

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

HGB §§ 131, 145, 157, 161; GmbHG §§ 60, 67, 74 – Liquidation bei einer GmbH & Co. KG nach Einstellung des Insolvenzverfahrens bei der KG und Ablehnung der Insolvenzeröffnung mangels Masse bei der Komplementär-GmbH; Löschung im Handelsregister

BeurkG § 16 Abs. 3 S. 1 – Übersetzung der Niederschrift durch einen Dolmetscher in verschiedene Sprachen

Aktuelles

Literaturhinweis

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

HGB §§ 131, 145, 157, 161; GmbHG §§ 60, 67, 74

Liquidation bei einer GmbH & Co. KG nach Einstellung des Insolvenzverfahrens bei der KG und Ablehnung der Insolvenzeröffnung mangels Masse bei der Komplementär-GmbH; Löschung im Handelsregister

I. Sachverhalt

Eine GmbH & Co. KG ist aufgelöst. Das Insolvenzverfahren der KG wurde zwischenzeitlich eingestellt. Nun soll die Firma im Handelsregister gelöscht werden. Auch die Komplementär-GmbH ist aufgelöst, da die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist. Auch diese soll im Handelsregister gelöscht werden. Liquidatoren wurden nicht bestellt.

II. Fragen

1. Wie ist die Löschung der jeweiligen Firma durchzuführen?
2. Kann bzw. darf der jeweils noch nicht gelöschte Geschäftsführer die Anmeldung betreiben, wobei bei der KG die aufgelöste Komplementär-GmbH Geschäftsführerin ist?

III. Zur Rechtslage

1. Grundsätzliches zur Löschung einer KG nach Einstellung des Insolvenzverfahrens

Eine KG wird mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen aufgelöst (§§ 161 Abs. 2, 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB; vgl. § 138 Abs. 1 Nr. 2 HGB i. d. F. ab 1.1.2024); bei einer GmbH & Co. KG gilt dies grundsätzlich auch, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt wurde (§ 161 Abs. 2, § 131 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 HGB; vgl. § 138 Abs. 2 Nr. 1 HGB i. d. F. ab 1.1.2024).

Die Auflösung der Gesellschaft ist gem. § 143 Abs. 1 S. 1 HGB (vgl. § 141 Abs. 1 S. 1 HGB i. d. F. ab

1.1.2024) grundsätzlich von allen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Im – hier relevanten – Fall der Auflösung wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens hingegen ist die **Auflösung von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen** (§ 143 Abs. 1 S. 3 HGB, vgl. Krafska, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 666; offenbar a. A. Herrler/Franck, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 5 Rn. 57 [„Die Auflösung der KG ist – anders als bei der GmbH – nicht im Handelsregister einzutragen, § 143 Abs. 1 S. 2 und S. 3 HGB“]; diese Ansicht lässt sich jedoch mit dem Gesetzeswortlaut nicht in Einklang bringen). Eine Ausnahme der Eintragung der Auflösung besteht nur in den Fällen, in denen eine GmbH & Co. KG wegen Vermögenslosigkeit gelöscht wird (§ 161 Abs. 2, § 143 Abs. 1 S. 4 HGB i. V. m. § 131 Abs. 2 Nr. 2 HGB), da insofern unmittelbar die Löschung im Register erfolgt (§ 394 FamFG; zu beachten ist jedoch, dass der für eine GmbH & Co. KG maßgebliche § 394 Abs. 4 FamFG eine Löschung im Grundsatz nur ermöglicht, wenn sowohl die KG als auch die Komplementär-GmbH vermögenslos sind). Vorliegend ist daher die Auflösung der KG bereits vom Gericht in das Handelsregister eingetragen worden (hieran ändert auch das MoPeG nichts, vgl. § 141 Abs. 1 S. 2 HGB n. F.).

Die **Auflösung bedeutet noch nicht die Vollbeendigung** der Gesellschaft. Denn nach der Auflösung wandelt sich die KG in eine **Abwicklungs-/Liquidationsgesellschaft**, welche nunmehr den Zweck verfolgt, das Vermögen der Gesellschaft zu verwerten (Franck, § 5 Rn. 57). Die Gesellschaft bleibt bis zur vollständigen Auseinandersetzung hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens bestehen (BGH, Urt. v. 13.3.2018 – II ZR 243/16, BeckRS 2018, 5057 Rn. 70; Wertensbruch/Westermann/Blaum, Handbuch Personengesellschaften, 86. Lfg. 8/2023, § 48 Rn. 2437; Hillmann, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, § 155 Rn. 21), muss also nach den gesetzlichen (§§ 145 ff. HGB) oder gesellschaftsvertraglichen Vorgaben **liquidiert werden**.

Im Ergebnis ist auch dann ein solches **Liquidationsverfahren durchzuführen**, wenn das **Insolvenzverfahren eingestellt** wurde. Für die Einstellung des Insolvenzverfahrens kommen drei Gründe in Betracht (vgl. BeckOGK-GmbHG/Schmidt, Std.: 1.4.2023, § 60 Rn. 41; im Folgenden wird vorausgesetzt, dass eine Einstellung im technischen Sinne gemeint ist und keine Aufhebung):

- Der Fall des § 207 Abs. 1 S. 1 InsO (nicht ausreichende Insolvenzmasse),
- der Wegfall des Eröffnungsgrundes nach § 212 InsO sowie

- die Zustimmung aller Gläubiger zur Einstellung gem. § 213 InsO.

An eine dementsprechend erfolgte Einstellung des Insolvenzverfahrens schließt sich ein gewöhnliches Liquidationsverfahren an (Haas/Mock, in: Gottwald/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2020, § 94 Rn. 23; BeckOGK-GmbHG/Schmidt, § 60 Rn. 42; GroßkommGmbHG/Paura, 3. Aufl. 2021, § 66 Rn. 91; wohl auch Uhlenbruck/Ries, InsO, 15. Aufl. 2019, § 207 Rn. 54 und Krafska, Rn. 1145 [zur GmbH]; vgl. allg. zum Verhältnis von Insolvenzverfahren und Liquidation BeckOGK-HGB/Peschke, Std.: 1.6.2023, § 145 Rn. 37). Denn mit der Einstellung erhält der Insolvenzschuldner (hier die KG) das Recht zurück, über die Insolvenzmasse frei zu verfügen (§ 215 Abs. 2 InsO) – da die Gesellschaft aber, sofern kein Fortsetzungsbeschluss gefasst wird, aufgelöst bleibt, muss demnach das „normale“ Liquidationsverfahren der §§ 145 ff. HGB durchgeführt werden (vgl. zur Rechtslage bei der GmbH: BeckOGK-GmbHG/Schmidt, § 60 Rn. 42). Eine Nachtragsverteilung nach § 203 InsO (dazu Krafska, Rn. 1130) kann insofern nicht erfolgen, als das Insolvenzverfahren nicht beendet wurde und demnach kein Schlusstermin stattfand.

Nach unserem Dafürhalten **müssten daher für die aufgelöste KG zunächst ggf. Liquidatoren bestellt und die Liquidatoren zum Handelsregister angemeldet werden** (§§ 161 Abs. 2, 147 HGB). Nach derzeitiger Rechtslage erfolgt die Liquidation gem. § 161 Abs. 2, § 146 Abs. 1 S. 1 HGB grundsätzlich durch **alle Gesellschafter** (ab 1.1.2024 hingegen bei einer KG gem. **§ 178 HGB n. F.** von Gesetzes wegen allein durch die Komplementärin, vgl. Rowedder/Pentz/Gesell, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 66 Rn. 33). Freilich kann der Gesellschaftsvertrag **abweichende Regelungen** treffen (vgl. § 146 Abs. 1 S. 1 HGB). In der Praxis wird meist im Gesellschaftsvertrag der Komplementärin die Liquidation übertragen (vgl. Reichert/Reichert/Ullrich, GmbH & Co. KG, 8. Aufl. 2021, § 59 II, dort § 26; BeckOF-Vertrag/Giehl, Std.: 1.1.2023, Form. 7.6.1.2, dort § 23). Möglich ist es ferner, durch Beschluss der Gesellschafter andere Personen zu Liquidatoren zu bestellen (dieser Beschluss wird i. d. R. mit dem – hier nicht erforderlichen – Auflösungsbeschluss kombiniert; vgl. Fuhrmann/Wälzholz/Lichtenwimmer, Formularbuch Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2023, Muster 28.1). Es ist jedoch denkbar, dass ein Gesellschafterbeschluss gar nicht gefasst werden muss, sofern die Liquidation durch alle Gesellschafter gemeinschaftlich (§ 146 Abs. 1 S. 1, § 150 HGB) erfolgen soll. Freilich dürfte sich meist ein Beschluss empfehlen, mit dem Einzelvertretungsbefugnis und ggf. die Befreiung der Beschränkung von § 181 BGB vorgesehen werden (vgl. Lichtenwimmer, M 28.1 Anm. 5).

Die Liquidatoren haben sodann die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen (§ 149 S. 1 HGB). Das nach der Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft ist von den Liquidatoren zu verteilen (§ 155 Abs. 1 HGB – es gelten jedoch Besonderheiten in Form eines **Sperrjahres** bei der GmbH & Co. KG, dazu unten Ziff. 3). Es ist möglich, dass der Gesellschaftsvertrag eine abweichende Art der Auseinandersetzung vorsieht (vgl. § 145 Abs. 1 HGB). Nach Beendigung der Liquidation erfolgt sodann die – hier in Rede stehende – **Anmeldung des Erlöschens der Firma seitens der Liquidatoren** (§ 157 Abs. 1 HGB).

Auf die Frage, ob der jeweils noch nicht gelöschte Geschäftsführer der Komplementär-GmbH die Anmeldung betreiben darf, ist daher zu antworten, dass nur der Liquidator bzw. die Liquidatoren der KG diese Anmeldung abgeben dürfen (sofern dies – ggf. auch – die Komplementär-GmbH übernimmt, müssen für diese vorliegend wiederum deren Liquidatoren handeln, dazu sogleich Ziff. 2 und 3).

2. Grundsätzliches zur Situation der aufgelösten Komplementär-GmbH und Rückwirkungen auf die GmbH & Co. KG

Eine GmbH wird aufgelöst, wenn über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wird (§ 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG). Ist die GmbH Komplementärin einer KG, so scheidet sie damit auch aus der KG aus (§ 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 HGB). Vorliegend wurde das Insolvenzverfahren nicht eröffnet, sondern mangels Masse abgelehnt. Es stellt sich damit nicht das Problem, ob § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 HGB in Fällen der sog. Simultaninsolvenz teleologisch zu reduzieren ist und die insolvente Komplementär-GmbH damit – jedenfalls bei einer nur zweigliedrigen KG – entgegen des Gesetzeswortlauts nicht aus dieser ausscheidet (für die teleologische Reduktion insb. K. Schmidt ZIP 2008, 2337, 2344; MünchKommHGB/K. Schmidt/Fleischer, 5. Aufl. 2022, § 131 Rn. 76 f.; Henssler/Strohn/Klöhn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 131 HGB Rn. 53; wohl auch BFH DStR 2006, 2168, 2170; **a. A. aber die h. M.**, vgl. BGH NJW 2008, 2992; WM 2014, 1284 Rn. 19; BVerwG NZG 2011, 1223 Rn. 17; Gummert, in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 2, 5. Aufl. 2019, § 55 Rn. 2; Hopt/Roth, HGB, 42. Aufl. 2023, § 131 Rn. 22). Der Gesetzgeber hat den Streit für die Zeit ab dem 1.1.2024 zugunsten der erstgenannten Ansicht entschieden (vgl. § 179 HGB n. F.).

Eine GmbH wird jedoch auch dann aufgelöst, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch rechtskräftigen Beschluss mangels Masse abgelehnt wurde (§ 60

Abs. 1 Nr. 5 GmbHG). Das Gericht hat dann von Amts wegen die Auflösung der Gesellschaft einzutragen (§ 65 Abs. 1 S. 2, 3 GmbHG). Vorliegend kann die umstrittene Frage, ob die Auflösung der GmbH wegen Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ebenfalls zu einer Auflösung der KG führt (dazu ausführlich Scholz/Scheller, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 60 Rn. 136 m.N.; Altmeppen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 60 Rn. 122 f.), dahinstehen, da die KG ohnehin aufgelöst ist. Entsprechend den obigen Ausführungen zur KG ist daher vorliegend auch die Auflösung der GmbH bereits in das Handelsregister eingetragen.

Wie bei der KG (vgl. oben Ziff. 1) wird die GmbH mit der Auflösung zur **Abwicklungsgesellschaft** (Knaier, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 60 Rn. 4) und es schließt sich die **Liquidation** an, sofern keine Löschung wegen Vermögenslosigkeit (§ 66 Abs. 5 GmbHG) erfolgte. **Mit der Auflösung der GmbH verlieren die Geschäftsführer kraft Gesetzes ihre Vertretungsbefugnis** (BayObLG DNotZ 1992, 222, 224; Knaier, § 60 Rn. 4). **Insofern sind mithin ebenfalls die Liquidatoren zum Handelsregister anzumelden** (§ 67 GmbHG), denn in der Konstellation der Ablehnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse gelten nach h. M. für das Liquidationsverfahren keine insolvenzrechtlichen Besonderheiten (Haas, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 60 Rn. 67; Knaier, § 60 Rn. 245 ff.; vgl. auch BayObLGZ 1987, 222 zur alten Rechtslage auf Basis des LöschG). Die in § 66 Abs. 1 GmbHG genannte Ausnahme der Durchführung der Liquidation gilt nur, wenn das Insolvenzverfahren auch durchgeführt wird; zudem wird damit lediglich klargestellt, dass insofern der Insolvenzverwalter anstelle der Liquidatoren zuständig ist (KG GmbHR 2012, 1007; Krafka, Rn. 1143; BeckOK-GmbHG/Lorscheider, Std.: 1.3.2023, § 66 Rn. 3).

Liquidatoren bei der GmbH sind grundsätzlich die Geschäftsführer, sofern die Liquidation nicht im Gesellschaftsvertrag oder der Satzung anderen Personen übertragen wird (§ 66 Abs. 1 GmbHG). Ein Beschluss hinsichtlich der Bestellung der Liquidatoren, der konkreten Vertretungsbefugnis sowie ggf. der Befreiung von § 181 BGB (die allerdings zwingend eine entsprechende Satzungsgrundlage erfordert, vgl. Scholz/K. Schmidt/Scheller, § 68 Rn. 8 m.N.) wäre der Anmeldung gem. § 67 Abs. 2 GmbHG in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen (Muster bei Fuhrmann/Wälzholz/Wälzholz, Formularbuch Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2023, Muster M 18.1). Grds. ist ein Gesellschafterbeschluss jedoch nicht erforderlich: Die sonst zu beschließende Auflösung trat bereits kraft Gesetzes ein, die Liquidatoren sind entweder bereits gesellschaftsvertraglich bestimmt oder die Geschäftsfüh-

rer sind geborene Liquidatoren. Sofern der Liquidator im Gesellschaftsvertrag benannt ist, muss er lediglich hierauf Bezug nehmen; wird der Geschäftsführer gem. § 66 Abs. 1 GmbHG von Gesetzes wegen Liquidator, bedarf es ebenfalls nicht zwingend eines weiteren Beschlusses (Gesell, § 67 Rn. 4). Umstritten ist jedoch, ob der Geschäftsführer im Rahmen der Anmeldung zu versichern hat, dass die Gesellschafter keinen anderen Liquidator bestellt haben (dafür Gesell, § 67 Rn. 4; dagegen etwa Paura, § 67 Rn. 16; jew. m. w. N.). Wiederum dürfte sich aber auch auf dieser Ebene ein Beschluss der Gesellschafter regelmäßig empfehlen; insb. hinsichtlich einer Einzelvertretungsberechtigung bei mehreren Geschäftsführern.

Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beenden, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen, die Forderungen derselben einzuziehen und das Vermögen der Gesellschaft in Geld umzusetzen (§ 70 S. 1 GmbHG). Die **Vermögensverteilung darf grundsätzlich nicht vor dem Ablauf eines Sperrjahres** seit der Aufforderung an die Gläubiger erfolgen (§§ 72, 73 Abs. 1, 65 Abs. 2 GmbHG). Erst nach der Beendigung der Liquidation und Schlussrechnungslegung ist der **Schluss der Liquidation seitens der Liquidatoren zum Handelsregister anzumelden** und die Gesellschaft wird gelöscht (§ 74 Abs. 1 GmbHG). Die Vollbeendigung der GmbH setzt kumulativ die Eintragung des Erlöschens, die Vermögenslosigkeit der GmbH sowie das Fehlen weiteren Abwicklungsbedarfs voraus (sog. Lehre vom erweiterten Doppeltatbestand der Vollbeendigung; vgl. Herrler/Blath, § 6 Rn. 1774 f.; Bernert, MittBayNot 2021, 309, 314 f.).

3. Vorgehen/Rechtslage im konkreten Fall und Besonderheiten bei der GmbH & Co. KG

Wie erläutert, sind zunächst auf Ebene der GmbH und sodann der KG **Liquidatoren zum Handelsregister anzumelden** und ggf. vorher zu bestellen (zu einem Muster in Bezug auf Auflösung und Bestellung der Liquidatoren bei der GmbH vgl. Krafka, Rn. 1125; Muster für die Bestellung der Liquidatoren bei der KG vgl. Krafka, Rn. 779a sowie Beckert, in: Formularbuch Recht und Steuern, 10. Aufl. 2021, Formular A.9.13a; wobei entsprechend wiederum die Auflösung nicht mehr angemeldet werden muss).

Zunächst sollte die Liquidation der KG erfolgen.

Denn nach herkömmlicher Ansicht verhindert bereits die Stellung als persönlich haftende Gesellschafterin – auch ohne Kapitalanteil – die Vollbeendigung der Komplementär-GmbH (OLG Frankfurt FGPrax 2005, 269, 270; Scheller, § 60 Rn. 135; ähnlich wohl BGH NJW 1980, 233, 234; a. A. OLG Hamm NZI 2007, 584, 587; möglicherweise auch die beiläufige Äußerung

des BGH in NZG 2011, 26 Rn. 31, der eine Vollbeendigung auch bei einer grundsätzlich noch bestehenden Position als Komplementärin anzunehmen scheint). Legt man diese „herkömmliche“ Ansicht zugrunde, empfiehlt es sich schon zur Vermeidung einer sonst ggf. erforderlichen Nachtragsliquidation (zu dieser Blath, § 6 Rn. 1776 ff.; DNotI-Report 2018, 73, 73 f.), zuerst die Löschung und Vollbeendigung der KG zu betreiben. Mit dieser endet auch die Stellung der GmbH als Komplementärin.

Die Liquidation, welche einer Komplementär-GmbH obliegt, wird im Grundsatz durch deren Geschäftsführer vorgenommen (Krafka, Rn. 827). Jedoch ist die GmbH ebenfalls aufgelöst, sodass die Liquidatoren der GmbH diese vertreten (vgl. oben Ziff. 2) und damit **im Ergebnis die Liquidatoren der GmbH auch die Liquidation bei der KG vornehmen** (zur Frage, wer Liquidator bei der KG wird, vgl. oben Ziff. 1).

Zu beachten ist, dass das **Sperrjahr gem. § 73 Abs. 1 GmbHG** nach h. M. **analog** auf die **GmbH & Co. KG anzuwenden** ist (MünchKommHGB/K. Schmidt, 5. Aufl. 2022, § 155 Rn. 49; BeckOGK-HGB/Heusel, Std.: 1.9.2023, § 155 Rn. 72; MünchKommGmbHG/Müller, 4. Aufl. 2022, § 73 Rn. 61 f.; Danzeglocke/Fischer, NZG 2019, 886; Franck, § 5 Rn. 57a). Demgemäß darf auch entgegen § 155 HGB das **Vermögen der KG grundsätzlich erst nach Ablauf des Sperrjahres verteilt werden**. Es ist **umstritten**, ob an die Veröffentlichung des Gläubigeraufrufs bei der GmbH anzuknüpfen ist oder ob auch ein Aufruf analog § 65 Abs. 2 GmbHG bei der (GmbH & Co.) KG zu erfolgen hat (vgl. zum Streitstand K. Schmidt/Scheller, § 65 Rn. 30 m. w. N.; Roth, GmbHR 2017, 901, 903; Danzeglocke/Fischer, NZG 2019, 886, 889; Reichert/Salger, GmbH & Co. KG, § 47 Rn. 67).

Anschließend ist das Erlöschen der KG gem. **§ 157 HGB** zum Handelsregister anzumelden (vgl. § 150 HGB n. F.). Nach der Beendigung der Liquidation bei der Komplementär-GmbH kann sodann auch bei ihr der Schluss der Liquidation und damit ihr Erlöschen nach **§ 74 Abs. 1 GmbHG** angemeldet werden (vgl. Muster bei Krafka, Rn. 1149).