
Datum: 30.03.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 30. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 30 U 13/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:0330.30U13.06.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 16 O 259/04

Tenor:

Die Berufung des Beklagten zu 1) gegen das am 23. November 2005 verkündete Teil-Urteil des Einzelrichters der 16. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Der Beklagte zu 1) trägt die Kosten des Berufungsverfahrens. Der Streithelfer trägt seine Auslagen selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte zu 1) darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger zuvor in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der P GmbH & Co. KG. Er macht, soweit die Klage in der Berufungsinstanz anhängig ist, Ansprüche einer Insolvenzgläubigerin (N KG) aus dem Mietverhältnis über ein Multiplex-Kino ("L" in E) gegen den Beklagten zu 1) persönlich als ehemaligen Gesellschafter der Insolvenzschuldnerin geltend.

1

2

3

- Der Beklagte zu 1) und seine Mutter, die Beklagte zu 2), waren an einer Vielzahl von Unternehmen beteiligt, die herkömmliche Filmtheater und sog. Multiplex-Kinos betrieben. Mitte 1998 gehörten zur P/S-Gruppe über 40 Gesellschaften, die mit dem Betrieb der Kinos, der Kinowerbung und der Verwaltung des Immobilienbesitzes befasst waren. Die Unternehmensgruppe sollte zu diesem Zeitpunkt schrittweise neu strukturiert werden. Ziel der Umgestaltung war neben der Vereinfachung der gesellschaftsrechtlichen Struktur die Trennung des Immobilienbesitzes von den Bereichen Kinobetrieb und Kinowerbung, für die über Investoren neues Kapital gewonnen werden sollte. 4
- Nach einer Eingangsbesprechung mit dem Finanzamt X vom 10.09.1998 beantragten die Streithelfer zu 1) (Wirtschaftsprüfer und Steuerberater I pp.) unter dem 11.09.1998 eine verbindliche steuerliche Auskunft des Finanzamtes zu der geplanten Neuordnung. Danach sollten die Bereiche Kinobetrieb und Kinowerbung unter dem Dach einer einzigen Gesellschaft zusammengefasst werden, die Kooperationspartner aufnimmt und mittelfristig an der Börse eingeführt werden könnte. In einem ersten Schritt sollte dazu eine OHG gegründet werden, auf die alles, was zum Betrieb der beiden vorgenannten Kernbereiche notwendig ist (Kino-Mietverträge; Kino-Betriebsrechte; Verträge über Kino-Werbung; kinotechnische Einrichtungen), teils durch Veräußerung und teils durch Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten übertragen werden sollte. 5
- Mit Gesellschaftsvertrag vom 18.09.1998 (Anl. K 6) gründeten der Beklagte zu 1) und die P2 AG, vertreten durch deren alleinvertretungsberechtigten Vorstand Dr. I2, die P3 OHG (im Folgenden: P3 OHG). An dem Ergebnis und Vermögen der OHG waren der Beklagte zu 1) mit 60 % und die P2 AG mit 40 % beteiligt. Die Gesellschaft wurde, nachdem ein entsprechender Antrag bereits am 10.09.1998 beurkundet worden war (Anl. K 3), am 14.10.1998 im Handelsregister des Amtsgerichts Warendorf (HRA #####) eingetragen (Anl. K 4). 6
- Am 30.09.1998 schlossen der Beklagte zu 1), die P2 AG, deren Vorstand Dr. I2 sowie die als Kooperationspartner gewonnenen Investorengruppen ("B"; "B2"; "Q") vor dem Notar Dr. H aus C einen Beteiligungsvertrag, der die Verpflichtung der P und anderer Gesellschaften der P/S-Gruppe zur Einbringung von rechtlich unselbständigen Kinos, Beteiligungen an Kinobetriebsgesellschaften und Beteiligungen an Werbegesellschaften per 01.01.1999 in die P3 OHG sowie die nachfolgende Einbringung der OHG-Anteile zum 01.02.1999 in die P GmbH gegen Gewährung von GmbH-Anteilen regelt. Dazu sollten die Kinobetriebe schrittweise auf die P GmbH (Investoren-Holding mit 75 % Beteiligung S-Gruppe) übertragen werden. In einem ersten Schritt sollte die B GmbH, die später als P4 GmbH firmierte, in die OHG eintreten und deren Geschäfte führen. In Ziffer 4 ("Beteiligung der P GmbH an der P3 OHG") heißt es: 7
- "Nach Beitritt der B GmbH wird die P3 OHG bis zum 01.01.1999 in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt, deren alleiniger Komplementär die B GmbH ist." 8
- In einem Schreiben des Zeugen Dr. S2 vom 14.10.1998 an Rechtsanwalt Dr. S3, der die Investorenseite vertrat, heißt es u.a., dass ein neuer Gesellschaftsvertrag für die P3 OHG derzeit verzichtbar erscheine. Die Umwandlung der OHG in eine GmbH & Co. unter Beitritt der B GmbH könne nach Paraphierung des Einbringungsvertrages vollzogen werden. In diesem Zusammenhang sollten dann auch modifizierte Gesellschaftsverträge der KG und der Komplementär-GmbH beschlossen werden. 9
- Mit notariellem Vertrag vom 28.10.1998 (Urk.-Nr. #####/98 des Notars M in E2) verkaufte die P2 AG das mit einem nahezu vollständig fertiggestellten Multiplex-Kino mit 8 Sälen und 2.600 10

Sitzplätzen bebaute Grundstück Q.-Str. in E im sog. "sale and lease back"-Verfahren zum Kaufpreis von 48,6 Mio. € an die "N-Fonds Nr. ## Objekt E, N KG" (im Folgenden: N KG). In der Vorbemerkung zum Kaufvertrag ist aufgeführt, dass die P3 OHG zum 01.01.1999 den Betrieb aller P-Kinos übernehmen werde und die Gesellschafter ihre Anteile voraussichtlich zum 01.02.1999 auf die neu zu gründende P2 GmbH übertragen würden. Später würden GmbH und OHG "verschmolzen", um damit den Börsengang zu ermöglichen. Fälligkeitsvoraussetzung für die Zahlung des Kaufpreises ist nach 3.5.82 des Vertrages u.a., dass die P2 GmbH alle Anteile an der P3 OHG, die in einem möglichen Zwischenschritt noch in eine KG umgewandelt werde, übernommen hat und daneben nur noch eine Geschäftsführungs-GmbH beteiligt ist und dass die P2 GmbH dem Generalmietvertrag zwischen der P3 OHG und der N KG beigetreten ist. Beides ist durch Testat eines Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts nachzuweisen.

Mit Generalmietvertrag vom gleichen Tage vermietete die N KG das Multiplex-Kino für 20 Jahre mit zweimaliger Option für jeweils weitere 5 Jahre zu einem monatlichen Mietzins in Höhe von 248.495,83 DM zzgl. Betriebskostenvorauszahlung in Höhe von 5.000,- DM und USt. an die P3 OHG. 11

In einem Fonds-Prospekt der H2 AG, die Initiatorin des N Fonds Nr. ## war und den Vertrieb des Fonds übernommen hatte, heißt es zum streitgegenständlichen Objekt in E: 12

"Alleinige Gesellschafter der im September 1998 gegründeten P3 oHG sind derzeit Herr S 13 sowie die P2 AG. Bei der P3 oHG, die derzeit noch keine Geschäftstätigkeit ausübt, soll ab dem 01.01.1999 das gesamte Kino- und Kinowerbengeschäft der P/S-Gruppe konzentriert werden. Es ist außerdem geplant, die P3 oHG bis zum 31.12.1998 in eine GmbH und Co. KG umzuwandeln."

Mit Gesellschafterbeschluss vom 27.11.1998 erhöhte die P3 OHG unter Bezugnahme auf die im Beteiligungsvertrag vom 30.09.1998 übernommenen Verpflichtungen ihr Festkapital auf 15 Mio. DM. Die Kapitalerhöhung sollte zum Einen durch Abtretung von Gesellschaftsanteilen an Kinobetriebs- und Kinowerbegesellschaften der P-Unternehmensgruppe und zum Anderen durch den Erwerb von Wirtschaftsgütern (kinotechnische Einrichtung) im Umfang von 60 Mio. DM erfolgen. Zur Kapitalerhöhung zugelassen wurden die P2 AG mit einem Nennwert von ca. 6,9 Mio. DM, der Beklagte zu 1) (3,7 Mio. DM), die Beklagte zu 3) (670.442 DM), die Beklagte zu 4) (2,3 Mio. DM) sowie 4 weitere Gesellschaften aus der P/S-Gruppe. 14

Am 04.12.1998 vollzog die P3 OHG die Einbringung der vorgenannten Sacheinlagen durch notariellen Einbringungs- und Übertragungsvertrag (####/154 Notar Dr. H, C) mit den Beklagten zu 1), 3) und 4) sowie den weiteren zur Kapitalerhöhung zugelassenen Gesellschaften der P/S-Gruppe. Nach der Präambel des 59seitigen Vertrages soll die Übertragung der Gesellschaftsanteile sowie der Kinobetriebe jeweils gegen die Gewährung neuer Gesellschaftsrechte an der P3 OHG erfolgen. Nach Abschluss des Vertrages sei geplant, die P3 OHG in eine GmbH & Co. KG umzuwandeln. Dementsprechend war für die einzelnen eintretenden Gesellschaften die Übertragung der Kinobetriebe auf die OHG gegen die Gewährung neuer Gesellschaftsrechte mit Wirkung zum 31.12.1998; 23:59 Uhr geregelt. Für die eingebrachten Sacheinlagen sollten gem. § 50 des Vertrages u.a. Anteile der P2 AG zum Nennbetrag von ca. 6,9 Mio. DM, des Beklagten zu 1) zum Nennbetrag von ca. 3,7 Mio. DM, der Beklagten zu 3) zum Nennbetrag von 670.422 DM und der Beklagten zu 4) zum Nennbetrag von ca. 2,3 Mio. DM am erhöhten Festkapital der P3 OHG bestehen. 15

Mit einer auf den 14.12.1998 datierten Urkunde, von der der Kläger bestreitet, dass es ein Original zu der vorgelegten Kopie (Anl. K 8) gebe, vereinbarten der Beklagte zu 1), die P2 AG 16

und die B mbH, die später als P4 mbH firmierte, den Eintritt der B GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin mit Wirkung zum 15.12.1998. Gleichzeitig scheiden der Beklagte zu 1) und die P2 AG danach als persönlich haftende Gesellschafter aus und treten der Gesellschaft als Kommanditisten mit einem Anteil von 600,- DM bzw. 400 DM bei. Die Firma der Gesellschaft laute jetzt "P GmbH & Co. KG". Die vorgenannten Änderungen sind auch in einer auf den 10.12.1998 datierten Handelsregisteranmeldung durch den Notar Dr. H3 aus E2, enthalten. Der Wechsel des Beklagten zu 1) in die Kommanditistenstellung sowie die weiteren vorgenannten Änderungen sind am 04.03.1999 in das Handelsregister bei dem Amtsgericht Warendorf eingetragen worden.

In einer weiteren, auf den 21.12.1998 datierten Anmeldung zum Handelsregister des Amtsgerichts Warendorf, deren Eingangszeitpunkt wiederum streitig ist, werden die durch den Einbringungs- und Beteiligungsvertrag vorgenommenen Kapitalerhöhungen sowie der Eintritt der Beklagten zu 3) und 4) und der weiteren Gesellschaften der P/S-Gruppe als Kommanditisten mitgeteilt. Die Anmeldung wurde dem Amtsgericht Warendorf mit Schreiben vom 23.12.1998 durch den Notar L2 aus X übersandt. Es trägt den Eingangsstempel "28.12.1998". Der Notar teilt darin mit, dass die noch fehlenden Unterschriftsbeglaubigungen hinsichtlich der weiteren Kommanditisten noch von anderen Notaren gefertigt und direkt zum Handelsregister eingereicht würden. Die Beklagten zu 3) und 4) sind nie als Kommanditisten in das Handelsregister eingetragen worden.

17

Die P2 AG teilte, auch im Namen der weiteren P-Gesellschaften, zumindest einem Teil der Geschäftspartner mit Schreiben vom 21.12.1998 (Anl. B 26) mit, dass ihr neuer Vertragspartner für Leistungen und Lieferungen ab dem 01.01.1999 die P GmbH & Co. KG sei. Sofern sie keine andere Nachricht erhalte, gehe sie vom Einverständnis der Lieferanten damit aus, dass die P GmbH & Co. KG ab dem 01.01.1999 in die bestehenden Verträge eintrete. Die formale Änderung habe weder hinsichtlich der Leistungen noch hinsichtlich der Ansprechpartner auf P-Seite Auswirkungen.

18

Am 18.01.1999 erklärte die P2 GmbH der Vermieterin gegenüber ihren Beitritt zum Generalmietvertrag.

19

Alleinige Gesellschafter der zwischenzeitlich aus der "I3" hervorgegangenen und in "P5 GmbH" umfirmierten Gesellschaft, auf die die Kinobetriebe letztlich übertragen werden sollten, waren zu diesem Zeitpunkt die Investorengesellschaften (B; B2; Q), die P2 AG und der Beklagte zu 1). Diese beschlossen am 25.02.1999 eine Kapitalerhöhung auf über 10 Mio. DM, die durch Sacheinlagen geleistet werden sollte. Zu diesem Zweck sollten die Investoren Stammeinlagen in bar leisten, der Beklagte zu 1) und die P2 AG sollten demgegenüber im Wesentlichen ihre Kommanditanteile an der P GmbH & Co. KG auf die Gesellschaft (P5 GmbH) übertragen. Zu den von der P2 AG einzubringenden Kommanditanteilen gehörten auch die von den Beklagten zu 3) und 4) sowie den weiteren Gesellschaften der P/S-Gruppe gehaltenen Anteile, so dass im Ergebnis 100 % der Kommanditanteile der P GmbH und Co. KG auf die P5 GmbH, die seitdem einzige Kommandistin war, übertragen wurden.

20

Die P GmbH & Co KG verlegte ihren Sitz im März 1999 nach I4 (HRA ##### AG Hamburg). Am 02.09.1999 wurde das Ausscheiden des Beklagten zu 1) und der P2 AG aus der P GmbH & Co. KG in das Handelsregister eingetragen.

21

Von August 2001 an minderte die P GmbH & Co. KG die Miete für das Multiplex-Kino "L" in E unter Berufung auf diverse Mängel um monatlich 29.446,51 €. Mit Urteil des Landgerichts Dresden (14 O 3561/01) vom 30.08.2002 wurde sie gesamtschuldnerisch mit der P2 GmbH zur Zahlung der rückständigen Miete für den Zeitraum von August 2001 bis Februar 2002 in

22

Höhe von insgesamt 206.335,56 € verurteilt. Die Berufung der Schuldnerin ist nach Insolvenzeröffnung durch Urteil des OLG Dresden vom 29.06.2004 mit der Maßgabe zurückgewiesen worden, dass die titulierte Forderung der dortigen Klägerin (N KG) in Höhe des Ausfalls zur Insolvenztabelle festgestellt wird. Die weiteren Rückstände für März bis September 2002 wurden mit rechtskräftigem Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Hagen vom 15.11.2002 tituliert. Darauf zahlte die P2 GmbH in der Zwangsvollstreckung 65.000,- €. Für Oktober 2002 zahlte die P GmbH & Co. KG den Mietzins in Höhe von 153.313,51 € nicht.

Mit Beschluss des Amtsgerichts Hamburg vom 27.12.2002 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der P GmbH & Co. KG eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt (67g IN 419/02). Die Fa. S2 GmbH bewertete das bewegliche Anlagevermögen in Bezug auf den L E als Subunternehmer der vom Insolvenzverwalter beauftragten Fa. J GmbH mit Gutachten vom 17.01.2003 mit einem Wiederbeschaffungswert von insgesamt 1,8 Mio. €. In einem weiteren Gutachten der Fa. J GmbH zur Bewertung des beweglichen Anlagevermögens werden für das Kino Liquidationswerte in Höhe von insgesamt 89.975,- € zzgl. USt. festgestellt. 23

In Bezug auf die Komplementär-GmbH der Schuldnerin, die P4-GmbH, lehnte das Amtsgericht Hamburg die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mit Beschluss vom 21.02.2003 mangels Masse ab. Am 13.11.2003 wurde die Löschung der P4-GmbH im Handelsregister eingetragen. 24

In der Folgezeit wurden die Kinos der P/S-Gruppe zunächst durch die "L3"-Gruppe fortgeführt. In einer Abwicklungsvereinbarung vom 24.06.2003 trat der Beklagte zu 1) mögliche Schadensersatzansprüche gegen seine Berater, die Streitverkündeten, an den Kläger ab. 25

Die N KG meldete am 14.03.2003 folgende Forderungen zur Insolventtabelle an: 26

restliche Miete Urteil LG Dresden (08/01 bis 02/02) 206.355,56 € 27

restliche Miete Vollstreckungsbescheid AG Hagen 28

(03/02 bis 09/92) 141.335,57 € 29

vollständige Miete Oktober 2002 153.313,51 € 30

Kosten 15.552,75 € 31

Zinsen bis Verfahrenseröffnung (27.12.02) 33.639,70 € 32

550.177,10 € 33

Im April 2004 erklärte der Kläger die Kündigung des Mietvertrages hinsichtlich des L E zum 30.09.2004. In der Folgezeit sprach er Kündigungen gegenüber den Arbeitnehmern aus und verabschiedete einen Sozialplan. 34

Mit Schriftsatz vom 18.11.2004 reichte der Kläger bei dem Landgericht Hamburg Klage gegen die Investorengesellschaften (B, B2, Q, G) mit einem Gesamtvolumen von über 20 Mio. € ein. Zur Begründung stützt er sich auf Insolvenzanfechtungen sowie darauf, dass kapitalersetzende Darlehen in der Krise der Gesellschaft zurück gefordert worden seien. Die Investorengesellschaften seien über die "Zwischenholding" P2 GmbH an der 35

Insolvenzschildnerin beteiligt gewesen und wie deren Gesellschafter zu behandeln.

Nachdem der N KG die Weitervermietung des Multiplex-Kinos "L" E zum 01.10.2004 doch noch an die Fa. G2 GmbH & Co. KG, deren Komplementär-GmbH durch die Ehefrau des Beklagten zu 1) geleitet wird, gelungen war, schloss der Kläger mit der N KG am 16./17.12.2004 eine Mietabwicklungsvereinbarung. Danach wird das dem Vermieterpfandrecht unterliegende Inventar gemäß dem Gutachten der Fa. J GmbH zum Preis von 104.371, € (89.975,- € zzgl. USt.) an die N KG veräußert. Nach Abzug der Feststellungskosten gem. § 171 Abs. 1 InsO verbleibt danach ein Absonderungsbetrag von 85.800,16 €. Dazu ist in Ziffer 1 vereinbart, dass "der Absonderungsbetrag gegen die älteste zur lfd. Nr. 1025 der Insolvenztabelle festgestellten Insolvenzforderung verrechnet wird." In Ziffer 2 ist festgehalten, dass für die Vermieterin 550.177,1 € für den Ausfall zur lfd. Nr. 1025 der Insolvenztabelle festgestellt sind. In Ziffer 3 werden die Miet- und Betriebskosten für die Zeit ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens geregelt, zu deren Abgeltung der Kläger 492.225,16 € zahlt. Nach Ziffer 6 besteht zwischen den Vertragsparteien Einigkeit, dass die Vermieterin gem. § 109 InsO wegen der vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses den sog. Differenzschaden beanspruchen kann. Im Hinblick auf die vorhandene Mietbürgschaft hatte die Masse allerdings nur beschränkt auf den Ausfall. Da der Differenzschaden zudem weder bezifferbar noch fällig sei, sieht die Vermieterin derzeit von einer Anmeldung ab. In Ziffer 7 ist vereinbart, dass die Betriebskosten 2004 noch abgerechnet werden. Ziffer 8 lautet:

"Mit Ausnahme der Themen gemäß Ziff. 6 und 7 (möglicher Differenzschaden und BK-Abrechnung 2004) sind mit Erfüllung der vorliegenden Vereinbarung alle sonstigen Ansprüche aus dem Mietvertrag erledigt."

Nachdem es in vorliegendem Rechtsstreit zwischen den Parteien zum Streit um die Bedeutung der vorgenannten Erledigungsklausel gekommen war, unterzeichneten der Kläger und die N KG, vertreten durch den Zeugen K, unter dem 03.03./07.03.2005 einen Nachtrag zur Mietabwicklungsvereinbarung. Danach wird vorsorglich klar gestellt, dass von den Vertragsschließenden stets gewollt gewesen sei, dass die zur Insolvenztabelle angemeldete und festgestellte Forderung des N-Fonds Nr. ## gem. Ziffer 2 der Vereinbarung - abzüglich der in Ziffer 1 genannten Verrechnung - als Insolvenzforderung bestehen bleibe. Die Forderungen gem. Ziffer 1 und 2 der Vereinbarung fielen mithin nicht unter die Generalquittung der Ziffer 8.

Das Amtsgerichts Düsseldorf eröffnete mit Beschluss vom 30.12.2004 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Beklagten zu 4) (505 IN 94/04). Mit weiterem Beschluss vom 02.09.2005 ist auch über das Vermögen der Beklagten zu 3) das Insolvenzverfahren eröffnet worden (505 IN 92/04 AG Düsseldorf).

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass der Beklagte zu 1) nach §§ 128, 160 HGB für die streitgegenständlichen Insolvenzforderungen der N KG aus dem Zeitraum bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens persönlich hafte. Seine Haftung betreffe alle Ansprüche, die bis zur Eintragung des Wechsels in die Kommanditistenstellung oder zumindest bis zu seinem Austritt aus der Gesellschaft (25.02.1999) entstanden seien. Bei einem Dauerschuldverhältnis wie der Miete werde der Rechtsgrund für alle später daraus fällig werdenden Einzelansprüche bereits mit dem Vertragsschluss gelegt. Für eine analoge Anwendung des § 176 Abs. 2 HGB, auf die sich der Beklagte berufe, sei kein Raum. Der Wortlaut des § 160 Abs. 3 HGB, der alle bis zur Eintragung des Wechsels in die Kommanditistenstellung im Handelsregister entstandenen Verbindlichkeiten erfasse, sei eindeutig. Auf die Frage, ob diese Norm lediglich eine Begrenzung der Nachhaftung bezwecke, komme es daher nicht an. Bezeichnend sei insoweit, dass die seitens des

Beklagten befürwortete Einschränkung der Haftung gegenüber Gläubigern, die vom Wechsel des Vollhafters in einen beschränkt haftenden Status gewusst hätten, in der gesamten Literatur seit Inkrafttreten des § 160 HGB n.F. abgesehen von dem jetzt von den Beklagten vorgelegten Auftragsgutachten nicht vertreten worden sei. Dass die Schuldnerin durch die in Kopie vorgelegte "Vereinbarung" vom 14.12.1998 überhaupt wirksam in eine KG umgewandelt worden sei, werde vorsorglich bestritten. Trotz intensiver Suche habe das Original eines solchen Dokuments bei der Schuldnerin nicht aufgefunden werden können. Zudem wäre die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung – so die Rechtsansicht des Klägers – zweifelhaft, da die bereits mit Vertrag vom 04.12.1998 in die Gesellschaft eingetretenen weiteren Gesellschafter nicht beteiligt worden seien. Eine evtl. – rein vorsorglich bestrittene – Kenntnis der N KG von einer geplanten Umwandlung der Schuldnerin in eine GmbH & Co. KG hätte im Übrigen allenfalls zur Folge haben können, dass die N KG der Überleitung des Mietverhältnisses auf die KG nicht hätte widersprechen können. Darin einen Verzicht zu sehen, sei reine Fiktion. Ein konkreter Verzichtstatbestand sei seitens der Beklagten auch nicht substantiiert dargelegt.

Hinsichtlich der Beklagten zu 3) und 4) hat der Kläger die Auffassung vertreten, dass diese als Komplementäre in die Schuldnerin eingetreten seien. Wegen des dazu im Einzelnen erfolgten Vortrags wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils verwiesen. 41

Zu Ziffer 8 der streitigen Mietabwicklungsvereinbarung vom 16./17.12.2004 hat der Kläger behauptet, dass die Vertragsparteien sich stets darüber einig gewesen seien, dass die streitgegenständlichen Mietforderungen nicht erlöschen sollten. Es handele sich entgegen dem insoweit missverständlichen Wortlaut nicht um eine Generalquittung. Ansonsten hätte es auch der in Ziffer 1 enthaltenen Verrechnungsabrede nicht bedurft. 42

Der Verkauf des Kinoinventars an die N KG habe lediglich zu den gutachterlich ermittelten Liquidationswerten erfolgen könne. Da der Kläger das Mietverhältnis sowie alle Arbeits- und sonstigen Dauerschuldverhältnisse zum 30.09.2004 gekündigt habe, sei zunächst von einer Betriebsstillegung auszugehen gewesen. Bereits Ende September 2004 habe der Kläger mündlich mit der N KG vereinbart, ihr das Inventar zu Liquidationswerten zu überlassen. Die Möglichkeit einer Fortführung des Betriebes mit der Fa. G2 GmbH & Co. KG habe sich erst "in letzter Sekunde" ergeben. Im Übrigen beinhalte das Gutachten der J GmbH Wiederbeschaffungswerte, die reine Buchwerte nach einer betriebswirtschaftlichen Bewertungsmethode darstellten und lediglich eine günstige Verhandlungsposition des Klägers gegenüber potentiellen Investoren hätten aufbauen sollen. Das Gutachten habe demgegenüber nicht den Zweck verfolgt, den tatsächlichen Wert des Kinoinventars zur Ermittlung eines etwaigen Kaufpreisanspruches zu bestimmen. 43

Die Mietsicherheitsbürgschaft in Höhe von über 2,5 Mio. € sei nicht zu berücksichtigen, weil sie weiterhin als Sicherheit für Ansprüche der N KG, insbesondere wegen eines eventuellen Mietdifferenzschadens, diene. Das folge bereits daraus, dass die Fa. G2 der N KG – was zwischen den Parteien unstreitig ist – statt der mit der Schuldnerin vereinbarten Miete lediglich das "Betriebsergebnis" überlässt. 44

Die Klage sei auch nicht im Hinblick auf die vor dem Landgericht Hamburg anhängige Klage gegen die Privatinvestoren nach § 148 ZPO auszusetzen. Dem Insolvenzverwalter sei bei der Bewertung der Aktiva und Passiva ein großzügiger Bewertungsspielraum einzuräumen. Einwände könne der in Anspruch genommene persönlich haftende Gesellschafter erst erheben, wenn definitiv feststehe, dass die angeforderten Beträge zur Gläubigerbefriedigung gar nicht benötigt würden. Die fortgeschriebene aktuelle Vermögensübersicht gem. § 153 InsO ergebe indes eine Unterdeckung in Höhe von 9,6 Mio. €. Die Klageforderung gegen die 45

Finanzinvestoren sei dabei mit 25 % zutreffend und angemessen berücksichtigt. Der Rechtsstreit beinhalte einen komplexen Sachverhalt, der sowohl tatsächlich als auch rechtlich hoch streitig verhandelt werde. Zudem seien vollstreckungsrechtliche Schwierigkeiten vorprogrammiert, da die verklagten Investorengruppen zum Teil zahlungsschwach (G, B2) und zum Teil im Ausland ansässig seien (Cayman Islands, Delaware/USA, Edinburgh und London). Vor diesem Hintergrund habe der achtköpfige Gläubigerausschuss den jeweiligen Finanzinvestoren Vergleichsangebote auf der Basis einer Zahlung von 25 % der Klageforderung unterbreitet. Darin komme die derzeitige Bewertung durch den Gläubigerausschuss zum Ausdruck.

Der Kläger hat zunächst gegen insgesamt 7 Beklagte Klage beim Landgericht Dresden eingereicht. Mit Beschluss vom 06.05.2004 ist das Verfahren in Bezug auf 4 Beklagte an das Landgericht Münster verwiesen worden. Der Kläger hat von den Beklagten als Gesamtschuldner – neben den vor dem Landgericht Düsseldorf gesondert in Anspruch genommenen Kinobetriebsgesellschaften P2 AG, M2 GmbH und H4 GmbH zunächst Zahlung in Höhe von 550.177,10 € nebst Zinsen begehrt, und zwar Zug um Zug gegen Rückabtretung sämtlicher möglicher Schadensersatzansprüche und sonstiger Ansprüche (z.B. auf Honorarrückzahlung) der Beklagten zu 1) und 4) gegen deren Berater, insbesondere die Streithelfer zu 1) und 2) sowie den Notar Dr. H aus C, wegen fehlerhafter Beratung, Bewertung und sonstiger Mitwirkung bei der Gründung der P3 OHG und deren Umwandlung in eine GmbH & Co. KG. Nach Abschluss der Mietabwicklungsvereinbarung hat der Kläger sich den aus dem Verkauf des Inventars resultierenden Erlös anrechnen lassen und in Höhe von 85.800,16 € einseitig die Erledigung des Rechtsstreits erklärt.

46

Die Beklagten und die Streithelfer haben beantragt, die Klage abzuweisen.

47

Sie haben darüber hinaus unter Berufung auf § 246 ZPO die Aussetzung des Rechtsstreits begehrt und dazu die Ansicht vertreten, dass die Voraussetzungen einer Verfahrensunterbrechung analog § 239 ZPO vorlägen. Da die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Komplementär-GmbH der Insolvenzschuldnerin mangels Masse abgelehnt worden sei, sei diese nach § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB aus der Schuldnerin ausgeschieden, was wiederum, da lediglich eine Gesellschafterin (P5 GmbH als Kommanditistin) verbleibe, den liquidationslosen Untergang der Schuldnerin zur Folge habe.

48

Des weiteren haben die Beklagten beantragt, das Verfahren nach § 148 ZPO bis zur Entscheidung des vor dem Landgericht Hamburg anhängigen Rechtsstreits über ca. 23,5 Mio. € auszusetzen. Wenn die dortige Klage gegen die Investorengesellschaften, was zu erwarten sei, Erfolg habe, könnten sämtliche Gläubiger befriedigt werden, so dass eine – aus diesen Gründen zudem rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Beklagten entbehrlich werde.

49

Der Beklagte zu 1) hat unter Bezugnahme auf ein von ihm eingeholtes Rechtsgutachten der Professoren I5 und T (Anl. B 13) die Auffassung vertreten, dass er nicht persönlich nach §§ 128, 160 HGB hafte, weil auf den hier vorliegenden Wechsel von der Komplementär- in die Kommanditistenstellung § 176 Abs. 2 HGB analog anzuwenden sei. Eine Haftung scheide danach aus, weil die N KG bereits vor Abschluss des Mietvertrages so die Behauptung des Beklagten über den bevorstehenden Wechsel in den nur beschränkt haftenden Status sowie überhaupt in Bezug auf alle Einzelheiten der geplanten Umstrukturierung informiert gewesen sei. Sie sei fortlaufend über alle Schritte unterrichtet worden. Insbesondere habe sie gewusst, dass die P3 OHG lediglich als "Vorratsgesellschaft" gegründet worden sei und bei Beginn des Geschäftsbetriebs zum 01.01.1999 bereits in eine GmbH & Co. KG ohne natürliche Person als Vollhafter umgewandelt sein würde. Gerade deshalb habe die Vermieterin auf einen Beitritt

50

der P2 GmbH zum Mietvertrag und eine Mietsicherheitsbürgschaft bestanden. Mit dem Zeugen M3, der für die N KG aufgetreten sei, seien die künftigen Haftungsverhältnisse der Schuldnerin ab Mietbeginn (01.01.1999) eingehend erörtert worden. Er habe diese gebilligt und ausdrücklich ausreichen lassen, dass neben der P GmbH & Co. KG noch deren Kommanditistin, die mit dem institutionellen Kapital der Anleger ausgestattete P2 GmbH, mit für die Mietzinsverbindlichkeiten einstehe. Vor diesem Hintergrund habe die N KG auf die persönliche Haftung des Beklagten zu 1) und der P2 AG verzichtet. Es könne darüber hinaus auch unter dem Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) nicht angehen, dass die Vermieterin – für die der Kläger in Prozessstandschaft klagt – in Kenntnis all der vorgenannten Umstände zunächst weitere Sicherheiten fordere und dann doch noch die angeblichen damaligen Komplementäre nachhaftend in Anspruch nehme. Hilfsweise werde daran festgehalten, dass sich § 160 Abs. 3 HGB entgegen seinem Wortlaut von vornherein nur auf Verbindlichkeiten beziehe, die bis zum tatsächlichen Wechsel in die Kommanditistenstellung entstanden seien.

Hinsichtlich der Beklagten zu 3) und 4) haben die Beklagten und Streithelfer die Auffassung vertreten, dass diese von vornherein lediglich als Kommanditisten beigetreten seien und daher nicht nach § 128 HGB haften würden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird insoweit auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 51

Im Zusammenhang mit der Mietabwicklungsvereinbarung vom 16./17.12.2004 haben die Beklagten und die Streithelfer behauptet, dass sämtliche streitgegenständlichen Forderungen bereits erloschen seien. Der Zeuge K (N KG) habe dem Beklagten zu 1) gegenüber erklärt, dass durch die Veräußerung des Inventars und Verrechnung des Kaufpreises alles aus der Vergangenheit, insbesondere sämtliche Mietzinsrückstände der Schuldnerin gegenüber der N KG, erledigt seien. Das folge auch aus dem eindeutigen Wortlaut der Generalquittung in Ziffer 8 der Vereinbarung. Diese nehme nämlich lediglich die Forderungen gem. Ziffern 6 und 7, nicht aber die hier streitgegenständlichen Forderungen (Ziffern 1 und 2) aus. Zudem sei in Ziffer 3 geregelt, dass auf "sämtliche Mietzinsrückstände bis 30.09.2004" 492.225,16 € gezahlt werden sollten. Da die streitgegenständlichen Mietzinsforderungen auch "bis zum 30.09.2004" entstanden seien, würden sie notwendigerweise mit abgegolten. 52

Zur Veräußerung des Inventars zu Liquidationswerten haben die Beklagten die Auffassung vertreten, dass sie nach §§ 826, 242 BGB so zu stellen seien, als sei zumindest ein Erlös in Höhe der Klageforderung erzielt worden. Der Kläger habe die Einrichtung, die nach dem von ihm selbst vorgelegten Gutachten einen Fortführungswert von 1,8 Mio. € gehabt habe, vorsätzlich "verschleudert". 53

Die Beklagten verweisen darüber hinaus auf die noch vorhandene Mietsicherheitsbürgschaft. Diese müsse von der N KG vorrangig in Anspruch genommen werden. Der in der Mietabwicklungsvereinbarung erwähnte Mietdifferenzschaden könne gar nicht eintreten, weil ein neuer Mietvertrag mit der G2 GmbH & Co. KG abgeschlossen worden sei. 54

Der Einzelrichter der 16. Zivilkammer des Landgerichts Münster hat Beweis durch Vernehmung der Zeugen M4, Dr. S2, G3 und Dr. D erhoben und der Klage gegen den Beklagten zu 1) durch Teil-Urteil vom 23.11.2005 im Wesentlichen stattgegeben. Er hat den Beklagten zu 1) neben weiteren Gesamtschuldnern verurteilt, an den Kläger 430.071,27 € und gestaffelte Zinsen zu zahlen, Zug um Zug gegen Rückabtretung näher bezeichneter Schadensersatzansprüche und festgestellt, dass die Klage gegen den Beklagten zu 1) sich in Höhe von 85.800,16 € erledigt hat. Gegenüber der Beklagten zu 4) und der Beklagten zu 2) sei das Verfahren gemäss § 240 ZPO bei der Beklagten zu 2) in Verbindung mit § 17 Abs. 1 AnfG analog unterbrochen. Die Unterbrechungswirkung gelte im Ergebnis auch für das 55

Prozessrechtsverhältnis zur Beklagten zu 3). Über deren Vermögen sei das Insolvenzverfahren zwar erst nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung eröffnet worden. Die Klage sei gegenüber der Beklagten zu 3) aber nicht entscheidungsreif (§ 249 Abs. 3 ZPO), weil sie nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme lediglich als Kommanditistin beigetreten sei und über die Frage der Kenntnis der Vermieterin von der Kommanditisteneigenschaft (§ 176 Abs. 2 HGB) noch weiter Beweis zu erheben sei.

Im Rechtsverhältnis zum Beklagten zu 1) sei das Verfahren nicht im Hinblick auf die vom Kläger gegenüber den Investoren vor dem Landgericht Hamburg geltend gemachten Ansprüche nach § 148 ZPO auszusetzen. Der Kläger handele insoweit nicht rechtsmissbräuchlich, weil die Bewertung der Forderung mit 25 % innerhalb der vorgelegten Vermögensübersicht, die dann zur Unterdeckung in Höhe von 9,6 Mio. € führe, nicht zu beanstanden sei.

Der Beklagte zu 1) hafte nach § 93 InsO i.V.m. §§ 128, 160 HGB persönlich für die angefallenen Mietzinsforderungen. Ob er aufgrund des streitigen Vertrages vom 14.12.1998 in die Kommanditistenstellung gewechselt sei, könne dahin stehen, weil dies jedenfalls erst am 04.03.2003 im Handelsregister eingetragen worden sei, was nach § 160 Abs. 3 HGB für seine Haftung maßgeblich sei. Für eine analoge Anwendung des § 176 Abs. 2 HGB sehe das Gericht keine Basis. Die Haftung des Komplementäres, der in die Kommanditistenstellung wechsele, sei in §§ 128, 160 HGB abschließend geregelt, so dass es an einer ungeplanten Regelungslücke fehle. Zudem würde es ansonsten zu einer ungerechtfertigten Besserstellung gegenüber dem ausscheidenden Komplementär kommen.

Die N KG habe auch nicht auf Ansprüche gegen den Beklagten zu 1) verzichtet. Dass sie über den geplanten Wechsel in die Kommanditistenstellung unterrichtet gewesen sein soll und zusätzliche Sicherheiten gefordert habe, reiche dafür nicht aus.

Die Klageforderung sei nicht durch die Mietabwicklungsvereinbarung vom 16./17.12.2004 erloschen. Das Gericht sei nach der plausiblen, schlüssigen und nachvollziehbaren Aussage des Zeugen M4 davon überzeugt, dass die Erledigungsklausel in Ziffer 8 der Vereinbarung die vor der Insolvenzeröffnung entstandenen Forderungen der N KG nicht habe erfassen sollen. Der Zeuge K, der nach Behauptung des Beklagten zu 1) geäußert haben solle, dass alles aus der Vergangenheit erledigt wäre, sei nicht mehr zu hören gewesen. Denn diese Behauptung sei bereits nach der unstreitigen Mietabwicklungsvereinbarung vom 16./17.12.2004 unzutreffend, weil danach jedenfalls die Verpflichtungen aus Ziffern 6 und 7 noch offen gewesen seien und außerdem eine Zahlungsverpflichtung von 492.225,16 € vorgesehen sei.

Dem Klageanspruch stünden auch keine Gegenansprüche aus § 826 BGB oder einer anderen Anspruchsgrundlage wegen der Veräußerung des Inventars zum Liquidationswert von 85.800,16 € zu. Angesichts der vom Zeugen M4 nachvollziehbar und plausibel geschilderten Verhandlungssituation sei die Veräußerung nicht zu beanstanden. Das Vermieterpfandrecht habe die Position des Klägers wesentlich geschwächt. Hätte er das Inventar unter Ablösung des Pfandrechts entfernt und freihändig veräußert, hätte er keinen höheren Wert erzielt.

Die Klage sei auf der vorgenannten Grundlage ursprünglich in Höhe von 515.851,43 € zzgl. Zinsen begründet gewesen. Die Mietzinsansprüche der N KG seien durch das rechtskräftige Urteil des Oberlandesgerichts Dresden (5 U 1818/02) für den Zeitraum von August 2001 bis Februar 2002 in Höhe von insgesamt 206.355,56 € tituliert. Aus dem für die Mieten von März 2002 bis September 2002 durch Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Hagen titulierten

206.355,56 € seien nach einer Teilzahlung von 65.000,- € noch 141.355,57 € offen. Hinzu kämen 153.313,51 € für die nicht mehr gezahlte Miete für Oktober 2002. Verfahrenskosten seien allerdings nur in Höhe von 14.886,79 € zu erstatten. Neben den im Vollstreckungsbescheid mittitulierte 4.191,36 € seien für die Kosten der ersten Instanz vor dem LG Dresden (14 O 3561/01) lediglich 10.695,43 € anzusetzen. Eine 5/10-Verhandlungsgebühr in Höhe von 665,96 € für ein Versäumnisurteil sei von den geltend gemachten Kosten abzuziehen, weil insoweit gemäß § 33 Abs. 2 BRAGO eine Anrechnung stattfinde. Soweit der Kläger sich hilfsweise auf die in zweiter Instanz entstandenen Kosten stütze, fehle ausreichend konkretisierter Vortrag. Die in der Mietabwicklungsvereinbarung enthaltene Vergütung für das Inventar in Höhe von 85.800,16 € sei auf die Mieten für August und September 2001 (jeweils in Höhe von 29.476,51 €) sowie in Höhe eines Teilbetrags von 26.847,14 € auf die Miete für Oktober 2001 zu verrechnen. In dieser Höhe sei die Erledigung des Rechtsstreits festzustellen gewesen. Der Zinsanspruch bestehe nicht, wie geltend gemacht, durchgängig in Höhe von 8 %-Punkten über dem Basiszinssatz, sondern für die Zeit bis Ende 2001 lediglich in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz.

Der Beklagte wendet sich mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil und macht geltend:

62

Der Rechtsstreit sei antragsgemäß nach §§ 246, 239 ZPO wegen des Erlöschens der Komplementär-GmbH der durch den Kläger repräsentierten Insolvenzschuldnerin auszusetzen. Die P4 GmbH sei mit Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse am 21.02.2003 aufgelöst (§ 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG) und später nach § 141a FGG gelöscht worden. Das habe für die zweigliedrige GmbH & Co. KG nach zutreffender Ansicht zur Folge, dass die Komplementär-GmbH analog § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB aus der KG ausscheide und die KG dadurch liquidationslos beendet werde, also auch nicht mehr insolvenzfähig sei. Das Gesellschaftsvermögen falle dem letzten verbleibenden Kommanditisten, hier der P5 GmbH, zu. Die Zuordnung des Vermögens zum Alleinkommanditisten nehme dem Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens der KG die Grundlage. Zumindest bedürfe es eines neuen Beschlusses des Insolvenzgerichts, der diese neue Zuordnung nach Anhörung der P5 GmbH berücksichtige. Wenn überhaupt, so sei nun bezogen auf deren Vermögen ein Insolvenzverfahren durchzuführen. Verbindlichkeiten der KG, die der Kläger über § 93 InsO geltend machen könne, existierten nicht mehr. Die Vorschrift des § 91 InsO stehe dem Anwachsungsvorgang nicht entgegen, weil es dabei nur um den rechtsgeschäftlichen, nicht um den gesetzlichen Erwerb im Wege der Anwachsung gehe. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung könne auch keine teleologische Reduktion des § 131 Abs. 3 S.1 Nr. 2 HGB in der Weise vorgenommen werden, dass die GmbH weiter Komplementärin bleibe und im Auflösungszustand bis zur Beendigung des Insolvenzverfahrens über die KG am Leben erhalten werde. Das folge hier zusätzlich aus § 13 des Gesellschaftsvertrages der KG, nach dem das Ausscheiden des einzigen Komplementärs zur Auflösung führe. Die Doppelinsolvenz der zweigliedrigen GmbH & Co. KG sei vielmehr so zu lösen, dass das auf den Kommanditisten angewachsene Vermögen der KG als Sondervermögen in Rechtsträgerschaft des Kommanditisten begriffen und analog den Regeln über die Nachlassinsolvenz behandelt werde. Für den vorliegenden Rechtsstreit müsse das zur Folge haben, dass das Verfahren in entsprechender Anwendung der §§ 239, 246 ZPO antragsgemäß ausgesetzt werde. Die Kommanditistin habe dann die Möglichkeit, ein – neues - Insolvenzverfahren über das jetzt bestehende Sondervermögen einzuleiten. Dass die relevanten Auflösungsstatbestände hier bereits vor Klageerhebung verwirklicht gewesen seien, stehe einer Aussetzung nicht entgegen. An sich sei die Klage, weil die KG bereits liquidationslos beendet gewesen sei, bei ihrer Erhebung zwar sogar unzulässig gewesen. Die bloße Aussetzung, die dem Kläger Gelegenheit gebe, beim

63

Insolvenzgericht eine Anpassung der Beschlusslage zu erreichen, sei demgegenüber aber der mildere Eingriff in die klägerische Position.

Das Verfahren sei zudem im Hinblick auf den Rechtsstreit, den der Kläger vor dem Landgericht Hamburg gegen die Finanzinvestoren führe, antragsgemäß nach § 148 ZPO auszusetzen. Die Klage, die inklusive Zinsen Forderungen in Höhe von knapp 24 Mio. € umfasse, sei schlüssig und aussichtsreich. Die Vermögensübersicht nach § 153 InsO, in die der Kläger insoweit – unstreitig lediglich 5,1 Mio. € auf der Aktivseite eingestellt habe, sei deshalb grob falsch. Tatsächlich könnten alle Gläubiger, sobald der Kläger die Forderungen zur Masse ziehe, zu 100 % befriedigt werden. Der Beklagte zu 1) beantragt insoweit zum Beweis der Tatsache, dass der Prozess gegen die Investoren überragende Aussicht auf Erfolg habe, dem Kläger nach § 424 ZPO aufzugeben, die Handakten jenes Prozesses vorzulegen, hilfsweise, ein Rechtsgutachten einzuholen. Dass die verklagten Investorengesellschaften hinreichend finanziell ausgestattet seien, um die gegen sie verfolgten Ansprüche zu befriedigen, wird durch das Zeugnis der jeweiligen organschaftlichen Vertreter unter Beweis gestellt.

64

Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei die Haftung des Beklagten zu 1) analog § 176 Abs. 2 HGB beschränkt. Aus den im Einzelnen im dazu vorgelegten Rechtsgutachten der Professoren I5 und T aufgeführten Gründen sei diese Vorschrift auf den Wechsel des Komplementärs in die Kommanditistenstellung anzuwenden. Eine Haftung scheide danach aus, weil die Vermieterin (N KG) sich die Kenntnis der für sie bei der Anbahnung des Mietvertrages aufgetretenen H2 AG gem. § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen müsse. Diese sei bereits vor Vertragsschluss über alle Einzelheiten, wie es mit der Mieterin "weiter gehe", informiert gewesen. Insbesondere habe sie Kenntnis davon gehabt, dass aus der Mieterin noch 1998 eine GmbH & Co. KG werde, in die dann 1999 die Private-Equity-Fonds B2 und Q einträten. Sobald der Gläubiger den beabsichtigten Wechsel in die Kommanditistenstellung aber kenne, könne analog § 176 Abs. 2 HGB kein schutzwürdiges Vertrauen auf die unbeschränkte Haftung als Gesellschafter mehr begründet werden. Der Beklagte zu 1) behauptet, der Zeuge Dr. I2 habe darüber aufgeklärt, dass in der neuen Kinobetriebsgesellschaft selbstverständlich niemand außer der GmbH persönlich haften werde. Damit sei die Vermieterin einverstanden gewesen. Er meint weiter, der analogen Anwendung des § 176 Abs. 2 HGB stehe auch nicht entgegen, dass der Wechsel in die Kommanditistenstellung zum Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses noch nicht vollzogen gewesen sei. Da die Vermieterin den Vertrag in der sicheren Erkenntnis geschlossen habe, dass mit Aufnahme des Kinobetriebs nur noch eine GmbH & Co. KG bestehe, in der keine natürliche Person persönlich hafte, sei jedenfalls der hier vorliegende Sonderfall einem Vertragsabschluss nach dem Rollenwechsel gleichzusetzen. Eine Anknüpfung an streng formale Haftungsregeln verbiete sich dabei und stelle zudem einen Verstoß gegen Treu und Glauben dar. Die N KG habe gerade weil sie damit einverstanden gewesen sei, dass der Beklagte zu 1) in der P GmbH & Co. KG nicht mehr voll hafte, den Beitritt der P5 GmbH zum Mietvertrag verlangt. All dies habe das Landgericht in seiner dürftigen Begründung zu § 176 HGB nicht gewürdigt. Hilfsweise werde daran festgehalten, dass die Enthftung des § 160 Abs. 3 HGB bereits mit dem Wechsel in die Kommanditistenstellung und nicht erst mit dessen Eintragung beginne.

65

Die Klageforderung sei zudem durch die klare und nicht mehr auslegungsfähige Generalquittung in Ziffer 8 der Mietabwicklungsvereinbarung des Klägers mit der N KG vom 16./17.2004 erloschen. Erst als die Beklagten darauf hingewiesen hätten, sei – wie sie behauptet – zur "Reparatur" – rückdatiert - der Nachtrag zur Mietabwicklungsvereinbarung vom 03.02./07.03.2005 geschlossen worden. Damit habe der Kläger gem. §§ 826, 242 BGB

66

kollusiv mit der N KG zu Lasten der Masse und der Beklagten zusammengewirkt. Der Kläger habe den Fehler des Vertreters des N-Fonds, der die Mietabwicklungsvereinbarung formuliert habe, unbedingt für die Masse ausnutzen müssen. Stattdessen habe er den Anwaltsfehler der Gegenseite pflichtwidrig aus der Welt geschafft und die bereits "wegverglichene" Insolvenzforderung dadurch wieder aufleben lassen. Keinesfalls hätte das Landgericht den Beweisantritt zur Vernehmung des Zeugen K dazu, dass bei Unterzeichnung der Urkunde sehr wohl ein Verzicht auf die streitgegenständlichen Ansprüche gewollt gewesen sei, übergehen dürfen.

Der Beklagte zu 1) sei im Verhältnis zum Kläger so zu stellen, als habe dieser das Inventar des Kristallpalastes in Dresden nicht für lediglich 85.800,16 € "verschleudert", sondern zumindest einen Verkaufspreis erzielt, der der Klageforderung nahezu entspreche. Der Kläger habe genau gewusst, dass das Kino durch die Fa. G2 GmbH & Co. KG fortgeführt werden würde und die Vermieterin dazu dringend auf den Erwerb des Kinoinventars angewiesen gewesen sei. Da ihr mit jeder Verzögerung oder einem Ausbau und einer Versteigerung durch den Kläger immense Ertragsausfälle gedroht hätten, habe sie keine andere Wahl gehabt, als nahezu jeden Kaufpreis zu akzeptieren. Dies habe der Kläger entweder nicht erkannt oder aber erkannt und deswegen nicht ausgenutzt, weil er mit der N KG in der Hoffnung auf Regressmöglichkeiten bei den Beklagten "gedeut" habe. Im Hinblick auf seine Verpflichtung zur bestmöglichen Verwertung des Massevermögens hätte der Kläger in den Verhandlungen aber ein Optimum herausholen müssen. Das habe er auch nicht ansatzweise dargelegt. Die Vernehmung des Zeugen M4 zu diesem Komplex sei verfahrensfehlerhaft gewesen, weil er nach § 273 ZPO lediglich vorbereitend zu einem ganz anderen Beweisthema geladen gewesen sei. Sie sei im Übrigen unergiebig, weil der Zeuge an den Verhandlungen nicht persönlich beteiligt gewesen sei und seine Aussage deshalb keine eigenen Wahrnehmungen, sondern lediglich unlogische und naive Wertungen beinhalte.

Der Beklagte zu 1) beantragt, 68

1. das Verfahren als unterbrochen festzustellen, 69

2. hilfsweise: das Urteil des Landgerichts Münster vom 23.11.2005 (16 O 259/04) abzuändern und die Klage gegen den Beklagten zu 1) abzuweisen. 70

Der Kläger beantragt, 71

die Berufung zurückzuweisen. 72

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil gegen die Angriffe der Berufung im Einzelnen wie folgt: 73

Das Verfahren sei nicht nach §§ 239, 246 ZPO auszusetzen, wobei zur Begründung auf die dementsprechenden Beschlüsse des OLG Düsseldorf (Anl. BB 1, Bl. 1727), des LG Düsseldorf (Anl. BB 2, Bl. 1732 und BB 3, Bl. 1737) und des Arbeitsgerichts Münster (Anl. BB 4, Bl. 1738) in den Parallelverfahren Bezug genommen werde. Danach scheide eine Aussetzung bereits deshalb aus, weil §§ 239, 246 ZPO (analog) ein bereits bestehendes Prozessrechtsverhältnis voraussetze, das durch ein erst nach Klageerhebung eintretendes Ereignis weg falle. Hier habe der Rechtsträgerwechsel, auf den der Beklagte sich berufe, aber bereits vor Klageerhebung stattgefunden. Dasselbe prozessuale Ergebnis leite sich – so die ergänzende Auffassung des Klägers - daraus ab, dass der Kläger nicht etwa Vertreterin der 74

Schuldnerin sei, sondern den Rechtsstreit als Partei kraft Amtes im eigenen Namen führe, so dass ein – eventueller – Rechtsträgerwechsel die vermögensbezogene Rolle des klagenden Insolvenzverwalters unberührt lasse.

Genauso wenig komme eine Aussetzung nach § 148 ZPO im Hinblick auf den vor dem Landgericht Hamburg geführten Rechtsstreit gegen die Investoren in Betracht. Der Kläger habe den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum nicht überschritten. Die Berücksichtigung der dortigen Klageforderung mit 25 % der Klagesumme innerhalb der Vermögensübersicht nach § 153 InsO rechtfertige sich daraus, dass es sich um einen äußerst komplexen Sachverhalt handle, für den der Kläger die volle Darlegungs- und Beweislast trage. Zudem seien höchstrichterlich nicht geklärte Rechtsfragen betroffen. Bei der Erfolgsprognose seien darüber hinaus die Unwägbarkeiten einer eventuellen Zwangsvollstreckung im Ausland zu berücksichtigen. Insoweit komme es im Übrigen nicht auf die derzeitige wirtschaftliche Situation der Investorengesellschaften, sondern die völlig ungewisse Lage nach rechtskräftigem Abschluss des sicher 5 bis 10 Jahre dauernden Rechtsstreits an.

75

Eine analoge Anwendung des § 176 Abs. 2 HGB zugunsten des Beklagten komme aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung nicht in Betracht. Insoweit sei es unerheblich, ob § 160 HGB eine eigene Anspruchsgrundlage bilde oder lediglich die aus § 128 HGB folgende Haftung zeitlich begrenze. Die Regelung der §§ 128, 160 Abs. 3 HGB, nach der die Nachhaftung alle bis zur Eintragung des Wechsels in die Kommanditistenstellung entstandenen Forderungen betreffe, sei jedenfalls abschließend. Vor diesem Hintergrund komme einer etwaigen Kenntnis der Fa. H2 AG bzw. der Vermieterin (N KG) von den Umwandlungsplänen in eine GmbH & Co. KG keine Bedeutung zu. Der pauschale Vortrag der Beklagten dazu, der teilweise neu und daher nach § 531 Ans. 2 ZPO ausgeschlossen sei, werde vorsorglich bestritten. Soweit der Beklagte sich auf einen daraus folgenden Haftungsverzicht der Vermieterin berufe, stelle dies eine reine Willensfiktion dar, für die es keine tatsächlichen Anhaltspunkte gebe.

76

Ziffer 8 der Mietabwicklungsvereinbarung vom 16./17.12.2004 enthalte bei sachgerechter Auslegung keine Generalquittung und schließe die streitgegenständlichen Ansprüche deshalb nicht aus. An diese Vereinbarung habe der Kläger sich halten müssen, was in der Nachtragsvereinbarung vom 03./07.03.2005 lediglich klargestellt worden sei.

77

Auf die Klageforderung sei kein höherer Inventarwert als die durch Veräußerung erzielten 85.800,16 € anzurechnen. Die im Gutachten der J GmbH aufgeführten Werte hätten lediglich den Übernahmeinteressenten vor Augen führen sollen, welche Beträge sie aufwenden müssten, wenn sie den Inventarbestand des Kinos neu hätten aufbauen müssten. Die darin liegenden Wiederbeschaffungswerte hätten mit Fortführungswerten im Sinne des § 151 InsO nichts zu tun. Vielmehr habe der Kläger wegen der aus dem Vermieterpfandrecht folgenden Absonderungsrechte eine äußerst eingeschränkte Verhandlungsposition gehabt, so dass der Kläger auch als Fortführungswert im Rahmen des Masseverzeichnisses nach § 153 InsO lediglich 89.975,- € habe zugrunde legen können. Die Vermieterin sei nicht bereit gewesen, einen höheren Betrag für das Inventar zu zahlen. Einen weiteren Interessenten habe es auf dem Markt nicht gegeben. Der Kläger habe das Inventar insbesondere auch nicht entfernen und veräußern dürfen. Selbst wenn es einen Interessenten gegeben hätte, wäre nicht mehr als der mit der Vermieterin ausgehandelte Verrechnungspreis zu erzielen gewesen. Entgegen dem Beklagtenvortrag sei der Kontakt zur späteren Betreibergesellschaft G2 GmbH & Co. KG im Übrigen erst im Laufe des September 2004 hergestellt worden.

78

Die Abweisung des Insolvenzantrages über das Vermögen der Komplementär-GmbH der Schuldnerin lasse die Aktivlegitimation und die Prozessführungsbefugnis des Klägers wie

79

auch überhaupt das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH & Co. KG unberührt. Eine Überleitung des Vermögens der Schuldnerin auf deren Kommanditistin (P5 GmbH) nach Erlöschen der Komplementär-GmbH scheitere bereits an § 91 InsO. Selbst wenn man das nicht anerkenne, führe das Erlöschen der Komplementär-GmbH in teleologischer Reduktion des § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB vorliegend nicht zur liquidationslosen Vollbeendigung der Schuldnerin. Zumindest müsse ein bereits eröffnetes Insolvenzverfahren bei einer erst danach eintretenden liquidationslosen Vollbeendigung der KG als Sonderinsolvenzverfahren analog den Regelungen des Nachlassinsolvenzverfahrens gemäß §§ 315 f. InsO fortgesetzt werden. Es komme dann – bei unterstellter Vollbeendigung der KG und Übergang deren Vermögens auf die verbleibende Kommanditistin – lediglich zu einem Wechsel des Rechtsträgers, der die vermögensbezogenen Verwaltungsaufgaben des Insolvenzverwalters der GmbH & Co. KG unberührt lasse. Ergänzend sei auf den Rechtsgedanken des § 779 Abs. 1 ZPO zu verweisen, der über § 4 InsO anwendbar sei und für den Fall des Todes des Schuldners – vergleichbar der liquidationslosen Vollbeendigung – für eine Verfahrenskontinuität Sorge.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen M3 und Dr. I2. Wegen des Ergebnissen der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattervermerk vom 30.03.2007 verwiesen. Wegen des weiteren Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsprotokolle vom 12.01.2007 und 30.03.2007 Bezug genommen. 80

II. 81

Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg. Das Verfahren ist nicht den Anträgen des Beklagten zu 1) entsprechend auszusetzen (A). Die Klage ist zulässig, insbesondere ist der Kläger weiterhin gemäß § 93 InsO prozessführungsbefugt (B). Im zugesprochenen Umfang ist die Klage auch in der Sache begründet (C). 82

A) 83

Das Verfahren ist weder analog §§ 239, 246 ZPO (I) noch gemäß § 148 ZPO (II) auszusetzen. 84

I) 85

Die Voraussetzungen für eine Aussetzung in entsprechender Anwendung der §§ 239, 246 ZPO liegen nicht vor. 86

Zur Begründung des Aussetzungsantrags verweist der Beklagte darauf, dass die Schuldnerin (P GmbH & Co. KG) durch das insolvenzbedingte Ausscheiden ihrer Komplementär-GmbH (P4) liquidationslos beendet worden sei und ihr Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die letzte verbleibende Komplementärin (P5 GmbH) übergegangen sei. Ob das so zutrifft, bedarf im Zusammenhang mit dem Aussetzungsantrag des Beklagten indes keiner Entscheidung. 87

Zwar ist § 239 ZPO, der den Tod einer natürlichen Person betrifft, nach nahezu einhelliger Auffassung auf den Untergang juristischer Personen und Personenhandelsgesellschaften übertragbar (BGH NJW 1971, 1844, Musielak/Stadler, 5. Aufl. 2007, § 239, Rn. 5; Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 239, Rn. 6; a.A. MünchKomm/Feiber, ZPO, 2. Aufl., § 239, Rn. 17). Das gilt insbesondere auch im hier relevanten Fall des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters einer Personengesellschaft (BGH NJW 2002, 1207; ZIP 2004, 88

1047, 1048; NZG 2005, 481, 482). Die weiteren Voraussetzungen des § 239 ZPO liegen aber nicht vor:

§ 239 ZPO bezweckt, einen *erneuten* Prozess mit dem Rechtsnachfolger zu vermeiden, und führt daher einen gesetzlichen Parteiwechsel herbei. Der Rechtsnachfolger tritt in das *laufende* Verfahren, dessen bisherigen Ergebnisse so weitgehend gesichert werden, ein (vgl. Musielak/Stadler, a.a.O., § 239, Rn. 2). Sowohl diesem Zweck als auch seinem eindeutigen Wortlaut nach ("Partei"; "Unterbrechung des Verfahrens") setzt § 239 ZPO deshalb voraus, dass ein Rechtsstreit bereits anhängig ist (vgl. Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 239, Rn. 1; so auch OLG Düsseldorf, 10 W 132/05, Beschl. v. 28.02.2006 im Parallelverfahren 16 O 152/04 LG Düsseldorf, Bl. 1727 f. d.A.), und zwar unter Beteiligung des Rechtsvorgängers auf Aktiv- oder Passivseite. Beides ist hier nicht der Fall. Die Tatbestände, an die der Beklagte zur Begründung des Ausscheidens der P4-GmbH und damit der liquidationslosen Vollbeendigung der Schuldnerin anknüpft, waren bei Eingang der Klageschrift (20.02.2004) längst abgeschlossen (Ablehnung der Insolvenzeröffnung mangels Masse am 21.02.2003; Eintragung der Löschung am 31.11.2003). Falls diese Tatbestände, wie der Beklagte meint, eine materielle Änderung des Rechtsträgers bewirkt haben sollten, könnten sich daraus in Bezug auf den erst danach angestrebten Rechtsstreit allenfalls Folgen für die Aktivlegitimation oder die Prozessführungsbefugnis des Klägers ergeben. Diese hätten dann *von Beginn an*, also bereits bei Klageerhebung bestanden. Eine Änderung der Rechtsträgerschaft während des laufenden Verfahrens liegt demgegenüber ersichtlich nicht vor. Mangels Vollbeendigung der Schuldnerin *nach Anhängigkeit* der vorliegenden Klage ist ein aus einer Gesamtrechtsnachfolge resultierender Verfahrensstillstand, den § 239 ZPO behandelt (vgl. Musielak/Stadler, a.a.O., § 239, Rn. 1), von vornherein ausgeschlossen.

Hinzu kommt, dass das Rechtssubjekt, dessen Untergang nach Auffassung des Beklagten die Folgen des § 239 ZPO auslösen soll, gar nicht *Partei* des vorliegenden Rechtsstreits ist. Kläger ist nicht die P GmbH & Co. KG (Schuldnerin), sondern der Insolvenzverwalter als *Partei kraft Amtes*. Dieser macht gem. § 93 InsO im Wege der Prozessstandschaft Ansprüche der N KG gegen den Beklagten persönlich geltend.

II) 91

Das Verfahren kann auch nicht im Hinblick auf das vor dem Landgericht Hamburg anhängige Verfahren des Klägers gegen die Privatinvestoren nach § 148 ZPO ausgesetzt werden. Falls nach Abschluss dieses Verfahrens – worauf der Beklagte sich stützt – mehr als 20 Mio. € zur Insolvenzmasse gezogen werden können, so dass alle Gläubiger befriedigt werden können und der Überschuss verteilt wird, können sich daraus derzeit keine verfahrensrechtlichen Folgen ergeben.

1) Der Insolvenzverwalter ist nach § 93 InsO einerseits gehalten, Ansprüche der Gläubiger aus der persönlichen Gesellschafterhaftung möglichst zeitnah geltend zu machen. Andererseits hat er den eingezogenen Betrag, falls nach Abschluss des Verfahrens ein ausreichender Überschuss verbleibt, nach § 199 S. 2 InsO an den Gesellschafter zurück zu gewähren (vgl. Kübler/Prütting/Lüke, InsO, Stand August 2006, § 93, Rn. 21 f.; Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 93, Rn. 25). Das kann unter Umständen den Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) begründen, soweit der Verwalter von vornherein mehr einfordert als für die Gläubigerbefriedigung erforderlich wäre (MünchKomm/Brandes, InsO, § 93, Rn. 25; s. im Einzelnen u.).

2) Eine "*Vorgreiflichkeit*" im Sinne des § 148 ZPO lässt sich darauf indes nicht stützen. Sie ist (nur) gegeben, wenn die Entscheidung im ausgesetzten Verfahren mindestens zum Teil vom

(Nicht-)Bestehen eines anderen Rechtsverhältnisses abhängt (Musielak/Stadler, a.a.O., § 148, Rn. 5; Zöller/Greger, a.a.O., § 148, Rn. 5). Eine solche Verknüpfung mit dem Verfahren vor dem Landgericht Hamburg lässt sich über die Einrede des § 242 BGB nicht herleiten, weil der Erfolg der Einrede in diesem Verfahren nicht vom – *tatsächlichen* - Erfolg der dortigen Klage abhängt. Für die Beurteilung der Frage, welcher Betrag ohne Verstoß gegen § 242 BGB eingefordert werden darf, ist nach allgemeiner Auffassung der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung maßgeblich (Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 93, Rn. 25; Kübler/Prütting/Lüke, InsO, Stand August 2006, § 93, Rn. 23; K. Schmidt/Bittner ZIP 2000, 1077, 1087), gegebenenfalls ergänzt um seitdem hinzugetretene Erkenntnisse. Insoweit sind *Prognosen* über den Erfolg noch zu führender Klagen gegen Dritte zu treffen, bei denen dem Insolvenzverwalter ein Einschätzungsermessen zuzubilligen ist (Uhlenbruck/Hirte, a.a.O.; Fuchs ZIP 2000, 1089, 190, 1095). Wenn über den Einwand des Rechtsmissbrauchs aber auf Grundlage des aktuellen Kenntnisstandes durch *Prognosen* zu befinden ist, ist der *tatsächliche*, voraussichtlich erst in vielen Jahren feststehende Erfolg der Klage vor dem LG Hamburg für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits nicht maßgeblich. Das Gesetz löst den o.g. Interessenkonflikt vielmehr wie folgt: Das Auseinanderfallen der im pflichtgemäßen Ermessen des Insolvenzverwalters getroffenen Prognose vom später tatsächlich in die Insolvenzmasse fließenden Betrages regelt § 199 S. 2 InsO. Nur wenn der Verwalter das ihm zustehende Ermessen überschreitet hat und bereits ohne weiteres absehbar "zu viel" einfordert, kann der materiell-rechtliche Einwand des § 242 BGB eingreifen.

3) Das für den auszusetzenden Rechtsstreit präjudizielle Rechtsverhältnis muss zudem regelmäßig selbst *Gegenstand* des anderen Verfahrens sein (Zöller/Greger, a.a.O., § 148, Rn. 5). Es genügt nicht, wenn die in dem anderen Verfahren zu erwartende Entscheidung lediglich geeignet ist, Einfluss auf die im auszusetzenden Verfahren zu treffende Entscheidung auszuüben (Musielak/Stadler, a.a.O., § 148, Rn. 5; Zöller/Greger, a.a.O.). Ein solcher - unmittelbarer, nicht nur mittelbarer – Zusammenhang besteht hier nicht, weil die Frage, welche Beträge zur Befriedigung der Gläubiger vorhanden sein werden, von einer Vielzahl weiterer Faktoren, beispielsweise der vom Kläger angesprochenen Klagen weiterer Vermieter gegen die Insolvenzmasse auf Ersatz des Differenzschadens, abhängen wird.

95

4) Des weiteren käme eine Aussetzung auch auf der *Rechtsfolge*seite nicht in Betracht. Das durch § 148 ZPO eröffnete Ermessen wäre insoweit auf "Null" reduziert. Denn der Insolvenzverwalter soll die persönliche Haftung nach der oben dargestellten gesetzlichen Konzeption der §§ 93, 199 S. 2 InsO *umgehend* nach Verfahrenseröffnung geltend machen, allerdings begrenzt auf den angesichts des vorhandenen Liquidationswertes erforderlichen Betrag (§ 242 BGB). Falls bei Abschluss des Insolvenzverfahrens dennoch ein Überschuss verbleibt, sieht § 199 S.2 InsO die *nachträgliche* – Rückgewähr vor. Diese gesetzlich vorgesehene Abfolge würde in ihr Gegenteil verkehrt, wenn Verfahren nach § 93 InsO im Hinblick auf andere Aktivprozesse des Insolvenzverwalters ausgesetzt werden müssten und die persönliche Haftung erst nach Abschluss des gesamten Verfahrens geltend gemacht werden könnte. Insbesondere würde die aus §§ 93, 199 S. 2 InsO folgende gläubigerschützende Wirkung so unterlaufen. Ohne eine zeitnahe Inanspruchnahme der Gesellschafter – mit lediglich nachträglichem Ausgleich über § 199 S. 2 InsO – besteht nämlich regelmäßig das Risiko, dass die persönliche Haftung nicht mehr vor einer möglichen eigenen Insolvenz des Gesellschafters realisiert werden kann (vgl. Kübler/Prütting/Lüke, InsO, Stand August 2006, § 93, Rn. 21). Denn die Sperrwirkung des § 93 InsO gilt nur für Gesellschaftsgläubiger. Die persönlichen Gläubiger des Gesellschafters haben weiterhin ungehinderten Zugriff auf dessen Vermögen (vgl. Fuchs ZIP 2000, 1089; K. Schmidt ZGR 1996, 209, 217).

96

B)	97
Die Klage ist zulässig. Die aus § 93 InsO folgende Prozessführungsbefugnis des Klägers ist nicht aufgrund einer liquidationslosen Vollbeendigung der Insolvenzschuldnerin (P GmbH & Co. KG) entfallen. Die Ablehnung der Verfahrenseröffnung und Löschung der Komplementär-GmbH der Insolvenzschuldnerin (P4 GmbH) hat der Prozessführungsbefugnis des Klägers entgegen der Auffassung des Beklagten nicht die Grundlage entzogen.	98
I)	99
In der Simultaninsolvenz von Komplementär-GmbH und KG scheidet die GmbH regelmäßig nach § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 HGB aus der Gesellschaft (KG) aus. Das Ausscheiden der Komplementär-GmbH führt bei einer zweigliedrigen Gesellschaft, die – wie hier – lediglich einen weiteren Kommanditisten als Gesellschafter hat, zur liquidationslosen Vollbeendigung der KG unter Gesamtrechtsnachfolge ihres verbliebenen Kommanditisten (BGH, II ZR 247/01, Urt. v. 15.03.2004; ZIP 2004, 1047 = NZG 2004, 611 = WM 2004, 1138; BGH NZG 2005 482, 482 = DStR 2005 750, 751; BGHZ 113, 132, 133; Baumbach/Hopt, a.a.O., § 131, Rn. 35; Ebenroth/Boujong/Joost, a.a.O., Anh § 177a, Rn. 220), weil der numerus clausus der Gesellschaftsformen eine Personengesellschaft mit lediglich einem Gesellschafter nicht zulässt (vgl. BGHZ 48, 203 206; 71, 296, 300; 113, 132; OLG Düsseldorf GmbHR 1997, 903; NJW-RR 1999, 619; BayObLG GmbHR 2001, 776; Staub/Schäfer, § 131, Rn. 107; Liebs ZIP 2002, 1716; K. Schmidt GmbHR 2003, 1404, 1405). Dem verbleibenden Kommanditisten wächst der Anteil der ausgeschiedenen Komplementär-GmbH an der KG nach §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2, 738 BGB an (BGH a.a.O.; BGHZ 32, 307, 315; MünchKomm/Ulmer, BGB, 4. Aufl. 2004, § 738, Rn. 11), so dass er alleiniger Inhaber des Unternehmens wird. Die KG ist ohne den sonst erforderlichen "Zwischenschritt" der Auflösung und Liquidation unmittelbar (voll)beendet.	100
Das hat entgegen dem Einwand des Beklagten aber nicht zur Folge, dass dem Insolvenzverfahren damit jegliche Grundlage entzogen und es automatisch – beendet worden ist. In der Literatur ist eine solche Folge mehrfach als "Horrorvision" bezeichnet worden (Liebs ZIP 2004, 1716, K. Schmidt GmbHR 2002, 1209, 1214; Bork/Jakoby ZGR 2005, 611, 631; Albertus/Fischer ZInsO 2005, 246, 247), was zu verschiedenen Lösungsvorschlägen geführt hat. Teilweise wird eine teleologische Reduktion des § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 HGB mit der Folge, dass die Komplementär-GmbH in der vorgenannten Konstellation der Simultaninsolvenz nicht aus der KG ausscheidet befürwortet (K. Schmidt GmbHR 2002, 1209; GmbHR 2003, 1404; MünchKomm/K. Schmidt, HGB, § 131, Rn. 76; Staub/Schäfer, HGB, § 131, Rn. 88a). Andere Autoren verneinen die Gesamtrechtsnachfolge des KG-Anteils auf den verbleibenden Kommanditisten aus Gründen des Insolvenzbeschlags (Liebs ZIP 2004, 1716; Gundlach, Frenzel, Schmidt DStR 2004, 1658). Ein dritter Lösungsweg geht davon aus, das sich das Verfahren als Partikularinsolvenzverfahren über das auf den Kommanditisten als Rechtsnachfolger übergegangene Sondervermögen fortsetzt (Albertus/Fischer ZInsO 2005, 246; Bork/Jakoby ZGR 2005, 611, 630; im Ansatz auch LG Dresden ZIP 2005, 955).	101
Nach Auffassung des Senats kann die dargestellte und schriftsätzlich intensiv diskutierte Problematik der Doppelinsolvenz der Befugnis des Klägers aus § 93 InsO im zu entscheidenden Verfahren bereits deshalb nicht entgegen stehen, weil der Senat an den rechtskräftigen und nicht nachträglich aufgehobenen Eröffnungsbeschluss des Amtsgerichts Hamburg vom 21.12.2002, der dem Kläger die aus § 93 InsO folgende Rechtsmacht verliehen hat, gebunden ist (II). Aber auch unabhängig von einer solchen Bindung bliebe die Prozessführungsbefugnis des Klägers unangetastet, weil das Insolvenzverfahren jedenfalls	102

nicht kraft Gesetzes beendet ist, sondern zumindest nahtlos mit dem eventuell gewechselten Rechtsträger fortlaufen würde (III).

II) 103

Die durch § 93 InsO verliehene Prozessführungsbefugnis besteht "*während der Dauer des Insolvenzverfahrens*". Sie ist dem Kläger durch den Eröffnungsbeschluss des Amtsgerichts Hamburg vom 27.12.2002 verliehen worden. Dieser Beschluss ist in Rechtskraft erwachsen. Er ist weder nichtig noch aufgehoben. Deshalb bindet er den Senat unabhängig davon, ob er (weiter) zutrifft oder (jetzt) an Mängeln leidet. Der Senat kann dem Kläger – wie jedes andere Prozessgericht, das mit Verfahren im Zusammenhang mit der Insolvenz der P GmbH & Co. KG befasst ist – die durch das Amtsgericht Hamburg verliehene Rechtsmacht nicht entziehen. 104

1) Der rechtskräftige Eröffnungsbeschluss entfaltet Bindungswirkung für die Beteiligten und die Prozessgerichte. Er kann in der Regel nur im Insolvenzverfahren selbst in Zweifel gezogen werden (vgl. MünchKomm/Schmahl, InsO, § 34, Rn. 108; Jaeger/Schilken, InsO, § 34, Rn. 39). Sämtliche Mängel der Eröffnung werden durch die *rechtsgestaltende* Wirkung des Eröffnungsbeschlusses geheilt (Kuhn/Uhlenbruck, KO, 11. Aufl., § 109, Rdnr. 11, § 74, Rn. 3; MünchKomm/Schmahl, a.a.O.). Etwas anderes (Nichtigkeit) gilt nur bei offensichtlichen und schwerwiegenden Mängeln des Eröffnungsbeschlusses (MünchKomm/Schmahl, InsO, § 34, Rn. 111). Solche lagen hier ersichtlich nicht vor. Zum Zeitpunkt der Eröffnung war die P4-GmbH noch nicht erloschen, so dass die o.g. Problematik nicht bestand. 105

2) Für den *nachträglichen Wegfall* von Eröffnungsvoraussetzungen ist anerkannt, dass die Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses durch sie grundsätzlich nicht berührt wird (MünchKomm/Schmahl, InsO, § 34, Rn. 123; Kuhn/Uhlenbruck, KO, 11. Aufl., § 109, Rn. 11). Dem Insolvenzgericht stehen dann nur die gesetzlich eröffneten Möglichkeiten zur Beendigung des Verfahrens zur Verfügung. Für den nachträglichen Wegfall des Eröffnungsgrundes ist die Einstellungsmöglichkeit auf Antrag des Schuldners ausdrücklich in § 212 InsO normiert. 106

3) Für eine Bindungswirkung bei nachträglichen Änderungen, die den Eröffnungsbeschluss in Frage stellen könnten, spricht auch der Rechtsgedanke des § 34 Abs. 3 S. 3 InsO. Danach sind Rechtshandlungen des Verwalters sogar dann weiterhin wirksam, wenn der Eröffnungsbeschluss im Beschwerdeverfahren aufgehoben wird. Die Vorschrift soll das Vertrauen des Rechtsverkehrs in den Bestand der gerichtlichen Bestellung des Verwalters schützen (vgl. MünchKomm/Schmahl, InsO, § 34, Rn. 92; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 34, Rn. 33). Ihr liegt der Gedanke zugrunde, dass die Rechtsstellung der Person, die im gerichtlich angeordneten Verfahren zum Verwalter berufen ist, von der nachträglichen Aufhebung des Verfahrens nicht berührt werden darf (vgl. BGHZ 30, 173, 176; Uhlenbruck/Uhlenbruck a.a.O.). Genau darum geht es auch hier: Wenn bereits ein *nicht rechtskräftiger* Beschluss, der mit Wirkung *ex tunc* aufgehoben wird, die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters im Zeitraum bis zu der förmlichen Verfahrensaufhebung nicht schmälern soll, so muss das Vertrauen des Rechtsverkehrs erst recht geschützt werden, solange ein *rechtskräftiger* Eröffnungsbeschluss vorliegt, der (noch) nicht durch das Insolvenzgericht – was wohl ohnehin nur mit Wirkung *ex nunc* möglich wäre - aufgehoben worden ist. 107

III) 108

Die Prozessführungsbefugnis des Klägers besteht nach § 93 InsO allerdings auch unabhängig von der Bindungswirkung des rechtskräftigen und nicht nachträglich 109

aufgehobenen Eröffnungsbeschlusses.

In der hier vorliegenden besonderen Konstellation ist die P4-GmbH zwar – entgegen der Auffassung des Beklagten nicht aufgrund der Ablehnung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen mangels Masse aus der Insolvenzschildnerin ausgeschieden, wohl aber durch die auf Grundlage einer tatsächlich gegebenen Vermögenslosigkeit erfolgten Löschung (1). Da dies zur Vollbeendigung der Komplementär-GmbH geführt und ihre Existenz beendet hat, kann ihr Ausscheiden – im zu entscheidenden Einzelfall nicht durch teleologische Reduktion des § 131 Abs. 3 HGB vermieden werden (2). Der durch das Ausscheiden der Komplementär-GmbH bedingten liquidationslosen Vollbeendigung der KG (Insolvenzschildnerin) steht auch nicht der Insolvenzbeschlagn entgegen (3). Das Insolvenzverfahren wird aber analog §§ 315 f. InsO nahtlos mit dem gewechselten Rechtsträger (P5 GmbH), dem das Vermögen der KG als beschränkt haftendes Sondervermögen zugefallen ist, fortgesetzt (4).

110

1)

111

Die P4 GmbH ist zwar nicht entsprechend § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 HGB aus der P GmbH & Co. KG (Insolvenzschildnerin) ausgeschieden. Die Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse ist der Verfahrenseröffnung nach ganz überwiegender Auffassung, der sich der Senat anschließt, nicht gleichzustellen (Staub/Schäfer, HGB, § 131, Rn. 88; Ebenroth/Boujong/Joost, a.a.O., § 131, Rn. 48; Baumbach/Hopt, a.a.O., § 131, Rn. 22; zu § 131 HGB a.F. auch: BGHZ 75, 178, 179; 96, 151, 154; a.A. K. Schmidt BB 1980, 1497; MünchKomm/K. Schmidt, HGB, § 131, Rn. 74; vgl. demgegenüber für den Fall der Doppelinsolvenz K. Schmidt GmbHR 2002, 1209, 1213, FN 43), führt also nicht zum Ausscheiden des Gesellschafters. Das Ausscheiden der Komplementär-GmbH aus der P GmbH & Co. KG folgt vorliegend aber nach ihrer Löschung im Handelsregister aus einer entsprechenden Anwendung des § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB. Diese Vorschrift, die das Ausscheiden im Todesfall regelt, ist analog auf den Fall der Vollbeendigung einer Gesellschaft anzuwenden, die ihrerseits als Gesellschafterin an einer Personenhandelsgesellschaft beteiligt ist ("Gesellschafter-Gesellschaft"; vgl. Ebenroth/Boujong/Joost, a.a.O., § 131, Rn. 45, Hopt, in: Baumbach/Hopt, a.a.O., § 131, Rn. 20; zu § 131 HGB a.F. BGHZ 75, 178, 182; OLG Hamburg NJW 1987, 1896; vgl. auch BT-Drs. 13/18444, S. 66; a.A. mit gleichem Ergebnis aufgrund eines Ausscheidens kraft Gesetzes MünchKomm/K. Schmidt, HGB, § 131, Rn. 47, 67 f.; Staub/Schäfer, HGB, § 131, Rn. 77 f.). Die P4 GmbH ist vollbeendet. Die dazu neben der Eintragung der Löschung nach § 141a FGG kumulativ erforderliche Vermögenslosigkeit ("Lehre vom Doppeltatbestand", vgl. OLG Düsseldorf NZG 2004, 916, 917; BAG GmbHR 2003, 1009, 1010; OLG Stuttgart ZIP 1998, 1880, 1882; Roth/Atmeppen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 65, Rn. 19 f.; Vallender NZG 1998, 249, 250; K. Schmidt, a.a.O.) kann unterstellt werden. Eine "Gesellschafter-Gesellschaft", wie hier die P4-GmbH, hält als "Vermögenswert" zwar immer noch den Gesellschaftsanteil (hier: an der P GmbH & Co. KG), was ihrer Vermögenslosigkeit regelmäßig entgegensteht (vgl. MünchKomm/K. Schmidt, a.a.O., § 131, Rn. 68, Fußn. 168). Die P4 GmbH war vorliegend aber – was ausnahmsweise möglich ist (vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 120, Rn. 23; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 47 III 1 b) Gesellschafterin ohne Kapitalanteil (§ 4 Abs. 1 S. 2 und 3 des KG-Gesellschaftsvertrages, Anlage B 19). Eine zur Gläubigerbefriedigung dienende Vermögensposition lässt sich aus der Beteiligung deshalb bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung (vgl. BayObLG NJW-RR 1999, 1054; Bumiller/Winkler, FGG, 8. Aufl. 2006, § 141a, Rn. 4) nicht mehr herleiten.

112

2)

113

Die von einigen Autoren (s. Nachw. o.) befürwortete teleologische Reduktion des § 131 Abs. 3 HGB, die ein Ausscheiden der Komplementär-GmbH in der Doppelinsolvenz von GmbH und KG ausnahmsweise verhindern soll, ist nur für Fälle darstellbar, in denen noch ein Rechtssubjekt vorhanden ist, dem die Gesellschafterstellung zugeordnet werden kann. Das ist in den in der Literatur zu § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 HGB diskutierten Konstellationen der Fall, weil die Gesellschafter-Gesellschaft (Komplementär-GmbH) durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen lediglich aufgelöst wird, rechtlich aber unverändert fortexistiert. In Fällen der Vollbeendigung ist die Komplementär-GmbH dagegen nicht mehr existent und kann dementsprechend auch nicht mehr als Gesellschafterin fungieren. Die teleologische Reduktion wird, soweit ersichtlich, deshalb auch lediglich für Fälle des Ausscheidens nach § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 HGB (Eröffnung Insolvenzverfahren über das Vermögen des Gesellschafters) vertreten (vgl. K. Schmidt GmbHR 2002, 1209, 1214; Staub/Schäfer, § 131, Rn. 87).

3) 115

Das Ausscheiden der Komplementär-GmbH aus der zweigliedrigen Insolvenzschuldnerin führt grundsätzlich zur liquidationslosen Vollbeendigung der KG unter Gesamtrechtsnachfolge ihres verbliebenen Kommanditisten (BGH, II ZR 247/01, Urt. v. 15.03.2004; ZIP 2004, 1047 = NZG 2004, 611 = WM 2004, 1138; BGH NZG 2005 482, 482 = DStR 2005 750, 751; BGHZ 113, 132, 133; Baumbach/Hopt, a.a.O., § 131, Rn. 35; Ebenroth/Boujong/Joost, a.a.O., Anh § 177a, Rn. 220). Die Gesamtrechtsnachfolge lässt sich nicht zum Zwecke der weiteren Durchführung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der KG aus insolvenzrechtlichen Gründen negieren.

a) Aus § 11 Abs. 3 InsO ist nicht herzuleiten, dass es – zunächst, bis zur Beendigung des Insolvenzverfahrens über die KG – beim "status quo" verbleiben müsse, so dass das Insolvenzverfahren zuende geführt werden könne (so Gundlach/Frenzel/Schmidt DStR 2004, 1658). § 11 Abs. 3 InsO verhält sich lediglich zur *Insolvenzfähigkeit*, die danach nicht bereits mit der Auflösung, also dem Stadium der Liquidationsgesellschaft, sondern erst mit der Vollbeendigung entfällt. Die Vollbeendigung wird vorliegend aber nicht erst mit der Verteilung der Insolvenzmasse, sondern bereits durch das Ausscheiden der Komplementär-GmbH herbei geführt. Eine davon abweichende Regelung trifft § 11 Abs. 3 InsO nicht.

b) Dem Rechtsübergang auf den verbleibenden Kommanditisten – und damit der Vollbeendigung der KG – steht im Ergebnis auch der "Insolvenzbeschluss" nicht entgegen (so aber Liebs ZIP 2004, 1716, 1718). § 91 InsO betrifft den Rechtserwerb in Bezug auf *einzelne* Gegenstände aus der Insolvenzmasse, nicht aber den Übergang der Gesamtheit der zur Insolvenzmasse zugehörigen Gegenstände auf einen Gesamtrechtsnachfolger (vgl. Bork/Jakoby ZGR 2005, 611, 630). Der Schutzzweck der Norm, eine Schmälerung der Masse zu verhindern, ist nicht betroffen, wenn die Massezugehörigkeit gewahrt bleibt und lediglich die Person des Insolvenzschuldners wechselt. Für den Fall des Todes einer natürlichen Person nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist das allgemein anerkannt (vgl. MünchKomm/Siegmann, InsO, vor § 315, Rn. 3; Gottwald/Döbereiner, Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl. 2006, § 112, Rn. 25, jeweils m.w.N.). Für die hier eingetretene Gesamtrechtsnachfolge kann nicht anderes gelten (Bork/Jakoby, a.a.O.). Das muss jedenfalls dann gelten, wenn das Insolvenzverfahren – wie zu zeigen sein wird – auch in diesem Fall ohne Unterbrechung fortgesetzt und die Masse somit "zusammengehalten" wird.

4) 119

120

Die Vollbeendigung der Kommanditgesellschaft, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren geführt wird, unter Gesamtrechtsnachfolge des verbliebenen Kommanditisten (P5 GmbH) hat indes nicht zur Folge, dass das Insolvenzverfahren "automatisch" endet und erst ein neues Verfahren – jetzt über das Vermögen des Rechtsnachfolgers – eingeleitet werden müsste. Das Verfahren läuft vielmehr analog den Regeln zur Nachlassinsolvenz (§§ 315 f. InsO) als Partikularinsolvenzverfahren also beschränkt auf das [ehemalige] KG-Vermögen fort.

a) Die aus der Vollbeendigung von Personengesellschaften durch das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters bedingten Probleme hat der Gesetzgeber nicht geregelt, sondern – wie bereits die bisherigen Erörterungen zeigen – Rechtsprechung und Lehre überlassen, so dass insoweit eine planwidrige Lücke besteht. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die in der Insolvenzordnung nach §§ 11 Abs. 2 Nr. 2, 315 f. und 354 zur Verfügung gestellten Partikularinsolvenzverfahren abschließenden Charakter haben sollten und auf weitere, vergleichbare Fälle, in denen – wie hier – eine Sonderhaftungsmasse entstanden ist, nicht übertragbar wären. In § 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO kommt vielmehr zum Ausdruck, dass der Insolvenzbeschluss in solchen Fällen grundsätzlich auf ein Sondervermögen beschränkt werden kann. 121

b) Die Sach- und Interessenlage ist vergleichbar. Wie der Erbe hat der letzte verbleibende Kommanditist die Möglichkeit, seine Haftung auf das im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge übergegangene (ehemalige) KG-Vermögen zu beschränken (BGH, II ZR 247/01, NZG 2004, 611 = ZIP 2004, 1047 = NZI 2005, 288 = MDR 2004, 950). Den Gläubigern des Rechtsvorgängers steht eine auf dieses Sondervermögen beschränkte Haftungsmasse zur Verfügung. Das so entstandene Sondervermögen erfordert im Rahmen der Insolvenz ein darauf beschränktes Verfahren, das das übrige Vermögen des Gesamtrechtsnachfolgers (Erbe, Kommanditist) unberührt lässt (vgl. auch LG Dresden ZIP 2005, 384; Albertus/Fischer ZinsO 2005, 246, 249; Bork/Jakoby ZGR 2005, 311, 330). 122

c) Findet die Gesamtrechtsnachfolge – wie hier – während des bereits eröffneten und laufenden Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Rechtsvorgängers statt, so geht das Regelinsolvenzverfahren ohne weiteres in das Sonderinsolvenzverfahren über den Nachlass bzw. hier über das Vermögen der KG jetzt in Rechtsträgerschaft des Gesamtrechtsnachfolgers – über. Das ist zwar gesetzlich nicht geregelt, für den Erbfall aber allgemein anerkannt (vgl. MünchKomm/Siegmann, InsO, vor § 315, Rn. 3; Gottwald/Döbereiner, Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl. 2006, § 112, Rn. 25 m.w.N.). Bei entsprechender Anwendung der Regeln über die Nachlassinsolvenz kann nichts anderes gelten. Dem Wesen der Gesamtrechtsnachfolge entspricht es allein, dass der Rechtsnachfolger – auch insoweit – in die Position des Rechtsvorgängers eintritt. Wie auch sonst bei der Gesamtrechtsnachfolge entsteht kein "Stillstand" oder "Schwebezustand". Das ist im Insolvenzverfahren gegebenenfalls durch einen lediglich *deklaratorischen* – Beschluss klarzustellen (vgl. Herchen EwIR 2005, 809, 810; Albertus/Fischer ZinsO 2005, 246, 250). Eine "automatische" Beendigung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der – beendeten KG, das dann – wie der Beklagte meint – erst neu durch den Rechtsnachfolger eingeleitet werden müsste, kommt demgegenüber genauso wenig wie beim Tod einer natürlichen Person in Betracht. Dadurch würde der Insolvenzbeschluss zunächst verloren gehen. Bezogen auf die hier relevante Prozessführungsbefugnis nach § 93 InsO würde ein zwischenzeitliches Erlöschen der durch diese Norm herbeigeführten Sperrwirkung erneut einen "Wettlauf der Gläubiger", den § 93 InsO gerade ausschließen will, bewirken. 123

Die Vorschrift des § 93 InsO ist nach zutreffender, mittlerweile ganz überwiegender Auffassung auch auf ausgeschiedene Gesellschafter anwendbar (Kübler/Prütting/Lüke, InsO, § 93, Rn. 25; Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 93, Rn. 10; MünchKomm/Brandes, InsO, § 93, Rn. 6; MünchKomm/Ulmer, BGB, 4. Aufl., § 728, Rn. 22; Gerhardt ZIP 2000, 2181, 2182f.). Darüber bestanden nach Einführung der InsO zunächst Zweifel, weil die Vorgängervorschrift des § 212 KO nicht auf ehemalige Gesellschafter angewandt worden ist. Für § 93 InsO muss indes etwas anderes gelten: § 93 InsO betrifft seinem Wortlaut nach "*die persönliche Haftung eines Gesellschafters*". Zwar ist der bereits Ausgeschiedene nicht mehr Gesellschafter (vgl. Gerhardt ZIP 2000, 2181, 2183). Es geht im Zusammenhang der Norm gelesen jedoch nicht formal um die aktuelle Mitgliedschaft, sondern – materiell – um die aus der Gesellschafterstellung resultierende persönliche Haftung. Diese betrifft nach §§ 128, 160 HGB auch ausgeschiedene Gesellschafter. Auch das HGB, deren Begrifflichkeiten die InsO hier ersichtlich zugrunde legt, spricht in haftungsrechtlichen Zusammenhängen noch vom "Gesellschafter", wenn dieser bereits ausgeschieden ist (vgl. z.B. § 160 Abs. 2 HGB). In der Begründung zum Regierungsentwurf (BT-Drs. 12/2443, S. 39) wird auf die für Kommanditisten geltende Parallelvorschrift des § 171 Abs. 2 HGB Bezug genommen, der nach h.M. ebenfalls auf ausgeschiedene Kommanditisten anzuwenden ist (vgl. BGH NJW 1990, 3145; Baumbach/Hopt, HGB, § 171, Rn. 11; Gerhardt ZIP 2000, 2181, 2183). Insbesondere greift der Zweck des § 93 InsO, der über die Vorgängerregelung in § 212 KO hinaus geht, auch bei ausgeschiedenen Gesellschaftern ein. Auch in Bezug auf diese führt § 93 InsO zur gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger und beugt einer Massearmut vor (vgl. Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 93, Rn. 10; Gerhardt ZIP 2000, 2181, 2183). Der Anwendbarkeit steht nicht entgegen, dass Rechtsträger der Insolvenzmasse nunmehr der verbleibende Kommanditist (P5 GmbH) und nicht mehr, wie nach dem Wortlaut des von § 93 InsO vorausgesetzt, "*eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit*" ist. Denn das Verfahren wird in Gesamtrechtsnachfolge über das Sondervermögen der erloschenen KG fortgesetzt. Da sich außer der Rechtsträgerschaft somit nichts ändert, muss das Verfahren nach denselben Grundsätzen wie beim Fortbestand der KG zuende geführt werden, so dass § 93 InsO – zumindest analog – anwendbar bleibt (ausführlich dazu Gerhardt ZIP 2000, 2181, 2183 f.).

C) 126

Die Klage ist begründet. Der Beklagte zu 1) haftet nach § 128 S. 1 HGB persönlich für die streitgegenständlichen Forderungen der N KG gegen die Insolvenzschuldnerin (I). Die geltend gemachten, teilweise im Laufe des Rechtsstreits erledigten Ansprüche der N KG gegen die Insolvenzschuldnerin (I.1) sind wirksam entstanden (I.1.a.) und nicht nachträglich durch die Mietabwicklungsvereinbarung vom 16./17.12.2004 erloschen (I.1.b.). Zum insoweit maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages war der Beklagte zu 1) persönlich haftender Gesellschafter der Insolvenzschuldnerin (I.2.). Seine daher auch für die erst sukzessive aus dem Mietverhältnis entstehenden Zahlungsverpflichtungen der Insolvenzschuldnerin gegebene persönliche Haftung ist nicht aufgrund der Nachhaftungsbegrenzung gemäß § 160 Abs. 3 HGB entfallen (I.3.). Entgegen der Auffassung des Beklagten kommt auch kein Wegfall der persönlichen Haftung im Hinblick auf seinen bei Mietvertragsabschluss bereits unmittelbar bevorstehenden Wechsel in die Kommanditistenstellung in Analogie zu § 176 Abs. 2 HGB in Betracht (I.4.). Die Gläubigerin hat auf die persönliche Inanspruchnahme des Beklagten zu 1) nach dem Ergebnis der vor dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme nicht verzichtet (I.5.). Der Beklagte kann den Kläger oder die N KG auch nicht auf eine vorrangige Inanspruchnahme der Mietsicherheitsbürgschaft verweisen (II). Der Klageforderung steht darüber hinaus weder der Einwand des Rechtsmissbrauchs im Hinblick auf das vor dem Landgericht Hamburg anhängige Verfahren gegen die Investorengesellschaften (III) noch der Einwand der

"Verschleuderung" des Inventars durch den Kläger entgegen (IV).

I)	128
Die über § 93 InsO geltend gemachte persönliche Haftung des Beklagten zu 1) aus § 128 S. 1 HGB ist gegeben, weil eine entsprechende Verbindlichkeit der Insolvenzschuldnerin (P GmbH & Co. KG) bestand und der Beklagte zu 1) im Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs persönlich haftender Gesellschafter war.	129
1)	130
Aus dem Mietverhältnis der Schuldnerin mit der N KG bestehen Verbindlichkeiten in der zugesprochenen Höhe. Nach Verwertung des Inventars ist in Höhe von 85.800,16 € Erledigung eingetreten.	131
a)	132
Durch Urteil des OLG Dresden vom 29.06.2004 sind Mietrückstände aus dem Zeitraum von August 2001 bis Februar 2002 in Höhe von 206.335,56 € rechtskräftig tituliert. Die Rechtskraftwirkungen erstrecken sich zwar lediglich auf die aktuellen Gesellschafter, die Einfluss auf den Prozess nehmen können, und nicht auf den bereits ausgeschiedenen Gesellschafter (BGHZ 44, 229, 233 = NJW 1966, 49, 500; Ebenroth/Boujong/Joost, § 128, Rn. 62). Etwas anderes folgt auch nicht aus der Feststellung der Forderungen zur Insolvenztabelle, weil die Rechtskraftwirkungen des § 178 Abs. 3 InsO nur das Verhältnis zwischen Gläubigern und Verwalter/Schuldner betreffen, aber nicht gegenüber Dritten gelten (Andres/Leithaus, InsO, 1. Aufl. 2006, § 178, Rn. 8; MünchKomm/Schumacher, InsO, § 178, Rn. 72). Substanziierte Einwendungen gegen die in den vorgelegten Urteilen zugesprochenen Mietzinsansprüche werden vom Beklagten allerdings nicht mehr erhoben und sind auch nicht ersichtlich. Die vorgenannten Ansprüche sind mittlerweile zudem durch die Mietabwicklungsvereinbarung vom 16./17.12.2004 festgeschrieben.	133
Die restliche Miete für den Zeitraum März bis September 2002 ist mit Vollstreckungsbescheid des AG Hagen in Höhe von 206.335,57 € gegenüber der Schuldnerin tituliert. Auch insoweit werden Einwendungen nicht erhoben. Die Forderung hat sich durch eine Teil-Zahlung in der Zwangsvollstreckung (65.000,- €) auf 141.335,57 € reduziert.	134
Gleichfalls unstreitig ist die gesamte Miete für den Monat Oktober 2002 i.H.v. 153.313,51 € offen.	135
Von den darüber hinaus geltend gemachten Verfahrenskosten und Zinsen bis zur Verfahrenseröffnung in Höhe von insgesamt 49.192,45 € hat das Landgericht lediglich Kosten in Höhe von 14.886,79 € angerechnet und auch die beantragten Zinsen nicht voll zugesprochenen. Gegen die darin liegende teilweise Klageabweisung wendet sich der Kläger nicht.	136
b)	137
Die vorgenannte Gesellschaftsschuld ist nicht nach Ziffer 8 der Mietabwicklungsvereinbarung vom 16./17.12.2004 (Bl. 613-617 d.A.) erloschen.	138
aa) Entgegen der Auffassung des Beklagten ist bereits der Vertragsurkunde keine Vereinbarung im Sinne eines Erlassvertrages (§ 397 Abs. 1 BGB) in Bezug auf die hier relevanten, vor Verfahrenseröffnung entstandenen Forderungen der N KG aus dem	139

Mietverhältnis mit der Schuldnerin zu entnehmen.

Ein Erlass setzt den rechtsgeschäftlichen Willen voraus, auf eine bestehende Forderung zu verzichten. An die Feststellungen eines solchen Willens sind strenge Anforderungen zu stellen (Palandt/Heinrichs, a.a.O.; § 397, Rn. 4). Entsprechende Vereinbarungen sind eng auszulegen (BGH NJW-RR 1996, 237; 2000; 130). Auch bei scheinbar eindeutigen Erklärungen darf ein Erlass erst angenommen werden, wenn sämtliche relevanten Begleitumstände berücksichtigt sind (BGH NJW 2002, 1044). 140

Nach Ziffer 8 der Abwicklungsvereinbarung sind *"mit Ausnahme der Themen gem. Ziff. 6 und 7 (möglicher Differenzschaden und BK-Abrechnung 2004) [...] mit der Erfüllung der vorliegenden Vereinbarung alle sonstigen Ansprüche aus dem Mietvertrag erledigt."* Aus der Tatsache, dass die Ziffern 1 und 2, die das Vermieterpfandrecht und die Forderungsanmeldung der o.g. Mietforderungen bis zur Verfahrenseröffnung betreffen, nicht ausdrücklich aus der Erledigungsklausel ausgenommen sind, folgt nicht, dass die Gläubigerin auf diese – nach Klärung der Rechtsfragen vor dem OLG Dresden titulierten und unstreitigen – Ansprüche verzichten wollte. Die Auslegung der Mietabwicklungsvereinbarung in ihrer Gesamtheit ergibt vielmehr, dass die Parteien übereinstimmend von einem Fortbestand dieser Insolvenzforderungen ausgingen. 141

(1) Der Kläger weist zunächst zutreffend darauf hin, dass die Verrechnungsabrede in Ziffer 1 bei einem Verzicht auf die Forderung sinnlos wäre. Der aus dem Vermieterpfandrecht folgende Absonderungsbetrag soll danach gegen die älteste der zu Nr. 1025 der Insolvenztabelle festgestellten Forderung verrechnet werden. Eine solche Verrechnungsabrede hätte sich erübrigt, wenn die zu Nr. 1025 der Tabelle angemeldeten Forderungen ohnehin vollständig hätten erlöschen sollen. Sie macht nur Sinn, wenn der nicht durch Verrechnung erloschene Rest der Forderung erhalten bleibt. 142

(2) Die Parteien der Mietabwicklungsvereinbarung haben in Nr. 2 ausdrücklich festgehalten, dass die hier relevanten Mietforderungen in Höhe von 550.177,10 € für den Ausfall zu Nr. 1025 der Insolvenztabelle festgestellt sind, nachdem der Kläger seinen ursprünglich dagegen gerichteten Widerspruch bereits zurück genommen hatte. Die Feststellung zur Tabelle wirkt nach § 178 Abs. 3 InsO wie ein rechtskräftiges Urteil. Nach dem Willen und Bewusstsein der Vertragsparteien waren die Forderungen damit tituliert. Wenn die Vertragsparteien auf dieser Grundlage in Nr. 8 vereinbaren, dass mit der vorliegenden Vereinbarung – abgesehen von einem Differenzschaden und den Betriebskosten – alle Ansprüche aus dem Mietverhältnis erledigt sind, kann das nur in dem Sinne verstanden werden, dass über die zuvor dargestellten gegenseitigen Ansprüche hinaus (Nr. 1-3 der Mietabwicklungsvereinbarung) keine weiteren Ansprüche aus dem Mietverhältnis mehr bestehen. Im Wortlaut wird das klar dadurch zum Ausdruck gebracht, dass die Erledigungswirkung lediglich *"sonstige"* Ansprüche betreffen soll. Das schließt die zuvor gerade festgelegten Ansprüche ersichtlich von jedem möglichen Verzicht aus. 143

(3) Ziffer 3 der Mietabwicklungsvereinbarung betrifft lediglich *nach* Verfahrenseröffnung entstandene Forderungen, so dass die darin enthaltene Abgeltungsklausel die hier relevanten Ansprüche – entgegen der Auffassung des Beklagten nicht berührt. 144

bb) Eine von der Vertragsurkunde, die die Vernutung der Richtigkeit und Vollständigkeit in sich trägt, abweichende Vereinbarung der daran Beteiligten (Kläger und N KG) hat der Beklagte nicht nachvollziehbar behauptet. Die dahin gehende Wertung in der Berufungsbegründung beinhaltet lediglich eine – unzutreffende – Rechtsansicht. Wie der Beklagte auf konkrete Nachfrage in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 145

12.01.2007 klar gestellt hat, hat der Zeuge K ihm gegenüber lediglich bekundet, dass mit der Mietabwicklungsvereinbarung "alles erledigt" sei. Diese allgemeine und aus Sicht der N KG ersichtlich zutreffende Feststellung kann den unstreitigen Inhalt der Vertragsurkunde nicht in Frage stellen. Das gilt um so mehr vor dem Hintergrund der unstreitigen Klarstellung im Nachtrag, die der Zeuge K für die N KG unterzeichnet hat. Die Auseinandersetzung um die der N KG noch zustehenden Ansprüche war durch die Mietabwicklungsvereinbarung "erledigt". In Bezug auf die hier relevanten, vor Insolvenzeröffnung entstandenen Mietrückstände ist aus Sicht der Gläubigerin zudem bereits durch die Anmeldung zur Insolvenztabelle "alles erledigt". Denn ihr ist es aufgrund der Sperrwirkung des § 93 InsO verwehrt, den Beklagten persönlich nach § 128 S. 1 HGB in Anspruch zu nehmen. Von ihrem Standpunkt aus bleibt nur noch der Abschluss des Insolvenzverfahrens mit einer evtl. ihr zugute kommenden Quote abzuwarten.

cc) Die Einwände und Vorwürfe des Beklagten, dass der Kläger durch den klarstellenden Nachtrag vom 03./07.03.2005 in kollusivem Zusammenwirken mit der N KG durch Rückdatierungen u.a. einen Vertrag zu Lasten Dritter geschlossen habe, anstatt – wozu er verpflichtet gewesen sei – die durch einen Anwaltsfehler der Gegenseite erlangte formale Rechtsposition auszunutzen, gehen ins Leere: Die Parteien haben im Nachtrag nichts anderes als bereits im Vertrag vom 16./17.12.2004 vereinbart. Das ergibt sich bereits zweifelsfrei aus der oben vorgenommenen Auslegung, zudem auch aus der vor dem Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme. Einen auszunutzenden Anwaltsfehler der Gegenseite gibt es nicht. Selbst wenn man den Wortlaut, was der Senat nicht sieht, für unklar halten wollte, bliebe im Übrigen selbstverständlich der übereinstimmende Wille der Vertragsparteien maßgeblich ("falsa demonstratio non nocet"; vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 133, Rn. 8 m.w.N.).

2) 147

Der Beklagte zu 1) war zum maßgeblichen Zeitpunkt des Entstehens der Verbindlichkeiten aus dem Mietverhältnis Gesellschafter der Mieterin, die zu diesem Zeitpunkt offene Handelsgesellschaft im Sinne des § 105 Abs. 1 HGB war. 148

Für die Begründung der persönlichen Haftung aus § 128 S. 1 HGB kommt es nach allgemeiner Auffassung allein auf die Gesellschafterstellung im Zeitpunkt der Begründung der Gesellschaftsverbindlichkeit an (BGHZ 55, 267, BGH NJW 2000, 208, NJW 2002, 2170; Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl. 2006, § 128, Rn. 29; Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 1. Aufl. 2001, § 128, Rn. 46; Staub/Habersack, HGB, 4. Aufl. 1998-2004, § 128, Rn. 62; MünchKomm/K. Schmidt, HGB, 2. Aufl. 2006, § 128, Rn. 50). Das ist der Zeitpunkt, in dem der Rechtsgrund des betreffenden Anspruchs gelegt worden ist (Staub/Habersack, a.a.O.). Bei einem vertraglichen Schuldverhältnis kommt es deshalb auf den Abschluss des Vertrages, also sein Zustandekommen durch übereinstimmende Willenserklärungen an. Unerheblich ist dagegen, wann der Anspruch entsteht und fällig wird (MünchKomm/K. Schmidt, a.a.O.; Staub/Habersack, a.a.O.). Auch bei Dauerschuldverhältnissen wie der Miete ist dementsprechend allein der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich. Die zu diesem Zeitpunkt der Begründung der Gesellschaftsverbindlichkeiten vorhandenen Gesellschafter haften nach § 128 S. 1 HGB für sämtliche daraus resultierenden und erst sukzessive fällig werdenden Einzelschulden (BAG NJW 2004, 3287, 3288; NJW 1978, 1268; BGH NJW 1978, 636; 2000, 208, 2002, 2170; Staub/Habersack, a.a.O., § 128, Rn. 65; MünchKomm/K. Schmidt a.a.O.). 149

Der Beklagte zu 1) haftet daher nach § 128 S. 1 HGB für sämtliche aus dem Mietvertrag der Schuldnerin mit der N KG entstandenen Verbindlichkeiten. Der Mietvertrag ist bereits am 150

28.10.1998 zwischen der N KG als Vermieterin und der P3 OHG als Mieterin zustande gekommen. Zu diesem Zeitpunkt war der Beklagte zu 1) Gesellschafter der Mieterin (P3 OHG). Den Status des persönlich haftenden Gesellschafters hat er nach seinem eigenen Vortrag erst mit dem Wechsel in die Kommanditistenstellung mit Wirkung zum 15.12.1998 verloren (Vereinbarung zur Aufnahme der B mbH vom 14.12.1998; Anlage K 8).

3) 151

Die so begründete Haftung ist nicht nach § 160 Abs. 3 HGB entfallen. 152

§ 160 Abs. 3 HGB gewährt dem in die Kommanditistenstellung gewechselten Komplementär 153 eine rechtsvernichtende Einwendung, die nach Ablauf der 5jährigen Frist eine Enthaftung herbeiführt (vgl. Staub/Habersack, a.a.O., § 160, Rn. 1; K.Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 51 I 1; Reichhold NJW 1994, 1617, 1619). Die Enthaftungsfrist beginnt mit der Eintragung des Wechsels im Handelsregister (§ 160 Abs. 3 S. 1 i.V.m. Abs. 1 S. 2 HGB), die hier am 04.03.1999 erfolgt ist. Die streitgegenständlichen Gesellschaftsverbindlichkeiten (Miete August 2001 bis Oktober 2002) sind durchweg vor Fristablauf (04.03.2004) fällig und mit der am 20.02.2004 eingegangenen Klage gerichtlich geltend gemacht worden. Dadurch ist der Fristablauf entsprechend § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, der gemäss der ausdrücklichen Anordnung in § 160 Abs. 1 S. 3 HGB Anwendung findet, gehemmt. Die Zustellung ist "demnächst" (§ 167 ZPO) am 26.03.2004 erfolgt. Dass zunächst das örtlich unzuständige Gericht angerufen und der Rechtsstreit sodann an das Landgericht Münster verwiesen worden ist, hindert die Hemmungswirkung nach allgemeiner Auffassung nicht (BGH NJW 1978, 1058; Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 204, Rn. 5). § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB setzt lediglich die wirksame Klageerhebung, nicht deren Schlüssigkeit oder Zulässigkeit voraus (Palandt/Heinrichs a.a.O.). Die zum alten Recht – vor Einführung des § 160 HGB n.F. durch das Nachhaftungsbegrenzungs-gesetz von 1995 – vertretene sog. "*Kündigungstheorie*", nach der die (Nach-)Haftung bei Dauerschuldverhältnissen analog § 159 HGB a.F. bereits im Zeitpunkt der ersten ordentlichen Kündigungsmöglichkeit enden sollte (vgl. BGHZ 70, 132 = NJW 1978, 636), hat der BGH unter Geltung des Nachhaftungsbegrenzungs-gesetzes ausdrücklich aufgeben (BGH NJW 2000, 208, 210; dem folgt das gesamte Schrifttum, vgl. nur K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, a.a.O., § 51 II 1; Staub/Habersack, a.a.O., § 160, Rn. 34). Eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit der P GmbH & Co. KG hätte zudem innerhalb der Nachhaftungszeit des § 160 Abs. 3 HGB aufgrund der auf 20 Jahre vereinbarten Festlaufzeit des Mietvertrages nicht bestanden.

4) 154

Der zum Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses bereits "geplante" Wechsel des Beklagten in 155 die Kommanditistenstellung hat auf die Anwendung der §§ 128, 160 HGB keinerlei Einfluss und kann die dadurch begründete Haftung nicht entfallen lassen.

a) Insbesondere kommt es entgegen der Auffassung des Beklagten unter keinem denkbaren 156 Gesichtspunkt in Betracht, die Haftung nach dem Maßstab des § 176 Abs. 2 HGB zu bestimmen, sie also bei Kenntnis des Vertragspartners vom *zukünftigen* – Wechsel in den beschränkt haftenden Kommanditistenstatus entfallen zu lassen.

Die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung des § 176 Abs. 2 HGB liegen 157 ersichtlich nicht vor:

(1) Eine planwidrige Regelungslücke ist nicht gegeben. Die Haftung des – noch nicht in die 158 Kommanditistenstellung gewechselten – Gesellschafters einer OHG ist in § 128 HGB

geregelt. Die vom Beklagten befürwortete Analogie zu § 176 Abs. 2 HGB müsste – um eine Regelungslücke zu konstruieren – also zunächst § 128 S. 1 HGB im Wege der teleologischen Reduktion einschränken. Das ist aber ausgeschlossen. Das Gesellschaftsrecht stellt nur eine beschränkte Anzahl von Gesellschaftsformen zur Verfügung ("numerus clausus" der Rechtsformen; vgl. dazu K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 5 II 1 und 3). Zwingendes Wesensmerkmal der OHG ist die persönliche Haftung *jedes* Gesellschafters nach § 128 HGB. Eine Beschränkung dieser Haftung würde zu einem Wechsel der Gesellschaftsform (KG) führen, der aber ausschließlich durch Änderung des Gesellschaftsvertrages herbeigeführt werden kann. Innerhalb der gewählten Rechtsform "OHG" ist eine Haftungsbeschränkung nach § 105 Abs. 1 HGB ausgeschlossen. Die bloße "Planung" oder "Ankündigung" eines Wechsels in die Kommanditistenstellung in naher Zukunft ändert die Gesellschaftsform nicht. Solange eine solche Änderung gesellschaftsrechtlich nicht vollzogen ist, kann die Beschränkung der Außenhaftung der Mitglieder – wie § 128 S. 2 HGB zu entnehmen ist – ausschließlich durch eine Vereinbarung mit dem jeweiligen Gesellschaftsgläubiger erreicht werden (s. dazu u.).

(2) Die weiter zur Begründung der Analogie erforderliche Annahme einer Vergleichbarkeit der Sach- und Interessenlage zum Regelungsgehalt des § 176 Abs. 2 HGB ist fernliegend. § 176 Abs. 2 HGB regelt einen Fall, in dem der tatsächliche gesellschaftsrechtliche Status des Gesellschafters (Eintritt als *Kommanditist*) und der Rechtsschein des Handelsregisters (*kein Eintrag* der Haftungsbegrenzung) voneinander abweichen. Das Auseinanderfallen löst § 176 Abs. 2 HGB zum Schutz der Gläubiger dahin gehend, dass – wie bei § 15 Abs. 1 HGB – die Registerlage maßgeblich und vorrangig ist, solange dem Gläubiger die Haftungsbeschränkung nicht bekannt ist. Stimmen tatsächlicher Status (persönlich haftender Gesellschafter) und Registerlage (gleichfalls persönlich haftender Gesellschafter) aber – wie hier – überein, fehlt von vornherein jegliche Grundlage für die Anknüpfung an eine Regelung zum Vorrang der Register- vor der wahren Rechtslage. Da das Handelsregister "richtig" ist, muss der Rechtsverkehr nicht vor einem davon abweichenden Haftungsstatut geschützt werden. Damit fehlt aber auch jede Grundlage für die Anwendung der in § 176 Abs. 2 HGB enthaltenen *Rückausnahme* (Kenntnis von der wahren Lage), die der Beklagte hier für sich in Anspruch nehmen will. 159

(3) Der Senat weist ergänzend darauf hin, dass die rechtswissenschaftlichen Stellungnahmen, auf die der Beklagte sich zur Begründung der Analogie zu § 176 Abs. 2 HGB beruft, die vorliegende Fallkonstellation – Wechsel von der Komplementär- in die Kommanditistenstellung erst *nach* Begründung der Gesellschaftsschuld – nicht betreffen. Für diesen Fall gehen sowohl *I5/T* in dem vom Beklagten eingeholten Rechtsgutachten (Anlage B 13) als auch Bormann (NZG 2004, 751) davon aus, dass die Haftung über § 128 S.1 HGB selbstverständlich – begründet wird. Etwas anderes wird nur für die Konstellation vertreten, in der der Wechsel zwar bereits *vollzogen*, aber noch nicht im Handelsregister *eingetragen* ist, der tatsächliche Status (Kommanditist) also vom Rechtsschein des Handelsregisters (Komplementär) abweicht (vgl. dazu Urteil des Senats vom heutigen Tage im Parallelverfahren 30 U 142/06). 160

b) Auch die Hilfsbegründung des Beklagten kann die nach § 128 S. 1 HGB begründete Haftung in der vorliegenden Konstellation nicht entfallen lassen. Die insoweit vertretene Auffassung, dass es "für die Haftungsbegrenzung nach § 160 Abs. 3 HGB nicht auf den Zeitpunkt der Eintragung, sondern auf den Zeitpunkt des materiellen Wechsels in die Kommanditistenstellung" ankomme, ist ohne Relevanz, weil der für die Haftungs begründung allein maßgebliche Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses nicht etwa in der Zeit zwischen gesellschaftsrechtlich vollzogenem Wechsel (15.12.1998) und Eintragung dieses Wechsels 161

im Handelsregister (04.03.1999) lag. Der Mietvertrag war bereits zuvor, am 28.10.1998, zustande gekommen.

5) 162

Die Gläubigerin (N KG) hat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht auf eine persönliche Inanspruchnahme des Beklagten verzichtet. 163

a) Den Vertragsparteien steht es nach allgemeinen Grundsätzen (§ 311 Abs. 1 BGB) frei, eine Haftungsbeschränkung mit dem Gläubiger zu vereinbaren. Insbesondere kann die "Entlassung" eines oder aller Gesellschafter aus der persönlichen Haftung vereinbart werden (vgl. nur Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl. 2006, § 128, Rn. 38; Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 1. Aufl. 2001, § 128, Rn. 14; Staub/Habersack, HGB, 4. Aufl. 1998-2004, § 128, Rn. 53). Das folgt auch aus einem Umkehrschluss aus § 128 S. 2 HGB. Da der Verzicht auf die persönliche Haftung die äußerst ungewöhnliche Ausnahme darstellt, ist allerdings *im Zweifel nicht* davon auszugehen. Der Verzicht muss vielmehr deutlich zum Ausdruck kommen (OLG München WM 2003, 1327). Eine Vermutung spricht dagegen (so ausdr. Baumbach/Hopt, a.a.O.). 164

b) Die Zeugen M3 und Dr. I2 haben die Behauptung des Beklagten, dass die Vermieterin auf eine persönliche Inanspruchnahme des Beklagten zu 1) verzichtet hätte, im Rahmen ihrer Vernehmung vor dem Senat nicht bestätigt. 165

Der Zeuge M3 hat im Gegenteil glaubhaft bekundet, dass keine Nebenabreden zum Mietvertrag getroffen worden seien und er insbesondere nicht für die N KG auf die persönliche Haftung verzichtet oder diese ausgeschlossen hätte. Wie der Zeuge im Einzelnen schlüssig und nachvollziehbar dargestellt hat, hätte er sich strafbar gemacht, wenn er einen solchen im Prospekt der H2 AG zum N-Fonds Nr. ## nicht erwähnten Verzicht ausgesprochen hätte. Die persönliche Haftung war für die Vermieterseite danach zwar nicht entscheidend. Ihr kam es vielmehr maßgeblich auf die mit dem Investorenkapital ausgestattete P5 GmbH an. Dass dies die persönliche Haftung des Beklagten zu 1) als Gesellschafter der bei Vertragsabschluss als OHG strukturierten Mieterin und auch die handelsrechtlich bestehende Nachhaftung unberührt lässt, unterlag aus Sicht des Zeugen M3 aber keinem Zweifel. 166

Auch nach der Aussage des Zeugen Dr. I2, der die Verhandlungen auf der Mieterseite geführt hatte, ist ein Verzicht auf die persönliche Inanspruchnahme des Beklagten zu 1) nicht ausgesprochen worden. Über die persönliche Haftung des Beklagten zu 1) ist danach vielmehr überhaupt nicht gesprochen worden. 167

c) Soweit der Beklagte sich zur Begründung eines Verzichts darauf stützt, dass der Vermieterin (N KG) die gesellschaftsrechtlichen Konstruktionen und Pläne, insbesondere der geplante Wechsel des Beklagten zu 1) in die Kommanditistenstellung, bei Abschluss des Mietvertrages bekannt gewesen seien, kann das allein zur Begründung einer Verzichtsvereinbarung nicht ausreichen. Allein der Kenntnis von geplanten Umstrukturierungen kann ein dementsprechender Erklärungswert keinesfalls entnommen werden. Eine von der gesetzlichen Haftungslage abweichende Regelung ist dadurch nicht stillschweigend vereinbart worden. 168

6) 169

170

Auf Grundlage des vorgenannten Ergebnisses der Beweisaufnahme scheidet auch die Annahme eines Fehlens der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 2 BGB) wegen gemeinsamen Irrtums der Vertragsparteien über die Haftungslage, insbesondere die persönliche (Nach)Haftung des Beklagten zu 1), aus. Dem Zeugen M3 war bewusst, dass der Beklagte trotz des noch für die Zeit vor Beginn der Mietvertragslaufzeit (01.01.1999) in Aussicht genommenen Wechsels in die Kommanditistenstellung persönlich für die Verpflichtungen aus dem Mietvertrag eintreten muss und dies auch in einer 5jährigen Nachhaftungszeit noch so sein werde. Ein gemeinschaftlicher Irrtum über die haftungsrechtlichen Folgen des Geschäfts (vgl. dazu BGH NJW 1978, 370, 371; MünchKomm/Roth, BGB, 4. Aufl., § 313, Rn. 253, Fußn. 514) bestand also nicht. Auf die Frage, ob die Fehlvorstellung eine grundsätzliche Frage betraf, auf die der Parteiwille für beide Seiten erkennbar aufbaute, so dass sie ausnahmsweise zur Geschäftsgrundlage erhoben worden sein könnte, kommt es danach nicht mehr an.

III) 171

Entgegen der Auffassung des Beklagten ist der Kläger weder verpflichtet noch rechtlich in der Lage, die N KG anstelle einer Inanspruchnahme des persönlich für die Gesellschaftsschuld haftenden Beklagten auf die wohl in Höhe von ca. 3 Mio. € bestehende Mietsicherheitsbürgschaft zu verweisen. 172

1) Nach § 43 InsO ist der Gläubiger (N KG) nicht gehindert, die Forderung gegen den (Haupt-)Schuldner im Insolvenzverfahren voll geltend zu machen, wenn gleichzeitig eine andere Person auf die ganze Leistung haftet (vgl. Braun/Bäuerle, InsO, 2. Aufl. 2004, § 43, Rn. 8). Der Verwalter hat demnach keine Möglichkeit, den Gläubiger auf eine vorrangige Inanspruchnahme einer Bürgschaft zu verweisen. Die hier vorliegende Mietsicherheitsbürgschaft unterfällt dem Anwendungsbereich des § 43 InsO. Für die Bürgschaft gilt das immer dann, wenn dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nach § 771 BGB nicht zusteht (Braun/Bäuerle, a.a.O., § 43, Rn. 2), was in der Insolvenz nach § 773 Abs. 1 Nr. 3 BGB der Fall ist (vgl. BGHZ 117, 127, 133 = NJW 1992, 2093, 2095; MünchKomm/Lukowski/Bitter, InsO, 1. Aufl. 2001, § 43, Rn. 8). 173

2) Selbst wenn die N KG sich in Zukunft aus der Bürgschaft befriedigen sollte, würde das für den Beklagten im Ergebnis nichts ändern. Die von der N KG angemeldete Forderung würde dadurch nicht erlöschen, sondern gem. § 774 BGB auf den Bürgen übergehen. Das würde wiederum den Bürgen gem. § 44 InsO zur Anmeldung berechtigen. Für die so im Wege der cessio legis übergegangene Forderung haftet der Beklagte zu 1) genauso persönlich nach § 128 HGB wie vor dem Forderungsübergang (vgl. nur BGH NJW-RR 1993, 1377, 1378; Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 1. Aufl. 2001, § 128, Rn. 57), so dass der Kläger weiterhin gehalten wäre, die persönliche Haftung über § 93 InsO geltend zu machen. 174

3) Auf die Auffassung des Beklagten, dass ein Verweis auf die Bürgschaft gerechtfertigt wäre, weil ein *Mietdifferenzschaden* ohnehin nicht mehr entstehen könne (Schriftsatz v. 06.04.2005, Bl. 944 d.A.), kommt es bereits aus den vorgenannten Gründen nicht mehr entscheidend an. Ein sog. Differenzschaden ist vorliegend im Übrigen nicht nur denkbar, sondern wahrscheinlich: Die Fa. G2 GmbH & Co. KG schuldet als Miete lediglich das jeweilige Betriebsergebnis, das weit unter der monatlichen Miete in Höhe von ca. 153.000 €, welche die Insolvenzschuldnerin zu zahlen hatte, liegen wird. Denn das Kino konnte – unstreitig – mit der vorgenannten Miete nicht mehr wirtschaftlich betrieben werden. Zudem lebt die Differenzhaftung unmittelbar wieder auf, sobald der "Nachmieter" nicht mehr in der Lage ist, die Miete zu zahlen (vgl. OLG Düsseldorf ZMR 2001, 528, 529; Pietz/Leo, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, 1. Aufl. 2006, Kap. 16, Rn. 302). Die 175

Bürgschaft in Höhe von ca. 3 Mio. € wäre dann bereits nach 20 Monaten verbraucht. Dass sich dieser Schaden innerhalb der bis zum 31.12.2018 fest abgeschlossenen Mietzeit (§ 2 des Mietvertrages, Anl. B 2) ohne weiteres realisieren kann, liegt auf der Hand.

4) Die Billigkeitserwägungen, mit denen der Beklagte seine Auffassung zu stützen sucht (Schriftsatz v. 06.04.2005, Bl. 945 d.A.), gehen von unzutreffenden Voraussetzungen aus. Entgegen dem Ansatz des Beklagten kommt der von ihm über § 93 InsO eingezogene Betrag nicht der Masse, sondern ausschließlich der Gläubigerin N KG zugute (s.o.), so dass deren Forderung erlischt und kein Anlass für die Befürchtung einer "doppelten Inanspruchnahme" von Hauptschuldner und Bürgen besteht. 176

III) 177

Der Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) im Hinblick auf das vor dem LG Hamburg anhängige Verfahren gegen die Privatinvestoren über mehr als 20 Mio. € steht dem Klageanspruch nicht entgegen. 178

1) Der Verwalter ist im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Personengesellschaft allerdings nach § 242 BGB gehindert, die persönliche Haftung des Gesellschafters über § 93 InsO in einer Höhe geltend zu machen, die über den zur Gläubigerbefriedigung erforderlichen Betrag hinaus geht (MünchKomm/Brandes, InsO, § 93, Rn. 25; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 12. Aufl., § 93, Rn. 25; Kübler/Prütting/Lüke, InsO, § 93, Rn. 22; Heidelberger Kommentar (HK)/Eickmann, InsO, § 93, Rn. 7; Fuchs ZIP 2000, 1089, 1090). Da er den nach Ende der Schlussverteilung verbleibenden Überschuss nach § 199 S. 2 InsO an die Gesellschafter auskehren muss, wobei vorab die nach § 93 InsO in Anspruch genommenen Gesellschafter zu entschädigen sind (vgl. Fuchs ZIP 2000, 1089, 1096), handelt er rechtsmissbräuchlich, wenn er die Summe der Insolvenzforderungen, für die eine persönliche Haftung besteht, einfordert, ohne zuvor den Liquidationswert der vorhandenen Masse abzuziehen (MünchKomm/Brandes a.a.O.). Er darf nur insoweit gegen den persönlich haftenden Gesellschafter vorgehen, als die Insolvenzmasse der Gesellschaft die Verbindlichkeiten nicht deckt (Uhlenbruck/Hirte, a.a.O.). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der voraussichtlich zur Verfügung stehenden Insolvenzmasse ist die Verfahrenseröffnung (K. Schmidt/Bittner ZIP 2000, 1077, 1087; Uhlenbruck/Hirte, a.a.O.; HK-Eickmann a.a.O.), wobei die Eröffnungsbilanz ggf. im Laufe des Verfahrens anzupassen sein wird (Kübler/Prütting/Lüke, InsO, § 93, Rn. 23). Bei der Frage, welche Werte zugrunde zu legen sind, steht dem Insolvenzverwalter ein Einschätzungsermessen zu (Uhlenbruck/Hirte, a.a.O.; Fuchs ZIP 2000, 1089, 1095). Daraus folgt, dass der Einwand des § 242 BGB nur dann greift, wenn der Verwalter *offensichtlich* nicht benötigte Beträge geltend macht (HK-Eickmann, § 93, Rn. 7) bzw. offensichtlich rechtsmissbräuchlich handelt (Kübler/Prütting/Lüke, a.a.O., § 93, Rn. 22). 179

2) Gemessen an diesen Grundsätzen kann der Einwand des Rechtsmissbrauchs vorliegend nicht durchgreifen: 180

a) Der Kläger hat – seiner substantiierten Behauptungslast entsprechend (vgl. MünchKomm/Brandes, InsO, § 93, Rn. 25) – im Einzelnen vorgetragen, warum er die gegen die Privatinvestoren eingeklagten Schadensersatzforderungen in der Vermögensbilanz nach § 153 InsO lediglich mit 25 % der Klageforderungen bewertet hat. Er hat dazu insbesondere darauf hingewiesen, dass es in dem angesprochenen Rechtsstreit um eine Vielzahl höchststrichterlich nicht geklärter Fragen gehe, dass es daneben in großem Umfang auf wirtschaftliche Würdigungen und tatsächliche Feststellungen ankomme, wobei er die volle Darlegungs- und Beweislast trage, dass die mögliche Vollstreckung größtenteils im Ausland 181

stattfinden würde, was zu weiteren Unwägbarkeiten führe, und dass der Gegenseite auf dieser Grundlage bereits ein Vergleichsangebot auf Basis einer Zahlung von 25 % der Klagesummen unterbreitet worden sei. Diese Erwägungen sind nicht zu beanstanden. Zumindest hat der Kläger das ihm bei der Erfolgsprognose zustehende Ermessen (s.o.) nicht überschritten. Dass es sich bei dem Verfahren gegen die Investoren um einen sowohl tatsächlich als auch rechtlich komplexen und schwierigen Rechtsstreit handelt, erschließt sich ohne weiteres bei Lektüre der 66seitigen Klageschrift (Bl. 797-862 d.A.). Die Annahme "überragender Erfolgsaussichten" im Erkenntnis- wie im Vollstreckungsverfahren (Bl. 1641 d.A.) lässt sich danach nicht auf belastbare Tatsachen stützen. Jedenfalls kann entgegen der Auffassung des Beklagten ersichtlich nicht ohne weiteres als nahezu sicher unterstellt werden, dass die Klage vollumfänglich zum Erfolg führen wird.

b) Der Sache nach beruht der – in der Fachliteratur von diesen Grundlagen etwas 182
"abgehobene" – Einwand schlicht auf der als Fallgruppe des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB anerkannten Einrede "*dolo agit, quit petit, quod statim redditurus est*". Diese besagt, dass der Gläubiger keine Leistung fordern darf, die alsbald zurückzugewähren wären (vgl. BGHZ 10, 75; 79, 204, 94, 246; Palandt/Heinrichs, § 242, Rn. 52). Der Kläger hätte dem Beklagten – bei Erfolg der Klage gegen die Investoren - nach der Schlussverteilung gem. § 199 S. 2 InsO ggf. einen (Teil-)Betrag zurück zu gewähren. Da ohne weiteres zu erwarten ist, dass die Klage durch alle Instanzen über jedenfalls etliche Jahre gehen wird und sich daran eine Auslandsvollstreckung anzuschließen hat, ist bereits die "*alsbaldige*" Rückgewährpflicht zu bezweifeln. Der dolo-agit-Einwand setzt nach allgemeinen prozessrechtlichen Grundsätzen zudem voraus, dass die Rückgewährforderung fest steht, zumindest aber so wahrscheinlich ist, dass der Insolvenzverwalter ohne weiteres davon ausgehen kann, dass er die hier eingeforderten Beträge zur Gläubigerbefriedigung gar nicht benötigen wird. Davon kann hier keine Rede sein.

c) Der Kläger würde im Übrigen Gefahr laufen, gegen sein Pflichten als Insolvenzverwalter zu 183
verstoßen und sich den Gläubigern gegenüber für dadurch ggf. entstehende Schäden ersatzpflichtig zu machen (§ 60 InsO), wenn er die Nachhaftungsansprüche gegen den Beklagten derzeit zurück stellen würde, die Masse zur Befriedigung aller Gläubiger aber letztlich doch nicht ausreicht, weil die Klage gegen die Privatinvestoren aus tatsächlichen, rechtlichen oder in der Zwangsvollstreckung liegenden Gründen nicht zum (vollen) Erfolg führt. Der Verwalter ist nämlich verpflichtet, die Ansprüche gegen persönlich haftende Gesellschafter über § 93 InsO möglichst frühzeitig zur Masse zu ziehen (vgl. Kübler/Prütting/Lüke, InsO, § 93, Rn. 20 sowie Nachw. o.). Tut er das aufgrund einer – im Nachhinein – zu positiven Erfolgsprognose hinsichtlich weiterer für die Masse zu realisierender Ansprüche gegen Dritte nicht, steht zu befürchten, dass eine Beitreibung bei dem persönlichen haftenden Gesellschafter mittlerweile weniger Erfolg verspricht, weil sämtliche Privatgläubiger, für die die Sperrwirkung des § 93 InsO nicht gilt, in der Zwischenzeit vollstrecken konnten (vgl. Kübler/Prütting/Lüke, InsO, § 93, Rn. 21; Fuchs ZIP 2000, 1089; K. Schmidt ZGR 1996, 209, 217).

d) Schutzwürdige Interessen des persönlich haftenden Gesellschafters werden durch die 184
frühzeitige Geltendmachung ihrer persönlichen Haftung über § 93 InsO nicht beeinträchtigt. Die persönliche Haftung besteht gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auch außerhalb der Insolvenz unabhängig von der Leistungsfähigkeit der Gesellschaft in voller Höhe. Der in Anspruch genommene Gesellschafter erlangt lediglich einen Erstattungsanspruch nach § 110 HGB bzw. beim ausgeschiedenen Gesellschafter analog § 738 Abs. 1 S. 2 BGB (vgl. Staub/Habersack, a.a.O., § 128, Rn. 45 m.w.N.), den er nachträglich im Regress gegen die Gesellschaft durchsetzen muss. Es ist kein Grund ersichtlich, den persönlich haftenden

Gesellschafter in der Insolvenz noch weiter, als § 242 BGB dies nach den o.g. Kriterien ermöglicht, zu schützen. Davon ging augenscheinlich auch die Regierungsbegründung zu § 93 InsO aus, nach der der Verwalter keine Zahlungen geltend machen dürfe, die "*bei Berücksichtigung des Liquidationswertes der bereits vorhandenen Masse zur Befriedigung aller Insolvenzgläubiger*" nicht erforderlich sind (BT-Drs. 12/2443, S. 140).

3) Auch der Antrag auf Vorlegung der Handakten zum Prozess vor dem Landgericht Hamburg (Schriftsatz v. 23.02.2006, Bl. 1641 d.A.) kann dem Beklagten nicht zum Erfolg verhelfen. Es fehlt bereits an den Vorlegungsvoraussetzungen der §§ 421 f. ZPO, weil es sich nicht um Urkunden handelt, auf die der Kläger sich zur Beweisführung berufen hat (§ 423 ZPO); auch besteht kein zivilrechtlicher Anspruch des Beklagten auf Herausgabe (§ 422 ZPO). Der Antrag geht zudem deshalb ins Leere, weil es rechtlich nicht entscheidend auf die unter Beweis gestellte Tatsache ankommt. Die Vorlage soll dazu dienen, dass der *Senat dadurch selbst die überragenden Erfolgsaussichten beurteilen kann*. Nach der oben dargestellten Rechtslage kommt es aber zunächst auf die Beurteilung durch den Insolvenzverwalter an, der die ihn leitenden Gesichtspunkte substantiiert darlegen muss, dessen Beurteilung dann aber lediglich auf *offensichtliche* Ermessensfehler zu überprüfen ist (s.o.). Diesen Anforderungen ist der Kläger nachgekommen (s.o.). Beurteilungsmängel sind in keiner Weise ersichtlich. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung ist grundsätzlich die Verfahrenseröffnung (s.o.). Zu diesem Zeitpunkt muss der Insolvenzverwalter über die Geltendmachung von Ansprüchen nach § 93 InsO entscheiden. Keinesfalls darf die Darlegungslast so weit überspannt werden, dass die Durchsetzung der Ansprüche gegen persönlich haftende Gesellschafter dadurch behindert wird (so ausdr. Kübler/Prütting/Lüke, InsO, § 93, Rn. 24). Die vorgenannten Erwägungen gelten entsprechend für den Antrag auf Einholung eines Rechtsgutachtens (Schriftsatz v. 23.02.2006, Bl. 1641).

IV) 186

Der Einwand des Beklagten, dass die kinotechnische Einrichtung zu Liquidationswerten und damit seiner Auffassung nach weit unter Wert an die Vermieterin veräußert worden sei, steht dem Erfolg der Klage im Ergebnis unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt entgegen. 187

1) Die Klageforderung ist nicht durch eine konkludent erklärte Aufrechnung mit eventuellen Schadensersatzansprüchen aus der Veräußerung des Inventars erloschen (§§ 389, 387 BGB). Insoweit fehlt es bereits an der nach § 389 BGB erforderlichen *Gegenseitigkeit* der Ansprüche. Der Vorwurf, der der Einwendung zugrunde liegt, richtet sich unmittelbar an den Insolvenzverwalter. Das ist auch konsequent. Denn die Verwertung und Abrechnung der dem Vermieterpfandrecht (§§ 578 Abs.1, 562 BGB) und damit der Absonderung (§ 50 InsO) unterliegenden Gegenstände gehört zu den ureigensten Aufgaben des Verwalters (§§ 166 f. InsO). Eine in diesem Zusammenhang begangene Pflichtverletzung kann zur Haftung des Verwalters persönlich führen (§ 60 InsO). Haftungsrechtlich streng davon zu unterscheiden sind Ansprüche gegen die Masse (vgl. z.B. BGH NJW-RR 2006, 694, 696; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl. 2003, § 60, Rn. 2; Smid/Smid, InsO, 2. Aufl. 2001, § 60, Rn. 28), deren Haftung in analoger Anwendung des § 31 BGB bei unerlaubten Handlungen oder sonstigen Pflichtverletzungen des Verwalters in Betracht (sehr str.; vgl. MünchKomm/Reuter, BGB, 5. Aufl. 2006, § 31, Rn. 18; MünchKomm/Brandes, InsO, 1. Aufl. 2001, § 60, Rn. 112; Uhlenbruck/Uhlenbruck, a.a.O.; Palandt/Heinrichs, BGB, § 31, Rn. 3). Mit eventuellen Schadensersatzansprüchen gegen den Verwalter persönlich oder die Masse könnte der Beklagte indes nicht mit gegenüber der Klageforderung aufrechnen. Vorliegend klagt der Insolvenzverwalter im Wege der gesetzlichen Prozessstandschaft (§ 93 InsO) ein *fremdes Recht* in eigenem Namen ein. Dabei handelt es sich um einen Anspruch der N KG 188

als Insolvenzgläubigerin aus §§ 535 Abs. 2 BGB, 128 S. 1, 160 Abs. 3 HGB. Ein Gegenanspruch *gegen die N KG*, auf den es im Rahmen der Prozessstandschaft jedenfalls im Grundsatz ankommt (vgl. MünchKomm/Schlüter, BGB, 4. Aufl., § 387, Rn. 14, 23; Ausnahmen beim Kostenerstattungsanspruch, vgl. OLG Hamm r + s 1997, 527, und nach § 242 BGB, s.u.), steht dem Beklagten aber ersichtlich nicht zu. In Betracht käme insoweit lediglich ein Anspruch aus § 826 BGB wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung im Zusammenwirken mit dem Kläger. Die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs lassen sich indes nicht feststellen. Der Beklagte stützt sich zwar ausdrücklich auf § 826 BGB. Sein Vortrag ist aber bereits deshalb unschlüssig, weil er sich selbst darauf bezieht, dass der Kläger die für die Masse günstige Situation, in der die N KG angeblich jeden Preis zu zahlen bereit gewesen sein müsste, *"entweder nicht erkannt oder aber erkannt und deswegen nicht ausgenutzt [hat], weil er mit der N KG dealte"* (Schriftsatz v. 23.02.2006, Bl. 1654/1655 d.A.). Bei der ersten Alternative läge aber lediglich Fahrlässigkeit und keine *vorsätzlich sittenwidrige* Schädigung vor. In Bezug auf die N KG bleibt der Vorwurf kollusiven Verhaltens zum Nachteil des persönlich haftenden Beklagten zudem ohnehin rein spekulativ. Greifbare Anhaltspunkte, die eine derartige Feststellung rechtfertigen könnten, bestehen nicht.

2) Für ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB), das gleichfalls die Gegenseitigkeit der Ansprüche voraussetzt (Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 273, Rn. 6), gelten die vorstehenden Erwägungen entsprechend. 189

3) Denkbar wäre allenfalls dass der Beklagte dem Kläger im Hinblick auf Schadensersatzansprüche gegen ihn persönlich oder gegen die Masse den Einwand des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB entgegen halten könnte, wenn der Beklagte zunächst einen Betrag – zugunsten der N KG zur Masse zahlen müsste, den der Insolvenzverwalter eine persönliche Haftung nach § 60 InsO unterstellt ihm sodann wieder zu erstatten hätte. Ob ein rechtserheblicher Einwand unter diesem Gesichtspunkt tragfähig begründet werden könnte, bedarf letztlich keiner Entscheidung, weil Ersatzansprüche aus § 60 InsO nicht bestehen. Eine Verletzung der ihm als Insolvenzverwalter obliegenden Pflichten des Klägers bei Verwertung des Inventars aus dem Multiplexkino "L" in E kann nicht festgestellt werden. 190

a) Zu den insolvenzspezifischen Pflichten des Verwalters gehört allerdings die möglichst günstige Verwertung der Insolvenzmasse (vgl. MünchKomm/Brandes, InsO, § 60, Rn. 31; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 60, Rn. 12). Gegenüber dem persönlich haftenden Gesellschafter der Schuldnerin trifft ihn dementsprechend die Verpflichtung, so weit wie möglich für eine Reduzierung der persönlichen Einstandspflicht Sorge zu tragen (vgl. OLG Hamm NZI 2001, 373). Der Verwalter darf insbesondere kein Angebot ausschlagen, das der Masse einen höheren Erlös zugeführt hätte (BGH ZIP 1985, 423, 426; kritisch dazu Merz KTS 1989, 277, 285; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 60, Rn. 5). 191

b) Es lässt sich jedoch nicht objektiv feststellen, dass bei der Verwertung des Kinoinventars ein höherer Erlös als der tatsächlich erreichte Liquidationswert zu erzielen gewesen wäre. 192

aa) Der Beklagte weist im Ansatzpunkt nicht unzutreffend darauf hin, dass die N KG als Eigentümerin der Kinoimmobilie ein ganz erhebliches Interesse daran hatte, den Betrieb mit einer neuen Betreibergesellschaft fortzusetzen. Dazu benötigte sie das Inventar. Daraus folgert der Beklagte, dass der Kläger den Preis einseitig habe diktieren können und die N KG jeden Preis hätte akzeptieren müssen (vgl. z.B. Schriftsatz v. 23.02.2006, Bl. 1643-1645 d.A.). 193

bb) Diese Betrachtungsweise lässt jedoch die auch auf Seiten des Klägers vorhandenen Interessenbindungen und die rechtlichen Konsequenzen des aus dem Vermieterpfandrecht 194

der N KG folgenden Absonderungsrechtes unberücksichtigt. Die Verhandlungsposition des Klägers war erheblich geschwächt, weil die N KG keinen Konkurrenten hatte, der bereit gewesen wäre, mehr als die Liquidationswerte zu zahlen (1). Aufgrund des Vermieterpfandrechts bestand auch nie die ernsthafte Gefahr, dass das Inventar ohne den Willen der N KG zu Liquidationswerten an Dritte veräußert worden wäre (2). Für die Insolvenzmasse war es zudem vorrangig und wichtig, dass das Kino durch einen anderen Betreiber fortgeführt werden würde (3).

(1) Die Eigentümerin und Vermieterin (N KG) mag zwar selbst ein erhebliches Interesse am Erwerb des Inventars zur Fortführung des Kinobetriebes gehabt haben. Sie hatte aber andererseits – unstreitig keinen einzigen "Konkurrenten", der auch nur ansatzweise hätte bereit sein können, mehr als die Liquidationswerte für die Einrichtung zu zahlen. Denn für alle anderen potentiellen Interessenten wäre eine "Fortführung" und ein Belassen des Inventars im Mietobjekt nicht in Betracht gekommen. Die allein als Nachfolgebetreiber gewonnene Fa. G2 war unstreitig weder bereit noch in der Lage, das Inventar zu erwerben. Der Kläger verweist daher zu Recht darauf, dass weder die N KG zu einer höheren Zahlung bereit gewesen noch ein anderer Interessent vorhanden gewesen sei. 195

(2) Das Inventar unterlag dem Vermieterpfandrecht, so dass der N KG ein Absonderungsrecht nach § 50 InsO zustand. Zunächst stand das Verwertungsrecht bis zur Beendigung des Mietverhältnisses und der Rückgabe der Mietsache zum 30.09.2004 – dem Kläger zu (§ 166 Abs. 1 InsO). Danach ist es, weil der Kläger nicht mehr Besitzer war, nach § 173 InsO auf die N KG selbst übergegangen. In beiden Fällen konnte die N KG sicher sein, dass das Inventar nicht ohne ihre Kenntnis an einen Dritten veräußert werden würde. Solange der Kläger noch zur Verwertung befugt war, musste er die N KG vor einer freihändigen Veräußerung an Dritte aufgrund des Absonderungsrechts informieren und Gelegenheit zur Äußerung geben (§ 168 InsO). Da ein Interessent allenfalls auf Basis der Liquidationswerte hätte gefunden werden können, hätte die N KG immer noch über § 168 Abs. 3 InsO die faktische Möglichkeit gehabt, auf dieses Angebot zu reagieren und das Inventar selbst – in etwa zu Liquidationswerten – zu übernehmen. Entgegen der Auffassung des Beklagten, ist daher nicht ersichtlich, wie der Kläger angesichts dessen hätte "Druck ausüben" sollen. In der Zeit nach Rückgabe der Mietsache war die N KG im Besitz des Inventars. Da ihr das Verwertungsrecht nunmehr selbst nach § 173 InsO zustand, hätte sie zudem die Möglichkeit gehabt, das Inventar in einer öffentlichen Versteigerung selbst zu erwerben (§ 1239 BGB). Ein höheres Entgelt hätte sie dafür nicht aufwenden müssen. Denn kein Dritter wäre bereit gewesen, über die Liquidationswerte hinaus zu gehen. Das "Ausnutzen" der wesentlich höheren Fortführungswerte war nämlich ausschließlich der N KG als Eigentümerin der Kinoimmobilie möglich. 196

(3) Hinzu kommt, dass der Kläger selbst ein ganz erhebliches Interesse an der (nahezu) unmittelbaren Fortführung des Kinobetriebs mit einem anderen Betreiber haben musste, was eine Einigung über das Inventar voraussetze. Auf die Insolvenzmasse wären bei einer Betriebsstillegung immense Kosten zugekommen. Diese waren bereits in einem Sozialplan festgeschrieben. Sie würden aber entfallen, wenn eine Betriebsfortführung gelingt, weil dann insbesondere § 613a BGB eingreift und die Arbeitsverhältnisse auf den neuen Inhaber und Betreiber übergehen. § 613a BGB kann nach den Umständen des Einzelfalls zwar auch bei einer kurzfristigen Unterbrechung des Betriebs anwendbar sein, nicht aber bei einer zunächst erfolgten Stillegung (vgl. BAG NJW 2000, 3236; Palandt/Weidenkaff, a.a.O., § 613a, Rn. 13). 197

III. 198

199

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Der Tenor war aufgrund einer offenbaren Unrichtigkeit hinsichtlich des Datums der angefochtenen Entscheidung zu berichtigen (§ 319 Abs. 1 ZPO).

IV. 200

Der Senat lässt die Revision nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, beschränkt auf die 201
Prozessführungsbefugnis des Klägers als Prozessvoraussetzung (vgl. Musielak/Weth, ZPO, 5. Aufl 2007, § 51, Rn. 15), zu. Die Folgen der in der Lebenswirklichkeit vielfach eintretenden Doppelinsolvenz der zweigliedrigen GmbH & Co. KG werden in der Literatur streitig diskutiert (s. Nachw. o.). Die Frage, ob sich daraus Folgerungen für die Prozessführungsbefugnis des Insolvenzverwalters nach § 93 InsO ergeben, hat grundsätzliche, über den zu entscheidenden Fall hinaus gehende Bedeutung. Die Zulassung der Revision wird auf diese Prozessvoraussetzung beschränkt (vgl. zu dieser Befugnis BGH NJW 1990, 1795, 1797; 1995, 3186; Musielak/Ball, a.a.O., § 543, Rn. 12).