

## GmbH-Musterformulierungen

---

### ■ Formwechsel einer GmbH in eine GmbH & Co. KG

#### Musterformulierung eines Umwandlungsbeschlusses

von RA, FAArR Dr. Oliver Fröhlich\*

**Wirtschaftliche Motive** für Umwandlungsvorgänge sind vielgestaltig. Neben den steuerrechtlichen Motiven spielen auch gesellschaftsrechtliche Gründe oftmals eine Rolle. Dem deutschen Steuerrecht liegt kein einheitliches System der Unternehmensbesteuerung zugrunde. Die Besteuerung knüpft an die unterschiedlichen durch das Zivilrecht vorgegebenen Rechtsformen an. Während man bei der Kapitalgesellschaft als Körperschaft, bedingt durch das Trennungsprinzip, eine Besteuerungsebene „Gesellschaft“ neben einer weiteren Besteuerungsebene „Gesellschafter“ hat, ist das Besteuerungsverfahren bei

Personengesellschaften als Gesamthandsgemeinschaften anders ausgestaltet. Gesellschafter einer Personengesellschaft sind Mitunternehmer und unterliegen gemäß § 15 EStG der Besteuerung. Eine Trennung, wie bei Kapitalgesellschaften üblich, wird bei Personengesellschaften nicht vorgenommen – der Gewinn wird den Gesellschaftern direkt zugerechnet.

---

\* Der Autor ist Mitarbeiter in der Kanzlei Ulrich Weber & Partner GbR, Köln.

## GmbH-Musterformulierungen

**Gesellschaftsrechtliche Vorzüge der GmbH & Co. KG** sind geeignet, zur Wahl dieser Rechtsform zu motivieren. Der Mitbestimmungseinfluss der Arbeitnehmer ist geringer als in der GmbH. Der Grundsatz der Selbstorganschaft bei den Personengesellschaften wird umgangen, so dass die GmbH & Co. KG außenstehende Fachleute (als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH) mit der Geschäftsleitung betrauen kann. Ein Entnahmerecht besteht auch dann, wenn kein Gewinn erwirtschaftet wird.

**Als Formwechsel bezeichnet das Gesetz** den Vorgang, dass ein Rechtsträger eine andere Rechtsform erhält (§ 190 Abs. 1 UmwG), und zwar unter Wahrung seiner Identität. An die Stelle der ohne das Umwandlungsrecht gebotenen Schritte von Auflösung und Liquidation sowie Gründung und Einzeleinbringung bietet das Umwandlungsgesetz für den Formwechsel den einfachen Weg der Identität (§ 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG: „Der formwechselnde Rechtsträger besteht in der in dem Umwandlungsbeschluss bestimmten Rechtsform weiter“). Das Vermögen des formwechselnden Rechtsträgers (GmbH) ist nach dem Formwechsel Vermögen des Rechtsträgers neuer Rechtsform (GmbH & Co. KG). Wenn die Entscheidung für eine Umwandlung der GmbH in eine GmbH & Co. KG gefallen ist, ergeben sich die gebotenen Schritte aus den §§ 190 bis 213 UmwG sowie §§ 226 bis 237 UmwG.

**Erforderlich für einen Formwechsel** sind Umwandlungsbeschluss, ggf. Unterrichtung des Betriebsrats sowie die Anmeldung zum Handelsregister. Der in einer Gesellschafterversammlung zu treffende Umwandlungsbeschluss (§ 192 Abs. 1 S. 2 UmwG) bedarf der qualifizierten Mehrheit von  $\frac{3}{4}$  der abgegebenen Stimmen (§ 233

Abs. 2 UmwG). Dem Formwechsel müssen alle Gesellschafter zustimmen, die in der KG die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters haben sollen. Die GmbH muss spätestens im Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Formwechsels ein Handelsgewerbe betreiben, da anderenfalls schon der Unternehmensgegenstand der Eintragung der Rechtsform Kommanditgesellschaft entgegensteht (§ 228 Abs. 1 UmwG).

**Beraterhinweis:** Nach dem Grundsatz der *Personenidentität* müssen vor und nach dem Formwechsel dieselben Parteien beteiligt sein. Hier bietet es sich an, vor dem Formwechsel eine GmbH zu gründen, die einen „Zwerganteil“ an der GmbH hält, wobei auch vereinbart werden kann, dass der Anteil nur treuhänderisch durch die GmbH gehalten wird. Nach dem Formwechsel kann der Anteil auch wieder übertragen werden, wenn nicht gewollt ist, dass die Komplementär-GmbH einen Kapitalanteil hält. Zunehmend wird auch die Ansicht vertreten, dass es möglich sein soll, dass der Eintritt der Komplementär-GmbH im Umwandlungsbeschluss mitgeregelt werde, ohne darin einen Verstoß gegen die Gesellschaftsidentität zu sehen. Dabei würde es genügen, wenn die Komplementär-GmbH mit Wirksamwerden des Formwechsels eintritt, also bei der Eintragung der neuen Rechtsform im Handelsregister (vgl. *K. Schmidt*, GmbHR 1995, 695; *Priester*, DB 1997, 560). Hier kann es sich empfehlen, vorab die Rechtsauffassung des zuständigen Registergerichts zu dieser Frage in Erfahrung zu bringen. Der sicherere vorsorglich zu bevorzugende Weg ist derjenige mit vorheriger Beteiligung der künftigen Komplementär-GmbH an der GmbH. ◀

**Musterformulierung** eines Umwandlungsbeschlusses (einstimmig beschlossener Formwechsel)

**Bei Einstimmigkeit** der Beschlussfassung kann in notariell beurkundeter Form auf die Erstattung eines Umwandlungsberichts nebst Vermögensaufstellung, auf Klagen gegen die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses sowie nach herrschender Meinung auf ein Abfindungsangebot verzichtet werden.

Wir, A, B und die C-GmbH, sind Gesellschafter der A-GmbH mit Sitz in Köln. Unter Verzicht auf die Einhaltung aller Form- und Fristvorschriften für die Einberufung und Abhaltung einer Gesellschafterversammlung einschließlich der Ankündigung des Formwechsels als Gegenstand der Beschlussfassung, halten wir eine Gesellschafterversammlung der A-GmbH ab und beschließen einstimmig:

**Der notwendige Inhalt** des Umwandlungsbeschlusses ergibt sich aus § 194 UmwG. Firma (§ 200 UmwG) und Sitz (§ 234 Nr. 1) sind anzugeben. Die Umwandlungsfähigkeit folgt aus § 190 Abs. 1, § 199 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2, § 226, § 228 Abs. 1 UmwG.

1. Die A-GmbH wird gemäß § 190 ff., § 228 ff. UmwG formwechselnd in eine Kommanditgesellschaft, die unter A-GmbH & Co. KG firmiert, mit einem Kommanditkapital i. H. v. ... € umgewandelt. Die A-GmbH & Co. KG hat ihren Sitz in ... Die C-GmbH stimmt dem Formwechsel ausdrücklich zu.

**Die Hafteinlage** der Kommanditisten kann unabhängig vom Eigen- oder Stammkapital der GmbH festgelegt werden. Wegen der insoweit möglichen Gläubigergefährdung kann allerdings eine Sicherheitsleistung (§§ 244, 22 Abs. 1 UmwG) geboten sein. Jedoch ist es nicht erforderlich, dass das Eigenkapital der GmbH in vollem Umfang Eigenkapital der Kommanditgesellschaft wird.

2. An der Kommanditgesellschaft sind beteiligt:

- als Komplementärin die Firma C-GmbH mit einer Kapitaleinlage i. H. v. 300 €
- als Kommanditisten:
  - A mit einer Kommanditeinlage (zugleich Haftungssumme) von ... €.
  - B mit einer Kommanditeinlage (zugleich Haftungssumme) von ... €.

## GmbH-Musterformulierungen

**Eine Verweisung auf den Kommanditgesellschaftsvertrag** dürfte zulässig sein, zumal der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft beim Handelsregister nicht vorzulegen ist. Jedoch kann es aus praktischen Gründen empfehlenswert sein, den Gesellschaftsvertrag anlässlich des Umwandlungsbeschlusses neu zu fassen.

**Die Wirkung des Formwechsels** im Innenverhältnis wird im Beschluss geregelt. Dagegen kommt es im Außenverhältnis auf die Eintragung zum Handelsregister an. Der formwechselnde Rechtsträger besteht nämlich erst mit Eintragung in das Handelsregister in der in dem Umwandlungsbeschluss bestimmten Rechtsform weiter (§ 202 Abs. 2 Nr. 1).

**Ausführungen zu etwaigen Sonderrechten** müssen im Umwandlungsbeschluss enthalten sein (§ 194 Abs. 1 Nr. 5 UmwG).

**Abfindungsangebot:** Der formwechselnde Rechtsträger muss jedem Anteilsinhaber, der gegenüber dem Umwandlungsbeschluss Widerspruch zur Niederschrift erklärt, den Erwerb seiner umgewandten Anteile oder Mitgliedschaften gegen eine angemessene Barabfindung anbieten (§ 207 UmwG). Entsprechend bedarf es auch einer Bestimmung im Umwandlungsbeschluss (§ 194 Abs. 1 Nr. 6 UmwG). Die herrschende Meinung lässt aber zu, dass im Umwandlungsbeschluss auf ein Abfindungsangebot verzichtet wird, wenn alle Anteilsinhaber darauf in notariell beurkundeter Form verzichtet haben. Die Verzichtserklärungen sind entsprechend § 199 UmwG zum Handelsregister einzureichen. Auch hier mag es sich empfehlen, vorab mit dem zuständigen Registergericht zu klären, ob es ein Abfindungsangebot (§ 207 UmwG) für zwingend erachtet.

**Dem Betriebsrat** des formwechselnden Rechtsträgers ist der Entwurf des Umwandlungsbeschlusses spätestens einen Monat vor dem Beschluss über den Formwechsel zuzuleiten (§ 194 Abs. 2 UmwG).

**Die Folgen für die Arbeitnehmer** und ihre Vertretungen durch den Formwechsel müssen bestimmt werden (§ 194 Abs. 1 Nr. 7 UmwG). Die Rechte der Arbeitnehmer bleiben unberührt. Auch § 613a BGB ist auf den Formwechsel nicht anzuwenden. Ein Betriebsinhaberwechsel erfolgt wegen der für den Formwechsel charakteristischen Identität des formwechselnden Rechtsträgers mit dem Rechtsträger neuer Rechtsform nicht. § 77 BetrVG 1952 sieht Aufsichtsräte bei GmbH mit mehr als 500 (aber nicht mehr als 2000 – dann ist das MitbestG 1976 einschlägig) Arbeitnehmern vor. Erst bei Großunternehmen mit mehr als 2000 Arbeitnehmern stellt das MitbestG 1976 die Kommanditgesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen den Kapitalgesellschaften gleich.

3. Der Umfang der Mitgliedschaftsrechte ist im Einzelnen im Kommanditgesellschaftsvertrag der A-GmbH & Co. KG vom heutigen Tag geregelt, der allen Gesellschaftern bekannt ist und ein Bestandteil dieses Umwandlungsbeschlusses ist.

4. Der Formwechsel erfolgt im Innenverhältnis mit Wirkung zum Ablauf des 31.12.2004. Vom 1.1.2005 (0.00 Uhr), Stichtag, an gelten alle Handlungen und Geschäfte der A-GmbH als für Rechnung der A-GmbH & Co. KG vorgenommen. Der Kommanditanteil an der A-GmbH & Co. KG ist vom Umwandlungsstichtag an gewinnberechtigt.

5. Bei der A-GmbH bestehen bisher keine Sonderrechte und keine besonderen Rechte i. S. v. § 194 Abs. 1 Nr. 5 UmwG. Solche Rechte werden auch bei der A-GmbH & Co. KG nicht neu begründet.

6. Ein Abfindungsangebot nach § 207 UmwG ist entbehrlich, da sämtliche Anteilsinhaber dem Umwandlungsbeschluss zustimmen und auf ein Abfindungsangebot verzichten.

7. Dem Betriebsrat hat der Entwurf dieses Umwandlungsbeschlusses seit dem ... 2004, also mehr als einen Monat, vorgelegen.

8. Die im Zeitpunkt der Wirksamkeit des Formwechsels bei der A-GmbH bestehenden Arbeitsverhältnisse bestehen mit allen Rechten und Pflichten einschließlich der Anwartschaften aus der betrieblichen Altersversorgung bei der A-GmbH & Co. KG weiter. Auch die bei der A-GmbH geltenden tarifvertraglichen Regelungen sind auf die Arbeitsverhältnisse unverändert anzuwenden. Die Vertretung der Arbeitnehmer im Betrieb der A-GmbH bleibt bis zum Ende der Amtsperiode bestehen. Es findet aus Anlass der Umwandlung keine Neuwahl statt. Alle Betriebsvereinbarungen gelten weiter. Der bei der A-GmbH bestehende nach den Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes 1952 zu bildende Aufsichtsrat entfällt mit der Wirksamkeit der Umwandlung.

## Literatur

**Ein Umwandlungsbericht** mit Vermögensaufstellung (§ 192 UmwG) ist ausnahmsweise nicht erforderlich, wenn alle Anteilhaber auf seine Erstattung verzichten (§ 192 Abs. 3 UmwG). Die Verzichtserklärungen sind notariell zu beurkunden.

Vgl. hierzu § 198 Abs. 3, 16 Abs. 2 UmwG

9. Auf die Erstellung eines Umwandlungsberichts nebst Vermögensaufstellung (§ 192 Abs. 3 UmwG) wird verzichtet.

10. Auf eine Klage gegen die Wirksamkeit dieses Umwandlungsbeschlusses wird verzichtet.

11. Die Kosten des Formwechsels trägt die A-GmbH & Co. KG.