

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 181153

letzte Aktualisierung: 05. März 2021

MaßnG-GesR §§ 1, 2, 5; HGB §§ 161, 119

**Anwendung des MaßnG-GesR auf Publikums-GmbH & Co. KG; Personengesellschaft;
Publikumsgesellschaft; Umlaufverfahren**

I. Sachverhalt

Die X-GmbH & Co. KG ist eine Publikumsgesellschaft mit etwa 850 Gesellschaftern. Ihr Gesellschaftsvertrag soll geändert werden.

II. Frage

Sind § 2 und § 5 Abs. 2 u. 3 MaßnG-GesR auf die Gesellschafterversammlung einer Publikumsgesellschaft (GmbH & Co. KG) entsprechend anzuwenden?

III. Zur Rechtslage

1. Bewusste Regelungslücke naheliegend

Zunächst ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber im MaßnG-GesR (so im Folgenden das Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie, BGBl. I 2020, S. 570, dort Art. 2) **keine Regelungen zur Personengesellschaft** getroffen hat (vgl. auch Böffel/Schramm, WM 2020, 2004, 2005, 2006: Personengesellschaftsrecht bleibe von der Ausnahmegesetzgebung unberührt; Noack/Zetzsche, AG 2020, 265 Rn. 111; Schmidt, in: Schmidt, COVID-19, 2. Aufl. 2020, § 9 Rn. 92 ff. mit Hinweis lediglich auf § 9b WStBG). Es spricht viel dafür, dass dies eine bewusste Entscheidung war (vgl. auch Böffel/Schramm, WM 2020, 2004, 2007).

Dabei ist zu bedenken, dass die Gesellschafterversammlung der Personengesellschaft (auch der Publikumpersonengesellschaft, Jaletzke, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, 5. Aufl. 2019, § 66 Rn. 1) bisher nicht gesetzlich geregelt, hingegen vielfach in den Gesellschaftsverträgen in unterschiedlicher Weise ausgestaltet ist. Hat sich der Gesetzgeber aber **bewusst enthalten**, so kommt eine **analoge Anwendung** der für andere Rechtsträger getroffenen Regelungen nicht in Betracht (Römermann/Grupe, in: Römermann, Leitfaden für Unternehmen in der COVID-19-Pandemie, 2020, Teil 3 Rn. 9; dies., in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, 2020, Teil 2 Vor § 1 COVMG Rn. 12). Das kann u. E. auch im Hinblick auf die **Publikumpersonengesellschaft** nicht anders sein. Auf diese werden zwar durchaus körperschaftsrechtliche Normen angewendet

(etwa § 50 Abs. 3 GmbHG über das Minderheiteneinberufungsrecht, BGH NJW 1988, 969, 970, oder § 273 Abs. 4 AktG über die gerichtliche Bestellung eines Nachtragsliquidators, BeckOGK-HGB/Notz/Zinger, Std.: 1.8.2020, § 161 Rn. 455; vgl. auch DNotI-Abrufgutachten Nr. 174856 zur Anwendung des § 73 GmbHG auf die GmbH & Co. KG). Dies genügt aber nicht, um von einer zweifelsfreien entsprechenden Anwendung des MaßnG-GesR auszugehen.

2. Konkret analogiefähige Normen fraglich

Die sich anschließende Frage wäre zudem, welche Bestimmungen genau anzuwenden wären. Das MaßnG-GesR stellt regelungstechnisch spezielle Regelungen für jede berücksichtigte Körperschaft auf. Eine Gesamtanalogie kommt schon deshalb nicht in Betracht. Andererseits gibt es u. E. keine Bestimmungen, deren Anwendung auf die Publikumsgesellschaft sich gewissermaßen aufdrängen müsste. Es ist indes vertretbar, dies anders zu sehen: So wird unabhängig von der COVID-19-Gesetzgebung eine entsprechende Anwendung des **GmbH-Rechts** auf die (gesellschaftsvertraglich vorgesehene) Gesellschafterversammlung der OHG/KG befürwortet (MünchKommHGB/Enzinger, 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 48; grds. auch Schäfer, in: Habersack/Schäfer, OHG, 2. Aufl. 2019, § 105 HGB Rn. 17; BeckOK-HGB/Klimke, Std.: 15.1.2021, § 119 Rn. 66: „sinngemäß“; Oetker/Lieder, HGB, 6. Aufl. 2019, § 119 Rn. 38: am GmbH-Recht könne „Maß genommen werden“; Freitag, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, § 119 Rn. 46: „vorsichtige Analogie“; einschränkend zur Einberufung Kindler, in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, HGB, 9. Aufl. 2019, § 119 Rn. 6) und in Anknüpfung daran eine analoge Anwendung des § 2 MaßnG-GesR auf das Umlaufverfahren der Personengesellschaft (Otte/Dietlein, BB 2020, 1163, 1168; dagegen Böffel/Schramm, WM 2020, 2004, 2007, sodann zur ebenso abgelehnten ergänzenden Vertragsauslegung). Andererseits soll für die Publikumspersonengesellschaft das **Aktienrecht** maßgeblich sein (vgl. Schäfer, § 105 HGB Rn. 17; BeckOK-HGB/Klimke, § 119 Rn. 66; s. aber Jaletzke, § 66 Rn. 1: Gesellschaftsverträge lehnten sich üblicherweise an GmbH-Recht an). Zumindest eine rechtssichere Differenzierung wird derzeit ausscheiden.

3. Fazit

Im Prinzip können die Gesellschafter der Personengesellschaft das Versammlungs- und Beschlussrecht einvernehmlich ziemlich weitgehend gestalten, auch weil kein gesetzliches Formerfordernis zu beachten ist. Schwierig wird es freilich, wenn – wie im vorliegenden Fall – wegen der Vielzahl der Gesellschafter ein einvernehmliches Handeln oder auch nur eine Gesellschaftsvertragsänderung aufgrund gesellschaftsvertraglicher Mehrheitsklausel nicht zu realisieren ist. Dennoch dürften die Beteiligten im Ergebnis auf das **reguläre Prozedere** der Gesellschafterversammlung und Beschlussfassung zu verweisen sein (so im Ergebnis wohl auch Noack/Zetzsche, AG 2020, 265 Rn. 111; Römermann/Grupe, Teil 2 Vor § 1 COVMG Rn. 13).