

Leseprobe zu



Westermann

Handbuch Personengesellschaften

Gesellschaftsrecht – Steuerrecht – Sozialversicherungsrecht - Verträge und Formulare

Grundwerk in 2 Bänden, Ordner Leinen, Handbuch, 14,5 x 20,5cm

ISBN 978-3-504-33152-8

119,00 € (Grundwerk mit Fortsetzungsbezug für mindestens 2 Jahre)

§ 48 Entstehung und Beendigung der KG

	Rz. I		Rz. I
I. Entstehung	2400	1. Beendigung mit Liquidation ..	2427
1. Entstehung durch Neugründung	2401	a) Auflösungsgründe	2427
a) Entstehung im Innenverhältnis	2402	b) Beendigung in Folge des Ausscheidens eines Gesellschafters	2433
b) Entstehung im Außenverhältnis	2409	c) Die Liquidation	2437
2. Entstehung durch Umwandlung	2413	2. Beendigung ohne Liquidation	2440
a) Umwandlung nach dem UmwG	2414	a) Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters (Anwachsung)	2440
b) Umwandlung kraft Rechtsformzwangs	2416	b) Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in einer Hand (Konfusion)	2448
3. Firma	2418	c) Auflösung ohne Abwicklung nach dem UmwG	2451
a) Wahl der Firma	2419	d) Anmeldung und Eintragung der Beendigung ohne Liquidation	2453
b) Entstehung und Firmenfortführung	2422		
II. Beendigung	2426		

I. Entstehung

Eine KG kann durch **Neugründung** errichtet werden oder infolge von **Umwandlungsvorgängen** entstehen.¹ 2400

1. Entstehung durch Neugründung

Bei der Entstehung der KG ist zwischen der Entstehung der KG im Innenverhältnis und dem Wirksamwerden der KG im Außenverhältnis zu unterscheiden. Während das Wirksamwerden im Innenverhältnis für die Frage des Verhältnisses der **Gesellschafter untereinander** maßgebend ist, betrifft das Wirksamwerden im Außenverhältnis die Frage, wann die Gesellschaft im **Rechtsverkehr gegenüber Dritten** als Handelsgesellschaft zu behandeln ist. 2401

a) Entstehung im Innenverhältnis

Die KG entsteht im Innenverhältnis durch den wirksamen **Abschluss des Gesellschaftsvertrags** (vgl. eingehend Rz. I 131 ff.). § 123 HGB gilt nur für das Außenverhältnis und ist aus diesem Grund für die Frage nach dem Entstehen der KG im Innenverhältnis irrelevant. 2402

¹ Gummert in Henssler/Strohn, GesR, 2. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 18.

- 2403 Der Gesellschaftsvertrag muss die für die KG **konstitutiven Merkmale** zum Inhalt haben.¹ Die Gesellschafter müssen sich auf einen gemeinsamen Zweck – den Betrieb eines Handelsgewerbes (§ 1 Abs. 2 HGB) unter gemeinschaftlicher Firma – geeinigt haben (näher zu rechtsformimmanenten Schranken für die KG Rz. I 2058 ff.).² In den Fällen, in denen lediglich eigenes Vermögen verwaltet wird, und im Bereich von §§ 2, 3 Abs. 2 HGB (Kleingewerbe, Kaufmann kraft Eintragung) muss neben den Abschluss des Gesellschaftsvertrags die Eintragung ins Handelsregister hinzutreten, damit eine KG entsteht.³ Weiter muss der Gesellschaftsvertrag die KG-typischen Strukturmerkmale aufweisen: Neben mindestens einem unbeschränkt persönlich haftenden Gesellschafter (**Komplementär**) muss mindestens ein weiterer Gesellschafter vorhanden sein, dessen persönliche Haftung beschränkt ist (**Kommanditist**). Der Beitrag des Komplementärs liegt jedenfalls in der Übernahme der unbeschränkten Haftung (vgl. i.E. zu Beiträgen der Gesellschafter Rz. I 376, I 2168, I 2856). Darüber hinaus kann er sich zu weiteren Beiträgen verpflichten, insbesondere zur Geschäftsführung und einer Vermögenseinlage.⁴ Der Beitrag des Kommanditisten besteht zumindest in der Übernahme des auf seine Haftsumme begrenzten Haftungsrisikos. Sie kann weiter in jeder zur Förderung des Gesellschaftszwecks geeigneten Leistung bestehen. Regelmäßig verpflichtet sich der Kommanditist im Innenverhältnis der Gesellschafter zueinander zur Leistung einer Vermögenseinlage (**Pflichteinlage**; vgl. zur Abgrenzung zwischen Pflichteinlage und Haftsumme Rz. I 2169, I 2829). Zu den Essentialien des KG-Vertrags gehört schließlich die Festlegung der Höhe der **Haftsumme** jedes Kommanditisten im Gesellschaftsvertrag, also des Betrages, auf den die Haftung dieses Kommanditisten im Außenverhältnis beschränkt ist.⁵
- 2404 Für alle weiteren Regelungen besteht grundsätzlich **Vertragsfreiheit**⁶, die lediglich durch zwingende Normen wie §§ 134, 138 BGB und durch unabdingbare gesellschaftsrechtliche Grundsätze, wie das Gesamthandsprinzip (Rz. I 31, I 558), der Grundsatz der Selbstorganschaft (vgl. Rz. I 238a ff.) die Einheitlichkeit der

1 *Gummert* in Henssler/Strohn, GesR, 2. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 12; *Oetker/Oetker*, 4. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 23; *Möhrle* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 2 Rz. 91–97.

2 *Weipert* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 17.

3 MünchKomm.HGB/*Grunewald*, 3. Aufl. 2012, § 161 HGB Rz. 14.

4 MünchKomm.HGB/*Grunewald*, 3. Aufl. 2012, § 161 HGB Rz. 1.

5 *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 171 HGB Rz. 1; *Möhrle* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 2 Rz. 97.

6 *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 163 HGB Rz. 1; *Möhrle* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 2 Rz. 99.

mitgliedschaftlichen Beteiligung (Rz. I 151a), das Abspaltungsverbot (Rz. I 235a, I 236b, I 500 ff., I 641 ff.) oder die Sondererbfolge bei einer Mehrheit von Erben (vgl. Rz. I 2283, I 1221) eingeschränkt wird.¹

An dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags müssen **alle Gesellschafter** mitwirken.² Neben der Zustimmung der Komplementäre bedarf es der Zustimmung der Kommanditisten (zur Beteiligung von nicht (voll) geschäftsfähigen Gesellschaftern vgl. Rz. I 139 ff., I 145a ff., I 2251). Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags ist grundsätzlich **formfrei** möglich (vgl. Rz. I 136 ff.).³ Für die Investment-KG ergibt sich eine **Formbedürftigkeit** (Schriftform) des Gesellschaftsvertrags aus §§ 125 Abs. 1, 150 Abs. 1 KAGB (Rz. I 3168l).⁴ Sie kann sich ferner aus allgemeinen Normen außerhalb des Personengesellschaftsrechts ergeben, nämlich aufgrund der Eigenart der im Gesellschaftsvertrag begründeten Verpflichtungen. So bedarf der Gesellschaftsvertrag wegen § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB der notariellen Beurkundung, wenn sich ein Gesellschafter darin zur Einbringung eines **Grundstücks** verpflichtet.⁵ Gleiches ergibt sich aus § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG, wenn eine Verpflichtung des Gesellschafters zur Einbringung eines **GmbH-Geschäftsanteils** begründet werden soll.⁶ Weiter kann sich eine Formbedürftigkeit aus § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB ergeben, wenn der Gesellschaftsvertrag ein Schenkungsversprechen enthält.⁷ Die Nichteinhaltung der Form kann durch die Einhaltung der einschlägigen Heilungsvorschriften geheilt werden (§§ 311b Abs. 1 Satz 2, 518 Abs. 2 BGB, § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG). Im Fall der Errichtung einer GmbH & Co. KG kann das Formerfordernis des GmbH-Gesellschaftsvertrags nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG auf den KG-Vertrag zu erstrecken sein, nämlich wenn GmbH und KG parallel errichtet werden und zum Ausdruck

2405

1 *Staub/Casper*, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 33; *Möhrle* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 2 Rz. 99; MünchKomm.HGB/*Grunewald*, 3. Aufl. 2012, § 161 HGB Rz. 28; *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 163 HGB Rz. 2.

2 *Staub/Casper*, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 35.

3 *Gummert* in Henssler/Strohn, GesR, 2. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 11; *Staub/Casper*, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 34; *Möhrle* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 2 Rz. 116; MünchKomm.HGB/*Grunewald*, 3. Aufl. 2012, § 161 HGB Rz. 22.

4 *Staub/Casper*, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 34.

5 *Gummert* in Henssler/Strohn, GesR, 2. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 11; *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 7.

6 *Möhrle* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 2 Rz. 117.

7 *Möhrle* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 2 Rz. 117. Zur umstrittenen Frage, ob eine Schenkung auch vorliegen kann, wenn den Gesellschafter ein Haftungsrisiko trifft: MünchKomm.HGB/*Grunewald*, 3. Aufl. 2012, § 161 HGB Rz. 22.

kommt, dass die eine Gesellschaft nicht ohne die andere gegründet werden soll.¹ Enthält der Gesellschaftsvertrag eine formbedürftige Verpflichtung, so erstreckt sich das Formerfordernis auf den gesamten Gesellschaftsvertrag.² Werden nicht alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Gesellschafter der Gesellschaftsvertrag zusammensetzen soll, in der für eine Verpflichtung vorgeschriebenen Form abgeschlossen, so hat dies die Nichtigkeit der formbedürftigen Verpflichtung (§ 125 BGB) zur Folge, während hinsichtlich des Restvertrags die Grundsätze über die Teilunwirksamkeit (§ 139 BGB) anzuwenden sind.³

- 2406 Der Gesellschaftsvertrag kann bei fehlender Formbedürftigkeit **stillschweigend** durch schlüssiges Verhalten abgeschlossen werden.⁴ Die Anforderungen an die Annahme eines stillschweigenden Vertragsschlusses sind allerdings hoch, weil die stillschweigende Vereinbarung auch die auf eine bestimmte Haftsumme beschränkte Haftung mindestens eines Gesellschafters umfassen muss.⁵
- 2407 Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags sowie der Beitritt zu einer KG können unter einer Bedingung stehen.⁶ Enthält der Gesellschaftsvertrag Anfechtungs-, Widerrufs- oder Nichtigkeitsgründe, so gelten die Grundsätze über die **fehlerhafte Gesellschaft** (vgl. näher Rz. I 213 ff.).⁷ Wird der Rechtsschein einer in Wahrheit nicht oder jedenfalls nicht als Handelsgesellschaft existierenden KG erzeugt, gelten die Grundsätze über die **Scheingesellschaft** (vgl. näher Rz. I 170, I 213a), die zur Behandlung der Gesellschafter als (Schein-)Gesellschafter einschließlich möglicher Haftungsfolgen führen können.⁸

1 *Ibrig* in Reichert, GmbH & Co. KG, 7. Aufl. 2015, § 10 Rz. 20; das ist eine Frage des Einzelfalls und dürfte die Ausnahme sein, weil es für den formnichtigen GmbH- und KG-Vertrag keine Heilungsvorschrift gibt. Diese Konsequenz entspricht im Zweifel nicht dem Willen der Beteiligten, weshalb die Annahme der wechselseitigen Bedingtheit der Errichtung beider Gesellschaften i.S. eines einheitlichen Geschäfts regelmäßig nicht vorliegen dürfte.

2 *Möhrle* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 2 Rz. 118.

3 Ganz h.M.: *Möhrle* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 2 Rz. 118 m.w.N.

4 *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 7; *Gummert* in Henssler/Strohn, GesR, 2. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 11; *Staub/Casper*, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 34; *Möhrle* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 2 Rz. 3, 116; MünchKomm.HGB/*Grunewald*, 3. Aufl. 2012, § 161 HGB Rz. 14.

5 *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 7.

6 *Gummert* in Henssler/Strohn, GesR, 2. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 11; *Möhrle* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 2 Rz. 23; vgl. *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 7; denkbare Bedingungen sind die volle Beitragsfinanzierung, die Klärung einer Steuerfrage oder die erfolgte Eintragung.

7 *Staub/Casper*, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 39; *Möhrle* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 2 Rz. 4; MünchKomm.HGB/*Grunewald*, 3. Aufl. 2012, § 161 HGB Rz. 43; *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 105 HGB Rz. 50.

8 MünchKomm.HGB/*Grunewald*, 3. Aufl. 2012, § 161 HGB Rz. 43; vgl. *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 105 HGB Rz. 98 ff.

Die KG ist eine **reine Innengesellschaft**, solange sie nicht nach außen im Rechtsverkehr in Erscheinung tritt.¹ Wenn die Gesellschaft lediglich einen kleingewerblichen Handelsbetrieb i.S. von §§ 2, 3 HGB betreibt oder auf die Vermögensverwaltung (§ 105 Abs. 2 HGB) gerichtet ist, so ist umstritten, ob die Gesellschaft im Innenverhältnis sofort als KG oder nur als GbR entsteht.² Jedenfalls kann für das Innenverhältnis – also für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander – auch vor dem nach außen wirksamen Entstehen der KG das Recht der KG anzuwenden sein, nämlich wenn unter den Gesellschaftern die Geltung der die KG betreffenden Vorschriften vereinbart worden ist.³

2408

b) Entstehung im Außenverhältnis

Für die Entstehung der KG im Außenverhältnis ist § 123 HGB (i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB) maßgebend. Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags ist für das Wirksamwerden im Außenverhältnis nicht ausreichend, sondern es bedarf einer **Kundgabe nach außen**.⁴

2409

Im Außenverhältnis entsteht die KG spätestens mit der **Eintragung** im Handelsregister (§§ 123 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB). Die KG kann jedoch bereits vor der Eintragung im Handelsregister im Außenverhältnis entstehen, nämlich mit dem Zeitpunkt ihres tatsächlichen **Geschäftsbeginns**⁵, sofern sie ein Handelsgewerbe i.S. von § 1 HGB betreibt und ihre Geschäfte schon vor der Eintragung aufnimmt (§§ 123 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB). Die Eintragung der KG im Handelsregister ist bloß deklaratorisch. Dagegen ist bei Gesellschaften, die ein Kleingewerbe i. S. der §§ 2, 3 HGB betreiben oder die lediglich ihr eigenes Vermögen verwalten (§ 105 Abs. 2 HGB), die Eintragung im Handelsregister konstitutive Voraussetzung für die Entstehung als KG. Während § 123 Abs. 1 HGB Fälle betrifft, in denen die Eintragung konstitutiv wirkt, gilt § 123 Abs. 2 HGB in Fällen, in denen die Eintragung lediglich deklaratorische Wirkung hat. Für die Anwendung von § 123 Abs. 2 HGB ist Voraussetzung, dass die **Zustimmung aller Gesellschafter** – einschließlich der Kommanditisten⁶ – zum Geschäftsbeginn⁷ vorliegt. Für Kommanditisten führt die Aufnahme von Geschäften vor Eintragung in das Han-

2410

1 Weipert in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 17.

2 Für das Entstehen einer KG: Oetker/Oetker, 4. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 23. Für das Entstehen einer GbR: Staub/Casper, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 27.

3 Weipert in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 17.

4 Möhrle in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 2 Rz. 25.

5 Die bloße Vereinbarung des Geschäftsbeginns genügt nicht, vgl. Möhrle in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 2 Rz. 27.

6 Staub/Casper, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 28; Hillmann in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 123 HGB Rz. 20.

7 Ganz h.M.: Vgl. nur Hillmann in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 123 HGB Rz. 20; Münch-Komm.HGB/K. Schmidt, 3. Aufl. 2011, § 123 HGB Rz. 10; Staub/Casper, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 28.

delsregister dazu, dass sie für die in der Zeit bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich **unbeschränkt haften** (§ 176 Abs. 1 HGB; vgl. eingehend Rz. I 3101 ff.).

2411 Diese Grundsätze gelten auch, wenn die KG dadurch entsteht, dass ein Gesellschafter in das Geschäft eines **Einzelkaufmanns** eintritt. Wird der **eintretende Gesellschafter Kommanditist**, so trifft ihn eine unbeschränkte Haftung für die auf die Gesellschaft nach § 28 Abs. 1 HGB übergehenden Verbindlichkeiten, wenn der Beitritt nicht aufschiebend bedingt durch die Eintragung der neu entstandenen KG in das Handelsregister erfolgt. Wird der bisherige **Geschäftsinhaber Kommanditist**, so haftet er für die in seinem vormaligen Geschäftsbetrieb begründeten Verbindlichkeiten ab dem Zeitpunkt der Eintragung noch für fünf Jahre fort (§ 28 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 26 HGB); dies entspricht den Grundsätzen der **Nachhaftung** eines ausgeschiedenen Gesellschafters nach § 160 HGB. Seine Haftung als Kommanditist bleibt unberührt (§ 28 Abs. 3 Satz 3 HGB), d.h. wegen § 176 Abs. 1 HGB hat er ein Interesse, seinen Wechsel in die Kommanditistenstellung aufschiebend bedingt durch die Eintragung der KG ins Handelsregister zu vereinbaren, sodass eine unbeschränkte Haftung als Kommanditist gar nicht erst entsteht.

2412 Die **Anmeldung der KG** hat durch **alle Gesellschafter** zu erfolgen (§§ 161 Abs. 2, 108 HGB). Neben den gem. § 106 Abs. 2 HGB notwendigen Angaben sind die Bezeichnung der Kommanditisten und der Betrag der jeweiligen Einlage (Haftsumme) zur Eintragung anzumelden (§ 162 Abs. 1 HGB). Die Eintragung ist erforderlich für die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung zugunsten des Kommanditisten (§§ 172 Abs. 1, 176 HGB; vgl. Rz. I 2834 ff.). Die Haftungsbeschränkung kommt auch zum Tragen, wenn trotz ausstehender Eintragung der jeweilige Gläubiger von ihr positive Kenntnis¹ hat (§ 176 Abs. 1 Satz 1 HGB), die Beweislast hierfür liegt gem. § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB bei dem sich auf die Haftungsbeschränkung berufenden Kommanditisten („es sei denn“). Nach § 176 Abs. 1 Satz 2 HGB ist § 176 Abs. 1 HGB nur auf Gewerbebetriebe i.S. von § 1 Abs. 2 HGB und nicht auf kleingewerbliche Unternehmen (§§ 2, 3 HGB) oder Gesellschaften, die lediglich eigenes Vermögen verwalten (§ 105 Abs. 2 HGB), anwendbar. Diese entstehen als KG nicht vor Eintragung. Falls eine solche Gesellschaft vor der Eintragung bereits im Rechtsverkehr als Schein-KG auftritt, handelt es sich in Wahrheit um eine GbR mit der Folge, dass die Gesellschafter analog § 128 HGB unbeschränkt für die eingegangenen Verbindlichkeiten haften (vgl. Rz. I 3105).² Wenn jedoch bereits Antrag auf Eintragung als KG gestellt ist, ist es gerechtfertigt, § 176 Abs. 1 HGB im Hinblick darauf anzuwenden, dass dadurch

1 Zum Begriff der positiven Kenntnis: MünchKomm.HGB/K. Schmidt, 3. Aufl. 2012, § 176 HGB Rz. 13–16; Oetker/Oetker, 4. Aufl. 2015, § 176 HGB Rz. 19–23.

2 Roth in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 176 HGB Rz. 6.

dem Gesellschafter zumindest gegenüber demjenigen Gläubiger, dem die im Entstehen begriffene Rechtsstellung als Kommanditist bekannt ist, die Berufung auf die beschränkte Haftung gestattet wird (vgl. Rz. I 3111).

2. Entstehung durch Umwandlung

Eine KG kann infolge einer Umwandlung entstehen. Die Umwandlung kann durch eine **förmliche Umwandlung** nach dem UmwG oder aufgrund gesetzlicher Anordnung erfolgen.¹ In diesen Fällen wird auch von einer **Umwandlung kraft Rechtsformzwangs**² gesprochen. 2413

a) Umwandlung nach dem UmwG

Die KG ist ein zulässiger **Zielrechtsträger** einer Umwandlung nach dem UmwG, § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG (ggf. i.V.m. § 124 Abs. 1 bzw. § 191 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Aufgrund einer solchen Umwandlung kann eine KG durch eine Verschmelzung zur Neugründung³ (vgl. Rz. I 5047 ff.), eine Spaltung zur Neugründung (vgl. Rz. I 5279 ff.) und einen Formwechsel neu entstehen (vgl. Rz. I 5368 ff.). 2414

Bei der Verschmelzung und Spaltung (Abspaltung, Aufspaltung oder Ausgliederung) **zur Neugründung** (§§ 2 Nr. 2, 123 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 2 UmwG) findet eine (Teil)Gesamtrechtsnachfolge statt, und es entsteht eine neue Gesellschaft (**neuer Rechtsträger**).⁴ Da im Falle des Formwechsels nach den §§ 190 ff. UmwG die Identität des Rechtsträgers erhalten bleibt (es findet keine Rechtsnachfolge bzw. kein Vermögensübergang statt), entsteht kein neuer Rechtsträger, sondern der bestehende wechselt sein Rechtskleid. Man spricht in diesem Fall von einem **identitätswahrenden Rechtsformwechsel**.⁵ 2415

b) Umwandlung kraft Rechtsformzwangs

Ein Rechtsformwechsel kraft Rechtsformzwangs tritt ein, wenn eine vormalige **GbR** infolge einer Änderung des Gesellschaftsvertrags die konstitutiven Merkmale einer KG aufweist und in dieser Weise im Außenverhältnis wirksam wird.⁶ Eine 2416

1 Vgl. *Rotb* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 17 f.

2 *Oetker/Oetker*, 4. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 25.

3 Verschmelzung und Spaltung „zur Neugründung“ werden vorliegend von Neugründungsvorgängen außerhalb des Umwandlungsgesetzes unterschieden. Bei den Neugründungsvorgängen nach dem Umwandlungsgesetz treten die Rechtsfolgen der Neugründung nur bei Beachtung der Förmlichkeiten des UmwG und der Eintragung in das Handelsregister ein.

4 Vgl. *Heidinger* in Henssler/Strohn, GesR, 2. Aufl. 2014, § 2 UmwG Rz. 7; *Wardenbach* in Henssler/Strohn, GesR, 2. Aufl. 2014, § 123 UmwG Rz. 2.

5 *Wertenbruch* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 105 HGB Rz. 131; *Möhrle* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 2 Rz. 13, 15.

6 *Oetker/Oetker*, 4. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 25; *Wertenbruch* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 105 HGB Rz. 133; *Staub/Casper*, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 29.

automatische Umwandlung erfolgt demnach, wenn die Gesellschaft nunmehr ein **Handelsgewerbe** betreibt und vereinbart wird, dass die vormalig unbeschränkte **Haftung mindestens eines Gesellschafters künftig beschränkt** sein soll oder ein weiterer Gesellschafter hinzutritt, dessen Haftung beschränkt ist.¹ Ob die KG bereits dadurch oder erst durch die **anzumeldende Eintragung in des Handelsregister** entsteht, hängt davon ab, ob sie ein vollkaufmännisches Gewerbe betreibt (dann sofortige Entstehung) oder nur ein minderkaufmännisches (§§ 2, 3 Abs. 3 HGB) bzw. Vermögensverwaltung i.S. des § 105 Abs. 2 HGB (dann erst mit Eintragung).

- 2417 Auch aus einer **OHG** kann im Wege der Umwandlung kraft Rechtsformzangs eine KG entstehen, nämlich ebenfalls, wenn eine vormalige OHG nunmehr die konstitutiven Merkmale einer KG aufweist und dergestalt im Außenverhältnis wirksam wird.² Zu den Merkmalen des Betriebs eines Handelsgewerbes³ und der unbeschränkten Gesellschafterhaftung, die die OHG bereits aufweist, muss demnach die **beschränkte Haftung mindestens eines Gesellschafters** hinzukommen. Hierfür müssen sich die bisherigen Gesellschafter darüber einigen, dass mindestens einer der Gesellschafter künftig nur noch beschränkt haften soll, oder es muss ein neuer Gesellschafter als Kommanditist aufgenommen werden.⁴ In der Firma der Gesellschaft muss der Rechtsformzusatz gem. § 19 Abs. 1 Nr. 3 HGB geändert werden. Sowohl der **Kommanditist** und seine **Haftsumme** als auch der geänderte **Rechtsformzusatz** sind von allen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 108 HGB).

3. Firma

- 2418 Die KG führt ihr Handelsgewerbe unter einer gemeinschaftlichen Firma (§ 161 Abs. 1 HGB). Darauf muss jedenfalls ihr Zweck gerichtet sein. Der tatsächliche Betrieb der KG unter gemeinschaftlicher Firma ist jedoch kein konstitutives Merkmal der KG; die Wahl einer unzulässigen Firma hindert die Entstehung einer KG nicht.⁵ Eine Firma entsteht mit dem **Gebrauch der Firma** im Geschäftsverkehr bzw. mit der Aufnahme des Geschäftsbetriebes der KG, ohne dass es der Eintragung im Handelsregister bedürfte.⁶ Sie erlischt, wenn das kaufmännische

1 MünchKomm.HGB/*Grunewald*, 3. Aufl. 2012, § 161 HGB Rz. 15.

2 *Oetker/Oetker*, 4. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 25.

3 Im Fall der bloß eigenen Vermögensverwaltung bzw. in den Fällen von §§ 2, 3 HGB muss zudem eine Eintragung vorliegen. S. MünchKomm.HGB/*Grunewald*, 3. Aufl. 2012, § 161 HGB Rz. 14.

4 *Staub/Casper*, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 30; MünchKomm.HGB/*Grunewald*, 3. Aufl. 2012, § 161 HGB Rz. 16.

5 MünchKomm.HGB/*Grunewald*, 3. Aufl. 2012, § 161 HGB Rz. 8.

6 *Roth* in Baumbach/*Hopt*, 36. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 2; *Quinke* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 3 Rz. 84.

nische Unternehmen nicht mehr besteht und Vollbeendigung eingetreten ist.¹ Die KG ist gesetzlich verpflichtet, ihre ursprüngliche Firma, aber auch das Erlöschen der Firma und sie betreffende Änderungen zum Handelsregister anzumelden (§§ 106 Abs. 2, 107, 157 Abs. 1, 162 Abs. 1 HGB; zu Einzelheiten bzgl. der Bildung der Firma Rz. I 172 ff.).

a) Wahl der Firma

Hinsichtlich der Wahl eines Firmennamens sind die sich aus §§ 18 ff. HGB ergebenden Grundsätze zu berücksichtigen: Der Firmenname dient der Identifizierung des Unternehmensträgers bzw. des Geschäftsinhabers im Handelsverkehr.² Die Firma muss zur Kennzeichnung der KG geeignet sein und sie muss Unterscheidungskraft besitzen (Grundsatz der **Firmenklarheit**, § 18 Abs. 1 HGB, vgl. Rz. I 173 f.). Die Firma darf keine Angaben enthalten, die ersichtlich zur Irreführung über verkehrswesentliche geschäftliche Verhältnisse geeignet sind (Irreführungsverbot bzw. Grundsatz der **Firmenwahrheit**, § 18 Abs. 2 HGB, vgl. Rz. I 173b); zudem muss sich die Firma von an demselben Ort oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden (Grundsatz der **Firmenausschließlichkeit**, § 30 Abs. 1 HGB, vgl. Rz. I 173e).

Die Firma der KG bedarf eines **Rechtsformzusatzes** in Gestalt der Bezeichnung als „Kommanditgesellschaft“ oder einer allgemein verständlichen Abkürzung (§ 19 Abs. 1 Nr. 3 HGB, vgl. Rz. I 173d).³ Nicht genügend ist hingegen der lediglich auf das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses hinweisende Zusatz „& Co.“.⁴ Das gilt auch für die GmbH & Co. KG.⁵ Zu beachten ist dort auch § 19 Abs. 2 HGB, d.h. es muss bereits im Firmennamen zusätzlich erkennbar sein, dass keine natürliche Person voll haftet. Unzulässig ist wegen § 11 Abs. 1 Satz 1 PartGG die Verwendung des Partnergesellschaften vorbehaltenen Zusatzes „& Partner“.⁶

Als Firmenarten kommen die **Personenfirma** (Verwendung eines Personennamens), die **Sachfirma** (Verwendung von Tätigkeits- oder Branchenbezeich-

1 *Quinke* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 3 Rz. 86. Ausführlich: MünchKomm.HGB/*Heidinger*, 3. Aufl. 2010, § 17 HGB Rz. 49–55.

2 *Quinke* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 3 Rz. 7.

3 Etwa „KG“, „KommanditG“ oder „Komm-Ges“, vgl. *Hopt* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 19 HGB Rz. 20.

4 MünchKomm.HGB/*Heidinger*, 3. Aufl. 2010, § 19 HGB Rz. 13; *Hopt* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 19 HGB Rz. 20.

5 Ungenügend ist daher der Zusatz „GmbH & Co.“ Vgl. Rz. I 3199.

6 BGH v. 21.4.1997 – II ZB 14/96, NJW 1997, 1854; MünchKomm.HGB/*Heidinger*, 3. Aufl. 2010, § 19 HGB Rz. 15.

nungen) oder die **Fantasiefirma** (Verwendung eines Fantasienamens, etwa eines Markennamens) in Betracht (Rz. I 173 ff.).¹

b) Entstehung und Firmenfortführung

- 2422 Entsteht die KG aus einer bereits bestehenden Gesellschaft oder durch eine kommanditistische Beteiligung an einem einzelkaufmännischen Unternehmen, kann sie die Firma der vormaligen Gesellschaft oder des vormaligen Einzelkaufmanns fortführen. Die Anforderungen an die Firmenfortführung ergeben sich aus den §§ 21 ff. HGB (Grundsatz der **Firmenkontinuität**, vgl. i.E. Rz. I 175 ff.).
- 2423 Beim **Erwerb** eines bestehenden Handelsgeschäfts **unter Lebenden** oder **von Todes wegen** bedarf es für die Fortführung der Firma der ausdrücklichen Einwilligung² des bisherigen Geschäftsinhabers oder dessen Erben in die Firmenfortführung (§ 22 Abs. 1 HGB). Einer Firmenfortführung stehen unwesentliche Änderungen nicht entgegen.³ Auch bei wesentlichen Änderungen ist eine Firmenfortführung möglich⁴, allerdings muss die **Firmenidentität** stets noch gewahrt bleiben und es dürfen infolge der Änderung keine Zweifel an der Identität der Firma entstehen.⁵ Die Beifügung eines Nachfolgezusatzes bei einer Firmenfortführung wird zwar grundsätzlich gem. § 22 Abs. 1 HGB in das Ermessen des neuen Geschäftsinhabers gestellt. Die Beifügung kann aber im Sinne eines Schutzes des Rechtsverkehrs vor einer Irreführung gem. § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB erforderlich sein, etwa wenn nach dem Erwerb des Handelsgeschäfts durch den neuen Geschäftsinhaber ein vormaliger Rechtsformzusatz oder Titel nicht mehr zutrifft.⁶
- 2424 Bei einem **Formwechsel** nach dem Umwandlungsgesetz kann nach § 200 UmwG die Firma fortgeführt werden, allerdings muss nach § 200 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 UmwG der Rechtsformzusatz angepasst werden. Bei einer **Verschmelzung zur Neugründung** kann ebenfalls das Interesse bestehen, zumindest eine

1 Vgl. hierzu: *Quinke* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 3 Rz. 12; *Hopt* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 19 HGB Rz. 21 ff.

2 Die Einwilligung im Rahmen von § 22 HGB stellt sich als dingliche Übertragung des Immaterialguts Firma gem. §§ 413, 398 ff. BGB dar. S. MünchKomm.HGB/Heidinger, 3. Aufl. 2010, § 22 HGB Rz. 32.

3 S. hierzu und zum Begriff der unwesentlichen Änderung: MünchKomm.HGB/Heidinger, 3. Aufl. 2010, § 22 HGB Rz. 48–52. Beispiele für unwesentliche Änderungen sind demnach Abkürzungen von Rechtsformzusätzen, Änderungen in der Groß- bzw. Kleinschrift. Wesentliche Änderungen sind hingegen Eingriffe in Namensbestandteile, wie das Fortlassen von Namen oder das Streichen von Namensteilen.

4 Jedenfalls wenn ein berechtigtes Interesse der Allgemeinheit eine Änderung notwendig macht und eine Änderung wünschenswert ist.

5 *Hopt* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 22 HGB Rz. 15; MünchKomm.HGB/Heidinger, 3. Aufl. 2010, § 22 HGB Rz. 53 ff.

6 *Renschle* in E/B/J/S, § 22 HGB Rz. 63; MünchKomm.HGB/Heidinger, 3. Aufl. 2010, § 22 HGB Rz. 59.

der Firmen beizubehalten. Nach § 18 UmwG ist die Fortführung der Firma an die Tatbestandsvoraussetzungen des § 22 HGB angelehnt, mit der Besonderheit, dass die Einwilligung des übertragenden Rechtsträgers nicht erforderlich ist.¹ Bei einer **Spaltung**, kommt eine Firmenfortführung nach dem UmwG nur bei einer **Aufspaltung** in Betracht, da sowohl bei der Abspaltung als auch bei der Ausgliederung der ursprüngliche Rechtsträger erhalten bleibt. § 125 UmwG verweist daher nur für die Aufspaltung auf § 18 UmwG. Enthält die bisherige Firma den Namen einer **natürlichen Person**, ist deren Einwilligung (oder die der Erben) beim Formwechsel nach § 200 Abs. 3 UmwG, bei der Verschmelzung nach § 18 Abs. 2 UmwG und bei der Aufspaltung nach §§ 125, 18 Abs. 2 UmwG einzuholen.

Bei der **Abspaltung** oder **Ausgliederung** zur Neugründung ist eine Firmenfortführung nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 21 ff. HGB zulässig, wenn der übertragende Rechtsträger eine neue Firma annimmt und die abgespaltene oder ausgegliederte Gesellschaft das Handelsgeschäft fortführt. Daneben bleibt eine Aufgabe der bisherigen Firma durch den übertragenden Rechtsträger und eine im Rahmen des allgemeinen Firmenrechts zulässige Annahme der Firma durch den übernehmenden Rechtsträger möglich.

2425

II. Beendigung

Die KG wird entweder durch **Auflösung und Liquidation** oder durch (eine automatische) **Vollbeendigung ohne Liquidation** beendet. Auflösung bei nachfolgender Liquidation bedeutet die Aufgabe des Erwerbszwecks und Umwandlung in eine **Abwicklungsgesellschaft**², deren Zweck auf die Liquidation gerichtet ist. Bei der Liquidation wird die Gesellschaft abgewickelt, d.h. es werden alle Rechtsbeziehungen im Innen- und im Außenverhältnis aufgelöst, was schließlich zur Vollbeendigung führt.³ Demgegenüber bedeutet eine automatische Vollbeendigung der KG, dass diese aufhört, als KG zu existieren, ohne dass eine Liquidation stattfindet, weil die Rechte, Pflichten und generell alle Rechtsbeziehungen auf einen anderen Rechtsträger übergehen.

2426

1. Beendigung mit Liquidation

a) Auflösungsgründe

§ 131 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB statuiert verschiedene **Auflösungsgründe**, bei deren Vorliegen die KG aufgelöst wird und nach Maßgabe

2427

1 *Hopt* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 19 HGB Rz. 39; *Reuschle* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 22 HGB Rz. 83.

2 *Schmid* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 45 Rz. 11.

3 Zum Begriff: *Schmid* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 45 Rz. 13; *Rotb* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 145 HGB Rz. 3.

der §§ 145 ff. HGB in Liquidation tritt (vgl. i.E. Rz. I 1602 ff.). Während § 131 Abs. 1 HGB die Auflösung einer OHG und über § 161 Abs. 2 HGB die Auflösung einer KG nach gesetzlichem Normalstatut betrifft, gilt § 131 Abs. 2 HGB für Gesellschaften (OHG oder KG), an denen keine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter beteiligt ist (z.B. typische GmbH & Co. KG).

- 2428 Nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB tritt die Auflösung einer KG durch **Zeitablauf** ein, sofern die KG nur auf bestimmte Zeit gegründet worden ist (vgl. Rz. I 1602). Die Gesellschafter haben es in der Hand, ob sie einen fixen Ablauftermin festlegen wollen – mit der Folge der automatischen Auflösung bei seinem Verstreichen – oder ob sie die Rechtsfolge der automatischen Auflösung nicht wollen und stattdessen die Gesellschaft (etwa mit kurzen Kündigungsfristen) unbefristet fortführen wollen. Vereinbaren sie dies, liegt schon kein Sachverhalt i.S. des § 131 Abs. 1 Nr. 1 HGB vor. Die bestimmte Zeit kann auch durch eine sachliche Zweckerreichung definiert sein (vgl. Rz. I 1602a).
- 2429 Eine KG kann gem. § 131 Abs. 1 Nr. 2 HGB durch einen **Gesellschafterbeschluss** aufgelöst werden (vgl. i.E. Rz. I 1603 ff.). Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Frage des **Mehrheitserfordernisses** für einen solchen Beschluss: Nach der neueren Rspr. infolge der OTTO-Entscheidung des BGH (vgl. Rz. I 2146 ff.) ist eine ausdrückliche Erwähnung des Mehrheitserfordernisses für einen Auflösungsbeschluss im Gesellschaftsvertrag nicht mehr erforderlich. Allerdings muss die Auslegung der Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag ergeben, dass die Auflösung davon gedeckt ist. Ist dies nicht der Fall, bedarf ein Auflösungsbeschluss der Einstimmigkeit (§ 119 Abs. 1 HGB). Falls der Gesellschaftsvertrag keine ausdrückliche Regelung speziell für einen Auflösungsbeschluss trifft, spricht viel dafür, das gleiche Mehrheitserfordernis anzuwenden, das für Gesellschaftsvertragsänderungen oder vergleichbare Grundlagengeschäfte gilt. Der Umstand, dass es sich bei der Auflösung um ein besonders bedeutendes Grundlagengeschäft handelt, bedeutet nicht automatisch, dass auch erhöhte Anforderungen etwa i.S. einer ausdrücklichen Ermächtigung zu stellen wären.¹ Eine Differenzierung zwischen Gesellschaftsvertragsänderung einerseits und Auflösung andererseits (vgl. Rz. I 1603a) ist nicht zwingend. Aufgrund einer Mehrheitsklausel, die Gesellschaftsvertragsänderungen erlaubt, kann die Mehrheit auch Änderungen des Unternehmensgegenstands beschließen, also etwa die Aktivitäten des Unternehmens einschränken oder neu ausrichten. Derartige Entscheidungen liegen wertungsmäßig in der Nähe zur Auflösung der Gesellschaft. Zu bedenken ist auch, dass bei anderen Verbänden das Gesetz Satzungsänderungen und Auflösungsentscheidungen gleichen Mehrheitserfordernissen unterwirft (vgl. §§ 33 Abs. 1, 41 Satz 2 BGB; §§ 53 Abs. 2 Satz 1, 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG; §§ 179 Abs. 2, 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG; §§ 16 Abs. 2, 78 Abs. 1 GenG). Allerdings bedarf

1 BGH v. 21.10.2014 – II ZR 84/13, BGHZ 203, 77 = NJW 2015, 859.

es für die Zulässigkeit von Mehrheitsumwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz einer Regelung im Gesellschaftsvertrag, die eine Mehrheitsentscheidung "vorsieht" (vgl. §§ 43 Abs. 2 Satz 1, 125, 217 Abs. 1 Satz 2 UmwG). Verschmelzungen und Aufspaltungen implizieren jeweils aus der Perspektive des übertragenden Rechtsträgers Entscheidungen, durch die die KG aufgelöst wird. Der Umstand, dass das UmwG an die Eröffnung der Möglichkeit von Mehrheitsentscheidungen bei Personengesellschaften erhöhte Anforderungen stellt (dazu noch Rz. I 2452), ist jedoch nicht unbedingt Beleg für gleiche Anforderungen an eine Ermächtigung für einen Mehrheitsbeschluss zur Auflösung nach dem gesetzlichen Normalstatut. Denn das Umwandlungsgesetz ist ein Spezialgesetz, das nach dem gesetzlichen Regelungskonzept erleichterte Möglichkeiten der Umwandlung für eine Personengesellschaft nur zur Verfügung stellt, wenn die Gesellschafter sich positiv dafür entscheiden.

Eine mehrheitlich beschlossene Auflösung muss im Rahmen der materiellen Beschlusskontrolle auf der zweiten Stufe dem Minderheitsgesellschafter zumutbar und im Interesse der Gesellschaft geboten sein (vgl. Rz. I 2150). In Ausnahmefällen kann sich aus der Treuepflicht eine Zustimmungspflicht der Gesellschafter ergeben, wenn die Auflösung unumgänglich ist, was insbesondere aus wirtschaftlichen Gründen denkbar ist (vgl. Rz. I 1604). Einer streitigen Auflösung wird häufig ein strategischer Dissens zugrunde liegen. Es kann einer Gesellschaftermehrheit dann nicht verwehrt werden, die Gesellschaft auch gegen den Widerstand einer Minderheit durch Liquidation zu beenden, insbesondere wenn eine ordentliche Kündigung auf absehbare Zeit nicht möglich ist oder ein Abfindungsguthaben vereinbart ist, das unter dem Verkehrswert liegt. Möglicherweise ist der Mehrheit zuzumuten, dem Minderheitsgesellschafter, der an der Fortsetzung der Gesellschaft interessiert ist, Gelegenheit zu geben, andere Gesellschafter zu suchen, die bereit sind, die Gesellschaftsanteile der die Auflösung betreibenden Mehrheit zu marktgerechten Bedingungen zu übernehmen. Problematisch sind Fälle, in denen die mehrheitlich beschlossene Auflösung der Gesellschaft letztlich ein Mittel ist, um Minderheitsgesellschafter hinauszudrängen. Bei einer mehrheitlich beschlossenen Auflösung und einem anschließenden Kauf des Unternehmens durch den Mehrheitsgesellschafter aus der Liquidation kann ein solcher Fall vorliegen, allerdings nur wenn zusätzliche Voraussetzungen gegeben sind, die die Unzumutbarkeit für die Minderheit begründen. Scheitert die mehrheitlich beschlossene Auflösung, sind die die Auflösung betreibenden Gesellschafter auf die Auflösungsklage verwiesen (§ 133 HGB).

2430

Im Gegensatz zur Insolvenz eines Gesellschafters (Ausscheidensgrund nach § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 HGB), ist die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über das Vermögen der KG ein zwingender Auflösungsgrund (vgl. Rz. I 1610 ff.).

2431

2432 Der letzte in § 131 Abs. 1 HGB erwähnte Auflösungsgrund ist die **Auflösung durch gerichtliche Entscheidung** nach §§ 131 Abs. 1 Nr. 4, 133 HGB bei Vorliegen eines wichtigen Grundes (vgl. im Einzelnen Rz. I 1630 ff.). Klagebefugt für die Erhebung einer Auflösungsklage ist jeder Gesellschafter, sei es ein Komplementär oder ein Kommanditist. Die Klage ist grundsätzlich gegen alle Mitgesellschafter zu richten; gegen die Gesellschaft ausnahmsweise nur, soweit dies gesellschaftsvertraglich vorgesehen oder eine Klageerhebung gegen alle Gesellschafter dem klagenden Gesellschafter nicht zumutbar ist (vgl. Rz. I 1632). Die Auflösungsklage ist die **ultima ratio**. Liegt der wichtige Grund in der Person eines Mitgeschafters, können die Entziehung der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis nach § 117, 127 HGB und eine Ausschließungsklage nach § 140 HGB als „milderes“ Mittel **vorrangig** sein (vgl. Rz. I 1640 ff.). Das Recht zur Erhebung einer Auflösungsklage kann gesellschaftsvertraglich nicht abbedungen werden (§ 133 Abs. 3 HGB). Eine **Erleichterung**, z.B. durch ein außerordentliches Kündigungsrecht mit der Folge nicht des Ausscheidens des Kündigenden, sondern der Auflösung der Gesellschaft ist möglich (vgl. Rz. I 1662). Eine **Er schwerung** der durch einen Gesellschafter nach § 133 HGB herbeiführbaren Auflösung der Gesellschaft ist demgegenüber nicht möglich (vgl. Rz. I 1663 ff.). Nicht zulässig ist eine gesellschaftsvertragliche Regelung, wonach ein Gesellschafter, der Auflösungsklage erhebt, automatisch aus der Gesellschaft ausscheidet oder aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann (vgl. zur Problematik Rz. I 1664). Demgegenüber ist die verbreitete Klausel, dass ein Gesellschafter mit Rechtskraft des auf seine Klage hin ergehenden Auflösungsurteils aus der Gesellschaft ausscheidet, die unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird, wirksam, allerdings wohl nur, wenn der ausscheidende Gesellschafter eine **vollwertige Abfindung** erhält. Denn in diesem Fall wird der Auflösungskläger wirtschaftlich so wie bei einer Auflösung gestellt. Daran, dass die übrigen Gesellschafter die Gesellschaft ohne ihn nicht fortführen, sondern die Gesellschaft tatsächlich beenden, hat er in der Regel kein schutzwürdiges Interesse.

b) Beendigung in Folge des Ausscheidens eines Gesellschafters

2433 § 131 Abs. 3 Satz 1 HGB sieht im Gegensatz zu § 131 Abs. 1 und Abs. 2 HGB Gründe in der Person des Gesellschafters vor (Nr. 1: Tod eines Gesellschafters, Nr. 2: die Insolvenz eines Gesellschafters, Nr. 3: die Kündigung eines Gesellschafters und Nr. 4: die Kündigung durch einen Privatgläubiger), bei deren Vorliegen dieser aus der KG ausscheidet, die aber **nicht zur Auflösung** der KG führen (Umkehrschluss aus § 131 Abs. 3 Satz 2 HGB, der von einem Fortbestand der Gesellschaft ausgeht). Sowohl die Gesellschaft als auch Firma bleiben grundsätzlich unverändert bestehen.¹ Es gilt der Vorrang des Ausscheidens einzelner Ge-

¹ *Piebler/Schulte* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 37 Rz. 4.

sellschafter vor der Auflösung der gesamten Gesellschaft, oder auch der Vorrang der Unternehmenskontinuität vor der Kontinuität der einzelnen Gesellschafter.¹ Der Gesellschaftsvertrag kann davon **abweichend die Auflösung der KG** anordnen, was zu den Rechtsfolgen führt, die für eine GbR gem. §§ 723 ff. BGB gelten (vgl. Rz. I 1690 ff.). In diesem Fall ist die KG zu liquidieren. Auch wenn die Rechtsfolge der Kündigung durch einen Gesellschafter dessen Ausscheiden aus der Gesellschaft ist, kann es infolge einer Kündigung durch einen Gesellschafter nach verbreiteter gesellschaftsvertraglicher Gestaltung zur Auflösung der KG kommen, wenn sich die übrigen Gesellschafter der Kündigung eines Gesellschafters anschließen (**Anschlusskündigung**), was Gesellschaftsvertragsklauseln häufig noch nach Ablauf des Kündigungstermins gestatten.² Andere Gesellschaftsverträge sehen vor, dass die nicht kündigenden Gesellschafter untereinander (also **ohne den Kündigenden**) mit Mehrheit die **Auflösung** der Gesellschaft zu dem Termin **beschließen** können, zu dem ein Gesellschafter die Gesellschaft gekündigt hat.³ In diesen Fällen wird die Gesellschaft gemeinsam mit dem Kündigenden liquidiert, d.h. er scheidet nicht aus und erhält kein Abfindungsguthaben, sondern sein Auseinandersetzungsguthaben (Anteil am Liquidationsergebnis).

Auch wenn die Auflösung der KG nicht vereinbart ist, kann die Gesellschaft **als KG nur fortbestehen**, wenn sie trotz des Ausscheidens eines Gesellschafters noch die KG-typischen Strukturmerkmale aufweist. Insbesondere müssen **weiterhin mehrere Gesellschafter** in der Gesellschaft vorhanden sein, von denen mindestens einer Komplementär und einer Kommanditist ist (bleibt nur ein Gesellschafter übrig, kommt es zu einer Beendigung ohne Liquidation, vgl. Rz. I 2440 ff.). 2434

Fällt der letzte persönlich haftende Gesellschafter einer KG, also der **einzige Komplementär**, fort und sind nach seinem Ausscheiden nur noch (mehrere) Kommanditisten vorhanden, so kommt es grundsätzlich zur **Auflösung⁴** und **Li-** 2435

1 *Piebler/Schulte* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 36 Rz. 1; *Staub/Casper*, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 61.

2 *Blaum/Scholze* in Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- u. Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2016, VIII.D.2. § 18 Abs. 3.

3 *Blaum/Scholze* in Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- u. Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2016, VIII.D.5. § 11 Abs. 2.

4 BGH v. 14.5.1952 – II ZR 40/51, NJW 1952, 875; BGH v. 23.11.1978 – II ZR 20/78, NJW 1979, 1705 f.; BGH v. 25.10.2010 – II ZR 115, 09, DStR 2010, 2643; *Weipert* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 24; *Lorx* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 131 HGB Rz. 29.

liquidation¹ der KG. Denn eine handelsrechtliche Personengesellschaft ohne persönlich haftenden Gesellschafter ist nicht denkbar.² Den verbliebenen Kommanditisten obliegt es, die Liquidation der KG unverzüglich³ bzw. **in angemessener Zeit** einzuleiten mit der Folge, dass die KG dann zur KG in Liquidation („KG i.L.“) wird.⁴ Leiten die Kommanditisten die Liquidation der KG nicht in angemessener Zeit ein, sondern führen sie die werbende Tätigkeit der Gesellschaft (ohne einen neuen persönlich haftenden Gesellschafter) fort, so wandelt sich die Gesellschaft aufgrund des bestehenden Rechtsformzwangs in die **Rechtsform der OHG** um.⁵ Setzen die Kommanditisten eine andere als eine handlungsgewerbliche Tätigkeit fort, so wird die KG zu einer **GbR**.⁶ Streben die Kommanditisten eine Fortsetzung der KG an, so haben sie innerhalb angemessener Zeit die Fortsetzung zu beschließen und einen Kommanditisten in die Komplementärstellung wechseln zu lassen oder einen neuen Komplementär aufzunehmen.⁷ Unter Umständen muss ein ausscheidender Komplementär den Kommanditisten auch die Gelegenheit geben, für Ersatz zu sorgen (vgl. Rz. I 2306). Die Bestellung eines neuen Komplementärs enthält im Zweifel stillschweigend den Fortsetzungsbeschluss als KG. Das Einrücken eines Kommanditisten oder eines Dritten in die Komplementärstellung bei Eintritt bestimmter Umstände kann bereits im Gesellschaftsvertrag **aufschiebend bedingt** vereinbart werden.⁸ Ein solcher Fall ist etwa gegeben, wenn der einzige Komplementär durch Tod ausscheidet und die Gesellschafter für diesen Fall bereits Vorsorge durch Gründung einer Komplementär-GmbH in Wartestellung getroffen haben, die sodann als Gesellschafterin in die KG eintritt und die Komplementärstellung übernimmt. Die KG wird auf diese Weise zur GmbH & Co. KG.

2436 Scheidet der **einzig Kommanditist** bzw. scheiden sämtliche Kommanditisten aus und verbleiben nur noch (mehrere) Komplementäre in der KG, wird aus der

1 Ganz h.M.: S. nur *Oetker/Oetker*, 4. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 10; *Staub/Casper*, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 61; *Lorx* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 131 HGB Rz. 29; MünchKomm.HGB/*Schmidt*, 3. Aufl. 2011, § 131 HGB Rz. 46; *Bork/Jacoby*, ZGR 2005, 611 (615).

2 *Weipert* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 24.

3 *Staub/Casper*, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 61.

4 MünchKomm.HGB/*Grunewald*, 3. Aufl. 2012, § 161 HGB Rz. 3.

5 BGH v. 23.11.1978 – II ZR 20/78, NJW 1979, 1705 (1706); *Gummert* in Henssler/Strohn, GesR, 2. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 18; *Weipert* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 24; *Staub/Casper*, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 61; MünchKomm.HGB/*Grunewald*, 3. Aufl. 2012, § 161 HGB Rz. 3.

6 *Gummert* in Henssler/Strohn, GesR, 2. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 18.

7 *Oetker/Oetker*, 4. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 10; *Staub/Casper*, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 61.

8 Vgl. hierzu: BGH v. 23.11.1978 – II ZR 20/78, NJW 1979, 1705 (1706).

KG ipso iure eine OHG¹, sofern weiterhin ein Handelsgewerbe betrieben wird, andernfalls entsteht kraft Gesetzes eine GbR. Es findet keine Liquidation statt (vgl. zum Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters Rz. I 2440 ff.).

c) Die Liquidation

Nach der Auflösung der KG findet die Abwicklung bzw. Liquidation der KG statt, sofern nicht eine andere Art der Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern vereinbart worden ist oder über das Vermögen der KG das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist (§§ 145 ff. i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB, vgl. i.E. Rz. I 1701 ff.). Während des Liquidationsstadiums, allerdings nur bis zur Vollbeendigung, können die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen, so dass diese wieder zu einer werbenden Gesellschaft wird (i.E. zum Fortsetzungsbeschluss Rz. I 1672 ff.). Trotz der Auflösung bleibt die KG als rechtliches Gebilde – genauer als **Abwicklungsgesellschaft** – bestehen.² Die KG bleibt solange als Trägerin des Gesellschaftsvermögens erhalten, bis das Gesellschaftsvermögen auseinandergesetzt ist.³ Statt der Umsetzung des Gesellschaftsvermögens in Geld (§ 149 HGB) kann eine andere Form der Liquidation vereinbart werden (§ 145 Abs. 1 HGB) oder ad hoc beschlossen werden, wozu allerdings nicht ein Gesamtverkauf des Unternehmens oder einzelner Unternehmensanteile zählt, weil dies zu den gewöhnlichen Liquidationsmaßnahmen gehört (dazu Rz. I 1707 ff.). Ab dem Zeitpunkt der Auflösung der KG werden **sämtliche Gesellschafter** – Komplementäre wie Kommanditisten – **zu (geborenen) Liquidatoren** (§§ 146 Abs. 1 Satz 1, 161 Abs. 2 HGB)⁴, sie werden also gemeinsam für die Liquidation der KG zuständig (vgl. Rz. I 1711 ff.). Diese Regelung ist wenig praxistauglich, wenn es sich nicht um einen sehr kleinen und gleichermaßen geschäftserfahrenen Gesellschafterkreis handelt. Eine vertragliche Bestimmung, wer Liquidator ist (z.B. der Komplementär) oder wie der Liquidator bestimmt wird (durch Mehrheitsbeschluss), ist zu empfehlen. Fehlt eine solche Bestimmung, ist zur Abbedingung der gesetzlichen Regelung eine Gesellschaftsvertragsänderung erforderlich. Kommt keine Entscheidung zustande, besteht für jeden Gesellschafter die Möglichkeit, die gerichtliche Bestellung eines Liquidators aus wichtigem Grund zu beantragen, weil andernfalls Handlungsunfähigkeit droht (§ 146 Abs. 2 HGB).⁵

2437

1 *Gummert* in Henssler/Strohn, GesR, 2. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 18; *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 17; *Staub/Casper*, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 61.

2 *Schmid* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 45 Rz. 98.

3 *Schmid* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 45 Rz. 98.

4 Vgl. auch BGH v. 24.9.1982 – V ZR 188/79, WM 1982, 1170; *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 177 HGB Rz. 6.

5 *Haas* in Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, 4. Aufl. 2014, § 146 Rz. 8; Münch-Komm.HGB/K. *Schmidt*, 3. Aufl. 2011, § 146 HGB Rz. 30.

- 2438 Mangels abweichender Vereinbarungen oder Regelungen im Gesellschaftsvertrag sind **alle** Liquidatoren im Rahmen des Liquidationsverfahrens **vertretungs- und geschäftsführungsbefugt** (§§ 146 Abs. 1 Satz 1, 149, 150, 161 Abs. 2 HGB, i.E. zur Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis bei der Liquidation vgl. Rz. I 1726 ff.).¹ Die zu Zeiten der werbenden Gesellschaft bestehenden Einschränkungen oder Erweiterungen der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis der einzelnen Gesellschafter gelten nicht ohne Weiteres im Liquidationsverfahren fort.² Gem. § 151 HGB ist eine Beschränkung der Vertretungsmacht nach außen hin unwirksam, ebenso wie der Ausschluss eines Liquidators von der Vertretung.³ Möglich bleibt aber die Auswahl der Liquidatoren durch Vertrag oder Beschluss⁴ und eine von der Gesamtvertretungs- und Gesamtgeschäftsführungsbefugnis in § 150 HGB abweichende Regelung bei mehreren Liquidatoren.⁵
- 2439 Die Auflösung der Gesellschaft (§ 143 Abs. 1 HGB), die Liquidatoren und ihre Vertretungsmacht sind von **allen Gesellschaftern** zum Handelsregister **anzumelden** (§ 148 Abs. 1 HGB). Nach Beendigung der Liquidation haben die Liquidatoren nach § 157 HGB die Schlussrechnung zu legen (§ 154 HGB, vgl. Rz. I 1744 ff.), die Schlussverteilung vorzunehmen (§ 155 HGB, vgl. Rz. 1748 ff.), die Beendigung der Gesellschaft und das Erlöschen der Firma zum Handelsregister anzumelden (§ 157 Abs. 1 HGB, vgl. Rz. I 1757a ff.), Bücher und Papiere der aufgelösten Gesellschaft zu verwahren (§ 157 Abs. 2 HGB, vgl. Rz. I 1760 ff.) sowie Einsichtsrechte zu gewähren (§ 157 Abs. 3 HGB, vgl. Rz. I 1762).

2. Beendigung ohne Liquidation

a) Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters (Anwachsung)

- 2440 Die KG kann auch **liquidationslos und automatisch beendet** werden. Auflösung und (Voll-)Beendigung der KG fallen dann zusammen. Ein praktisch besonders relevanter Fall der automatischen Beendigung der KG ohne Liquidationsverfahren ist das **Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters** aus einer zweigliedrigen KG⁶ – gleich ob es sich hierbei um das Ausscheiden des Komplementärs oder des Kommanditisten handelt (dazu Rz. I 1085 ff.).⁷ Die Rechtsfolge der

1 Anders bei der Publikums-KG, vgl. Rz. I 1712a; zur GmbH & Co. KG vgl. Rz. I 3264 f.

2 *Hillmann* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 146 HGB Rz. 2; MünchKomm.HGB/K. *Schmidt*, 3. Aufl. 2011, § 150 HGB Rz. 6.

3 MünchKomm.HGB/K. *Schmidt*, 3. Aufl. 2011, § 150 HGB Rz. 13; vgl. *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 151 HGB Rz. 1.

4 MünchKomm.HGB/K. *Schmidt*, 3. Aufl. 2011, § 146 HGB Rz. 11 f.

5 *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 150 HGB Rz. 4; vgl. *Hillmann* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 150 HGB Rz. 8.

6 *Weipert* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 21.

7 *Oetker/Oetker*, 4. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 65; *Staub/Casper*, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 62.

automatischen Beendigung der KG ohne Liquidation tritt ebenfalls ein, wenn **sämtliche** Gesellschafter einer mehrgliedrigen KG **mit Ausnahme eines Gesellschafters ausscheiden**.¹ Dieser Fall liegt auch vor, wenn alle Gesellschafter mit Ausnahme eines Gesellschafters aus der KG **ausgeschlossen** werden.²

Das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters bzw. das Ausscheiden aller Gesellschafter mit Ausnahme eines Gesellschafters hat zur Folge, dass das **Gesellschaftsvermögen der KG** zugunsten des **verbleibenden Gesellschafters anwächst** und als Gesamtheit mit **allen Aktiva und Passiva** im Wege der **Gesamtrechtsnachfolge** auf ihn übergeht.³ Der verbleibende Gesellschafter wird nunmehr Alleininhaber des Unternehmens⁴, und es kommt zur automatischen Vollbeendigung der KG bzw. zu ihrem liquidationslosen Erlöschen⁵, denn eine Einmann-KG kann es nicht geben (h.M., näher Rz. I 151, I 1088).⁶ Im Gesellschaftsvertrag kann die automatische Anwachsung des Gesellschaftsvermögens beim letzten Gesellschafter **abbedungen** werden und stattdessen die Auflösung sowie zu deren Abwendung ein auf das Gesamtgeschäft bezogenes **Übernahmerecht** des letzten Gesellschafters vorgesehen werden.⁷ Der letzte Gesellschafter hat es dann in der Hand, ob die Gesellschaft in Folge des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters unter Beteiligung aller Gesellschafter liquidiert wird, oder ob er das Gesellschaftsvermögen durch Ausübung des ihm eingeräumten Gestaltungsrechts übernimmt. Auch in diesem tritt eine **Gesamtrechtsnachfolge** ein (zum Geschäftsübernahmerecht vgl. Rz. I 1116 ff.).⁸

2441

Scheidet der vorletzte Gesellschafter aus der KG aus, ist die **Fortsetzung des Handelsgeschäfts** durch den verbliebenen Kommanditisten⁹ bzw. durch den

2442

1 *Piebler/Schulte* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 36 Rz. 33.

2 *Lorz* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 131 HGB Rz. 10.

3 BGH v. 15.3.2004 – II ZR 247/01, ZIP 2004, 1047 (1048); *Staub/Casper*, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 62; *Piebler/Schulte* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 36 Rz. 33.

4 BayObLG v. 19.6.2001 – 3Z BR 48/01, NZG 2001, 889 = NJW-RR 2002, 246; *Piebler/Schulte* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 37 Rz. 1.

5 BGH v. 10.12.1990 – II ZR 256/89, BGHZ 113, 132 = NJW 1991, 844; BGH v. 15.3.2004 – II ZR 247/01, ZIP 2004, 1047 (1048); BGH v. 7.7.2008 – II ZR 37/07, NJW 2008, 2992; *Staub/Casper*, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 62; *Lorz* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 131 HGB Rz. 10.

6 Ganz h.M. Vgl. nur *Lorz* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 131 HGB Rz. 10.

7 Vgl. *Blaum/Scholze* in Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- u. Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2016, VIII.D.1. § 14 Abs. 2 Anm. 57

8 BGH v. 9.7.1968 – V ZR 80/66, WM 1968, 992; BGH v. 6.5.1993 – IX ZR 73/92, NJW 1993, 1917 (1918); OLG Düsseldorf v. 2.7.1997 – 3 Wx 94/97, NJW RR 1998, 245; Bay-ObLG v. 19.6.2001 – 3 Z BR 48/01, NZG 2001, 889 = NJW-RR 2002, 246.

9 BGH v. 15.3.2004 – II ZR 247/01, ZIP 2004, 1047 (1048); MünchKomm.HGB/*Grune-wald*, 3. Aufl. 2012, § 161 HGB Rz. 3.

verbliebenen Komplementär¹ als einzelkaufmännisches Handelsgeschäft möglich. Strebt der verbliebene Gesellschafter der KG eine Fortführung mit einem neuen Gesellschafter an, so bedarf es der Gründung einer neuen KG.² Entschieden sich der Alleinverbliebene, das Handelsgeschäft nicht fortzuführen, liegt darin keine Liquidation nach den §§ 145 ff. HGB.

- 2443 Verbleibt nach dem Ausscheiden der übrigen Gesellschafter nur noch ein **einzigster Komplementär**, so trifft diesen eine unbeschränkte und persönliche **Haftung** für die **Altverbindlichkeiten der KG**.³ Dies gilt sowohl dann, wenn er den Gewerbebetrieb der KG als Einzelkaufmann fortführt, als auch für den Fall, dass er den Gewerbebetrieb unverzüglich einstellt.⁴
- 2444 Ist nach dem Ausscheiden demgegenüber nur noch ein **einzigster Kommanditist** vorhanden, so ist zu differenzieren: Sofern er den Gewerbebetrieb der KG als Einzelkaufmann fortführt⁵, haftet er ebenfalls⁶ unbeschränkt und persönlich als Gesamtrechtsnachfolger und ggf. zusätzlich gem. § 25 HGB⁷. Stellt er den Gewerbebetrieb hingegen unverzüglich nach Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters ein, so haftet er nach der Rspr. nach dem Rechtsgedanken der §§ 27, 139 HGB auch außerhalb einer erbrechtlichen Nachfolge für Altverbindlichkeiten der KG nur mit dem ihm zugefallenen Gesellschaftsvermögen, also **beschränkt auf das KG-Vermögen**.⁸ Eine weitergehende Haftung kann sich aus seiner vormaligen Kommanditistenstellung aus §§ 171, 172 HGB ergeben⁹, wobei die entsprechende Anwendung der Verjährungsvorschriften des § 159 HGB anzunehmen ist. Daneben kommt eine Nachhaftung des ausgeschiedenen Komplementärs in Betracht (§§ 128, 160 HGB).¹⁰
- 2445 Die Anwachsung infolge Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters wird in der Praxis auch als **Instrument für gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen**

1 Weipert in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 21.

2 Staub/Casper, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 62.

3 Staub/Casper, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 62; für diese Verbindlichkeiten haftete er ohnehin vor der Anwachsung gem. § 128 HGB.

4 Staub/Casper, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 62.

5 Offen gelassen hat der BGH bisher, ob dafür auch eine Firmenfortführung notwendig ist, BGH v. 10.12.1990 – II ZR 256/89, NJW 1991, 844 (845). Darauf sollte es nicht ankommen, da die Haftung sich bereits aus der Gesamtrechtsnachfolge ergibt.

6 Staub/Casper, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 62.

7 BGH v. 15.3.2004 – II ZR 247/01, ZIP 2004, 1047 (1048).

8 BGH v. 15.3.2004 – II ZR 247/01, ZIP 2004, 1047 (1048); Staub/Casper, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 62.

9 BGH v. 15.3.2004 – II ZR 247/01, ZIP 2004, 1047 (1048); Staub/Casper, 5. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 62.

10 BGH v. 15.3.2004 – II ZR 247/01, ZIP 2004, 1047 (1048).

genutzt (allgemein zu An- und Abwachsungsmodellen Rz. I 5041 ff.; speziell zur GmbH & Co. KG Rz. I 3261 f.). Für eine KG kann auf diese Weise außerhalb des UmwG ein **Rechtsformwechsel in eine Kapitalgesellschaft** herbeigeführt werden (Rz. I 2446), oder sie kann auf eine andere Gesellschaft „verschmolzen“ werden (sog. „**Anwachungsverschmelzung**“) (Rz. I 2447).

Der Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft (z.B. GmbH, Gleiches gilt für eine AG) kann dadurch geschehen, dass alle Gesellschafter bis auf eine Gesellschafterin in der Rechtsform einer GmbH (als Komplementärin oder Kommanditistin) ausscheiden (**einfaches Anwachungsmodell**).¹ Sind die ausscheidenden Gesellschafter am Vermögen der KG beteiligt, wie das bei Kommanditisten üblich ist, steht ihnen allerdings ein Abfindungsguthaben zu, das zu unerwünschten liquiditätswirksamen und **steuerlichen** Konsequenzen führen kann (Aufgabegewinnbesteuerung, ggf. Schenkungsfiktion nach § 7 Abs. 7 ErbStG²). Zur Vermeidung dieser Nachteile ist das sog. **Einbringungsmodell** entwickelt worden, das allerdings auf einer **Anteilsvereinigung** und **nicht auf einer Anwachung** beruht (zum Einbringungsmodell vgl. Rz. I 2449).

2446

Vor allem innerhalb von Konzernstrukturen mit Tochtergesellschaften in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG kann eine **Anwachung auf den Kommanditisten** eine gegenüber der Verschmelzung nach dem UmwG vereinfachte Möglichkeit zur Beseitigung einer Tochtergesellschaft darstellen. Ist die Muttergesellschaft einzige Kommanditistin, so wächst ihr das Vermögen der KG an, wenn die Komplementär-GmbH aus der KG ausscheidet. Da die Komplementär-GmbH regelmäßig nicht am Vermögen beteiligt ist, besteht kein Erfordernis, dass das Ausscheiden gegen Abfindung erfolgt; **steuerlich** ist der Vorgang **neutral**. Auf diese Weise wird wie bei der Verschmelzung ein Übergang des KG-Vermögens auf die Kommanditistin durch Gesamtrechtsnachfolge herbeigeführt, **ohne** die zum Teil aufwändigen **Formalien des UmwG** (notarielle Beurkundung, Dokumentation, Zuleitung an den Betriebsrat mit Monatsfrist) einhalten zu müssen. Zudem kann der Vorgang in **zeitlicher Hinsicht punktgenau gesteuert** werden (keine Abhängigkeit vom Vorliegen zeitnaher testierter Bilanzen oder von der Eintragung ins Handelsregister). Allerdings ist eine **steuerliche Rückwirkung**, wie nach § 2 UmwStG, **nicht** möglich.

2447

¹ Vgl. *Blaum/Scholz* in Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- u. Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2016, VIII.D.28.

² Str., dafür *Geck* in Kapp/Ebeling, Losebl., § 7 ErbStG Rz. 200; zweifelnd *Gebel* in Troll/Gebel/Jülicher, 48. Aufl. 2014, § 7 ErbStG Rz. 404, jew. m.w.N.

b) Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in einer Hand (Konfusion)

2448 Der Übergang **sämtlicher Gesellschaftsanteile auf einen einzigen Erwerber** führt ebenfalls zur liquidationslosen Beendigung der KG.¹ Dies kann Folge einer **rechtsgeschäftlichen Übertragung** sein² oder **Konsequenz einer Gesamtrechtsnachfolge**, sei es dass der vorletzte Gesellschafter verstirbt und vom verbleibenden Gesellschafter **beerbt** wird³, sei es wenn im Zuge eines Anwachsungsvorgangs oder einer Gesamtrechtsnachfolge nach dem UmwG der Gesellschaftsanteil des vorletzten Gesellschafters auf den letzten **übergeht**. Die Vereinigung der Gesellschaftsanteile in der Hand eines Gesellschafters führt zum Erlöschen der KG (**Konfusion**). Das Vermögen der KG geht im Wege der **Gesamtrechtsnachfolge** auf den Erwerber über. Auflösung und Beendigung der KG fallen zusammen.⁴ Der Erwerber wird unmittelbar Inhaber des bisherigen KG-Vermögens.⁵ Er wird Gesamtrechtsnachfolger der beendeten KG und nicht Gesellschafter der KG; diese ist untergegangen.⁶ Als Gesamtrechtsnachfolger **haftet er für alle Verbindlichkeiten**. Allerdings hat der BGH für die durch Erbfall eintretende Anteilsvereinigung entschieden, dass der Erbe entsprechend § 27 HGB seine Haftung **auf das übergegangene Vermögen beschränken** kann, wenn er den Geschäftsbetrieb innerhalb der dort genannten Frist **einstellt**.⁷ Ob eine Beschränkung der Haftung auf das zugefallene Gesellschaftsvermögen nach diesen Grundsätzen auch anzunehmen ist, wenn die Gesamtrechtsnachfolge durch **rechtsgeschäftliches Handeln herbeigeführt** wird (Übertragung aller Gesellschaftsanteile auf einen Gesellschafter oder auf einen Dritten, Herbeiführung der Gesamtrechtsnachfolge nach dem UmwG) ist noch nicht entschieden, aber nahelegend.⁸ Das bedeutet, dass der Erwerber für Altverbindlichkeiten nur auf das zugefallene Gesellschaftsvermögen beschränkt haftet, wenn er den Geschäftsbetrieb unverzüglich einstellt.

1 OLG München v. 16.6.2010 – 31 Wx 94/10, NZG 2010, 1305 = DB 2010, 1458 (1459); BayObLG v. 19.6.2001 – 3Z BR 48/01, NZG 2001, 889 = NJW-RR 2002, 246; OLG

Düsseldorf v. 2.7.1997 – 3 Wx 94/97, NJW-RR 1998, 245; *Gummert* in Henssler/Strohn, GesR, 2. Aufl. 2014, § 161 HGB Rz. 17; *Oetker/Oetker*, 4. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 65.

2 KG v. 3.5.2005 – 1 W 319/03, NZG 2005, 718; BGH v. 10.7.1975 – II ZR 154/72, NJW 1975, 1774.

3 BGH v. 10.12.1990 – II ZR 256/89, NJW 1991, 844.

4 OLG München v. 16.6.2010 – 31 Wx 94/10, NZG 2010, 1305 = DB 2010, 1458 (1459); BayObLG v. 19.6.2001 – 3Z BR 48/01, NZG 2001, 889 = NJW-RR 2002, 246; OLG Düsseldorf v. 2.7.1997 – 3 Wx 94/97, NJW-RR 1998, 245.

5 OLG München v. 16.6.2010 – 31 Wx 94/10, NZG 2010, 1305 = DB 2010, 1458 (1459).

6 OLG München v. 16.6.2010 – 31 Wx 94/10, NZG 2010, 1305 = DB 2010, 1458 (1459).

7 BGH v. 10.12.1990 – II ZR 256/89, NJW 1991, 844.

8 Vgl. BGH v. 15.3.2004 – II ZR 247/01, ZIP 2004, 1047 (1048), wo der BGH für diese Rechtsfolgen nicht mehr auf den erbrechtlichen Zusammenhang abstellt, der noch in der Entscheidung v. 10.12.1990 tragend war, auf die er Bezug nimmt.

Auch die Beendigung der KG durch bewusste Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in einer Hand dient in der Praxis als Gestaltungsmittel zur Herbeiführung eines **Formwechsels** außerhalb der Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes, nämlich in Gestalt des **Einbringungsmodells**, vor allem bei der GmbH & Co. KG: Die Kommanditisten bringen ihre Kommanditanteile als Einlage im Zuge einer Kapitalerhöhung der GmbH gegen Gewährung von Geschäftsanteilen in die GmbH ein.¹ Dieser Vorgang ist ertragsteuerneutral, § 20 UmwStG. Auf diese Weise wird die GmbH infolge des Erwerbs sämtlicher Gesellschaftsanteile zur alleinigen Gesellschafterin der KG, wodurch diese ohne Liquidation untergeht und ihr Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die GmbH übergeht. Bei dieser Gestaltung werden Abfindungsleistungen und negative steuerliche Konsequenzen vermieden. Allerdings werden die Kommanditisten Gesellschafter der Komplementär-GmbH, d.h. der Vorgang führt nicht zur Trennung von Gesellschaftern, falls dies beabsichtigt ist. 2449

Die Anteilsvereinigung kann auch genutzt werden, um eine „**Verschmelzung**“ einer GmbH & Co. KG auf ihren einzigen Kommanditisten außerhalb des Umwandlungsgesetzes herbeizuführen: Die Komplementär-GmbH überträgt ihren Komplementär-Anteil auf den Kommanditisten oder sie wird auf den Kommanditisten nach dem UmwG verschmolzen, wodurch der Komplementäranteil auf den Kommanditisten übergeht. Die GmbH & Co. KG geht als Rechtsträger infolge der Anteilsvereinigung unter. Ihr Vermögen geht auf den Kommanditisten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über. 2450

c) Auflösung ohne Abwicklung nach dem UmwG

Einen weiteren Fall der Beendigung der KG ohne Liquidation stellt die Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz², insbesondere die **Verschmelzung** der KG auf einen anderen Rechtsträger nach Maßgabe von §§ 2 ff., §§ 39 ff. UmwG (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG)³, dar. Auch eine **Aufspaltung** der KG nach § 123 Abs. 1 UmwG führt zu deren „**Auflösung ohne Abwicklung**“, während eine KG infolge eines Formwechsels nicht aufgelöst wird, sondern im Gewand einer anderen Rechtsform fortexistiert. 2451

Zu einer Umwandlungsmaßnahme nach dem UmwG ist aufgrund des personengesellschaftsrechtlichen Prinzips der Einstimmigkeit (§ 119 Abs. 1 HGB) grundsätzlich die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich. Das Umwandlungsgesetz lässt es jedoch zu, dass die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit einer mehrheitlich beschlossenen Umwandlung vorsehen (vgl. §§ 43 2452

1 *Beckhaus* in in Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- u. Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2016, XI. 50.

2 *Schmid* in MünchHdb. GesR II, 4. Aufl. 2014, § 45 Rz. 97.

3 *Oetker/Oetker*, 4. Aufl. 2015, § 161 HGB Rz. 65.

Abs. 2 Satz 1, 125, 217 Abs. 1 Satz 2 UmwG), sofern die erforderliche Mehrheit mindestens $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen beträgt. Das verlangt jedoch nicht, dass der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich die einzelnen Umwandlungsmaßnahmen benennen müsste, die Gegenstand einer Mehrheitsbeschlussfassung sein können. Jedenfalls ausreichend ist die Bezugnahme auf den gesetzlichen Oberbegriff "Umwandlungen" i.S. des UmwG.¹ Darüber hinaus ist es auch durchaus denkbar, dass allgemeine Mehrheitsklauseln die Auslegung tragen, umwandlungsrechtliche Mehrheitsentscheidungen zu ermöglichen², insbesondere wenn sie sowohl eine Gesellschaftsvertragsänderung als auch eine Auflösung der Gesellschaft mit (mindestens) $\frac{3}{4}$ Mehrheit der abgegebenen Stimmen zulassen. Allerdings werden in solchen Konstellationen aufgrund der erforderlichen Vertragsauslegung häufig Restunsicherheiten bleiben, die für eine darauf gestützte Strukturmaßnahme hinderlich sind.

d) Anmeldung und Eintragung der Beendigung ohne Liquidation

2453 Die Beendigung ohne Liquidation ist **von allen Gesellschaftern** zum Handelsregister anzumelden. Die Eintragung im Handelsregister lautet üblicherweise nur **„Die Gesellschaft ist aufgelöst. Eine Liquidation findet nicht statt. Die Firma ist erloschen.“** Die nähere Darlegung des Sachverhalts in der Anmeldung, insbesondere der Umstände, die zu einer Gesamtrechtsnachfolge geführt haben, braucht das Handelsregister, selbst wenn dies beantragt ist, im Eintragungstext **nicht zu übernehmen.**³ Aufgrund dieser Praxis ist es ohne Rechtskenntnisse nicht möglich, aus dem Eintragungstext die Gesamtrechtsnachfolge zu entnehmen. Insbesondere im ausländischen Rechtsverkehr erschwert dies die Darlegung des erfolgten Vermögensübergangs. Dazu ist eine Erläuterung der personengesellschaftsrechtlichen Grundsätze nach deutschem Recht erforderlich.

2454–2499 frei

1 Vgl. *Lutter/H. Schmidt*, 5. Aufl. 2014, § 43 UmwG Rz. 14; *Kallmeyer/Zimmermann*, 5. Aufl. 2014, § 43 UmwG Rz. 9; *Ibrig* in *Semler/Stengel*, 3. Aufl. 2012, § 43 UmwG Rz. 31 f.

2 *Lutter/H. Schmidt*, 5. Aufl. 2014, § 43 UmwG Rz. 15.

3 OLG Düsseldorf v. 2.7.1997 – 3 Wx 94/97, NJW-RR 1998, 245; OLG München v. 16.6.2010 – 31 Wx 94/10, NZG 2010, 1305.