
**HGB §§ 161 Abs. 2, 131 Abs. 1 Nr. 3, 105;
BGB § 398; InsO §§ 80, 11**

Erlöschen der Komplementär-GmbH bei fortbestehender KG-Beteiligung; Abtretbarkeit von Anteilen an insolventer KG

I. Sachverhalt

Eine GmbH & Co. KG ist wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst. Dies ist im Handelsregister vermerkt. Die Komplementär-GmbH ist in der Zwischenzeit jedoch im Handelsregister gelöscht worden, sodass im Handelsregister der GmbH & Co. KG nunmehr eine Gesellschaft ohne Komplementärin eingetragen worden ist.

Zudem hat eine von mehreren Kommanditistinnen der GmbH & Co. KG ihren Kommanditanteil an einen Dritten abgetreten. Ob die Abtretung vor oder nach der Löschung der GmbH im Handelsregister bzw. der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die GmbH & Co. KG erfolgt ist, ist nicht ersichtlich.

II. Fragen

1. Hat sich die GmbH & Co. KG infolge der Löschung der Komplementär-GmbH in eine OHG umgewandelt?
2. Konnte der Kommanditanteil noch abgetreten werden, obwohl die GmbH & Co. KG infolge der Löschung der Komplementär-GmbH möglicherweise keine KG mehr ist?

3. Konnte der Kommanditanteil noch abgetreten werden, wenn sich die GmbH & Co. KG bereits in der Insolvenz befand?

4. Wenn der Kommanditanteil noch abgetreten werden konnte: Wie kann die Handelsregisteranmeldung bei der GmbH & Co. KG vollzogen werden, um die Wirksamkeit der Abtretung zu erreichen?

III. Zur Rechtslage

1. Ausscheiden der Komplementär-GmbH aus der KG?

Zunächst ist fraglich, ob die Komplementär-GmbH infolge ihrer Löschung aus der GmbH & Co. KG ausgeschieden ist. Die **Löschung einer GmbH** sagt für sich genommen nichts über die Existenz der GmbH aus. Verfügt die GmbH trotz Löschung noch über Vermögen, so besteht sie nach der (weitgehend rezipierten) **Lehre vom Doppeltatbestand der Vollbeendigung** fort. Bei der typischerweise vermögenslosen Beteiligung einer Komplementär-GmbH handelt es sich allerdings wirtschaftlich betrachtet nicht um „echtes“ Vermögen, sondern lediglich um eine formale Rechtsposition. Dennoch steht nach herkömmlicher Ansicht auch die vermögenslose Komplementärbeteiligung der Vollbeendigung der Komplementär-GmbH entgegen (vgl. OLG Frankfurt FGPrax 2005, 269, 270 m. w. N.; Scholz/Scheller, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 60 Rn. 135; vgl. auch Gutachten DNotI-Report 2020, 177, 178 f.; a. A. OLG Hamm NZI 2007, 584, 587; BeckOK-HGB/Lehmann-Richter, Std.: 15.01.2023, § 131 Rn. 39; womöglich auch BGH NZG 2011, 26 Tz. 31).

Nach der wohl noch überwiegenden Meinung kann sich daher die Frage nach einer Umwandlung der KG in eine OHG nicht stellen, da die **GmbH als Komplementärin noch fortbesteht**.

2. Folge eines angenommenen Ausscheidens der Komplementärin

Hält man die (einige) Komplementär-GmbH für vollbeendigt und ausgeschieden, dann hat dies nach h. M. **nicht automatisch die Umwandlung** der (mehr als zweigliedrigen) **GmbH & Co. KG in eine OHG** zur Folge. Die **KG wird vielmehr lediglich aufgelöst**. Sie wandelt sich nur dann in eine OHG, wenn es gesellschaftsvertraglich vorgesehen ist, wenn die Kommanditisten das Liquidationsverfahren nicht nachhaltig betreiben oder wenn sie bei Geschäftsführung nicht unverzüglich einen neuen Komplementär aufnehmen (MünchKommHGB/K. Schmidt/Fleischer, 5. Aufl. 2022, § 131 Rn. 46; Lorz, in: Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, § 131 Rn. 30; Scholz/Scheller, § 60 Rn. 133).

Dies muss ebenso gelten, wenn die **KG wegen Insolvenzeröffnung** (§ 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB) **bereits aufgelöst** ist (vgl. auch DNotI-Internetgutachten Nr. 48053). Gerade in diesem Fall ist kein Raum für eine Umwandlung in eine (werbende) OHG. Gläubigerschutzgründe lassen sich dafür bereits deshalb nicht anführen, weil die KG ohnehin zugunsten gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung in dem dafür vorgesehenen Verfahren vom Insolvenzverwalter abgewickelt wird.

3. Abtretbarkeit der Kommanditanteile

Die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat keine Auswirkung auf die Abtretbarkeit der Kommanditanteile** (zu GmbH-Geschäftsanteilen: RGZ 64, 149, 153 f.; Scholz/Seibt, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 15 Rn. 258; MünchKommGmbHG/Weller/Reichert, 4. Aufl. 2022, § 15 Rn. 564 f.). Die **Anteile** an der insolventen Gesellschaft sind **nicht Teil der Insolvenzmasse** (vgl. Habersack, in: Staub/Habersack, Das Recht der OHG, 2. Aufl. 2019, § 131 HGB Rn. 34; MünchKomm-InsO/Vuia, 4. Aufl. 2019, § 80 Rn. 111; Schmid, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, § 47 Rn. 15). Soweit es auf die Zustimmung der übrigen Gesellschafter zur Abtretung ankommt, dürften diese zuständig bleiben und dürfte nicht etwa der Insolvenzverwalter an deren Stelle treten (zu § 15 Abs. 5 GmbHG MünchKommGmbHG/Weller/Reichert, § 15 Rn. 566; Scholz/Seibt, § 15 Rn. 258 m. w. N.).

Eine „Umwandlung“ in eine OHG ist im vorliegenden Fall nach oben Gesagtem nicht denkbar. Aber selbst wenn Kommanditanteile zu Anteilen persönlich haftender Gesellschafter einer OHG (§§ 128, 130 HGB) würden, wären sie nach wie vor existent. Der Wechsel von der KG in die OHG ist identitätswahrend und berührt die Mitgliedschaften der Gesellschafter im Kern nicht (vgl. BeckOGK-HGB/Notz/Zinger, Std.: 15.1.2021, § 161 Rn. 52; Oetker, in: Oetker, HGB, 7. Aufl. 2021, § 161 Rn. 25; MünchKommHGB/Grunewald, 5. Aufl. 2022, § 161 Rn. 16).

Für die **Anmeldung** der Sonderrechtsnachfolge in den Kommanditanteil gelten u. E. die **allgemeinen Grundsätze** (vgl. § 143 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1, §§ 108, 162 Abs. 3 HGB; BeckOK-HGB/Lehmann-Richter, § 143 Rn. 7; MünchKommHGB/K. Schmidt/Fleischer, § 143 Rn. 12; Schulte/Hushahn, § 35 Rn. 61 i. V. m. Rn. 43; Hopt/Roth, HGB, 42. Aufl. 2023, § 162 Rn. 7). Im Hinblick auf die evtl. fortbestehende – und nicht ausgeschiedene – **Komplementär-GmbH** sollte ein **Nachtragsliquidator** bestellt werden. Die Frage nach der Fortexistenz der vermögenslos beteiligten Komplementär-GmbH ist zwar nicht abschließend geklärt, es spricht aber immer noch eine starke Meinung dafür

aus. Falls die Komplementärin tatsächlich nicht mehr bestehen sollte, dürfte die Mitwirkung des Nachtragsliquidators dennoch nicht schaden.