

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 174856****letzte Aktualisierung: 30. April 2020****GmbHG § 73****Sperrjahr bei einer aufgelösten GmbH & Co. KG ohne Auflösung der Komplementär-GmbH****I. Frage**

Ist § 73 GmbHG auf die GmbH & Co. KG analog anwendbar? Es geht um die Anmeldung der Auflösung bzw. der Löschung der KG ohne Auflösung der Komplementär-GmbH.

II. Zur Rechtslage

1. Bei der Beendigung der GmbH & Co. KG ist streng zwischen der GmbH & Co. KG einerseits und ihrer Komplementär-GmbH andererseits zu unterscheiden; eine (zwingend synchron laufende) Gesamtauflösung gibt es (vorbehaltlich zu empfehlender gesellschaftsvertraglicher Bestimmungen) nicht (Scholz/Cziupka, GmbHG, 12. Aufl. 2020, § 60 Rn. 135 – juris). Beide Gesellschaften durchlaufen eigenständige Beendigungsverfahren, für die rechtsformbedingt unterschiedliche Regelungen gelten. Wird – genau anders als im hier zu begutachtenden Fall – nur die Komplementär-GmbH liquidiert, würde diese mit ihrer Vollbeendigung analog § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB aus der Gesellschaft ausscheiden (Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl. 2019, § 131 Rn. 20). Handelt es sich bei ihr – wie in der Praxis regelmäßig – um den einzigen Komplementär, führt sein Ausscheiden zur Auflösung und Abwicklung der KG (ZIP 2007, 1233, 1237 f.). Einer Vollbeendigung der GmbH vor Erlöschen der KG steht aber – selbst dann, wie die Beteiligung der Komplementär-GmbH ohne Kapitalanteil ausgestaltet ist – nach mittlerweile wohl überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur schon ihre Stellung als persönlich haftende Gesellschafterin in der KG entgegen, weil diese Stellung fortwährende Abwicklungsaufgaben indiziert, die nach der Lehre vom sog. erweiterten Doppeltatbestand eine Vollbeendigung der GmbH verhindern (OLG Frankfurt v. 14.5.1976 – 20 W 313/76, DNotZ 1976, 619; OLG Düsseldorf v. 17.10.1994 – 3 Wx 354/94, DNotZ 1995, 977, 978; OLG Frankfurt v. 16.6.2005 – W 408/04, FGPrax 2005, 269, 269 f.; vgl. dazu Scholz/Cziupka, § 60 Rn. 135 m. w. N. – juris). Wird dagegen nur die KG aufgelöst, schlägt diese Auflösung nicht auf die Komplementär-GmbH durch: Die Auflösung der KG löst nicht automatisch die GmbH auf.
2. Wird die GmbH & Co. KG liquidiert, ist das nach Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft von den Liquidatoren unter die Gesellschafter zu verteilen (§ 155 Abs. 1 HGB). Nach Durchführung der Schlussverteilung des Vermögens ist die Liquidation abgeschlossen und die Gesellschaft beendet. Die Liquidatoren haben das

Erlöschen der Firma der GmbH & Co. KG zum Handelsregister anzumelden (§ 157 Abs. 1 HGB). Eine Sperrfrist sieht das HGB insoweit nicht vor.

3. Nach h. M. im Schrifttum ist indes bei der GmbH & Co. KG ohne natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter § 73 GmbHG auf die KG entsprechend anzuwenden (vgl. etwa MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 155 Rn. 49). Danach ist eine Verteilung des Restvermögens der KG erst dann zulässig, wenn sämtliche Schulden getilgt sind und das Sperrjahr abgelaufen ist. Diese Sichtweise ist mittlerweile weitgehend gefestigt, sodass die dogmatische Begründung, die in der Literatur hierfür geliefert wird, den Umfang dieses Gutachtens sprengen würde: Hingewiesen sei zusammenfassend nur darauf, dass die analoge Anwendung des Sperrjahres, die eine Verschärfung des Kapitalschutzes bei der GmbH bewirkt, eine konsequente Fortführung der höchstrichterlichen Erstreckung des Kapitalschutzes der §§ 30, 31 GmbHG auf die GmbH & Co. KG bei Auszahlungen aus dem Vermögen der KG darstellt (ähnlich auch Rowedder/Schmidt-Leithoff/Gesell, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 73 Rn. 37), da bei einer GmbH als einziger Komplementärin der Gläubigerschutz über die §§ 128, 171 f., 159 HGB nicht ausreicht (vgl. etwa Henssler/Strohn/Klöhn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 155 HGB Rn. 3).

Diese entsprechende Anwendung soll nach einer teilweise vertretenen Ansicht indes nur dann gelten, wenn nicht nur die KG, sondern auch die GmbH aufgelöst ist. Ist nur die KG aufgelöst, soll es danach bei der alleinigen Anwendung des § 155 HGB verbleiben (Reichert/Salger, GmbH & Co. KG, 7. Aufl. 2015, § 47 Rn. 67). Die überwiegende Literaturmeinung differenziert indes nicht in diesem Sinne. Vielmehr soll – sofern die Problematik überhaupt diskutiert wird und nicht nur pauschal (wie meist) von einer Analogiebildung bei der GmbH & Co. KG gesprochen wird – die entsprechende Anwendung des § 73 GmbHG auch dann zum Tragen kommen, wenn nur die KG, nicht aber die Komplementär-GmbH aufgelöst ist (ausdrücklich dafür jüngst Danzeglocke/Fischer, NZG 2019, 886, 888; deutlich auch vor allem auch Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 73 Rn. 40: „Ist nur die KG, nicht aber die GmbH aufgelöst, so ist § 155 HGB zu beachten. (...). Daneben tritt eine konkurrierende analoge Anwendung des § 73 zum Schutz der KG-Gläubiger.“; weiterhin in diesem Sinne Habersack, in: Habersack/Schäfer, Das Recht der OHG, 2. Aufl. 2019, § 155 Rn. 17: „Bei Auflösung der Personengesellschaft, sei es allein oder gemeinsam mit der Komplementärgesellschaft, sind in Fortentwicklung der Grundsätze über die Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co. KG die Vorschriften der §§ 272 AktG, 73 GmbHG auch insoweit analog anzuwenden, als es um die Verteilung des Vermögens der Personengesellschaft geht.“). Sofern hierfür überhaupt eine Begründung geliefert wird, wird darauf verwiesen, dass die Komplementär-GmbH den Gläubigern der KG als unbeschränkt haftende Gesellschafterin nur so lange Schutz bieten könne, wie ihr Freistellungsanspruch gegen die KG (§§ 161 Abs. 2, 119 Abs. 2 HGB) bestehe (§ 155 HGB ist disponibel und bietet diesen Schutz daher selbst nicht); dies sei aber nicht mehr der Fall, sofern die KG aufgrund vollständiger Vermögensverteilung erloschen sei. Dieses Ergebnis halten wir für überzeugend, da auch bei alleiniger Auflösung der GmbH & Co. KG das aufgezeigte Gläubigerschutzdefizit besteht, dessen Überwindung die analoge Anwendung des § 73 GmbHG dienen soll. Die einzige, soweit ersichtliche ausdrückliche Gegenstimme in der Literatur (Reichert/Salger, § 47 Rn. 67) liefert denn auch keine Begründung für ihre Sichtweise, sondern verweist auf K. Schmidt, in: MünchKommHGB, wohl (noch) in Fassung der 2. Aufl. 2006, der in der Tat an dieser besagten Kommentarstelle von einer sinnge-
mäßigen Anwendung des § 73 GmbHG im Falle der Auflösung von GmbH *und* KG spricht, wohingegen es bei einer Auflösung der KG, nicht aber der GmbH, bei einer entsprechenden Anwendung des § 155 HGB zu bleiben habe. Eine Begründung wird indes nicht geliefert. An anderer Stelle (in: Scholz, § 73 Rn. 40) bringt K. Schmidt dagegen nun klar

zum Ausdruck, dass er das Sperrjahr indes auch in diesem Fall gewahrt wissen möchte, ohne freilich die frühere Ansicht explizit aufzugeben, die daher aber womöglich zu relativieren ist, wofür auch spricht, dass *K. Schmidt* in der aktuellen Fassung des MünchKommHGB, 4. Aufl. 2016, § 155 Rn. 49 (und auch schon zuvor in der 3. Aufl. 2011, § 155 Rn. 49) die von *Salger* zur Stützung seiner Ansicht zitierte Passage gestrichen hat und dort nunmehr nur noch den Fall der Doppelauflösung (KG und GmbH) behandelt.

4. Ist das Sperrjahr damit richtigerweise zu wahren, stellt sich die Folgefrage, ob auch die Auflösung der KG – ggf. in entsprechender Anwendung des § 65 Abs. 2 GmbHG – im Bundesanzeiger zu veröffentlichen und ein Gläubigeraufruf erforderlich ist (Danzeglocke/Fischer, NZG 2019, 886, 889; Roth, GmbHR 2017, 901, 904). Diese Folgefrage wird in der Literatur, sofern sie sich dazu überhaupt verhält, verneint. Das bedeutet: Werden KG und GmbH aufgelöst, beginnt das Sperrjahr mit demjenigen bei der KG zu laufen (Scholz/K. Schmidt, § 65 Rn. 28). Mangelt es, wie hier, an der Auflösung der GmbH, beginnt das Sperrjahr – in Ermangelung eines dann verfügbaren anderweitigen Anknüpfungspunktes – mit der Eintragung der Auflösung der KG im Handelsregister (Danzeglocke/Fischer, NZG 2019, 886, 889; Roth, GmbHR 2017, 901, 904). Zur Begründung wird angeführt, dass anderenfalls, d. h. bei einer entsprechenden Anwendung des § 65 Abs. 2 GmbHG, die Gefahr bestünde, dass die Sperrjahresfrist mangels entsprechender Kenntnis der Liquidatoren von diesem Erfordernis allzu oft nicht zu laufen begänne; dies sei angesichts einer fehlenden gesetzlichen Anordnung eine zu strenge Sanktion (Roth, GmbHR 2017, 901, 904). Auch wenn diese (etwas ergebnisgetriebene) Argumentation nicht wirklich überzeugend ausfällt, ist doch zu bemerken, dass es – soweit ersichtlich – abweichende Stellungnahmen bislang nicht gibt. Von einer gefestigten Meinung dürfte sich wohl dennoch noch nicht sprechen lassen, sodass eine gewisse Rechtsunsicherheit verbleibt.