



Prof. Dr. Heribert Heckschen
Prof. Dr. Oswald van de Loo

Hohe Straße 12
01069 Dresden

Tel 0351 473 05 0
Fax 0351 473 05 10

Identitätswahrender Rechtsformwechsel einer KG in eine PartG

03.05.2019

Leitsatz

Der Rechtsformwechsel von einer KG in eine PartG ist zulässig.

Sachverhalt

Die Beteiligten beantragten die Eintragung einer PartG nach einem Rechtsformwechsel von einer KG. Der angemeldete Name entsprach bis auf den gewechselten Rechtsformzusatz dem der KG und enthielt ausschließlich den Nachnamen eines bereits ausgeschiedenen Gesellschafters, wobei dieser der Namensfortführung zugestimmt hatte.

Das Amtsgericht lehnte die Eintragung aus zweierlei Gründen ab. Zum einen sei der Rechtsformwechsel von einer KG in eine PartG nicht möglich und zum anderen sei der angemeldete Name unzulässig.

Entscheidung

Das OLG Hamm sah keine rechtlichen Bedenken bzgl. der Umwandlung der KG in die PartG. § 214 Abs. 1 UmwG sehe zwar ausschließlich einen Formwechsel von Personenhandelsgesellschaften in Kapitalgesellschaften vor, allerdings könne dem Paragraphen nicht entnommen werden, dass eine Umwandlung außerhalb des Umwandlungsgesetzes ausgeschlossen sei. Der Wechsel der Rechtsform nach den allgemeinen zivil- und handelsrechtlichen Regelungen stehe immer noch nach § 190 Abs. 2 UmwG ausdrücklich offen. So könne durch Aufnahme eines beschränkt haftenden Gesellschafters bspw. eine oHG zur KG werden. Da die Gesellschaftsstruktur gleich sei, könne eine GbR, oHG bzw. KG identitätswahrend in eine PartG wechseln. Notwendig dafür seien lediglich die Änderung des Gesellschaftsvertrages, die Abmeldung zum Handelsregister und die Anmeldung zum Partnerschaftsregister. Irrelevant sei dagegen, ob die Ausübung der freiberuflichen Tätigkeit vorher überhaupt in Form einer Handelsgesellschaft zulässig gewesen sei. Befände sich die Tätigkeit in einem Grenzbereich zwischen gewerblicher und freiberuflicher, so können die Beteiligten grundsätzlich zwischen einer Handelsgesellschaft und einer PartG wählen. Entscheiden sich die Beteiligten für eine PartG, dann sei die Nicht-Gewerblichkeit somit Rechtsfolge der Rechtsformwahl.

Darüber hinaus bestehe kein Eintragungshindernis hinsichtlich des angemeldeten Namens. Gem. § 2 Abs. 2 Satz 1 PartGG i. V. m. § 24 Abs. 2 HGB könne der im Namen der Gesellschaft enthaltene Name eines Ausgeschiedenen mit dessen Zustimmung auch nach einem Rechtsformwechsel fortgeführt werden. Dies sei bereits für den Wechsel einer GbR in eine PartG entschieden worden, damit der in der Namensbezeichnung enthaltene Wert nicht verloren ginge (BGH, Urt. v. 28.02.2002 - I ZR 195/99, NZG 2002, 619). Diese Erwägungen treffen auf diesen Fall ebenso zu. Zuletzt liege auch kein Verstoß gegen § 30 HGB wegen fehlender Unterscheidbarkeit der Firmen vor, da es sich um eben um einen identitätswahrenden Rechtsformwechsel handle und der Rechtsgedanke des § 200 Abs. 1 UmwG entsprechend anzuwenden sei.

Praxishinweis

Das OLG Hamm nimmt (recht kurz) zur Problematik der Misch Tätigkeiten (hierzu auch aktuell *Eitelbuß* DStR



Prof. Dr. Heribert Heckschen
Prof. Dr. Oswald van de Loo

Hohe Straße 12
01069 Dresden

Tel 0351 473 05 0
Fax 0351 473 05 10

2019, 1568) Stellung und vertritt dabei eine sehr liberale Ansicht der Wahlmöglichkeit zwischen handelsrechtlicher oder freiberuflicher Organisation. Abzulehnen ist die Übertragung der steuerrechtlichen Abfärbetheorie (expl. BFH v. 10.08.1994 – I R 133/93) auf das Gesellschaftsrecht, sodass bei Misch Tätigkeiten immer ein Handelsgewerbe vorliegen würde, denn es wäre danach fast unmöglich eine PartG zu betreiben. Eine andere Auffassung richtet sich dagegen streng nach den handelsgewerblichen Ansätzen. So bspw. *Lenz*, der danach differenziert, ob gem. § 1 HGB der Betrieb eines Handelsgewerbes erforderlich sei, dann liege ein Handelsgewerbe vor, oder nicht, dann bestehe gem. § 2 HGB die Wahlmöglichkeit kraft Eintragung (*Meilicke u.a.*, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, 3. Aufl. 2015, § 1 PartGG Rn. 84). Die wohl herrschende Meinung stellt jedoch zutreffend auf den Schwerpunkt der ausgeübten Tätigkeit ab (so auch der BGH, Beschl. v. 15.07.2014 - II ZB 2/13, NJW 2015, 61).