

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.:** 174351**letzte Aktualisierung:** 24. Januar 2020**InsO § 19; UmwG §§ 189, 191, 220, 228 ff.****Formwechsel einer überschuldeten GmbH in eine KG****I. Sachverhalt**

Eine GmbH ist überschuldet und soll nunmehr in eine KG umgewandelt werden, wobei einer der GmbH-Gesellschafter Komplementär werden soll.

II. Fragen

1. Hindert das negative Eigenkapital der GmbH die Durchführung des Formwechsels?
2. Ist lediglich die Zahlungsunfähigkeit bzw. drohende Zahlungsunfähigkeit nach §§ 17 f. InsO oder auch die Überschuldung nach § 19 InsO im vorliegenden Fall Insolvenzeröffnungsgrund?

III. Zur Rechtslage

1. Für den Formwechsel sieht § 220 UmwG zum Schutz der Kapitalaufbringung beim Zielrechtsträger für den umgekehrten Fall des Formwechsels einer Personenhandelsgesellschaft in eine GmbH oder Aktiengesellschaft ausdrücklich vor, dass der Nennbetrag des Stammkapitals der Ziel-GmbH durch das Vermögen der formwechselnden Personenhandelsgesellschaft gedeckt sein muss. Entsprechend regelt § 245 Abs. 1 S. 2 UmwG diesen Kapitalschutz für den Formwechsel einer GmbH in eine Aktiengesellschaft. Für den hier in Rede stehenden Fall des Formwechsels einer GmbH in eine Personengesellschaft findet sich demgegenüber in den einschlägigen §§ 228-237 UmwG keine vergleichbare Regelung. Dies ist auch konsequent, da es beim Zielrechtsträger (hier der Kommanditgesellschaft) keinen vergleichbaren Kapitalschutz wie bei Kapitalgesellschaften gibt. Da nach § 197 UmwG allerdings die Gründungsvorschriften für die Kommanditgesellschaft auch auf den Formwechsel in eine Kommanditgesellschaft anzuwenden sind, müssen u. E. nichtsdestotrotz die §§ 171 und 172 HGB beachtet werden. Im konkreten Fall des Formwechsels bedeutet dies, dass der Kommanditist in Höhe der im Handelsregister eingetragenen Hafteinlage unmittelbar persönlich haftet. Eine insofern die Haftung ausschließende Einlageleistung nach § 171 Abs. 1 HS. 2 HGB kann nur in der Höhe angenommen werden, in der sich der Wert des Ausgangsrechtsträgers (also hier jener der GmbH) darstellen lässt. Ist die Ausgangs-GmbH, wie hier, materiell überschuldet, hat sie damit keinen positiven Verkehrswert mehr, sodass die Hafteinlage des Kommanditisten nicht erbracht ist. Wie bei der Gründung einer Kommanditgesellschaft ist dies allerdings kein Hinderungsgrund für die

Entstehung der Kommanditgesellschaft und damit auch nicht für die Eintragung des Formwechsels.

2. Beim hier geplanten Formwechsel ist zwischen der Insolvenzantragspflicht noch beim Ausgangsrechtsträger, der GmbH, und der Insolvenzantragspflicht beim Zielrechtsträger, dann der Kommanditgesellschaft, zu unterscheiden. Besteht eine insolvenzrechtliche Überschuldung nach § 19 InsO (lässt sich insbes. auch keine positive Fortführungsprognose erstellen), ist der Geschäftsführer der Ausgangs-GmbH grundsätzlich verpflichtet, ohne schuldhafte Zögern (spätestens innerhalb von drei Wochen) Insolvenzantrag zu stellen, wenn die GmbH zahlungsunfähig (§ 17 InsO) oder überschuldet (§ 19 InsO) ist (§ 15a Abs. 1 S. 1 InsO). Wird der hier geplante Formwechsel indes rechtzeitig angemeldet, muss der Geschäftsführer seiner ansonsten strafbewehrten Insolvenzantragspflicht nicht mehr nachkommen, da durch den Formwechsel insolvenzrechtlich die Insolvenzantragspflicht wegen der bestehenden Überschuldung beseitigt wird (s. dazu Heckschen, ZInsO 2008, 824, 829). Denn der Insolvenzeröffnungsgrund der Überschuldung, der eine entsprechende Insolvenzantragspflicht verursacht, gilt nach § 19 Abs. 1 InsO nur für juristische Personen. Hierzu zählen im insolvenzrechtlichen Sinne Personenhandelsgesellschaften, wie die Kommanditgesellschaft und die OHG, grundsätzlich nicht (vgl. § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO; vgl. nur K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 19 Rn. 10; für diese sind mithin nur die allgemeinen Eröffnungsgründe der Zahlungsunfähigkeit sowie der drohenden Zahlungsunfähigkeit von Relevanz, Kreplin, in: Nerlich/Kreplin, Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, 3. Aufl. 2019, § 26 Rn. 188). Nur für die GmbH & Co. KG – sofern nicht noch eine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafterin beteiligt ist – ist in § 19 Abs. 3 InsO ausdrücklich geregelt, dass mangels natürlicher Person als persönlich haftenden Gesellschafters auch die Überschuldung als Insolvenzeröffnungsgrund gilt und nach § 15a Abs. 1 S. 2 InsO auch eine Insolvenzantragspflicht besteht (zur Ermittlung der Überschuldung im Falle einer GmbH & Co. KG verweisen wir auf die beigefügten Erörterungen von Kreplin, § 26 Rn. 188-197). Liegt dagegen – wovon hier nach dem Sachverhalt nicht auszugehen ist – allerdings Zahlungsunfähigkeit i. S. d. § 17 InsO vor, kann u. E. die Insolvenzantragspflicht schon bei der GmbH durch den Formwechsel in die KG nicht beseitigt werden, da dieser Insolvenzeröffnungsgrund auch bei der KG weiterhin besteht.