

Rechtsprechung

UmwG §§ 194 Abs. 1 Nr. 3, 202 Abs. 1 Nr. 2 S. 1, 228 Abs. 1

Formwechsel der GmbH in die KG: Beitritt des persönlich haftenden Gesellschafters mit Wirksamwerden des Formwechsels; Kontinuität der Mitgliedschaft

Beim Formwechsel einer GmbH in eine KG ist der Eintritt des persönlich haftenden Gesellschafters mit Wirksamwerden des Formwechsels möglich.

OLG Oldenburg, Beschl. v. 19.12.2019 – 12 W 133/19 (HR)

Problem

Die Entscheidung behandelt die höchstrichterlich bisher noch nicht geklärte Frage, ob ein Gesellschafter der Zielgesellschaft eines Formwechsels im Zuge des Formwechsels beitreten kann. Im Hintergrund steht das im Umwandlungsrecht essentielle Prinzip der Kontinuität der Mitgliedschaft: Jeder Gesellschafter des übertragenden/formwechselnden Rechtsträgers erhält auch einen Anteil am übernehmenden oder Zielrechtsträger (Anteilsgewährpflicht). Die Entscheidung des OLG Oldenburg lässt sich in eine kleine Reihe weiterer Entscheidungen einordnen:

– Das BayObLG ließ es in einer Entscheidung von 1999 (DNotZ 2000, 233, 234 f.) beim Formwechsel

einer GmbH in eine KG zu, dass die Komplementär-GmbH im Zeitraum zwischen Umwandlungsbeschluss und Eintragung des Formwechsels Gesellschafterin des Ausgangsrechtsträgers wurde. Es genüge, wenn die Voraussetzungen des Formwechsels zum Zeitpunkt der Eintragung vorlägen. Ob auch ein Beitritt im Moment des Formwechsels möglich sei, ließ das BayObLG offen, sprach sich aber tendenziell gegen diese Möglichkeit aus.

– Der BGH erwähnte in einer Entscheidung von 2005 (DNotZ 2005, 864, 865) *obiter dictum*, dass ein Gesellschafter im Zuge des Formwechsels neu hinzutreten könne.

– In jüngerer Zeit akzeptierte das KG (DNotZ 2019, 384 Tz. 11 ff. = DNotI-Report 2019, 40) beim Formwechsel einer KG in eine GmbH das Ausscheiden des persönlich haftenden Gesellschafters mit dem Wirksamwerden des Formwechsels.

Entscheidung

Im Fall des OLG Oldenburg beschloss die Alleingesellschafterin (B2) einer GmbH mit Zustimmung der B3-UG den Formwechsel der GmbH in eine UG & Co. KG. An der künftigen KG sollte die B2 als Kommanditistin und die B3-UG als einzige Komplementärin ohne Kapitalanteil beteiligt sein. Die B3-UG sollte der KG mit der Eintragung des Formwechsels im Handelsregister beitreten. Das Registergericht wies den Eintragungsantrag mit der Begründung zurück, der Formwechsel widerspreche dem Grundsatz der Kontinuität der Gesellschafter. Hiernach müssten die Gesellschafter des künftigen Rechtsträgers bereits vor dem Formwechsel Gesellschafter der formwechselnden GmbH geworden sein. Dies sei bzgl. der B3-UG nicht einmal für eine logische Sekunde der Fall gewesen.

Das OLG Oldenburg hat die Bedenken des Registergerichts für unbegründet gehalten und der Beschwerde gegen die Zurückweisung stattgegeben. Der Grundsatz der **Kontinuität der Mitgliedschaft** (§§ 194 Abs. 1 Nr. 3, 202 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 UmwG) stehe einem **Beitritt** der Komplementärin **im Zeitpunkt der Eintragung nicht entgegen**. Diese Kontinuität sei zwar grundlegendes Prinzip des Formwechsels; sie diene jedoch dem **Schutz der Gesellschafter**, nämlich der Fortsetzung ihrer Mitgliedschaft beim neuen Rechtsträger. Dieser Schutzzweck werde nicht tangiert, wenn sich sämtliche Beteiligten einig seien und ein Gesellschafterwechsel bereits nach den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen überzähligen „Änderungsmöglichkeiten“ erfolgen könne. Im Hinblick auf ein solches „Mehr“ an Umstrukturierung versage das Umwandlungsrecht seine Hilfe, was indes keine Untersagung bedeute. Sowohl nach dem

GmbH-Recht als auch nach dem KG-Recht sei der jederzeitige Beitritt eines Gesellschafters möglich.

Für den gewählten Weg gebe es im Übrigen ein **praktisches Bedürfnis**: In der typischen GmbH & Co. KG sei eine Kapitalbeteiligung der Komplementär-GmbH nicht vorgesehen. Diese sei aber Voraussetzung, dass die Komplementärin bereits vor dem Wirksamwerden des Formwechsels der GmbH beitreten könne. Umgekehrt müsse die KG nach Personengesellschaftsrecht spätestens im Zeitpunkt des Wirksamwerdens über mindestens zwei Gesellschafter verfügen (vgl. § 228 Abs. 1 UmwG). Die Alternative, die spätere Komplementär-GmbH mit einer geringfügigen Kapitalbeteiligung bereits am Ausgangsrechtsträger zu beteiligen, widerspräche dem Ziel des Kontinuitätsgebots insoweit, als der Kapitalanteil des bisherigen Alleingesellschafters der GmbH „verwässert“ würde.

Das OLG Oldenburg sieht sich im Einklang mit den oben skizzierten Entscheidungen. Dass sich das sog. **Treuhandmodell** (d. h. eine treuhänderische Minimalkapitalbeteiligung vorweg) nun für die Praxis erledigt hat, lässt sich dennoch bis zu einer höchstrichterlichen Entscheidung nicht ohne Weiteres sagen. In anderen OLG-Bezirken dürfte Rücksprache mit dem Registergericht zu empfehlen sein (vgl. bereits DNotI-Report 2019, 40, 41).