzverwalter über. § 80 Abs. 1 InsO bewirkt zwar keine Gesamtrechtsnachfolge im eigentlichen Sinne, weil der Schuldner weiterhin Inhaber sämtlicher Vermögensgegenstände bleibt. Nach materiellem Recht ist er weithin Schuldner und Gläubiger von Verbindlichkeiten und Forderungen. Anerkannt ist indessen, dass der **Insolvenzverwalter** als „Partei kraft Amtes“ und damit als gesetzlicher Verfahrensstandschafter **wie ein Rechtsnachfolger des Insolvenzschuldners zu behandeln ist** (vgl. statt aller Zöller/Stöber, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 727 Rn. 18; Thomas/Putzo, ZPO, 23. Aufl. 2001, § 727 Rn. 3; Scheel, NotBZ 2001, 286, 293). Vollstreckungsrechtlich steht die allgemeine Ansicht daher auf dem Standpunkt, dass der Vollstreckungstitel für und gegen den Insolvenzverwalter lauten muss. Ein bisher etwa bereits erstrittener oder erteilter Vollstreckungstitel muss nach § 727 ZPO für und gegen den Insolvenzverwalter umgeschrieben werden (DNotI-Report 2003, 45 ff.; Scheel, NotBZ 2001, 286, 292; LAG Düsseldorf Rpfleger 1997, 119; Uhlenbruck, InsO,

12. Aufl. 2003, § 80 Rn. 69; MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner, 2. Aufl. 2000, § 727 Rn. 18; Zöller/Stöber, § 727 Rn. 18).

b) **Nachweis für Klauselumschreibung**

Den Übergang der Verfügungsbefugnis wird durch eine Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses nachgewiesen (LG Bonn RNotZ 2004, 340). Zusätzlich wird man die Vorlage der Bestellungsurkunde des Insolvenzverwalters nach § 56 Abs. 2 InsO verlangen müssen, denn das Insolvenzverwalteramt beginnt erst mit der Annahme desselben (OLG Düsseldorf KTS 1973, 270, 272; MünchKomm-InsO/Graeber, 2001, § 56 Rn. 100; Uhlenbruck, § 56 Rn. 89). Auch die Annahme des Insolvenzverwalteramtes muss also im Rahmen des § 727 ZPO nachgewiesen werden (Kesseler, RNotZ 2004, 462). Allein die Eintragung des Insolvenzvermerks im Grundbuch genügt dafür nicht (LG Berlin Rpfleger 2004, 158).

2. **Insolvenz eines GbR-Gesellschafters**

a) **Gesetzliche Auflösung der Gesellschaft (§ 728 BGB)**

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht führt die Insolvenz eines Gesellschafters einer GbR grundsätzlich nach § 728 Abs. 2 BGB zur Auflösung der Gesellschaft. Zu beachten ist dabei freilich, dass in die Insolvenzmasse des insolventen Gesellschafters nach § 35 InsO allein die Beteiligung bzw. die Mitgliedschaft als solche entfällt. Vom Insolvenzbeschluss nicht erfasst ist deshalb das Vermögen der Gesellschaft, soweit sie selbst rechtsfähig ist oder Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Nicht erfasst ist zum anderen auch die Beteiligung des Gemeinschuldners an einzelnen Gegenständen eines etwaigen Gesamthandsvermögens. Soweit die Beteiligung an einer Gesamthandsgemeinschaft oder sonst nicht rechtsfähigen Gemeinschaft im Raum steht, bestimmt § 84 InsO, dass die Auseinandersetzung außerhalb des Insolvenzverfahrens stattfindet. Insoweit gelten die allgemeinen Regeln der Auseinandersetzung für die jeweilige Gesellschaft. Der Insolvenzverwalter hat also von sich aus kein eigenständiges Recht, die Auseinandersetzung zu betreiben. Vielmehr hat er dieses Recht nur, wenn es auch dem Gemeinschuldner zusteht (Uhlenbruck/Hirte, § 84 Rn. 15).

b) **Fortsetzung aufgrund Gesellschaftsvertrag oder Zustimmung des Insolvenzverwalters**

Wie gezeigt führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters nach § 728 Abs. 2 BGB grundsätzlich zur Auflösung der Gesellschaft. Freilich kann der **Gesellschaftsvertrag** bestimmen, dass die Gesellschaft ohne den Gemeinschuldner mit den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird, § 736 BGB. In diesem Fall scheidet der Gemeinschuldner mit dem Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung aus der Gesellschaft aus. Der Abfindungsanspruch nach § 738 BGB fällt in die Insolvenzmasse. Das Gesellschaftsvermögen wächst den übrigen Gesellschaftern qua Gesetz zu, § 738 BGB.

Fehlt eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag, ist die Fortsetzung durch die übrigen Gesellschafter nur mit **Zustimmung des Insolvenzverwalters** möglich. Wegen § 728 Abs. 2 BGB kann § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB nicht analog angewendet werden (Ulmer, GbR und Partnerschaftsgesellschaften, 4. Aufl. 2004,

§ 728 Rn. 43). Eine Fortsetzung mit dem insolventen Gesellschafter ist ebenfalls nur mit Zustimmung des Insolvenzverwalters möglich. Eine Freigabe durch den Insolvenzverwalter ist hierzu nicht zwingend erforderlich (so aber Ulmer, § 728 Rn. 44; Schlegelberger/K. Schmidt, HGB, § 131 Rn. 36, ohne Begründung). Wie auch außerhalb der Insolvenz trotz Auflösung der Gesellschaft ein Fortsetzungsbeschluss von den Gesellschaftern gefasst werden kann, kann diesen Beschluss anstelle des Gemeinschuldners dann auch dessen Insolvenzverwalter mit den übrigen Gesellschaftern fassen. Die Beteiligung bleibt dann weithin Teil der Insolvenzmasse. Zulässig ist ebenso, dass die Gesellschafter trotz Fortsetzungsklausel unter Ausscheiden des Gemeinschuldners diesen wieder in die Gesellschaft als neuen Gesellschafter aufnehmen. Auch in diesem Fall fällt die Beteiligung als Neuerwerb i. S. d. § 35 InsO wiederum in die Insolvenzmasse. Ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters kann durch diesen Beitritt aber die Insolvenzmasse nicht verpflichtet werden. Es haftet dann nur das insolvenzfremde Vermögen des Gemeinschuldners (MünchKomm-InsO/Ott, § 80 Rn. 11).

3. Klauselumschreibung bei möglicher Fortsetzung der Gesellschaft

Geht es nun wie vorliegend um die Umschreibung der Vollstreckungsklausel in der Insolvenz des Gesellschafters einer GbR, kommt eine Umschreibung auf den Insolvenzverwalter nur dann in Betracht, wenn die Beteiligung an der GbR auch zur Insolvenzmasse gehört. Dies ist – wie gezeigt – jedenfalls dann der Fall, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters nach der gesetzlichen Regelung des § 728 Abs. 2 BGB zur Auflösung der Gesellschaft führt. Der insolvente Gesellschafter bleibt weiterhin Gesellschafter. Es wandelt sich lediglich der Zweck der Gesellschaft. Gleiches gilt freilich auch, wenn qua gesellschaftsvertraglicher Regelung entgegen § 728 Abs. 2 BGB die Gesellschaft trotz der Insolvenz eines Gesellschafters mit diesem weithin fortgesetzt wird. Anders dagegen ist die Rechtslage, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag die Gesellschaft zwar entgegen der Regelung des § 728 Abs. 2 BGB fortgesetzt wird, die Fortsetzung aber allein unter den übrigen Gesellschaftern, also ohne den insolventen Gesellschafter, erfolgt. In diesem Fall ist der insolvente Gesellschafter analog § 738 BGB aus der Gesellschaft ausgeschieden und das Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern angewachsen. Eine „Rechtsnachfolge“ i. S. d. § 727 ZPO ist insoweit nicht gegeben.

Da schon nach materiellem Recht unklar ist, ob der insolvente Gesellschafter aufgrund Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen weithin Gesellschafter der GbR ist oder nicht, und sich diese Frage allein nach dem Gesellschaftsvertrag beantworten lässt, ist grundsätzlich auch die Kenntnis des Gesellschaftsvertrages erforderlich für die Frage, ob vorliegend – wie begehrt – die Vollstreckungsklausel gem. § 727 ZPO gegen den Insolvenzverwalter umgeschrieben werden kann.

4. Klauselumschreibung gegen die GbR?

a) Vollstreckung aufgrund Titels gegen die GbR möglich

Dieses Ergebnis ist jedenfalls unter unmittelbarer Anwendung der Regelung des § 736 ZPO festzustellen. Danach ist für die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer BGB-Gesellschaft ein gegen alle Gesellschafter gerichteter Titel erforderlich. Aufgrund der neueren Rechtsprechung des BGH zur Rechts- und Parteifähigkeit der GbR (DNotZ 2001, 234 = NJW 2001, 1056) ist nunmehr jedoch

unklar, wie sich dies auf die Umschreibung einer Vollstreckungsklausel auswirkt. Die zwischenzeitlichen Neuauflagen einiger Kommentare zur ZPO (Zöller/Stöber, ZPO, 25. Aufl. 2005; Musielak/Lackmann, ZPO, 4. Aufl. 2005) gehen trotz der nunmehr feststehenden Rechts- und Parteifähigkeit der BGB-Gesellschaft weiter davon aus, dass in Vollstreckungsverfahren allein § 736 ZPO maßgeblich ist. Notwendig ist also ein gegen alle Gesellschafter ergangener Titel. Ein Titel allein gegen die BGB-Gesellschaft selbst genügt nach dieser Auffassung insoweit nicht.

Anderer Ansicht ist in diesem Zusammenhang jedoch der BGH. In einem neuerlichen Beschluss vom 16.07.2004 (DNotI-Report 2004, 155 = NJW 2004, 3632) führt der BGH aus, dass im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit der GbR ein Gläubiger sowohl mit einem gegen die Gesellschaft als Partei gerichteten Titel in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken kann als auch mit einem Titel gegen alle einzelnen Gesellschafter aus ihrer persönlichen Mithaftung entsprechend der Regelung des § 736 ZPO. In der Literatur wird diese Auffassung jüngst von *Wälzholz/Scheel* (Notiz 2005, 121 ff.) bestätigt. Im Übrigen differenzieren *Wälzholz/Scheel* danach, ob eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung nach altem Recht (vor Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR) bzw. nach neuem Recht (nach Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR) erfolgt ist.

b) Klauselumschreibung auf die GbR?

Eine interessante Überlegung wird hierzu von *Wälzholz/Scheel* dargestellt (NotBZ 2005, 121, 127). Bei einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung noch nach altem Recht und einem Gesellschafterwechsel schlagen sie vor, dass der Gläubiger nach § 727 ZPO den Titel von den gesamthänderisch verbundenen Gesellschaftern auf die Gesellschaft umschreiben lassen kann, die ihrerseits als Vollstreckungsschuldnerin gem. § 124 Abs. 2 HGB analog von dem Gesellschafterwechsel unberührt bleibt. Freilich ist dann aufgrund eines solchen Titels nur eine Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen selbst zulässig. Die Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen des neu hinzugekommenen Gesellschafters ist indes nur möglich, wenn sich der neu Hinzugekommene individuell der Zwangsvollstreckung unterwerfen würde (*Wälzholz/Scheel*, NotBZ 2005, 121, 126).

Aufgrund der Aktualität dieses Gestaltungsvorschlages von *Wälzholz/Scheel* liegen naturgemäß noch keinerlei weitere Stellungnahmen von Rechtsprechung und Literatur dazu vor. Nach der persönlichen Auffassung des Sachbearbeiters spricht für diesen Gestaltungsvorschlag, dass damit letztlich die Regelung des § 736 ZPO mit der neueren Rechtsprechung des BGH zur Rechts- und Parteifähigkeit der GbR gleichsam im Wege einer „praktischen Konkordanz“ in Einklang gebracht wird: Soweit es allein um eine Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen geht, kann diese sowohl aus einem Titel gegen die BGB-Gesellschaft selbst als auch aus einem Titel gegen ihre Gesellschafter gem. § 736 ZPO erfolgen. Unseres Erachtens sind im Ergebnis keine Gründe dafür ersichtlich, weshalb ein Wechsel zwischen beiden Vollstreckungsvarianten nicht möglich sein soll, wenn – wie vorstehend beabsichtigt – Vollstreckungsobjekt allein das Vermögen der BGB-Gesellschaft, nicht aber das Privatvermögen ihrer Gesellschafter ist.