

Der fehlerhafte Formwechsel

Voraussetzungen und Rechtsfolgen der §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades

doctor iuris (Dr. iur.)

vorgelegt dem Rat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

von Randi Thum

geboren am 6. Juni 1973 in Erfurt

Gutachter

1. Prof. Dr. Walter Bayer
2. Prof. Dr. Andreas Spickhoff
3. Prof. Dr. Rolf Gröschner

Termin der mündlichen Prüfung: 5. Juli 2000

GLIEDERUNG

A. PROBLEMATIK DES FEHLERHAFTEN FORMWECHSELS, MEINUNGSSTAND UND KONSEQUENZEN	1
I. EINLEITUNG	1
II. REGELUNGSMODELL FORMWECHSEL.....	1
1. DER FORMWECHSEL NACH DEM UMWG VON 1994.....	1
2. VORAUSSETZUNGEN.....	3
3. RECHTSFOLGEN	3
III. PROBLEME BEI DER ERMITTLUNG DER AUSWIRKUNGEN VON UMWANDLUNGSMÄNGELN....	4
1. ANFECHTBARKEIT/NICHTIGKEIT	4
2. ANWENDUNGSBEREICH.....	4
3. INHALT	5
4. ZUSAMMENFASSUNG.....	5
IV. MEINUNGSSTAND ZU DEN RECHTSFOLGEN FEHLERHAFTER UMWANDLUNGEN.....	5
1. FEHLERHAFTER FORMWECHSEL NACH § 34 ABS. 3 LWANPG	5
a) Besonderheiten der Umwandlungen nach dem LwAnpG	6
b) Rechtslage vor Eintragung des Formwechsels.....	6
c) Rechtsprechung zur Rechtslage nach Eintragung des Formwechsels.....	8
aa) § 34 Abs. 3 LwAnpG als „Heilungsnorm“	9
bb) fehlender Umwandlungsbeschluß	9
cc) Verstoß gegen das Identitätserfordernis	10
dd) Wahl einer vom Gesetz nicht zugelassenen Rechtsform.....	11
ee) Zusammenfassung	12
d) Literaturansichten zu den Rechtsfolgen fehlerhafter LPG-Formwechsel nach Eintragung.....	12
e) Zusammenfassung.....	14
2. FEHLERHAFTER FORMWECHSEL NACH § 202 ABS. 3 UMWG	14
a) Anwendungsbereich.....	15
b) Inhaltliche Reichweite	15
3. FEHLERHAFTE VERSCHMELZUNG NACH § 20 ABS. 2 UMWG, § 352A AKTG A.F.	16
a) Unterschiede zum Formwechsel	16
b) Meinungsstand.....	16
aa) Anwendungsbereich	16
bb) Inhaltliche Reichweite	16
4. ZUSAMMENFASSUNG.....	17
B. KRITIK DER RECHTSPRECHUNG ZU FEHLERHAFTEN UMWANDLUNGEN NACH DEM LWANPG ...	18
I. EINSCHRÄNKUNG DES ANWENDUNGSBEREICHES VON § 34 ABS. 3 LWANPG	18
II. SONDERFALL: VERSTOß GEGEN DEN NUMERUS CLAUSUS DER UMWANDLUNGSMÖGLICHKEITEN.....	19
III. ZU DEN RECHTSFOLGEN DES § 34 ABS. 3 LWANPG	20
IV. STATUS DER ZIELGESELLSCHAFTEN, DIE AUS EINEM „NICHT-FORMWECHSEL“ HERVORGEGANGEN SIND.....	21

	III
V. BESCHLUßMÄNGELRECHT UND KLAGEFRIST §§ 241 FF. AKTG ANALOG	23
VI. ZUSAMMENFASSUNG	24
C. DER FEHLERHAFTE FORMWECHSEL ALS FEHLERHAFTE STRUKTURÄNDERUNG	26
I. EINLEITUNG	26
II. BEHANDLUNG DES UMWANDLUNGSBESCHLUSSES	26
1. ALLGEMEINES	26
2. MÄNGEL, DIE DIE WIRKSAMKEIT DES UMWANDLUNGSBESCHLUSSES UNBERÜHRT LASSEN	27
a) Inhalt und Reichweite von §§ 195 Abs. 2, 196 UmwG	27
aa) Meinungsstand	28
bb) Stellungnahme	30
b) Inhalt und Reichweite von § 210 UmwG	31
3. AUSWIRKUNGEN MÖGLICHER MÄNGEL VOR ABLAUF DER MONATSFRIST	31
a) Kapitalgesellschaften	31
aa) Nichtig Beschlüsse	32
bb) Anfechtbare Beschlüsse	34
cc) Nichtbeschlüsse	36
dd) Unwirksame Beschlüsse	39
ee) Teilfehlerhafte Beschlüsse	41
ff) Zusammenfassung	43
b) Personengesellschaften	44
aa) Ältere Ansicht	44
bb) Neuere Tendenzen	45
cc) Stellungnahme	46
4. RECHTSLAGE NACH ABLAUF DER MONATSFRIST § 195 ABS. 1 UMWG	47
a) Kapitalgesellschaften	47
aa) Meinungsstand	47
(1) Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen	47
(2) Allgemeine Feststellungsklagen	48
(3) „Geheimbeschlüsse“	48
bb) Kritik	48
(1) Befristung von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage	48
(2) Zulässigkeit der allgemeinen Feststellungsklage	49
(a) Unbefristete Zulassung allgemeiner Feststellungsklagen von Gesellschaftern	49
(b) Unbefristete Zulassung allgemeiner Feststellungsklagen von Dritten	51
(c) Zwischenergebnis	51
(3) Korrekturen für „Geheimbeschlüsse“	52
(4) Einschränkung der Möglichkeit die Teilnichtigkeit von Beschlußmängeln geltend zu machen	53
(5) Zusammenfassung	53
b) Personenhandelsgesellschaften	54
aa) Meinungsstand	54

	IV
(1) Ältere Ansicht.....	54
(2) Neue Tendenzen.....	55
bb) Kritik.....	55
c) Eigene Auslegung des § 195 Abs. 1 UmwG	55
aa) Bedürfnis nach einem Abweichen von der allgemeinen Ansicht.....	55
(a) Schadensersatzansprüche als ausreichender Gesellschafterschutz.....	55
(b) Ergebnis.....	57
bb) Ausgangspunkt.....	57
(1) Erweiterung der Rechtsschutzmöglichkeiten über die Monatsfrist hinaus.....	57
(2) Gleichbehandlung von Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften	57
cc) These: Übertragung der §§ 241 ff. AktG auf die Personengesellschaften; Anwendung des § 195 Abs. 1 UmwG nur auf Anfechtungsklagen.....	58
dd) Grundlagen	58
ee) Befristung von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen	60
(1) Übertragung der §§ 241 ff. AktG auf die Personengesellschaften.....	60
(2) Wortlaut des § 195 Abs. 1 UmwG	61
(3) Zweck der Formulierung	61
(4) Gesetzesentstehung.....	62
(5) Ergebnis.....	63
ff) Befristung der allgemeinen Feststellungsklage	63
gg) Abweichungen von der herrschenden Ansicht/Vorteile	64
(1) Wortlaut und Gesetzgebungsverfahren.....	64
(2) § 195 UmwG als materielle Frist.....	64
(3) Klagemöglichkeiten allein abhängig von der Schwere des Mangels	64
(4) Keine Ausnahmen für „Geheimbeschlüsse“	65
d) Ergebnis.....	65
III. BEHANDLUNG DES FEHLERHAFTEN FORMWECHSELS ALS STRUKTURÄNDERUNG	65
1. EINLEITUNG	65
2. EINTRAGUNG DES FORMWECHSELS.....	66
3. § 202 ABS. 3 UMWG ALS AUSPRÄGUNG DER GRUNDSÄTZE ÜBER DIE FEHLERHAFTE GESELLSCHAFT	67
a) Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft.....	67
b) Anwendungsbereiche der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft	68
aa) Gesellschaftsgründung	68
(1) Kapitalgesellschaften.....	68
(2) Personengesellschaften.....	69
bb) Eintritt von Gesellschaftern	69
cc) Austritt/Ausschluß von Gesellschaftern	70
(1) Kapitalgesellschaften.....	70
(2) Personengesellschaften.....	70
dd) Auflösung von Gesellschaften	71
(1) Kapitalgesellschaften.....	71

	v
(2) Personengesellschaften.....	71
ee) Satzungsänderungen.....	72
(1) Kapitalgesellschaften.....	72
(2) Personengesellschaften.....	73
ff) Sonstige Anwendungsbereiche.....	74
(1) Kapitalerhöhungen	74
(2) Unternehmensverträge.....	74
c) Grund für die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft.....	75
d) Übertragbarkeit auf den Formwechsel.....	76
aa) Formwechsel als Strukturänderung	76
bb) Formwechsel als Zusammenfassung von Neugründung und Abwicklung	77
cc) Ergebnis	77
D. ANWENDUNGSBEREICH DER §§ 202 ABS. 3 UMWG, 34 ABS. 3 LWANPG.....	79
I. ALLGEMEIN.....	79
II. WILLENSAKT.....	79
1. UMWANDLUNGSBESCHLUß	80
2. ANWENDBARKEIT DES § 202 ABS. 3 UMWG AUF „GEHEIMBESCHLÜSSE“.....	81
3. ANWENDUNG VON § 202 ABS. 3 UMWG AUF DEN NICHT-IDENTITÄTSWAHRENDEN FORMWECHSEL	82
a) Rechtsprechung.....	82
b) Literatur	83
c) Stellungnahme.....	84
aa) Beschluß bei Verstoß gegen das Identitätsgebot.....	84
bb) Formwechsel bei Verstoß gegen das Identitätsprinzip.....	86
4. VERSTOß GEGEN DEN NUMERUS CLAUSUS DER UMWANDLUNGSFORMEN.....	91
a) Allgemein.....	91
b) Rechtsprechung.....	92
aa) Beschluß.....	92
bb) Formwechsel.....	92
c) Literatur	93
d) Exkurs: Umwandlungen nach THG und Spaltungen nach SpTrUG	94
aa) Treuhandgesetz	94
(1) Allgemeines.....	94
(2) Rechtsprechung und Kritik.....	95
(3) Literatur und Kritik	97
bb) § 12 Spaltungsgesetz.....	98
(1) Allgemein	98
(2) Meinungsstand.....	98
(3) Übertragbarkeit auf die Umwandlungen nach dem LwAnpG.....	99
cc) Ergebnis	99
e) Stellungnahme.....	100

	VI
aa) Allgemein.....	100
bb) Maßgeblicher Zeitpunkt.....	100
cc) Zielrechtsform im Eintragungszeitpunkt zulässig.....	101
dd) Zielrechtsform im Eintragungszeitpunkt unzulässig.....	101
ee) Ergebnis.....	105
ff) Nachtrag: Einordnung eines Beschlusses, der gegen den numerus clausus der Umwandlungsformen verstößt.....	105
5. ERGEBNIS.....	108
III. VOLLZUG.....	108
1. ALLGEMEINES.....	108
2. EINTRAGUNG.....	109
3. ANMELDUNG.....	109
IV. KEINE ENTGEGENSTEHENDEN INTERESSEN.....	111
V. ERGEBNIS.....	113
E. RECHTSFOLGEN.....	115
I. BEHANDLUNG DER NACH DEN §§ 202 ABS. 3 UMWG, 34 ABS. 3 LWANPG WIRKSAMEN UMWANDLUNGEN/AUSWIRKUNGEN FEHLERHAFTER REGELUNGEN.....	115
1. ALLGEMEINES.....	115
2. TEILNICHTIGKEIT.....	116
a) Ohne Auswirkungen auf die Organisationsstruktur der Gesellschaft neuer Rechtsform.....	117
b) Mit Auswirkungen auf die Organisationsstruktur der Gesellschaft neuer Rechtsform.....	117
aa) Anwendbarkeit der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft.....	118
bb) Willensakt.....	118
cc) Vollzug.....	121
dd) Ergebnis.....	122
c) Ergebnis.....	122
3. GESAMTNICHTIGKEIT.....	122
a) Verfahrensverstöße.....	123
b) Inhaltsmängel.....	123
c) Ergebnis.....	124
II. BEHANDLUNG DER UMWANDLUNGEN, DIE NICHT UNTER DIE §§ 34 ABS. 3 LWANPG, 202 ABS. 3 UMWG FALLEN.....	125
1. EX TUNC-NICHTIGKEIT.....	125
2. NEBENEINANDERBESTEHEN VON AUSGANGS- UND ZIELGESELLSCHAFT?.....	125
a) Meinungsstand zu fehlgeschlagenen Umwandlungen bei der Umstrukturierung der volkseigenen Wirtschaft der ehemaligen DDR.....	126
aa) Allgemeines.....	126
bb) Umwandlungen ohne gesetzliche Grundlage.....	127
cc) Spaltungen ohne gesetzliche Grundlage.....	127
dd) Übertragbarkeit auf den Formwechsel und Kritik.....	128
ee) Ergebnis.....	130

	VII
b) Älterer Meinungsstand und Übertragbarkeit auf den Formwechsel.....	130
c) Struktur des Formwechsels und Folgerungen	132
d) Die Zielgesellschaft als „weiterentwickelte Vorgesellschaft“	134
e) Vorliegen der Voraussetzungen für eine neben der Umwandlung vorliegende Neugründung?	135
f) Konsequenzen des Abweichens von der herrschenden Ansicht	136
g) Ergebnis.....	138
F. ABWICKLUNG FEHLERHAFTER FORMWECHSEL.....	139
I. BEI ANWENDBARKEIT DES § 202 UMWG	139
1. ENDGÜLTIGE BESTANDSKRAFT DES FORMWECHSELS DURCH EINTRAGUNG DER GESELLSCHAFT NEUER RECHTSFORM NACH § 202 ABS. 3 UMWG ?	139
a) Wortlaut des § 202 Abs. 3 UmwG.....	139
b) Systematik.....	140
aa) Verhältnis zu § 202 Abs. 1 Nr. 3 UmwG	140
bb) Verhältnis zu den §§ 241 ff. AktG.....	140
cc) Verhältnis zu § 28 UmwG (Klagegegner)	141
dd) Ergebnis.....	143
c) Gesetzesbegründung	143
aa) Anspruchsgrundlage.....	144
bb) Naturalrestitution	145
cc) Geldersatz	146
dd) Ergebnis.....	147
d) Verhältnis zum Grundgesetz.....	147
e) Europarechtliche Vorgaben	148
f) Stellungnahme	149
2. ENDGÜLTIGE BESTANDSKRAFT DER UMWANDLUNG DURCH §§ 198 ABS. 3, 16 ABS. 3 S. 6 UMWG	149
3. ENDGÜLTIGE BESTANDSKRAFT DES FORMWECHSELS DURCH DIE SPERRWIRKUNG DER §§ 275 FF. AKTG, 75 FF. GMBHG?.....	153
a) Problemstellung	153
b) Anwendbarkeit der §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG auf Gesellschaften, die aus Umwandlungen hervorgegangen sind	154
(aa) Meinungsstand	154
(bb) Stellungnahme	155
(cc) Ergebnis	157
4. ART UND WEISE DER RÜCKABWICKLUNG.....	157
a) Meinungsstand	158
b) Eigener Lösungsansatz zur Rückabwicklung fehlerhafter Formwechsel	160
aa) Ermittlung der Rechtsgrundlage.....	160
(1) Kapitalgesellschaften.....	161
(a) Grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 241 ff. AktG (analog) nach Eintragung des Formwechsels.....	161

(b) Rechtsschutzbedürfnis für Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklage.....	161
(c) Erzielung der gewünschten Rechtsfolge durch die §§ 241 ff. AktG	163
(aa) Inter omnes-Wirkung	164
(bb) Ex nunc-Wirkung	164
(d) Ergebnis.....	165
(2) Personengesellschaften.....	165
(a) Inter-omnes-wirkende Vernichtung des Umwandlungsbeschlusses.....	166
(b) Ex nunc-wirkende Rückabwicklung als Rechtsfolge	166
(c) Ergebnis.....	167
(3) Ergebnis.....	167
bb) Voraussetzungen für die Rückabwicklung.....	167
(1) Vorliegen eines Mangels	167
(2) Keine bloße Teilnichtigkeit	169
(3) Keine Präklusion	170
(a) Anfechtungsgründe.....	170
(b) Nichtigkeitsgründe	171
(c) Besonderheiten bei einer Personenhandelsgesellschaft als formwechselndem Rechtsträger	171
(d) Präklusion von Mängeln bei der Umwandlung von LPGen.....	171
(e) Ergebnis.....	172
(4) Keine Heilung des Umwandlungsbeschlusses	173
(5) Weitere Einschränkungen der Rückabwicklung	173
(a) Dogmatische Einordnung.....	173
(b) Ausschluß der Rückabwicklung bei fehlerhafter LPG-Umwandlung	174
(c) Ausschluß der Rückabwicklung aufgrund europarechtlicher Vorgaben	175
(d) Ausschluß der Rückabwicklung wenn Formwechsel im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung materiell rechtmäßig ist.....	177
e) Einschränkung der Rückabwicklung wegen Unverhältnismäßigkeit.....	179
(6) Zur Rückabwicklung Berechtigte	180
cc) Ergebnis	180
dd) Rückabwicklung aufgrund von Amtslöschung.....	180
ee) Rückabwicklung bei bloßer Teilnichtigkeit.....	182
(1) Ex tunc fehlerhafte Regelungen.....	183
(2) Ex nunc fehlerhafte Regelungen.....	183
(3) Heilung nichtiger Regelungen?	184
5. ERGEBNIS.....	185
II. UNANWENDBARKEIT DES § 202 UMWG.....	185
1. RECHTSFOLGEN DER UNWIRKSAMKEIT DER UMWANDLUNG	185
2. RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN GEGEN „NICHTFORMWECHSEL“	185
a) Rechtsprechung.....	185
b) Stellungnahme	186
aa) Klagemöglichkeiten gesellschaftsfremder Dritter	186
bb) Klagemöglichkeiten von Gesellschaftern.....	186

	IX
3. BEFRISTUNG DER KLAGEMÖGLICHKEIT	189
4. SONDERFALL: UMWANDLUNGEN, DIE ERST NACH IHRER EINTRAGUNG GESETZLICH ZULÄSSIG WURDEN	191
G. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE	193
I. ERGEBNIS DER VORLIEGENDEN UNTERSUCHUNG	193
II. ABWEICHUNGEN VON DER RECHTSPRECHUNG DES BGH UND DER HERRSCHENDEN ANSICHT DER LITERATUR	194
1. DOGMATISCHE UNTERSCHIEDE	194
2. WIRTSCHAFTLICHE UNTERSCHIEDE	196

Literaturverzeichnis

- Aden, Menno*, Anm. z. OLG Rostock, Beschl. v. 14.3.1994 - 4 W 50/93, DZWiR 1994, 253 f.
 Alternativkommentar zum BGB, *Wassermann, Rudolf* (Hrsg.), Neuwied, Darmstadt, 1987
 Band 1 Allgemeiner Teil (§§ 1-240), (zit.: Bearbeiter in AK BGB)
- Anton, Udo*, Nichtige GmbH-Satzung, GmbHR 1973, 75 ff.
- Bärwaldt, Roman/Schabacker Joachim*, Der Formwechsel als modifizierte Neugründung, ZIP 1998, 1293 ff.
- Barz, Carl Hans*, Anmerkung zu RG, Urt. v. 29.1.1937, II 155/36, JW 1937, 2276 ff.
- Baumbach, Adolf* (Begrd.), Handelsgesetzbuch, erläutert von *Hopt, Klaus J.*
 28. Aufl., München, 1989 (zit.: *Baumbach/Hopt*, HGB²⁸)
 29. Aufl., München, 1995 (zit.: *Baumbach/Hopt*, HGB)
- Baumbach, Adolf* (Begrd.), fortgeführt von *Hueck, Alfred*, Aktiengesetz
 12. Aufl., München, Berlin 1965 (ziti.: *Baumbach/Hueck*, AktG¹²)
 13. Aufl., München, 1968 (zit.: *Baumbach/Hueck*, AktG)
- Baumbach, Adolf* (Begrd.), fortgeführt von *Hueck, Alfred*, GmbH-Gesetz, 16. Aufl., München, 1996 (zit.: Bearbeiter in Baumbach/Hueck)
- Baumbach, Adolf*, Zivilprozeßordnung, 56. Aufl., München, 1998 (zit. Bearbeiter in Baumbach, ZPO)
- Bayer, Walter*, Anm. z. BGH, Beschl. v. 29.11.1996 - BLw 13/96, EWiR 1997, 375 f.
- Bayer, Walter*, Anm. z. OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 17.2.1998 - 5 W 32/97, EWiR 1998, 665 f.
- Bayer, Walter*, Anm. z. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 18.2.1998 - 14 W 4/98, EWiR 1998, 469 f.
- Bayer, Walter*, 1000 Tage neues Umwandlungsrecht - eine Zwischenbilanz, ZIP 1997, 1613 ff.
- Bayer, Walter*, Privatisierung und Restrukturierung volkseigener und genossenschaftlicher Unternehmen durch Umwandlung, in: Hommelhoff, Peter/Hagen, Horst/Röhrich, Volker (Hrsg.), Gesellschafts- und Umwandlungsrecht in der Bewährung, ZGR Sonderheft 14, Berlin, New York, 1998, S. 22 ff. (zit.: *Bayer* in Umwandlungsrecht)
- Bayer, Walter*, Kein Abschied vom Minderheitenschutz durch Information, ZGR 1995, 613 ff.
- Bayer, Walter*, Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluß und Vermögensschutz der Aktionäre nach § 255 Abs. 2 AktG, ZHR 163 (1999), 505 ff.
- Bayer, Walter*, Die Kontrollfunktion der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 1999 - Jahrestagung der gesellschaftsrechtlichen Vereinigung, Köln 1999 (zit.: *Bayer* in Jahrestagung)
- Bayer, Walter*, Die Anwendung aktienrechtlicher Regelungen auf die eingetragene Genossen-

- schaft, DStR 1999, 1815 ff.
- Bayer, Walter/Hoffmann, Randi*, Anm. z. BGH, Urt. v. 31.7.1997 - V ZR 23/96, EWiR 1997, 949 f.
- Bayer, Walter/Hoffmann, Randi*, Anm. z. BGH, Urt. v. 7.6.1999 - II ZR 285/98, EWiR 1999, 1019 f.
- Becker, Michael*, Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte, Tübingen, 1997 (zit.: *Becker*, Verwaltungskontrolle)
- Bergemann, Dieter/Steding, Rolf*, Anm. z. BezG Cottbus, Beschl. v. 1.9.1992 - 4 T 141/92, WiR 1993, 117 f.
- Bergsdorf, Martin*, Anm. z. BezG Cottbus, Beschl. v. 10.5.1993 - 4 T 30/93, AgrarR 1993, 217
- Berndt, Joachim/Boin, Kai T.*, Zur Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, NJW 1998, 2854 ff.
- Binnewies, Burkhard*, Formelle und materielle Voraussetzungen von Umwandlungsbeschlüssen, GmbHR 1997, 727 ff.
- Bokelmann, Gunther*, Rechtsmißbrauch des Anfechtungsrechts durch den Aktionär, BB 1972, 733 ff.
- Bork, Reinhard*, Beschlußverfahren und Beschlußkontrolle nach dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts, ZGR 1993, 343 ff.
- Bork, Reinhard*, Das Unbedenklichkeitsverfahren nach § 16 Abs. 3 UmwG, in: Lutter, Marcus (Hrsg.) Kölner Umwandlungsrechtstage, Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel nach neuem Umwandlungsrecht und Umwandlungssteuerrecht, S. 261 ff. (zit.: *Bork*, Kölner Umwandlungsrechtstage)
- Boujong, Karlheinz*, Rechtsmißbräuchliche Aktionärsklagen vor dem Bundesgerichtshof, in: Gorderler, Reinhard (Hrsg.), Festschrift für Alfred Kellermann zum 70. Geburtstag am 29. November 1990, ZGR Sonderheft 10, S. 1 ff. (zit.: *Boujong*, FS Kellermann)
- Brandes, Helmut*, Die Rechtsprechung des BGH zur Offenen Handels-, Kommandit- und Publikumpersonengesellschaft, WM 1990, 1221 ff.
- Brandes, Helmut*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Personengesellschaft, WM 1994, 569 ff.
- Brender, Markus*, Anm. z. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 12.10.1993 - 11 Wx 48/93, WuB II C. § 54 GmbHG 1.94 (S. 279 ff.)
- Bumiller, Ursula/Winkler, Karl*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 6. Aufl., München, 1995 (zit.: *Bumiller/Winkler*, FGG)
- Busch, Torsten*, Die Deckung des Grundkapitals bei Formwechsel einer GmbH in eine Aktiengesellschaft, AG 1995, 555 ff.

- Casper, Matthias*, Die Heilung nichtiger Beschlüsse im Kapitalgesellschaftsrecht, Köln, 1998
(zit.: *Casper*, Heilung)
- Casper, Matthias*, Anm. z. BGH, Urt. v. 7.6.1999 - II ZR 278/98, BB 1999, 1837 f.
- Caspers, Hans-Friedrich*, Das Gesetz zur Ergänzung der handelsrechtlichen Vorschriften über die Änderung der Unternehmensform, WM 1969, Sonderbeilage Nr. 3 S. 3 ff.
- Däubler, Wolfgang*, Das fehlerhafte Ausscheiden eines Gesellschafters aus der offenen Handelsgesellschaft, BB 1966, 1292 ff.
- Decher, Christian*, Die Überwindung der Registersperre nach § 16 Abs. 3 UmwG, AG 1997, 388 ff.
- Dehmer, Hans*, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 2. Aufl., München, 1996 (zit.: *Dehmer*, UmwG)
- Diskussionsbericht zu den Referaten *Hommelhoff* und *Krieger*, ZHR 158 (1994), 56 ff.
- Döll, Hansjörg*, Verschmelzungsrichtlinie-Gesetz in Kraft getreten, Die Bank, 1983, 35 ff.
- Döss, Manfred*, Die Auswirkungen von Mängeln einer Verschmelzung durch Aufnahme auf die rechtliche Stellung einer übertragenden Gesellschaft und ihre Aktionäre, Diss., Mainz, 1990, (zit.: *Döss*, Verschmelzung)
- Drygala, Tim*, Anm. z. BGH, Beschl. v. 3.5.1996 - BLw 54/95, WuB II N. § 34 LwAnpG 1.96, (S. 1297 ff.)
- Ebbing, Frank*, Schiedsvereinbarungen in Gesellschaftsverträgen, NZG 1998, 281 ff.
- Eilers, Stephan*, Die Umwandlung als neue Form des Unternehmenskaufes, WiB 1995, 449 ff.
- Emmerich, Volker*, Anm. z. Hans. OLG Hamburg, Beschl. v. 6.10.1989 - 11 W 91/89, WuB II A. § 294 AktG 1.90 (S. 453 ff.)
- Esch, Pierer v.*, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, Köln, Berlin, Bonn, München, 1968 (zit.: v. *Esch*, Teilnichtige Rechtsgeschäfte)
- Feddersen, Dieter/Kiem, Roger*, Die Ausgliederung zwischen „Holzmüller“ und neuem Umwandlungsrecht, ZIP 1994, 1078 ff.
- Ferneding, Ludger*, Übersicht über die Rechtsprechung der Jahre 1994-1997 zu den Genossenschaften der neuen Bundesländer, ZfgG 48 (1998), 198 ff.
- Fingerhut, Michael/Schröder, Mathias*, Die Einziehung eines GmbH-Anteils und Probleme in der Praxis, BB 1997, 1805 ff.
- Fischer, Robert*, Die faktische Gesellschaft, NJW 1955, 849 ff.

- Flechtheim*, Das Urteil auf Ungültigkeitserklärung eines Generalversammlungsbeschlusses, Festschrift für Ernst Zitelmann zu seinem 60. Geburtstage überreicht von Verehrern und Schülern, Berlin, 1913 (zit.: *Flechtheim*, FS Zitelmann)
- Flesch, Karin*, Die Beteiligung von 5-DM-Aktionären an der GmbH nach einer formwechselnden Umwandlung, ZIP 1996, 2153 ff.
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
Erster Band, Heidelberg, New York, 1977 (zit.: *Flume*, BGB)
- Gaitzsch, Albrecht*, Zur Umwandlung von Personalgesellschaften in Kapitalgesellschaften, Diss., Freiburg i. Brsg., 1965 (zit.: *Gaitzsch*, Umwandlung)
- Ganske, Joachim*, Änderungen des Verschmelzungsrechts, DB 1981, 1551 ff.
- Ganske, Joachim* (Hrsg.), Umwandlungsrecht, 2. Aufl., Düsseldorf, 1995 (zit.: *Ganske*, Umwandlungsrecht)
- Ganßmüller, Helmut*, Zum gegenwärtigen Stand und zur notwendigen Weiterentwicklung des Umwandlungsrechts, GmbHR 1957, 81 ff.
- Geßler, Ernst*, Probleme des neuen Konzernrechts, DB 1965, 1691 ff.
- Geßler, Ernst*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen und Satzungsbestimmungen, ZGR 1980, 447 ff.
- Geßler, Ernst/Hefermehl, Wolfgang/Eckardt, Ulrich/Kropff, Bruno*, Aktiengesetz, Kommentar, (zit.: Bearbeiter in G/H, AktG)
Band IV (§§ 179-240) München, 1989-1994
Band V (§§ 241-290) München, 1984-1986
Band VI (§§ 291-410) München, 1976-1994
- Godin, Freih. v./Wilhelmi, Hans* (Begrd.), Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., Berlin, 1971 (zit.: *Godin/Wilhelmi*, AktG)
- Goette, Wulf*, Fehlerhafte Personengesellschaftsverhältnisse in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DStR 1996, 166 ff.
- Götz, Leopold/Schrezenmaier, Patric*, Verunfallte Umwandlungen nach dem Landwirtschaftsanpassungsgesetz, AgrarR Sonderheft 10/1993, 21 ff.
- Götz, Norbert*, Zum Mißbrauch aktienrechtlicher Anfechtungsklagen, DB 1989, 261 ff.
- Goutier, Klaus/Knopf, Rüdiger/Tulloch, Anthony* (Hrsg.), Kommentar zum Umwandlungsrecht, Heidelberg, 1996 (zit.: Bearbeiter in G/K/T, UmwG)
- Grauel, Holger*, Aktuelle Entwicklungen im EWG-Kartellrecht, DB 1978, 2013 ff.
- Großkommentar zum Aktiengesetz, begründet von *W. Gadow* und *E. Heinichen*
Band III (§§ 179-290), 3. Aufl., 1973 (zit.: Bearbeiter in GK AktG³)

- Band IV (§§ 291-410), 3. Aufl., 1975 (zit.: Bearbeiter in GK AktG³)
7. Lieferung (§§ 23-40), 4. Aufl., 1997 (zit.: Bearbeiter in GK AktG)
5. Lieferung (§§ 179-191), 4. Aufl., 1995 (zit.: Bearbeiter in GK AktG)
6. Lieferung (§§ 241-255) 4. Aufl., 1996 (zit.: Bearbeiter in GK AktG)
- Grunewald, Barbara*, Die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, in Lutter, Marcus (Hrsg.), Kölner Umwandlungsrechtstage, Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel nach neuem Umwandlungsrecht und Umwandlungssteuerrecht, S. 19 ff. (zit.: *Grunewald*, Kölner Umwandlungsrechtstage)
- Gursky, Karl-Heinz*, Das fehlerhafte Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Personalgesellschaft, Diss., Köln, 1969 (zit.: *Gursky*, Ausscheiden)
- Gutbrod, Max*, Gründung von und Vermögenübertragung auf Gesellschaften im Zusammenhang mit der Wende in der DDR, GmbHR 1993, 622 ff.
- Hachenburg*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Großkommentar, Berlin, New York
- Band 2 (§§ 13-52) 7. Aufl., 1979 (zit.: Bearbeiter in Hachenburg, GmbHG⁷)
- Band 1 (§§ 1-34) 8. Aufl., 1992 (zit.: Bearbeiter in Hachenburg, GmbHG)
- Band 2 (§§ 35-52) 8. Aufl., 1997 (zit.: Bearbeiter in Hachenburg, GmbHG)
- Hagen, Horst*, „Heilung“ durch Eintragung, in: Rheinische Notarkammer, Verein für das Rheinische Notariat e.V. (Hrsg.), Notar und Rechtsgestaltung - Festschrift des Rheinischen Notariats 1998, S. 261 ff. (zit.: *Hagen*, FS Notariat)
- Handelsrechtsausschuß des Deutschen Anwaltvereins e.V.*, Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins e.V. zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts, WM IV 1993, Sonderbeilage Nr. 2, S. 3 ff. (zit.: *DAV*, WM 1993)
- Hartmann, Klaus Dieter*, Der Fehlerhafte Vertrag über das Ausscheiden aus einer Personengesellschaft, in: Lüke, Gerhard (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Schiedermaier zum 70. Geburtstag, 1976, S. 257 ff. (zit.: *Hartmann*, FS Schiedermaier)
- Heckschen, Heribert*, Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Stuttgart, 1989 (zit.: *Heckschen*, Verschmelzung)
- Heiss, Manuela*, Die Spaltung von Unternehmen im Deutschen Gesellschaftsrecht, Berlin, 1995 (zit.: *Heiss*, Spaltung)
- Hellwege, Heiko*, Anm. z. BGH, Urt. v. 25.1.1988 - II ZR 148/87, WuB II A. § 241 AktG 1.88 (S. 835 ff.)
- Henn, Gunter*, Handbuch des Aktienrechts, 6. Aufl., Heidelberg, 1998 (zit.: *Henn*, Aktienrecht)

- Hennrichs, Joachim*, Zum Formwechsel und zur Spaltung nach dem neuen Umwandlungsgesetz, ZIP 1995, 794 ff.
- Henze, Hartwig*, Die Treuepflicht im Aktienrecht, BB 1996, 489 ff.
- Heymann, Ernst* (Begrd.), Handelsgesetzbuch, Berlin, New York, 1989
Band 2, 2. Buch (§§ 105-237) (zit.: Bearbeiter in Heymann, HGB)
- Hillmann, Reinhard*, Die Rechtsprechung zu anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen anlässlich der Umwandlung von LPG und PGH, in: Hommelhoff, Peter/Hagen, Horst/Röhrich, Volker (Hrsg.), Gesellschafts- und Umwandlungsrecht in der Bewährung, ZGR Sonderheft 14, Berlin, New York, 1998, S. 187 ff. (zit.: *Hillmann* in Umwandlungsrecht)
- Hirte, Heribert*, Mißbrauch aktienrechtlicher Anfechtungsklagen, BB 1988, 1469 ff.
- Hirte, Heribert*, Die Behandlung unbegründeter oder mißbräuchlicher Gesellschafterklagen im Referentenentwurf eines Umwandlungsgesetzes, DB 1993, 77 ff.
- Hoffmann-Becking, Michael*, Der materielle Gesellschafterschutz: Abfindung und Spruchverfahren, ZGR 1990, 482 ff.
- Hommelhoff, Peter*, Zur Kontrolle strukturändernder Gesellschafterbeschlüsse, ZGR 1990, 447 ff.
- Hommelhoff, Peter*, Minderheitenschutz bei Umstrukturierungen, ZGR 1993, 452 ff.
- Hommelhoff, Peter*, Zum vorläufigen Bestand fehlerhafter Strukturänderungen in Kapitalgesellschaften, ZHR 158 (1994), 11 ff.
- Hommelhoff, Peter/Schubel, Christian*, Das Gesellschaftsrecht auf dem Prüfstand: zur Transformation der DDR-Genossenschaften, ZIP 1998, 537 ff.
- Hommelhoff, Peter/Timm, Wolfram*, Aufwandspauschalen für Anfechtungskläger, AG 1989, 168 ff.
- Horn, Norbert*, Das Zivil- und Wirtschaftsrecht im neuen Bundesgebiet, 2. Aufl., Köln, 1993 (zit.: *Horn*, Wirtschaftsrecht)
- Hueck, Götz*, Gesellschaftsrecht, 19. Aufl., München, 1991, (zit.: *Hueck*, Gesellschaftsrecht)
- Hüffer, Uwe*, Aktiengesetz, 4. Aufl., München, 1999 (zit.: *Hüffer*, AktG)
- Jannot, D.*, Anm. z. BGH, Urt. v. 2.10.1997 - II ZR 169/96, WuB II N. § 11 THG 1.98 (S. 335 ff.)
- Jeinsen, Ulrich v.*, Zur Änderung des Landwirtschaftsanpassungsgesetzes (LAG), AgrarR 1991, 177 ff.
- Jürgens, Peter*, Teilung, Zusammenschluß und Umwandlung von Landwirtschafts-Produktionsgenossenschaften in der ehemaligen DDR, DtZ 1991, 12 ff.

- Kallmeyer, Harald*, Das neue Umwandlungsgesetz, ZIP 1994, 1746 ff.
- Kallmeyer, Harald*, Der Ein- und Austritt der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG bei Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel nach dem UmwG 1995, GmbHR 1996, 80 ff.
- Kallmeyer, Harald* (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Köln, 1997 (zit.: Bearbeiter in Kallmeyer, UmwG)
- Keidel, Theodor/Kuntze, Joachim/Winkler, Karl*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 14. Aufl., München, 1999 (zit.: Bearbeiter in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG)
- Kiem, Roger*, Die Eintragung der angefochtenen Verschmelzung, Köln, Berlin, Bonn, München, 1991 (zit.: *Kiem*, Eintragung)
- Kiem, Roger*, Das neue Umwandlungsrecht und die Vermeidung „räuberischer“ Anfechtungsklagen, AG 1992, 430 ff.
- Kimme, Johannes* (Hrsg.), Offene Vermögensfragen, Kommentar, Köln, 1993 (zit.: Bearbeiter in Offene Vermögensfragen)
- Kleindiek, Detlef*, Fehlerhafte Unternehmensverträge im GmbH-Recht, ZIP 1988, 613 ff.
- Köhler, Helmut*, Rückabwicklung fehlerhafter Unternehmenszusammenschlüsse (Unternehmensvertrag, Eingliederung, Verschmelzung, Gemeinschaftsunternehmen), ZGR 1985, 307 ff.
- Kohte, Wolfhard*, Anm. z. LG Berlin, Beschl. v. 31.1.1991 - 98 T 3/91, EWiR 1991, 613 f.
- Koller, Ingo/Roth, Wulf-Henning/Mork, Winfried*, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl., München, 1999 (zit.: Bearbeiter in Koller/Roth/Mork, HGB)
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Köln, Berlin, Bonn, München,
 Band 2 (§§ 148-290) 1. Aufl., 1985 (zit.: Bearbeiter in KK AktG¹)
 Band 1 (§§ 1-75) 2. Aufl., 1986-1988 (zit.: Bearbeiter in KK AktG)
 Band 5/3 (§§ 262-277) 2. Aufl., 1. Lieferung 1996 (zit.: Bearbeiter in KK AktG)
 Band 6 (§§ 291-328) 2. Aufl., 1. Lieferung 1987 (zit.: Bearbeiter in KK AktG)
 Band 7 (§§ 339-361) 2. Aufl., 1. Lieferung 1990 (zit.: Bearbeiter in KK AktG)
- Kort, Michael*, Aktien aus vernichteter Kapitalerhöhung, ZGR 1994, 291 ff.
- Kort, Michael*, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, München, 1998 (zit.: *Kort*, Bestandsschutz)
- Kort, Michael*, Anfechtbare und nichtige Beschlüsse - Möglichkeiten und Grenzen der Heilung fehlerhafter Umwandlungen, in Hommelhoff, Peter/Hagen, Horst/Röhrich, Volker (Hrsg.), Gesellschafts- und Umwandlungsrecht in der Bewährung, ZGR Sonderheft 14, Berlin, New York, 1998, S. 194 ff. (zit.: *Kort* in Umwandlungsrecht)
- Kort, Michael*, Handelsregistereintragung bei Unternehmensverträgen im GmbH-Konzernrecht - de lege lata und de lege ferenda, AG 1988, 369 ff.
- Köster, Bernd Giesbert*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gegen Gesellschafterbeschlüsse bei

- OHG und KG, Göttingen, 1981 (zit.: *Köster*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage)
- Kreuznacht, Frank*, Wirkungen der Eintragung fehlerhafter Verschmelzungen von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach § 20 Abs. 2 UmwG, Münster, 1998 (zit.: *Kreuznacht*, Verschmelzungen)
- Krieger, Gerd*, Anm. z. Hans. OLG Hamburg, Beschl. v. 6.10.1989 - 11 W 91/98, EWiR 1989, 1053 f.
- Krieger, Gerd*, Fehlerhafte Satzungsänderungen: Fallgruppen und Bestandskraft, ZHR 158 (1994), 35 ff.
- Kropff, Bruno*, Aktiengesetz, Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs und Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, Düsseldorf, 1965 (zit.: *Kropff*, AktG)
- Krüger, Wolfgang*, LPG-Umwandlung - Kündigung der Mitgliedschaft durch Weigerung der neuen Rechtsform anzugehören, NJ 1998, 482 ff.
- Kübler, Bruno M.*, Fehlgeschlagene Spaltungen von Treuhandgesellschaften, in: Gerhardt, Walter (Hrsg.), Festschrift für Franz Merz zum 65. Geburtstag am 3. Februar 1992, S. 334 ff. (zit.: *Kübler*, FS Merz)
- Kuhn, Georg*, Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, WM 1956, 970 ff.
- Lachmann, Ulrike*, Zum „Leitfaden Landwirtschaftsanpassungsgesetz“ des Bundesministers für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten - zugleich ein Überblick über Streitfragen des LwAnpG, AgrarR 1993, 97 ff.
- Lang, Johann/Weidmüller, Ludwig* (Begrd.), Genossenschaftsgesetz, 33. Aufl., Berlin, New York, 1997 (zit.: Bearbeiter in Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, GenG)
- Lauber-Nöll, Achim*, Anm. z. LG Hamburg, Urt. v. 11.1.1990 - 68 O 101/89, EWiR 1990, 225 f.
- Lauber-Nöll, Achim*, Die Rechtsfolgen fehlerhafter Unternehmensverträge, Berlin, 1993 (zit.: *Lauber-Nöll*, Unternehmensverträge)
- Lieberich, Manfred*, Fehlerhafte Abänderungen des Gesellschaftsvertrages bei Personenhandels- gesellschaften, Bonn, 1972 (zit.: *Lieberich*, Fehlerhafte Abänderungen)
- Limmer, Peter*, Umwandlungsrecht, Herne, Berlin, 1995 (zit.: *Limmer*, Umwandlungsrecht)
- Littbarski, Sigurd*, Anm. z. BGH, Urt. v. 21.12.1994 - VIII ZR 62/93, EWiR 1995, 809 f.
- Lohlein, Fritz*, Anm. z. OLG Rostock, Beschl. v. 14.3.1994 - 4 W 50/93, ZIP 1994, 1065 ff.
- Lohlein, Fritz*, Anm. z. BGH, Urt. v. 2.12.1994 - V ZR 23/94, ZIP 1995, 426 ff.
- Lohlein, Fritz*, Anm. z. BGH, Urt. v. 3.5.1996 - BLw 54/95, EWiR 1996, 711 f.
- Lohlein, Fritz*, Anm. z. BGH, Urt. v. 7.11.1997 - LwZR 1/97, EWiR 1998, 135 f.

- Lohlein, Fritz*, Anm. z. BGH, Urt. v. 8.5.1998 - BLW 18/97, EWiR 1998, 659 f.
- Lüke, Wolfgang/Blenske, Holger*, Die Schiedsfähigkeit von Beschlußmängelstreitigkeiten, ZGR 1998, 253 ff.
- Lutter, Marcus*, Zur Reform von Umwandlung und Fusion, ZGR 1990, 392 ff.
- Lutter, Marcus*, Europäisches Unternehmensrecht, ZGR Sonderheft 1, 4. Aufl., Berlin, New York, 1996 (zit.: *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht)
- Lutter, Marcus*, (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Köln, 1996 (zit.: Bearbeiter in *Lutter*, UmwG)
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter*, Formerfordernisse für Unternehmensverträge im GmbH-Recht, NJW 1988, 1240 ff.
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter*, GmbH-Gesetz, Köln,
13. Aufl., 1991 (zit.: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹³)
14. Aufl., 1995 (zit.: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG)
- Makower, H./Meyer, S.*, Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, Berlin, 1868 (zit.: *Makower/Meyer*, HGB)
- Marsch-Barner, Reinhard*, Treuepflichten zwischen Aktionären und Verhaltenspflichten bei der Stimmrechtsbündelung, ZHR 157 (1993), S. 172 ff.
- Martens, Klaus-Peter*, Kontinuität und Diskontinuität im Verschmelzungsrecht der Aktiengesellschaft, AG 1986, 57 ff.
- Mayer, Dieter*, Zweifelsfragen bei der Spaltung der Treuhandunternehmen, DB 1991, 1609 ff.
- Meyer, Emil/Meulenbergh, Gottfried* (Hrsg.), bearbeitet von *Beuthien, Volker*, Genossenschaftsgesetz, 12. Aufl., München, 1983 (zit. *Meyer/Meulenbergh/Beuthien*, GenG)
- Meyer-Landrut, Andreas/Kiem, Roger*, Der Formwechsel einer Publikumsaktiengesellschaft - Erste Erfahrungen aus der Praxis - Teil I - WM 1997, 1361 ff.
- Meyer-Landrut, Andreas/Kiem, Roger*, Der Formwechsel einer Publikumsaktiengesellschaft - Erste Erfahrungen aus der Praxis - Teil II - WM 1997, 1413 ff.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von *Kurt Rebmann* und *Franz Jürgen Säcker*, München,
Band 1 (§§ 1-240) 3. Aufl., 1993 (zit.: Bearbeiter in MüKo BGB)
Band 5 (§§ 705-853) 3. Aufl., 1997 (zit.: Bearbeiter in MüKo BGB)
- Neixler, Robert*, Zur Behandlung fehlerhafter Teilungen und Umwandlungen von LPGen, AgrarR 1993, 1 ff.
- Neixler, Robert*, Zur Behandlung fehlerhafter Teilungen und Umwandlungen von LPGen, AgrarR Sonderheft 10/1993, 25 ff.

- Neixler, Robert*, Anm. z. BezG Cottbus, Beschl. v. 1.9.1992 - 4 T 141/92, EWiR 1992, 1217 f.
- Neixler, Robert*, Anm. z. OLG Rostock, Beschl. v. 14.3.1994 - 4 W 50/93, EWiR 1994, 595 f.
- Neixler, Robert*, Anm. z. BGH, Beschl. v. 4.11.1994 - BLw 33/94, AgrarR 1995, 29 f.
- Neixler, Robert*, Anm. z. BGH, Urt. v. 2.12.1994 - V ZR 23/94, EWiR 1995, 601 f.
- Neye, Hans-Werner*, Anm. z. BezG Dresden, Beschl. v. 5.7.1991 - 3 T 1/91, EWiR 1991, 1013 f.
- Neye, Hans-Werner*, Anm. z. BezG Dresden, Beschl. v. 18.11.1991 - 2 T 170/91, EWiR 1992, 181 f.
- Neye, Hans-Werner*, Anm. z. LG Berlin, Beschl. v. 6.12.91 - T 78/91, EWiR 1992, 81 f.
- Neye, Hans-Werner*, Anm. z. AG Charlottenburg, Beschl. v. 10.3.1992 - 92 HRB 34745, EWiR 1992, 387 f.
- Neye, Hans-Werner*, Anm. z. KG, Urt. v. 19.10.1992 - 2 U 1631/92, EWiR 1993, 397 f.
- Neye, Hans-Werner*, Anm. z. BezG Erfurt, Besonderer Zivilsenat, Beschl. v. 4.11.1992 - W 13/92, ZIP 1993, 878 f.
- Neye, Hans-Werner*, Der Regierungsentwurf zur Reform des Umwandlungsrechts, ZIP 1994, 165 ff.
- Niemeier, Wilhelm G.*, Rechtsschutz und Bestandsschutz bei fehlerhafter Einziehung von GmbH-Anteilen, ZGR 1990, 314 ff.
- Noack, Ulrich*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989 (zit.: *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse)
- Paschke, Marian*, Die fehlerhafte Korporation, ZHR 155 (1991), 1 ff.
- Pfeifer, Udo*, Bericht über die Diskussion, in: Gesellschafts- und Umwandlungsrecht in der Bewährung, ZGR Sonderheft 14, Berlin, New York, 1998, S. 214 (zit.: *Pfeifer* in Umwandlungsrecht)
- Pörnig, Claudia*, Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft - ein Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht verbindendes Konzept, Berlin, 1999 (zit.: *Pörnig*, Fehlerhafte Gesellschaft)
- Prael, Christoph*, Eingliederung und Beherrschungsvertrag als körperschaftliche Rechtsgeschäfte, Berlin, 1978 (zit.: *Prael*, Eingliederung)
- Priester, Hans-Joachim*, Das neue Verschmelzungsrecht, NJW 1983, 1459 ff.
- Priester, Hans-Joachim*, Anm. z. Hans. OLG Hamburg, Urt. v. 13.7.1990 - 11 U 30/90, WuB II A. § 291 AktG 1.91 (S. 249 ff.)
- Priester, Hans-Joachim*, Das neue Umwandlungsrecht aus notarieller Sicht, DNotZ 1995, 427 ff.
- Priester, Hans-Joachim*, Mitgliederwechsel im Umwandlungszeitpunkt, DB 1997, 560 ff.
- Prölss, Erich R.* (Begrd.), Versicherungsaufsichtsgesetz, 11. Aufl., München, 1997 (zit.: Bearbeiter in Prölss, VAG)

- Raiser, Thomas*, Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts, AcP 194 (1994), 495 ff.
- Rechtshandbuch Vermögen und Investitionen in der ehemaligen DDR, *Clemm, Herrmann/Etzbach, Ernst/Faßbender, Hermann Josef* (Hrsg.), München, Stand August 1999, (zit.: Bearbeiter in RVI)
- Rehbinder, Eckard*, Die Abwicklung fehlerhafter Unternehmensverträge beim GmbH-Vertragskonzern, in: Goerdeler, Reinhard (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Fleck zum 70. Geburtstag am 30. Januar 1988, S. 253 ff. (zit.: *Rehbinder*, FS Fleck)
- Rettmann, Stephanie*, Die Rechtmäßigkeitskontrolle von Verschmelzungsbeschlüssen, Köln, 1997 (zit.: *Rettmann*, Rechtmäßigkeitskontrolle)
- Ronke, Maximilian*, Der fehlerhafte Beitritt zu einer Gesellschaft und die fehlerhafte Gesellschaft nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, in: Neumeyer, Karl H. (Hrsg.), Ius et commercium, Festschrift für Franz Laufke zum 70. Geburtstag am 20.6.1971, S. 217 ff. (zit.: *Ronke*, FS Laufke)
- Ronke, Maximilian*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur fehlerhaften Gesellschaft, in: Kruse, Heinrich Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Heinz Paulick zum 65. Geburtstag am 9. Mai 1973, S. 55 ff. (zit.: *Ronke*, FS Paulick)
- Rowedder, Heinz*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 3. Aufl., München, 1997 (zit.: Bearbeiter in Rowedder, GmbHG)
- Schiessl, Maximilian*, Die Kontrollfunktion der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 1999 - Jahrestagung der gesellschaftsrechtlichen Vereinigung, Köln 1999 (zit.: *Schiessl* in Jahrestagung)
- Schilling, Wolfgang*, Umwandlungsgesetz, Kommentar (aus Hachenburg, GmbHG, 7. Aufl.), Berlin, New York, 1981, (zit.: *Schilling*, UmwG)
- Schlegelberger, Franz* (Begrd.), Handelsgesetzbuch, 5. Aufl.
Band 3, Halbband 1 (§§ 105-160), München, 1992 (zit.: Bearbeiter in Schlegelberger, HGB)
- Schmid, Christoph*, Das umwandlungsrechtliche Unbedenklichkeitsverfahren und die Reversibilität registrierter Verschmelzungsbeschlüsse, ZGR 1997, 493 ff.
- Schmid, Christoph*, Einstweiliger Rechtsschutz von Kapitalgesellschaften gegen die Blockade von Strukturentscheidungen durch Anfechtungsklagen, ZIP 1998, 1057 ff.
- Schmidt, Karsten*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen (I), AG 1977, 205 ff.

- Schmidt, Karsten*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen (II), AG 1977, 243 ff.
- Schmidt, Karsten*, Zum Streitgegenstand von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen im Gesellschaftsrecht, JZ 1977, 769 ff.
- Schmidt, Karsten*, Die Beschlußanfechtungsklage bei Vereinen und Personengesellschaften, in: Lutter, Marcus/Mertens, Hans-Joachim/Ulmer, Peter (Hrsg.), Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985, S. 217 ff. (zit.: *K. Schmidt*, FS Stimpel)
- Schmidt, Karsten*, „Fehlerhafte Gesellschaft“ und allgemeines Verbandsrecht, AcP 186 (1986), 421 ff.
- Schmidt, Karsten*, Einschränkung der umwandlungsrechtlichen Eintragungswirkungen durch den umwandlungsrechtlichen numerus clausus?, ZIP 1988, 181 ff.
- Schmidt, Karsten*, Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts, AcP 191 (1991), 495 ff.
- Schmidt, Karsten*, Die fehlerhafte Verschmelzung nach dem Aktiengesetz, AG 1991, 131 ff.
- Schmidt, Karsten*, Fehlerhafte Verschmelzung und allgemeines Verbandsrecht, ZGR 1991, 373 ff.
- Schmidt, Karsten*, Formwechsel zwischen GmbH und GmbH & Co. KG, GmbHR 1995, 693 ff.
- Schmidt, Karsten*, Volleinzahlungsgebot beim Formwechsel, ZIP 1995, 1385 ff.
- Schmidt, Karsten*, Zur gesetzlichen Befristung der Nichtigkeitsklage gegen Verschmelzungs- und Umwandlungsbeschlüsse, DB 1995, 1849 ff.
- Schmidt, Karsten*, Heilung kartellverbotswidriger Satzungsänderungen nach § 242 AktG, AG 1996, 385 ff.
- Schmidt, Karsten*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1997 (zit.: *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht)
- Schmidt, Karsten*, Handelsrecht, 5. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1999 (zit. *K. Schmidt*, Handelsrecht)
- Schmidt, Karsten*, Neues Schiedsverfahrensrecht und Gesellschaftsrechtspraxis, ZHR 162 (1998), 265 ff.
- Schmitt, Anne*, Das Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, 1997 (zit.: *Schmitt*, Beschlußmängelrecht)
- Schnorr, Randolph*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, Köln, 1997 (zit.: *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse)
- Scholz, Franz*, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Köln,
 Band II (§§ 41-85), 7. Aufl., 1988 (zit.: Bearbeiter in Scholz, GmbHG⁷)
 Band I (§§ 1-44), 8. Aufl., 1993 (zit.: Bearbeiter in Scholz, GmbHG)
 Band II (§§ 45-85), 8. Aufl., 1995 (zit.: Bearbeiter in Scholz, GmbHG)
- Schöne, Torsten*, Die Klagefrist des § 14 Abs. 1 UmwG: Teils Rechtsfortschritt, teils „Aufforde-

- nung“ zu sanktionslosen Geheimbeschlüssen?, DB 1995, 1317 ff.
- Schöne, Torsten*, Das Aktienrecht als „Maß aller Dinge“ im neuen Umwandlungsrecht?, GmbHR 1995, 325 ff.
- Schröder, Oliver*, Neue Konzepte zum Beschlußmängelrecht der GmbH und der Personengesellschaften, GmbHR 1994, 532 ff.
- Schubel, Christian*, LPG-Umstrukturierung: Außenseiterschutz durch Exklusivität der Universal-sukzession, ZIP 1998, 1386 ff.
- Schubert, G.*, Gesetz über die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen (SpTrUG), INF 1991, 438 ff.
- Schweizer, Dieter*, Das Recht der landwirtschaftlichen Betriebe nach dem Landwirtschaftsanpas-sungsgesetz, 2. Aufl., Köln, 1994; (zit.: *Schweizer, LwAnpG*)
- Schweizer, Dieter/Thöne, Karl-Friedrich*, Das Recht der landwirtschaftlichen Betrieben in den neuen Ländern“, RWS-Skript 254, Köln, 1993 (zit.: *Schweizer/Thöne, Recht der land-wirtschaftlichen Betriebe*)
- Schwintowski, Hans-Peter*, Grenzen der Anerkennung fehlerhafter Gesellschaften, NJW 1988, 937 ff.
- Sernetz, Herbert*, Anm. z. BGH, Urteil v. 17.11.1997 - II ZR 77/97, EWiR 1998, 895 f.
- Siegmann, Matthias*, Anm. z. BGH, Urt. v. 6.11.1995 - II ZR 181/94, DNotZ 1996, 686 ff.
- Sirotzki, Jürgen*, Anm. z. OLG Rostock, Beschl. v. 14.3.1994 - 4 W 50/93, VIZ 1994, 630 f.
- Soergel, Hans Theodor*, Bürgerliches Gesetzbuch, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz,
Band 1 Allg. Teil (§§ 1-240), 12. Aufl., 1988 (zit.: Bearbeiter in Soergel, BGB)
- Sommer, Michael/Weitbrecht, Cornelius*, Salvatorische Klauseln in GmbH-Verträgen, GmbHR 1991, 449 ff.
- Sosnitza, Olaf*, Nichtigkeits- und Anfechtungsklage im Schnittfeld von Aktien- und Zivilprozeß-recht, NZG 1998, 335 ff.
- Staub, Hermann* (Begrd.), Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin, New York,
12. Lieferung (§§ 105-113), 4. Aufl., 1989 (zit.: Bearbeiter in Staub, HGB)
- Staudinger, Julius v.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin,
Erstes Buch, Allgemeiner Teil (§§ 134-163), 13. Aufl., 1996 (zit.: Bearbeiter in Staudin-ger, BGB)
- Stein, Ursula*, Rechtsschutz gegen gesetzeswidrige Satzungen bei Kapitalgesellschaften,
ZGR 1994, 472 ff.
- Steines, Werner*, Die faktisch aufgelöste offene Handelsgesellschaft, Marburg, 1964 (zit.: *Steines, Faktisch aufgelöste OHG*)
- Stimpel, Walter*, Aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Gesellschafts-

- recht, ZGR 1973, 73 ff.
- Streck, Michael/Mack, Alexandra/Schwedhelm, Rolf*, Verschmelzung und Formwechsel nach dem neuen Umwandlungsgesetz, GmbHR 1995, 161 ff.
- Strobel, Wilhelm*, Neues Artikelgesetz und Spaltungsgesetz mit Folgen für die DM-Eröffnungsbilanz, BB 1991, 636 ff.
- Stute, Andreas*, Rechtsfolgen einer fehlerhaften Umwandlung nach § 11 Treuhandgesetz, VIZ 1994, 381 ff.
- Timm, Wolfram*, Der Abschluß des Ergebnisübernahmevertrags im GmbH-Recht, BB 1981, 1491 ff.
- Timm, Wolfram*, Geklärte und offene Fragen im Vertragskonzernrecht der GmbH, GmbHR, 1987, 8 ff.
- Timm, Wolfram*, Beschlußanfechtungsklage und Schiedsfähigkeit im Recht der personalistisch strukturierten Gesellschaften, in Goerdeler, Reinhard (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Fleck zum 70. Geburtstag am 30. Januar 1988, ZGR Sonderheft 7, S. 365 ff. (zit. *Timm*, FS Fleck)
- Timm, Wolfram*, Zwingende „Verschmelzungssperre“ nach § 345 Abs. 2 Satz 1 AktG bei anhängigen Anfechtungsverfahren?, DB 1990, 1221 ff.
- Timm, Wolfram*, „Gegenstandslose“ Hauptversammlungsbeschlüsse, ZIP 1990, 361 ff.
- Timm, Wolfram*, Mißbräuchliche Aktionärsklagen einschließlich Abfindungsregelungen in Timm, Wolfram (Hrsg.) Mißbräuchliches Aktionärsverhalten, RWS-Forum 4, Köln, 1990, S. 1 ff. (zit.: *Timm*, Aktionärsverhalten)
- Timm, Wolfram*, Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Haftungsverfassung, NJW 1995, 3209 ff.
- Timm, Wolfram*, Einige Zweifelsfragen zum neuen Umwandlungsrecht, ZGR 1996, 247 ff.
- Tombrink, Christian*, Fehlerhafte LPG-Umwandlung, AgrarR 1996, 358 f.
- Turner, George/Karst, Ulrich*, Die Umwandlung Landwirtschaftlicher Produktionsgenossenschaften, DtZ 1992, 33 ff.
- Ulmer, Peter*, Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft - gesicherter Bestand des Gesellschaftsrechts oder methodischer Irrweg?, in: Jakobs, Horst Heinrich (Hrsg.) Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Bd. II, Köln, 1978 (zit.: *Ulmer*, FS Flume)
- Ulmer, Peter*, Fehlerhafte Unternehmensverträge im GmbH-Recht, BB 1989, 10 ff.
- Ulmer, Peter*, Hundert Jahre Personengesellschaftsrecht: Rechtsfortbildung bei OHG und KG, ZHR 161 (1997), 102 ff.

- Veil, Rüdiger*, Der nicht-verhältnismäßige Formwechsel von Kapitalgesellschaften - Eröffnet das neue Umwandlungsgesetz den partiellen Ausschluß von Anteilsinhabern?, DB 1996, 2529 ff.
- Veil, Rüdiger*, Die Registersperre bei der Umwandlung einer AG in eine GmbH, ZIP 1996, 1065 ff.
- Veil, Rüdiger*, Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Berlin, 1996 (zit.: *Veil*, Umwandlung)
- Veil, Rüdiger*, Aktuelle Probleme im Ausgliederungsrecht, ZIP 1998, 361 ff.
- Vetter, Jochen*, Die Beschränkung der Teilanfechtung auf den angefochtenen Teil, MDR 1998, 573 ff.
- Vogel, Wolfgang*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, 2. Aufl., Köln, 1986 (zit.: *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse)
- Vossel, Herbert*, Spaltung der von der Treuhand verwalteten Unternehmen, DStR 1991, 519 f.
- Wagner, Klaus-R./Sommer, Birgit*, Kredit- und Sicherheitenverlustrisiko für Kreditinstitute bei Finanzierungen mit geschlossenen Immobilien- und Leasing-Fonds als Schein-KGs, WM 1995, 561 ff.
- Wardenbach, Frank*, Mißbrauch des Anfechtungsrechts und „nachträglicher“ Aktienerwerb, ZGR 1992, 563 ff.
- Weiler, Lothar*, Aktienrechtliches Anfechtungsrecht und Rechtsmißbrauch, München, 1996 (zit.: *Weiler*, Anfechtungsrecht)
- Weimar, Robert*, Spaltung von Treuhandunternehmen, DtZ 1991, 182 ff.
- Wenzel, Joachim*, Probleme der Vermögensauseinandersetzung und Umwandlung der landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften in der Rechtsprechung des BGH, AgrarR 1995, 1 ff.
- Wenzel, Joachim*, Aktuelle Rechtsfragen der Vermögensauseinandersetzung und der Umwandlung nach dem LwAnpG sowie der Rückabwicklung von Kreispachtverhältnissen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Anschluß an AgrarR 1996, 37), AgrarR 1997, 33 ff.
- Wenzel, Joachim*, Aktuelle Rechtsfragen der Vermögensauseinandersetzung und der Umwandlung sowie der Rückabwicklung von Kreispachtverhältnissen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Anschluß an AgrarR 1997, 33), AgrarR 1998, 69 ff.
- Wenzel, Joachim*, Der Bestandsschutz fehlerhaft umgewandelter LPG-Unternehmen, AgrarR 1998, 139 ff.

- Werner, Winfried*, Zur Treupflicht des Kleinaktionärs, in: Bierich, Marcus (Hrsg.) Unternehmen und Unternehmensführung im Recht, Festschrift für Johannes Semler zum 70. Geburtstag am 28. April 1993, S. 419 ff. (zit.: *Werner*, FS Semler)
- Widmann, Siegfried/Mayer, Dieter* (Hrsg.), Umwandlungsrecht, Bonn, grds. Stand 1999 (zit.: Bearbeiter in Widmann/Mayer, UmwG)
13. Ergänzungslieferung Juli 1989 (zit.: Bearbeiter in Widmann/Mayer, UmwG¹³)
- Wiedemann, Herbert*, Gesellschaftsrecht, Bd. 1. Grundlagen, München, 1980 (zit.: *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht)
- Wiedemann, Herbert*, Identität beim Rechtsformwechsel, ZGR 1999, 568 ff.
- Wiesner, Georg*, Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, Heidelberg, 1980 (zit.: *Wiesner*, Fehlerhafte Gesellschaft)
- Wirth, Gernot*, Spaltungen einer eingetragenen Genossenschaft, Stuttgart, München, Berlin, Hannover, 1997 (zit.: *Wirth*, Spaltungen)
- Wünsche, Jochen*, Die nach § 1 GWB unwirksame Kartellvereinbarung im System der gesellschaftsrechtlichen Auflösungs- und Nichtigkeitsgründe; Diss. Hamburg, 1987 (zit.: *Wünsche*, Kartellvereinbarung)
- Zeidler, Finn*, Anm. z. Brandenburg. OLG, Urt. v. 18.8.1998 - 6 U 223/97, NZG 1999, 222
- Zöllner, Wolfgang*, Rechtssubjektivität von Personengesellschaften, in: Lange, Hermann (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1993, S. 563 ff. (zit.: *Zöllner*, FS Gernhuber)
- Zöllner, Wolfgang*, Folgen der Nichtigklärung durchgeführter Kapitalerhöhungsbeschlüsse, AG 1993, 68 ff.
- Zöllner, Wolfgang*, Kontrollrechte des einzelnen Aktionärs: Beschränkung, Erweiterung und Mißbrauchsbekämpfung, in: Semler (Hrsg.) Reformbedarf im Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 12, S. 147 ff. (zit.: *Zöllner*, Reformbedarf)
- Zöllner, Wolfgang/Winter, Martin*, Folgen der Nichtigklärung durchgeführter Kapitalerhöhungsbeschlüsse, ZHR 158 (1994), 59 ff.

Verzeichnis der zitierten Entscheidungen

Gericht	Datum	Aktenzeichen	Fundstelle
AG Charlottenburg	10.3.1992	92 HRB 34745	ZIP 1992, 520 = EWiR 1992, 387
BayObLG	5.7.1996	3 Z BR 114/96	ZIP 1996, 1467 = AG 1996, 468
BayObLG	31.10.1997	3 Z BR 134/97	DB 1998, 252
BezG Cottbus	1.9.1992	4 T 141/92	ZIP 1992, 1503 = AgrarR 1993, 25 = EWiR 1992, 1217
BezG Cottbus	10.5.1993	4 T 30/93	AgrarR 1993, 216
BezG Dresden	5.7.1991	3 T 1/91	ZIP 1991, 1390 = WM 1992, 144
BezG Dresden	18.11.1991	2 T 170/91	ZIP 1992, 141
BezG Erfurt	22.6.1992	2 T 19/92	VIZ 1993, 28
BezG Erfurt	4.11.1992	W 13/92	ZIP 1993, 876
BFH	21.8.1996	I R 85/95	BuW 1997, 135
BGH	10.11.1954	II ZR 299/53	WM 1955, 259
BGH	26.10.1955	VI ZR 90/54	BGHZ 18, 334
BGH	6.2.1958	II ZR 210/56	BGHZ 26, 330
BGH	8.11.1965	II ZR 267/64	BGHZ 44, 235
BGH	30.6.1966	II ZR 149/64	BB 1966, 1169
BGH	6.3.1967	II ZR 231/64	BGHZ 47, 172
BGH	30.3.1967	II ZR 102/65	BGHZ 47, 293 = NJW 1961, 1963
BGH	5.2.1968	II ZR 85/67	BGHZ 49, 364
BGH	14.4.1969	II ZR 142/67	NJW 1969, 1483 = BB 1969, 735
BGH	29.6.1970	II ZR 158/69	BGHZ 55, 5 = NJW 1971, 279
BGH	21.10.1971	II ZR 90/68	WM 1971, 1502
BGH	10.12.1973	II ZR 53/72	BGHZ 62, 20
BGH	19.12.1974	II ZR 27/73	BGHZ 63, 338
BGH	13.3.1975	II ZR 154/73	BB 1975, 758
BGH	26.5.1975	II ZR 34/74	WM 1975, 1041 = DB 19075, 2032
BGH	8.4.1976	II ZR 203/74	DB 1976, 2106
BGH	23.2.1978	II ZR 37/77	BGHZ 70, 384 = NJW 1987, 1325
BGH	13.3.1980	II ZR 54/78	BGHZ 76, 191 = NJW 1980, 920
BGH	23.3.1981	II ZR 27/80	BGHZ 80, 212 = ZIP 1981, 609
BGH	25.2.1985	II ZR 174/80	BGHZ 83, 122 = ZIP 1982, 568
BGH	10.12.1987	II ZR 251/86	ZIP 1988, 512 = WM 1988, 414
BGH	14.12.1987	II ZR 170/87	BGHZ 103, 1 = ZIP 1988, 229 = AG 1988, 133
BGH	18.1.1988	II ZR 140/87	ZIP 1988, 509 = WM 1988, 418 = NJW 1988, 1324
BGH	25.1.1988	II ZR 148/87	ZIP 1988, 342 = WM 1988, 377 = WuB II A. § 241 AktG 1.88 (S. 835)
BGH	21.3.1988	II ZR 308/87	BGHZ 104, 66 = ZIP 1988, 703 = AG 1988, 233
BGH	22.1.1990	II ZR 25/89	ZIP 1990, 371 = NJW 1990, 1915

BGH	7.10.1991	II ZR 194/90	ZIP 1991, 1489
BGH	14.10.1991	II ZR 212/90	ZIP 1992, 247 = NJW 1992, 1501
BGH	21.10.1991	II ZR 211/90	WM 1992, 57 = NJW-RR 1992, 227 = BB 1992, 595
BGH	11.11.1991	II ZR 287/90	BGHZ 116, 37 = ZIP 1992, 29 = AG 1992, 83
BGH	15.11.1993	II ZR 235/92	BGHZ 124, 111 = ZIP 1993, 1862 = WM 1994, 22
BGH	1.7.1994	BLw 17/94	BGHZ 126, 335 = ZIP 1994, 1221 = AgrarR 1994, 300 = DtZ 1994, 349
BGH	6.7.1994	VIII ZR 62/93	ZIP 1994, 1316
BGH	4.11.1994	BLw 33/94,	AgrarR 1995, 28 = WM 1995, 349
BGH	2.12.1994	V ZR 23/94	ZIP 1995, 422 = WM 1995, 434
BGH	21.12.1994	VIII ZR 62/93	ZIP 1995, 320 = WM 1995, 396
BGH	2.3.1995	LwZB 9/94	ZIP 1995, 873 = AgrarR 1995, 240
BGH	18.12.1995	II ZR 294/93	ZIP 1996, 225 = WM 1996, 205 = NJW 1996, 659
BGH	26.2.1996	II ZR 101/95	NJ 1996, 529, 530
BGH	26.2.1996	II ZR 77/95	ZIP 1996, 674
BGH	3.5.1996	BLw 54/95	BGHZ 132, 353 = ZIP 1996, 1146 = WM 1996, 1221 = VIZ 1996, 580 = EWiR 1996, 711 = WuB II N. § 34 LwAnpG 1.96 (S. 1297)
BGH	29.11.1996	BLw 13/96	ZIP 1997, 298 = AgrarR 1997, 48 = EWiR 1997, 375
BGH	31.7.1997	V ZR 23/96	AgrarR 1998, 86 = WM 1997, 2040 = EWiR 1997, 949
BGH	7.11.1997	LwZR 1/97	BGHZ 137, 134 = ZIP 1997, 2134 = AgrarR 1998, 56 = NZG 1998, 146 = EWiR 1998, 135
BGH	7.11.1997	BLw 26/97	ZIP 1998, 1245 = AgrarR 1998, 21 = NZG 1998, 184
BGH	17.11.1997	II ZR 77/97	ZIP 1998, 22 = WM 1998, 75 = EWiR 1998, 895
BGH	8.5.1998	BLw 18/97	BGHZ 138, 371 = ZIP 1998, 1161 = AgrarR 1998, 249 = NZG 1998, 644 = EWiR 1998, 659
BGH	8.5.1998	BLw 39/97	ZIP 1998, 1207, 1208
BGH	15.6.1998	II ZR 40/97	ZIP 1998, 1392 = AG 1998, 482 = GmbHR 1998, 891
BGH	23.10.1998	LwZR 1/98	ZIP 1999, 23 = AgrarR 1999, 57 = NZG 1999, 270
BGH	25.1.1999	II ZR 383/96	ZIP 1999, 489 = WM 1999, 686
BGH	24.2.1999	VIII ZR 158/98	NZG 1999, 957
BGH	5.3.1999	BLw 57/98	ZIP 1999, 840 = AgrarR 1999, 249
BGH	5.3.1999	BLw 56/98	NL-BzAR 1999, 244
BGH	17.5.1999	II ZR 293/98	ZIP 1999, 1126
BGH	7.6.1999	II ZR 278/98	ZIP 1999, 1391 = WM 1999, 1619 = MDR 1999, 1206
BGH	7.6.1999	II ZR 285/98	BB 1999, 2210 = WM 1999, 1510 = EWiR 1999, 1019
Brandenburg. OLG	29.3.1995	8 Wx 144/94	ZIP 1995, 1457 = AgrarR 1995, 246 = AgrarR 1995, 333
Brandenburg. OLG	17.8.1995	5 U 38/95	VIZ 1996, 101
Brandenburg. OLG	25.3.1996	8 Wx 114/95	AgrarR 1996, 334
Brandenburg. OLG	4.4.1996	5 W 99/95	OLG-NL 1996, 186
Brandenburg. OLG	18.8.1998	6 U 223/97	NZG 1999, 219

Brandenburg. OLG	2.9.1998	7 U 246/97	NZG 1999, 222
Düsseldorf	16.11.1967	6 U 280/66	AG 1968, 19
KG	19.10.1992	2 U 1631/92	VIZ 1993, 113
KG	6.4.1993	1 W 1590/92	ZIP 1993, 872
LG Berlin	2.1.1991	99 O 205/90	ZIP 1991, 407
LG Berlin	31.1.1991	98 - T 3/91	ZIP 1991, 251
LG Berlin	6.12.1991	98 T 78/91	ZIP 1992, 141
LG Berlin	4.12.1998	14 U 504/96	NZG 1999, 411
LG Bochum	1.7.1986	12 O 67/86	GmbHR 1987, 24
LG Bonn	22.6.1990	16 O 5/90	AG 1991, 114
LG Braunschweig.	24.4.1992	22 O 98/89	AG 1993, 434 = DB 1992, 1398
LG Dresden	14.8.1996	6 O 3650/96	AgrarR 1998, 118
LG Frankfurt	29.1.1990	3/1 O 109/89	ZIP 1990, 230 = WM 1990, 237
LG Hamburg	11.1.1990	68 O 101/89	ZIP 1990, 376 = EWiR 1990, 225
LG Hanau	2.11.1995	5 O 149/95	ZIP 1996, 422 = AG 1996, 184
LG Heidelberg	7.8.1996	O 4/96 KfH II	DB 1996, 1768 = AG 1996, 523
LG Magdeburg	9.6.1993	8 O 1259/92	(unveröffentlicht/juris)
LG München	2.4.1992	5 HKO 8840/91	ZIP 1992, 1741 = AG 1993, 195
LG Nürnberg-Fürth	14.7.1994	1 HKO 1/94	AG 1995, 141 = DB 1994, 1869
LG Wiesbaden	8.6.1998	11 O 65/96	AG 1999, 47, 48
Niedersächsisches FinanzG	13.11.1997	XIV 484/93	EFG 1998, 735
OLG Dresden	9.3.1994	6 U 1044/93	OLG-NL 1994, 97 = VIZ 1994, 427
OLG Dresden	26.11.1998	5 W 057/95	AgrarR 1998, 261
OLG Frankfurt	9.6.1997	10 W 11 /97	AG 1997, 472 = DB 1997, 1911
OLG Frankfurt a.M.	19.3.1993	24 U 50/92	DB 1993, 2172
OLG Frankfurt a.M.	17.2.1998	5 W 32/97	AG 1998, 428 = DB 1998, 1222 = EWiR 1998, 665
OLG Hamburg	3.11.1970	11 U 29/70	AG 1970, 230
OLG Hamburg	6.10.1989	11 W 91/89	ZIP 1989, 1326 = AG 1991, 23 = WM 1989, 1767 = EWiR 1989, 1053
OLG Hamburg	13.7.1990	11 U 30/90	ZIP 1990, 1071 = AG 1991, 21 = WuB II A. § 291 AktG 1.91 (S. 249)
OLG Hamm	26.9.1996	15 W 151/96	DB 1997, 268
OLG Karlsruhe	12.10.1993	11 Wx 48/93	AG 1994, 283 = WM 1993, 2092
OLG Köln	12.12.1994	13 U 121/93	BB 1994, 455 = WiB 1994, 435
OLG München	24.3.1993	7 U 3550/92	ZIP 1993, 676 = AG 1993, 283
OLG Naumburg	6.2.1997	7 U 236/96	AG 1998, 430 = DB 1997, 466
OLG Naumburg	14.3.1996	5 W 153/95	AgrarR 1996, 292
OLG Rostock	21.6.1993	2 W 14/93	AgrarR 1993, 257

OLG Rostock	14.3.1994	4 W 50/93	ZIP 1994, 1062 = AgrarR 1994, 237
OLG Rostock	23.2.1995	1 U 200/94	WM 1995, 1721
OLG Rostock	26.9.1995	4 W 22/95	AgrarR 1996, 28
OLG Rostock	10.2.1997	4 W 31/96	OLG-NL 1997, 247
OLG Stuttgart	11.2.1992	10 U 313/90	AG 1993, 94 = WM 1992, 1067
RG	24.2.1931	II 254/30	RGZ 132, 22 = JW 1931, 2982
RG	22.1.1935	II 198/34	RGZ 146, 385
RG	13.11.1940	II 44/40	RGZ 165, 193
RG	2.8.1943	II 70/43	DR 1943, 1221
Thüringer OLG	5.12.1996	LWU 113/96	(nicht veröffentlicht)
VG Berlin	10.2.1995	3 A 863.93	VIZ 1995, 672

A. PROBLEMATIK DES FEHLERHAFTEN FORMWECHSELS, MEINUNGSSTAND UND KONSEQUENZEN

I. EINLEITUNG

Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit den Problemen, die mit der fehlerhaften Umwandlung von Unternehmen durch Formwechsel nach dem neuen Umwandlungsgesetz verbunden sind.

Hintergrund für die Wahl dieses Themas sind die zahlreichen im Zusammenhang mit der Schaffung der deutschen Einheit erfolgten Umwandlungen von Landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften (LPG) in andere Gesellschaftsformen, die sich hauptsächlich durch Formwechsel nach dem Landwirtschaftsanpassungsgesetz (LwAnpG) vollzogen. Hier kam es, teils aus Rechtsunkenntnis, teils mangels juristischer Beratung oder einfach aus Zeitnot, zu zahlreichen Fehlern im Umwandlungsvorgang. Trotzdem wurden die meisten der „neuen“ Gesellschaften in das entsprechende Register eingetragen. Die konstitutive Eintragung bewirkt, daß die Gesellschaft in der neuen Rechtsform fortbesteht. § 34 Abs. 3 LwAnpG regelt in diesem Zusammenhang, daß Mängel des Formwechsels die Wirkungen der Eintragung der neuen Rechtsform in das Register „unberührt“ lassen. Diese Formulierung fand sich bereits im früheren Aktiengesetz für die fehlerhafte Verschmelzung von Gesellschaften (§ 352a a.F.) und war auch dort recht umstritten. Insbesondere war dort unklar, ob Umwandlungsmängel damit völlig unbeachtlich waren und die Gesellschaft danach wie eine fehlerfrei entstandene zu behandeln war oder ob möglicherweise in der Zukunft eine „Rückumwandlung“ im Sinne einer „Entschmelzung“ zu erfolgen hatte. Dieser Streit erlangte auch für die Auslegung des § 34 Abs. 3 LwAnpG Bedeutung. Hinzu trat die Frage, ob wirklich alle Mängel von der „Heilungsnorm“ des § 34 Abs. 3 LwAnpG erfaßt sein sollen. Hier brachte die Rechtsprechung des BGH etwas Licht ins Dunkel.

II. REGELUNGSMODELL FORMWECHSEL

1. DER FORMWECHSEL NACH DEM UMWG VON 1994¹

Neben Verschmelzung, Spaltung und Vermögensübertragung ist der Formwechsel eine der Umwandlungsmöglichkeiten, die nach langer Zerstreung auf viele Gesetze durch das am 1.1.1995 in Kraft getretene Umwandlungsgesetz für alle Gesellschaftsformen einheitlich zusammengefaßt wurden.²

¹ Art. 1 Umwandlungsvereinigungsgesetz vom 28.10.1994 BGBl. I S. 3210 abgedruckt bei *Limmer*, Umwandlungsrecht, S. 88 ff.

² *Lutter* in *Lutter*, UmwG, Einleitung Rn. 7.

Der Formwechsel ist dabei diejenige Umwandlungsmöglichkeit, an der nur ein einziger Rechtsträger beteiligt ist, der eine andere Rechtsform erhalten soll (§ 190 Abs. 1 UmwG). Wesentliches Merkmal ist der identitätswahrende Charakter des Formwechsels,³ das heißt, daß das umzuwandelnde Unternehmen vor und nach dem Formwechsel wirtschaftlich unverändert bestehen bleibt. Vermögen, der Kreis der an der Gesellschaft beteiligten Personen sowie Rechte Dritter werden durch den Umwandlungsvorgang nicht berührt.⁴ Zwar stellt es einen Widerspruch in sich dar, wenn gesagt wird, der Rechtsträger bleibe identisch, er wechsele lediglich sein rechtliches Gewand,⁵ denn der Rechtsträger wird ja gerade durch dieses „rechtliche Gewand“ bestimmt; er ist nichts als dieses „Kleid“.⁶ Man kann den Formwechsel aber zutreffend lediglich funktional begreifen, als Technik zur Herstellung der gewollten Kontinuität des Rechtssubjekts und der ihm zugeordneten dinglichen und schuldrechtlichen Rechtsverhältnisse.⁷ Dieses Zuordnungsobjekt besteht dann in der beschlossenen Rechtsform als unveränderter Zurechnungsendpunkt der bisherigen Rechte und Pflichten fort.⁸ Dementsprechend fehlt auch eine Regelung über einen Vermögensübergang.⁹ An der Vermögenszuordnung ändert die Umwandlung nämlich nichts, nur die auf die Gesellschaftsorganisation anzuwendenden Rechtsnormen wechseln.¹⁰ Entgegen der Ansicht mancher Autoren¹¹ wird vorliegend davon ausgegangen, daß es sich bei dem Identitätserfordernis nicht um eine bloße Fiktion handelt, während tatsächlich (entsprechend dem alten Modell der übertragenden Umwandlung) Neugründung und Vermögensübertragung stattfinden.¹² Vielmehr wird vorliegend die Gesellschaft gerade als durch Personal und Vermögen gekennzeichnet angesehen (oder eben als Zurechnungsobjekt dinglicher und schuldrechtlicher Rechtsverhältnisse¹³), wobei nur die gesellschaftsrechtliche Organisationsstruktur wechselt.¹⁴ Anders gesagt wechselt hier nicht das Vermögen von einem auf den anderen Rechtsträger (wie dies bei

³ Ganske, Umwandlungsrecht, S. 211; ausführlich K. Schmidt, ZIP 1995, 1385, 1387; Bärwaldt/Schabacker, ZIP 1998, 1293 ff.

⁴ Decher in Lutter, UmwG, § 190 Rn. 3.

⁵ Streck/Mack/Schwedhelm, GmbHR 1995, 161, 170; Laumann in G/K/T, UmwG, § 190 Rn. 3; Hennrichs, ZIP 1995, 794, 796; auch schon OLG Rostock, AgrarR 1993, 257, 258; Neixler, AgrarR 1993, 1, 3.

⁶ Zutreffend Hennrichs, ZIP 1995, 794, 796.

⁷ Timm, NJW 1995, 3209, 3212; ähnlich Busch, AG 1995, 555: Identitätswahrung sei nicht Kontinuität des Rechtsträgers um jeden Preis, sondern identitätswahrender Formwechsel sei das rechtstechnische Mittel, eine Gesamtrechtsnachfolge zu erübrigen.

⁸ Ausführlich zur Auswirkung dieser Regelung auf den Streitstand um die Rechtssubjektivität von Personengesellschaften: Zöllner, FS Gernhuber, S. 563 ff.; Berndt/Boin, NJW 1998, 2854 ff.

⁹ Laumann in G/K/T, UmwG, § 190 Rn. 37; Neye, ZIP 1994, 165, 166; BayObLG, DB 1998, 252: mangels Vermögensübertragung habe der Beschluß über den Formwechsel keinen bestimmten Geldwert zum Gegenstand; anders bei der Verschmelzung Laumann in G/K/T, UmwG, § 190 Rn. 20; für den Formwechsel nach dem LwAnpG Schweizer/Thöne, Recht der landwirtschaftlichen Betriebe, S. 28.

¹⁰ Streck/Mack/Schwedhelm, GmbHR 1995, 161, 171, diese sehen das Identitätsprinzip aber nur als Fiktion an.

¹¹ Streck/Mack/Schwedhelm, GmbHR 1995, 161, 171; Hennrichs, ZIP 1995, 794, 796.

¹² Der Gesetzgeber wollte sich hier nicht festlegen und die Frage, ob ein Vermögensübergang stattfindet, der Wissenschaft überlassen vgl. Lutter, ZGR 1990, 392, 395; die Ansicht, daß ein Vermögensübergang nicht erfolgt, dürfte sich dabei durchgesetzt haben, die frühere Trennung zwischen übertragender und formwechselnder Umwandlung wird vom Gesetz nicht mehr vorgenommen vgl. Raiser, AcP 194 (1994), 495, 499.

¹³ Timm, NJW 1995, 3209, 3212.

¹⁴ Neye, ZIP 1994, 165, 166.

der übertragenden Umwandlung der Fall war), sondern der Rechtsträger bleibt bestehen und die auf ihn anzuwendenden Normen wechseln. Dieses Verständnis dürfte der Idee des Formwechsels besser entsprechen.

2. VORAUSSETZUNGEN

Die Voraussetzungen für den Formwechsel sind in den §§ 190 ff. UmwG geregelt.¹⁵ Danach muß zunächst das Vertretungsorgan eines umwandlungsfähigen Rechtsträgers (§ 191 UmwG) einen Umwandlungsbericht erstatten (§ 192 UmwG), über den die Anteilsinhaber zu beschließen haben (§ 193 UmwG). Insbesondere dieser Umwandlungsbeschluß kann Quelle von Mängeln der Umwandlung sein, sei es, daß die Gesellschafterversammlung nicht ordnungsgemäß einberufen wurde (diese formellen Anforderungen bestimmen sich nach dem Recht des jeweiligen Ausgangsrechtsträgers; für den Formwechsel einer Aktiengesellschaft beispielsweise nach den §§ 121 ff. AktG), der Inhalt des Umwandlungsbeschlusses nicht den Anforderungen des § 194 UmwG entspricht (beispielsweise Gesellschafter des Ausgangsrechtsträgers nicht Gesellschafter der Zielrechtsform werden, was - ohne eine besondere Rechtfertigung - gravierend gegen das Identitätserfordernis verstößt) oder nicht die erforderlichen Beschlußmehrheiten erreicht wurden, um nur einige Arten von Mängeln zu nennen.

3. RECHTSFOLGEN

Das Gesetz formuliert in § 202 Abs. 1 UmwG, daß durch die auf die Anmeldung des Formwechsels (§ 198 UmwG) erfolgende Eintragung die Wirkungen des Formwechsels eintreten (konstitutive Eintragung). Der Rechtsträger besteht in der in dem Umwandlungsbeschluß bestimmten Rechtsform weiter, wobei alle Anteilsinhaber auch an der neuen Gesellschaft beteiligt sind. „Der Mangel der notariellen Beurkundung des Umwandlungsbeschlusses und gegebenenfalls erforderlicher Zustimmung- oder Verzichtserklärungen einzelner Anteilsinhaber wird geheilt“ (§ 202 Abs. 1 Nr. 3 UmwG), wobei es sich hier um eine echte, materielle Heilung handelt. Mögliche Schadensersatzansprüche gegen die Verantwortlichen wegen der Formmängel bleiben davon aber unberührt.¹⁶

Für Umwandlungsbeschlüsse von Aktiengesellschaft oder GmbH kann eine Heilung von Formmängeln bereits aus der direkten oder analogen Anwendung von § 242 Abs. 1 i.V.m. § 130 Abs. 1 S. 1 AktG mit der Eintragung des Beschlusses im Handelsregister folgen.

¹⁵ Ausführlich *Laumann* in G/K/T, UmwG, § 190 Rn. 22 ff.; *Meyer-Landruth/Kiem*, WM 1997, 1361 ff. und 1413 ff.; zum Verfahren der Umwandlungen nach dem LwAnpG *Jürgens*, DtZ 1991, 12.

¹⁶ *Decher* in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 28; *Meister/Klöcker* in Kallmeyer, UmwG, § 202 Rn. 54.

Schon vom Wortlaut her abweichend formuliert § 202 Abs. 3 UmwG, daß (sonstige) Mängel des Formwechsels die Wirkungen der Eintragung der neuen Rechtsform oder des Rechtsträgers neuer Rechtsform in das Register „unberührt“ lassen. Damit treten (zumindest vorläufig) auch bei Mängeln des Formwechsels dessen Rechtsfolgen - Fortbestehen der Gesellschaft in der neuen Rechtsform und damit Beteiligung der Anteilshaber an der neuen Gesellschaft - ein.

Ziel der Arbeit ist es, zu klären, ob wirklich alle möglichen Mängel von der „Heilungsnorm“ des § 202 Abs. 3 UmwG erfaßt werden, oder ob es so gravierende Mängel gibt, die es rechtfertigen, auch eine eingetragene Umwandlung als nicht geschehen zu betrachten. Andererseits wird zu prüfen sein, was darunter zu verstehen ist, daß die Wirkungen der Eintragung von Mängeln „unberührt“ bleiben, insbesondere, ob damit der fehlerhaften Umwandlung dauerhafter Bestandschutz zukommt oder eine „Rückumwandlung“ möglich bleibt.

III. PROBLEME BEI DER ERMITTLUNG DER AUSWIRKUNGEN VON UMWANDLUNGSMÄNGELN

Die größten Schwierigkeiten bereitet das Zusammenspiel mehrerer Faktoren. Die im folgenden aufzuzeigenden Probleme treten (abgesehen von einigen Besonderheiten, die nur für den Formwechsel nach dem LwAnpG gelten) auch bei anderen Arten fehlerhafter Umwandlungen auf.

1. ANFECHTBARKEIT/NICHTIGKEIT

Zunächst ist festzuhalten, daß es sich bei den Mängeln des Formwechsels in erster Linie¹⁷ um Beschlußmängel handelt. Einer Klärung bedarf, welches Beschlußmängelrecht auf die Umwandlungen von LPGen Anwendung findet, da nach dem LwAnpG keine diebezüglichen Regelungen bestehen. Danach richtet sich, ob und in welcher Art und Weise Umwandlungsmängel geltend zu machen sind und ob Anfechtungsfristen eingehalten werden müssen.

2. ANWENDUNGSBEREICH

Weiterer Faktor ist der Anwendungsbereich der §§ 34 Abs. 3 LwAnpG, 202 Abs. 3 UmwG nach denen die Rechtsfolgen des Formwechsels unabhängig von möglichen Fehlern mit seiner Eintragung eintreten. Sollten die §§ 34 Abs. 3 LwAnpG, 202 Abs. 3 UmwG ausnahmslos alle Mängel erfassen, käme es also weitgehend nur darauf an, ob ein Formwechsel eingetragen wurde. Für die Rechtsfolgen wäre dann allein die inhaltliche Reichweite der §§ 34 Abs. 3 LwAnpG, 202 Abs. 3 UmwG maßgebend. Sollten bestimmte schwerwiegende Fehler nicht unter die §§ 34 Abs. 3

¹⁷ Ausnahmen sind beispielsweise die unrichtige Feststellung des Beschlußergebnisses oder die fehlerhafte Anmeldung der Umwandlung: *Laumann* in G/K/T, UmwG, § 202 Rn. 29.

LwAnpG, 202 Abs. 3 UmwG fallen, wäre für diese Formwechsel selbständig nach einer Rechtsfolge zu suchen.

3. INHALT

Abgesehen von möglichen Einschränkungen im Anwendungsbereich der §§ 34 Abs. 3 LwAnpG, 202 Abs. 3 UmwG wirft auch die inhaltliche Reichweite dieser Normen Fragen auf. Hier besteht die Möglichkeit, die §§ 34 Abs. 3 LwAnpG, 202 Abs. 3 UmwG so auszulegen, daß sie die Rückabwicklung einer einmal eingetragenen Umwandlung auch für die Zukunft ausschließen. Andererseits kann man sie lediglich als Ausprägungen der Grundsätze über die fehlerhafte Strukturänderung¹⁸ ansehen. Dann verbietet sich nur eine Abwicklung ex tunc, nicht aber ex nunc.

4. ZUSAMMENFASSUNG

Diese drei Problemfelder (Einordnung der Mängel in solche, die zur Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit führen, Anwendungsbereich der §§ 34 Abs. 3 LwAnpG, 202 Abs. 3 UmwG und deren inhaltliche Reichweite) beeinflussen die Rechtsfolgen fehlerhafter Formwechsel und bedürfen deshalb einer Klärung. Dabei dürfen die einzelnen Probleme nicht isoliert voneinander betrachtet werden, da sie einander beeinflussen. Legt man beispielsweise den Anwendungsbereich des § 34 Abs. 3 LwAnpG sehr weit aus, so daß alle Mängel erfaßt würden, wäre zum Schutz der Gesellschafter vor einer rechtswidrigen, aber nach § 34 Abs. 3 LwAnpG wirksamen Umwandlung möglicherweise eine Rechtsfolgenbegrenzung nötig (Rückabwicklung ex nunc zulässig). Geht man dagegen davon aus, daß die Anwendung des § 34 Abs. 3 LwAnpG stets zur endgültigen Bestandskraft der Umwandlung führt, könnten Ausnahmen von dessen Anwendungsbereich erforderlich werden.

Für die vorliegende Untersuchung ist deshalb erforderlich, einen Fixpunkt zu setzen, anhand dessen Lösungen für die weiteren Problemfelder gesucht werden.

IV. MEINUNGSSTAND ZU DEN RECHTSFOLGEN FEHLERHAFTER UMWANDLUNGEN

1. FEHLERHAFTER FORMWECHSEL NACH § 34 ABS. 3 LWANPG¹⁹

Bevor im einzelnen auf die Rechtsprechung zu § 34 Abs. 3 LwAnpG eingegangen wird, sind einige Abweichungen des Formwechsels nach dem Landwirtschaftsanpassungsgesetz vom Umwandlungsgesetz aufzuzeigen.

¹⁸ Dazu allgemein *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 6 IV. (S. 162 ff.) m.w.N.

¹⁹ Im folgenden wird, wenn nicht anders angegeben, stets die Fassung des LwAnpG v. 3.7.1991, BGBl. I S. 1418 zugrunde gelegt.

a) Besonderheiten der Umwandlungen nach dem LwAnpG

Die in den Jahren 1990 und 1991 durchgeführten Umwandlungen nach dem LwAnpG waren an geringere formelle Anforderungen gebunden, als Umwandlungen nach dem UmwG; beispielsweise brauchte der Umwandlungsbericht (anders als beim Formwechsel nach § 193 Abs. 3 UmwG) nicht notariell beurkundet werden. Auch gab es im LwAnpG anders als nach § 195 Abs. 1 UmwG keine Frist, binnen derer der Umwandlungsbeschluß angefochten werden mußte, so daß nur die analoge Anwendung der §§ 51 GenG, 241 ff. AktG einer unbegrenzten Geltendmachung von Umwandlungsmängeln eine Grenze setzen konnte. Als der BGH diese Analogie vornahm,²⁰ waren die LPG-Umwandlungen aber bereits abgeschlossen, so daß eine fristgerechte Anfechtung der Umwandlungen praktisch ausgeschlossen war.²¹

Ein weiterer Unterschied zu „normalen“ Umwandlungen bestand darin, daß LPG-Umwandlungen nicht ganz freiwillig erfolgten. Während nach neuem Umwandlungsrecht jeder Rechtsträger frei darüber bestimmen kann, ob er sich umwandeln will, standen die LPGen unter dem Druck der gesetzlichen Liquidation, wenn sie sich nicht bis zum Stichtag 31.12.1991 umgewandelt hatten (§ 69 Abs. 3 LwAnpG). Dabei waren die Umwandlungsmöglichkeiten im Vergleich zum UmwG von 1994 begrenzt. LPGen stand nach der Erstfassung des LwAnpG allein die eingetragene Genossenschaft als Zielrechtsform eines Formwechsels zur Verfügung. Andere Rechtsformen wurden erst mit der Novelle vom 3.7.1991²² zugelassen.

b) Rechtslage vor Eintragung des Formwechsels²³

Zunächst richten sich die Rechtsfolgen einer fehlerhafter Umwandlung nach der Art des Mangels, der bei der Umwandlung unterlaufen ist. Im Rahmen des Formwechsels kommen hier (abgesehen von Mängeln im Rahmen der Feststellung des Beschlußergebnisses oder der Anmeldung und Eintragung des Formwechsels) hauptsächlich Beschlußmängel in Betracht, da allein der Umwandlungsbeschluß Grundlage des Formwechsels ist. Andere Fehlerquellen, wie zum Beispiel bei der Verschmelzung der Verschmelzungsvertrag²⁴ oder eine zur Durchführung der Verschmelzung erforderliche Kapitalerhöhung scheiden aus.²⁵ Da der Formwechsel bis zu seiner konstitutiven Eintragung keinerlei Wirkungen entfaltet, bestimmen sich die Fehlerfolgen nach

²⁰ BGH, ZIP 1995, 873.

²¹ *Hommelhoff/Schubel*, ZIP 1998, 537, 543.

²² BGBl. I S. 1418.

²³ Rechtsprechungsübersicht bei *Ferneding*, ZfgG 48 (1998), 198, 201 ff.

²⁴ Z.B. BGH, WM 1971, 1502, 1504.

²⁵ Ausführlich dazu: *Rettmann*, Rechtmäßigkeitskontrolle; *Döss*, Verschmelzung.

normalem Beschlußmängelrecht, das heißt, es kommt darauf an, ob der Mangel zur Anfechtbarkeit oder zur Nichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses führt.²⁶

Nach allgemeinem Beschlußmängelrecht der Kapitalgesellschaften entfalten nichtige Beschlüsse von vornherein keine Wirkung. Ihre Mangelhaftigkeit kann jederzeit in jeder Art und Weise, auch unabhängig von einer Klage, geltend gemacht werden. Dagegen bedürfen lediglich anfechtbare Beschlüsse zu ihrer Beseitigung der fristgebundenen Anfechtungsklage.

Für fehlerhafte Umwandlungsbeschlüsse im Rahmen des LwAnpG ergeben sich hier folgende Besonderheiten.

Zunächst finden sich im LwAnpG abgesehen von § 34 LwAnpG keine Regelungen über mangelhafte Umwandlungen. Der BGH hat diese Lücke durch die entsprechende Anwendung der §§ 241 ff. AktG geschlossen.²⁷ Begründung hierfür ist, daß die §§ 241 ff. AktG zwar nicht auf Vereinsbeschlüsse, wohl aber auf Beschlüsse der Genossenschaft entsprechende Anwendung finden.²⁸ In der Literatur wird diese Auffassung nicht in Zweifel gezogen.²⁹ Sie füge sich in die Angleichung von Aktien-, GmbH- und Genossenschaftsrecht mit dem Ziel einer möglichst weitgehenden Harmonisierung ein.³⁰ Die Strukturänderungsbeschlüsse unterliegen danach dem allgemeinen Beschlußmängelrecht.

Schwieriger ist die Einordnung der bei der Umwandlung von LPGen aufgetretenen Mängel in das Beschlußmängelsystem der §§ 241 ff. AktG.

Fallgruppen aufgetretener Mängel sind hier die Verletzung rechtlichen Gehörs und damit der genossenschaftlichen Treuepflicht, Beschlußunfähigkeit der Vollversammlung, Verstöße gegen Grundprinzipien und gesetzliche Regelungen der LPG sowie Verstöße gegen die Umwandlungsvorschriften.³¹ Wendet man die §§ 241 ff. AktG auf diese Fallgruppen an, so ist die Nichtigkeit des Beschlusses eher die Ausnahme. Beispielsweise führt selbst die Beschlußunfähigkeit einer LPG-Vollversammlung nur zur Anfechtbarkeit des Beschlusses.³²

In den überwiegenden Fällen hätte somit eine Anfechtung erfolgen müssen. Das LwAnpG enthält allerdings keine Anfechtungsfrist. Auch diesbezüglich befürwortet aber der BGH die analoge

²⁶ Hier kann es nach Ansicht des BGH „weil es sich um ... schwer überschaubares Übergangsrecht handelt“ zu Abweichungen vom allgemeinen Beschlußmängelrecht kommen BGH, NJ 1996, 529, 530; BGH, ZIP 674, 677; *Hommelhoff/Schubel*, ZIP 1998, 537, 543.

²⁷ BGHZ 126, 335, 338; zustimmend *Kort* in *Umwandlungsrecht*, S. 194, 199.

²⁸ BGHZ 126, 335, 338.

²⁹ *Hommelhoff/Schubel*, ZIP 1998, 537, 542; *Kort* in *Umwandlungsrecht*, S. 194, 199; *Hillmann* in *Umwandlungsrecht*, S. 187, 188; vgl. auch *Schweizer*, LwAnpG, Rn. 257.

³⁰ *Hillmann* in *Umwandlungsrecht*, S. 187, 188; *Bayer*, DStR 1999, 1815 ff.

³¹ *Hillmann* in *Umwandlungsrecht*, S. 187, 188; siehe auch *Schweizer*, LwAnpG, Rn. 274; *Wenzel*, AgrarR 1997, 33, 35.

Anwendung der §§ 241 ff. AktG und damit der Monatsfrist.³³ Bei einer strengen Anwendung der §§ 241 ff. AktG wären somit auch grobe Mängel, die aber eine Nichtigkeit des Beschlusses nicht rechtfertigen, präkludiert gewesen.

Diese Rechtsfolgen wurden angesichts der Besonderheiten des Übergangsrechts im Vereinigungsprozeß als unangemessen angesehen und die Rechtssicherheit zugunsten materiell rechtmäßiger Umwandlungsvorgänge eingeschränkt. Die zu diesem Problembereich ergangenen Entscheidungen betrafen aber nicht die Umwandlungen nach dem LwAnpG sondern die Umstrukturierung von Produktionsgenossenschaften des Handwerks (PGH).³⁴ In einem Fall wurden hier die Nichtigkeitsgründe ausgedehnt.³⁵ Ausnahmsweise sollte ein Verstoß gegen die Treuepflicht oder den Gleichbehandlungsgrundsatz, der im Regelfall nur die Anfechtbarkeit des Beschlusses begründet, aufgrund von Art und Schwere der möglichen Rechtsverletzung zur Nichtigkeit führen. In einem anderen Fall eines lediglich anfechtbaren Beschlusses sprach sich der BGH für eine Verlängerung der Anfechtungsfrist aus.³⁶ Der Kläger könne sich wegen der mit der Umwandlung der Rechtsordnung der ehemaligen DDR einhergehenden Umstände ausnahmsweise auch nach Ablauf der ansonsten zwingenden Frist auf die Nichtgewähr des rechtlichen Gehörs berufen.

Bis zur Eintragung der Umwandlung haben Mängel des Umwandlungsbeschlusses danach folgende Auswirkungen: Anfechtungsgründe sind nach Ablauf der Monatsfrist präkludiert. Ob die Rechtsfolgen des Formwechsels eintreten hängt dann davon ab, ob der Registerrichter die Umwandlung einträgt.³⁷

Rechtzeitig angefochtene Beschlüsse wurden in der Regel nicht eingetragen und entfalteten daher keine Wirkung.³⁸ Dies gilt auch für nichtige Beschlüsse, die vom Registerrichter nicht eingetragen werden durften und demzufolge auch keine Wirkung entfalteten.³⁹

c) Rechtsprechung zur Rechtslage nach Eintragung des Formwechsels⁴⁰

Durch die konstitutive Eintragung des Formwechsels tritt neben den Umwandlungsbeschuß die Umwandlung als solche. In § 34 Abs. 3 LwAnpG⁴¹ heißt es dazu: „Mängel des Formwechsels

³² Kort in Umwandlungsrecht, S. 194, 202.

³³ Hommelhoff/Schubel, ZIP 1998, 537, 543; BGH, ZIP 1995, 873, 874, BGHZ 126, 335, 339.

³⁴ Vgl. Hillmann in Umwandlungsrecht, S. 187 ff.

³⁵ BGH, NJ 1996, 529, 530 (zum Umwandlungsbeschuß einer PGH).

³⁶ BGH, ZIP 1996, 674, 677 (zum Beschluß über den Ausschluß eines Gesellschafters aus einer PGH).

³⁷ Zum Streit, ob der Registerrichter nach Ablauf der Frist zur Eintragung berechtigt ist: Hüffer, AktG, § 243 Rn. 56 m.w.N.; ders. in G/H, AktG, § 243 Rn. 129 ff.; K. Schmidt in GK AktG, § 243 Rn. 72.

³⁸ Zur Eintragbarkeit angefochtener Beschlüsse: Hüffer, AktG, § 243 Rn. 53; K. Schmidt in GK AktG, § 243 Rn. 73.

³⁹ Hüffer, AktG, § 241 Rn. 35; ders. in G/H, AktG, § 241 Rn. 80; K. Schmidt in GK AktG, § 241 Rn. 22; für die Verschmelzung OLG Hamm, DB 1997, 268.

⁴⁰ Zur Rechtsprechung des BGH Wenzel, AgrarR 1995, 1; ders., AgrarR 1997, 33; Schweizer, LwAnpG, Rn. 264 ff.; Hillmann in Umwandlungsrecht, S. 187 ff.; Kort in Umwandlungsrecht, S. 194 ff.

lassen die Wirkungen der Eintragung der neuen Rechtsform in das Register unberührt“. Erst eine umfangreiche Rechtsprechung konkretisierte die Reichweite dieser Norm.

aa) § 34 Abs. 3 LwAnpG als „Heilungsnorm“

Zunächst war davon ausgegangen worden, daß Mängel des Formwechsels durch dessen Eintragung nicht geheilt würden, sondern sich die Wirkungen der Eintragung gemäß § 10 GenG i.V.m. § 15 HGB in der „Publizität“ des Registers und deren Auswirkungen im Verhältnis zu Dritten erschöpfe, Mitglieder sich aber weiterhin auf die Mangelhaftigkeit der Umwandlung berufen könnten.⁴²

Auf sich daran anschließende Kritik⁴³ stellte das Bezirksgericht Cottbus in einer späteren Entscheidung⁴⁴ klar, daß in dem entschiedenen Fall die Voraussetzungen des § 34 Abs. 3 LwAnpG nicht vorlagen, ein Formwechsel somit gar nicht stattgefunden habe. Darüber hinaus sollten in der früheren Entscheidung die Wirkungen des § 34 Abs. 3 LwAnpG nicht nur auf das Außenverhältnis beschränkt werden.

bb) fehlender Umwandlungsbeschluß

In der selben Entscheidung des BezG Cottbus ließ das Gericht ausdrücklich offen, ob nach § 34 Abs. 3 LwAnpG auch schwerwiegende Mängel des Formwechsels durch Eintragung „geheilt“ werden können. Durch das Aufzeigen der Parallele zu § 352a AktG a.F. zieht das Gericht die „Heilung“ bestimmter Mängel in Betracht,⁴⁵ im entschiedenen Fall fehlte aber ein Umwandlungsbeschluß, dessen Vorliegen als unverzichtbare Voraussetzung für den Eintritt der Rechtsfolgen des § 34 Abs. 3 LwAnpG angesehen wurde. Allein die Eintragung des Formwechsel kann nach Ansicht des BezG Cottbus einen fehlenden Umwandlungsakt nicht ersetzen.⁴⁶

Auch das OLG Rostock hielt an der Unterscheidung zwischen fehlerhafter Umwandlung und unwirksamer Umwandlung⁴⁷ fest. Hier wurde wiederum geprüft, ob eine Umwandlung überhaupt stattgefunden hatte, da offenbar nicht alle Mitglieder der LPG (weniger als zwei Drittel) an der Umwandlung beteiligt worden waren. Im Ergebnis wurde dies aber bejaht. Es wurden Fallge-

⁴¹ Ähnlich die Vorgängerregelung § 37 Abs. 2 im LwAnpG v. 29.6.1990 in GBl. DDR I S. 642 ff.: „Mängel der Umwandlung lassen die Wirkungen der Eintragung der neuen Rechtsform in das Register unberührt“.

⁴² BezG Cottbus, EWiR 1992, 1217 (*Neixler*) = AgrarR 1993, 25, 27; auch differenzierend zwischen Innen- und Außenverhältnis *Horn*, Wirtschaftsrecht, § 20 Rn. 49 f. (S. 1019).

⁴³ *Neixler*, EWiR 1992, 1217: „... bereits der Wortlaut der Norm [legt] nahe, daß der Beschluß [des BezG Cottbus] die Rechtswirkungen dieser Norm zu Unrecht auf das Außenverhältnis der LPG zu Dritten beschränken will“; *Bergemann/Steding*, WiR 1993, 117.

⁴⁴ BezG Cottbus, AgrarR 1993, 216, 217.

⁴⁵ BezG Cottbus, AgrarR 1993, 216, 217; so auch die Anmerkung von *Bergsdorf*, AgrarR 1993, 217.

⁴⁶ BezG Cottbus, AgrarR 1993, 216, 217.

⁴⁷ Schon BezG Cottbus, AgrarR 1993, 216, 217: „eine unwirksame Umwandlung wäre keine Umwandlung“.

staltungen von Ladungsfehlern über die Nichterreichbarkeit einzelner Mitglieder der LPG bis zum vorsätzlichen Herausdrängen eines nicht unerheblichen Teils von Gesellschaftern erörtert, eine Abgrenzung im Gesetz aber nicht entdeckt oder praktisch nicht für möglich gehalten.⁴⁸ Das Gesetz enthalte eine eindeutige Entscheidung zugunsten von werbenden Unternehmen und zu Lasten der Individualinteressen einzelner Mitglieder, die auf Schadensersatz- oder Bereicherungsansprüche verwiesen werden, wobei der Schadensersatzanspruch im Einzelfall durchaus auf eine Beteiligung an der Neugestaltung gerichtet sein könne.⁴⁹ Trotz der Nichtbeteiligung von Gesellschaftern entschied das Gericht, daß die Mängel des Umwandlungsbeschlusses nach § 34 Abs. 3 LwAnpG „geheilt“ würden. Eine Amtslöschung oder Nichtigkeitsklage könne nicht auf solche „geheilten“ Mängel gestützt werden.⁵⁰ Auf die Schwere des Mangels käme es dabei nicht an.⁵¹ Hiernach umfaßt § 34 Abs. 3 LwAnpG alle denkbaren Mängel, wenn nur ein Umwandlungsbeschluß gefaßt wurde.

cc) Verstoß gegen das Identitätserfordernis

Kurze Zeit später äußerte sich auch der BGH zur Behandlung eines fehlerhaften Formwechsels.⁵² Er entschied, daß § 34 Abs. 3 LwAnpG uneingeschränkt für alle Mängel, unabhängig von deren Schwere gelte.⁵³ Nach Aufführung des Meinungsstreits zu § 352a AktG a.F. zu der Frage, ob Mängel der Verschmelzung eine Rückabwicklung für die Zukunft zur Folge haben können, stellte der BGH aber nur fest, daß die Registereintragung in jedem Fall „zunächst“ zur Wirksamkeit der Verschmelzung führt. Anstatt sich beim Meinungsstreit für oder gegen eine Rückabwicklung für die Zukunft auszusprechen, zog der BGH aber in Betracht, daß gravierende Beeinträchtigungen der Mitgliedschaftsrechte von Genossen nicht vom Gesetzeszweck des § 34 Abs. 3 LwAnpG erfaßt würden. Die Eigentümlichkeiten des Formwechsels dürften nicht außer Betracht gelassen werden, so daß eine verfassungskonforme Auslegung dahingehend geboten wäre,⁵⁴ die

⁴⁸ OLG Rostock, ZIP 1994, 1062, hierzu kritisch die Anmerkung von *Lohlein*, ZIP 1994, 1065, der beim Ausschluß von Gesellschaftern die Anwendung des § 34 Abs. 3 LwAnpG im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung ablehnt, er geht hier aber augenscheinlich davon aus, daß Gesellschafter anläßlich der Umwandlung ausgeschlossen wurden (S. 1065), was dem Tatbestand aber nicht ausdrücklich zu entnehmen war. Das Gericht ging wohl mit seiner Bemerkung, daß eine gesetzliche Differenzierung auch bei vorsätzlichem Herausdrängen von Gesellschaftern nicht geboten sei, über den zu entscheidenden Sachverhalt hinaus, in dessen Tatbestand nur von Ladungsmängeln, nicht aber dem Ausschluß von Gesellschaftern, die Rede war; genau entgegengesetzt *Sirotzki*, VIZ 1994, 630 f., der § 34 Abs. 3 LwAnpG selbst dann anwenden will, wenn eine Umwandlung nicht stattgefunden hat oder der Umwandlungsbeschluß nichtig ist.

⁴⁹ Lediglich in diesem letzten Satz wurde deutlich, daß vorliegend wohl doch Mitglieder anläßlich des Formwechsels ausgeschlossen wurden; nach dem heutigen Stand der Rechtsprechung wäre § 34 Abs. 3 LwAnpG auf diese Gestaltung nicht anwendbar.

⁵⁰ ZIP 1994, 1062, 1063.

⁵¹ ZIP 1994, 1062; zustimmend *Neixler*, EWiR 1994, 595 f.

⁵² ZIP 1995, 422.

⁵³ BGH, ZIP 1995, 422, 424.

⁵⁴ BGH, ZIP 1995, 422, 425, im Anschluß an *Lohlein*, ZIP 1994, 1065; *Schweizer*, LwAnpG, Rn. 272.

Wirkungen des § 34 Abs. 3 LwAnpG auf identitätswahrende Umwandlungen zu beschränken.⁵⁵

Vorliegend war das Identitätserfordernis aber erfüllt.

dd) Wahl einer vom Gesetz nicht zugelassenen Rechtsform

Nach weiteren obergerichtlichen Entscheidungen, die sich mit dem Identitätskriterium auseinandersetzen, und selbst schwerste Mängel als von § 34 Abs. 3 LwAnpG erfaßt ansahen, wenn nur der Umwandlungsbeschluß die Errichtung einer mit der LPG identischen juristische Person vorsah,⁵⁶ befaßte sich der BGH am 3.5.1996 mit dem Problem, daß eine LPG die Umwandlung in eine Aktiengesellschaft beschlossen hatte, und zwar zu einem Zeitpunkt, zu dem dies gesetzlich noch nicht vorgesehen war.⁵⁷ Denn nach der ersten Fassung des LwAnpG,⁵⁸ die noch von der Volkskammer der DDR beschlossen worden war, bot sich für eine LPG nur die Möglichkeit eines Formwechsels in die eingetragene Genossenschaft.⁵⁹ Erst durch die erste Novelle des LwAnpG⁶⁰ wurde auch der Formwechsel in Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften zugelassen.⁶¹ Hier entschied der BGH,⁶² daß Voraussetzung für die Anwendung des § 34 Abs. 3 LwAnpG sei, daß ein Umwandlungsbeschluß überhaupt gefaßt wurde und er die identitätswahrende Umwandlung einer LPG in eine dafür vorgesehene Rechtsform zum Gegenstand habe. Fehle es an letzter Voraussetzung, so liege ein Verstoß gegen den numerus clausus der Umwandlungsmöglichkeiten vor, der Umwandlungsbeschluß sei nichtig gewesen. Da § 34 Abs. 3 LwAnpG aber für das Entstehen der neuen Rechtsform nicht auf die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses, sondern auf die registerrechtliche Eintragung des umgewandelten Unternehmens abstelle, habe im konkreten Fall ein Verstoß gegen den numerus clausus der Umwandlungsmöglichkeiten nicht vorgelegen, da zu diesem Zeitpunkt die Aktiengesellschaft als Zielrechtsform zugelassen war.

Diese Rechtsprechung wurde auch später fortgesetzt.⁶³ Die Heilungswirkung soll zwar unabhängig von Art und Schwere des Mangels eintreten, nicht aber wenn gar kein Formwechsel im Sinne

⁵⁵ In diesem Punkt zustimmend, sonst aber eine identitätswahrende Umwandlung ablehnend *Lohlein*, ZIP 1995, 426.

⁵⁶ OLG Rostock, AgrarR 1996, 28; OLG Naumburg, AgrarR 1996, 292; Brandenburgisches OLG, AgrarR 1995, 246 und AgrarR 1996, 334.

⁵⁷ Die Möglichkeit des Formwechsels in eine Aktiengesellschaft bestand erst seit der Novelle des LwAnpG v. 3.7.1991 BGBl. I S. 1410.

⁵⁸ V. 29. Juni 1990 GBl. I S. 642.

⁵⁹ § 27 Abs. 1 LwAnpG a.F.

⁶⁰ V. 3. Juli 1991 BGBl. I S. 1418.

⁶¹ § 23 Abs. 1 LwAnpG.

⁶² BGHZ 132, 353, 360 = EWiR 1996, 711 (*Lohlein*) = WuB II N. § 34 LwAnpG 1.96 (S. 1297) (*Drygala*).

⁶³ BGHZ 137, 134, 140 = EWiR 1998, 135 (*Lohlein*): Ablehnung der Umwandlung wegen Verstoßes gegen den numerus clausus der Umwandlungsformen (Beschluß und Eintragung eines Formwechsels einer LPG in eine KG vor Inkrafttreten der Novelle des LwAnpG); BGH, ZIP 1998, 1245, 1246 (hier wurde ein Formwechsel mangels Umwandlungsbeschlusses abgelehnt); BGHZ 138, 371, 375.

des Gesetzes vorgenommen wurde, insbesondere also bei Fehlen des Umwandlungsbeschlusses, Mißachtung des Identitätserfordernisses oder Wahl der falschen Zielrechtsform.

ee) Zusammenfassung

Damit stellt sich die Problematik nach der Rechtsprechung folgendermaßen dar: Sind beim LPG-Formwechsel Fehler aufgetreten, so sollen dessen Rechtsfolgen zwar unabhängig von Art und Schwere der Mängel eintreten. Bestimmte Vorgänge werden aber vom Anwendungsbereich des § 34 LwAnpG ausgenommen. So soll ein Formwechsel, der die Grundanforderungen (Vorliegen eines Umwandlungsbeschlusses, Beteiligung aller Gesellschafter mit der Möglichkeit, ihre Mitgliedschaft fortzusetzen und Wahl einer vom Gesetz vorgesehene Zielrechtsform) nicht erfüllt, als nicht erfolgt zu betrachten sein. Die in § 34 Abs. 3 LwAnpG angeordneten Rechtsfolgen treten auch nicht vorläufig ein.⁶⁴ Die betreffende LPG befindet sich statt dessen gemäß § 69 Abs. 3 S. 1 LwAnpG spätestens seit dem 1.1.1992 in gesetzlicher Liquidation.⁶⁵ Alle anderen mangelhaften Formwechsel haben dagegen Bestand. Soweit ersichtlich hat der BGH nie ausdrücklich zu dem Streitstand Stellung genommen, ob § 34 Abs. 3 LwAnpG eine Rückabwicklung auch für die Zukunft ausschließt.⁶⁶ In den Fällen, in denen § 34 Abs. 3 LwAnpG einschlägig war, wurde lediglich der Eintritt der Rechtsfolgen⁶⁷ bejaht. In den Fällen, in denen er nicht eingriff, jeglicher Eintritt von Rechtsfolgen eines Formwechsels abgelehnt.

d) Literaturansichten zu den Rechtsfolgen fehlerhafter LPG-Formwechsel nach Eintragung

Die Literaturansichten zu § 34 LwAnpG gehen auseinander. Einhellig abgelehnt wurde die anfänglich vom Bezirksgericht Cottbus vertretene und auf die Kritik hin aufgegebenen Ansicht, die Eintragung des Formwechsels wirke lediglich nach außen.⁶⁸ Zustimmung findet die Rechtsprechung dahin, daß § 34 Abs. 3 LwAnpG unabhängig von der Schwere der aufgetretenen Mängel

⁶⁴ Ungenau deshalb die Formulierung von *Drygala* in WuB II N. § 34 LwAnpG 1.96 (S. 1297, 1230): „Der Ansicht, daß auch andere schwere Gesetzesverletzungen eine Rückabwicklung erfordern würden, folgt der BGH ... nicht“, denn bei den „Ausnahmen“ von § 34 Abs. 1 LwAnpG bedürfte es konsequenterweise keiner Rückabwicklung, da ja mit der Eintragung des Formwechsels keine Rechtsfolgen verbunden wären.

⁶⁵ So zwar nicht ausdrücklich in BGHZ 137, 134 ff., erklärend aber *Wenzel*, AgrarR 1998, 139, 142.

⁶⁶ *Wenzel*, AgrarR 1997, 33, 34; in BGHZ 132, 353, 359 ausdrücklich offen gelassen; trotzdem wird der BGH wohl so verstanden, daß der Formwechsel auch für die Zukunft Bestand haben soll: *Drygala*, WuB II N. § 34 LwAnpG 1.96 (S. 1297, 1300): „Der Ansicht, daß auch andere schwere Gesetzesverletzungen eine Rückabwicklung erfordern würden, folgt BGH damit nicht“.

⁶⁷ Beispielsweise der hier nicht wörtlich zu nehmende „Übergang des Vermögens“ auf den Zielrechtsträger (BGHZ 132, 353, 351); oder Brandenburgisches OLG, AgrarR 1995, 333, 335: zumindest keine gesetzliche Liquidation.

⁶⁸ BezG Cottbus, AgrarR 1993, 25 = EWiR 1992, 1217 f. (*Neixler* ablehnend); *Lachmann*, AgrarR 1993, 97, 98; *Nies* in RVI, B 500 LwAnpG § 34 Rn. 14.

Anwendung findet.⁶⁹ Auch die vom BGH vorgenommene teleologische Reduktion des § 34 LwAnpG geht auf Stimmen aus der Literatur zurück⁷⁰ und wird hauptsächlich anerkannt.⁷¹ Rechtsfolge dieser teleologischen Reduktion sei, daß man entsprechende unzureichende Umwandlungen als rechtliches nullum anzusehen habe. Die LPG bestehe mit dem ursprünglichen Mitgliederbestand bis zu einer erfolgreichen Umwandlung oder der Liquidation fort.⁷² Umstritten ist aber, ob § 34 Abs. 3 LwAnpG eine Rückabwicklung des Formwechsels in der Zukunft ausschließt. Einerseits wird dies, auch unter Berufung auf die Rechtsprechung, bejaht.⁷³ Die einmal erfolgte Eintragung der neuen Rechtsform im Handels- oder Genossenschaftsregister soll nicht mehr rückgängig zu machen sein.⁷⁴ Andererseits wird vertreten, daß § 34 Abs. 3 LwAnpG einer Rückabwicklung der nur vorläufig mit der Eintragung eintretenden Rechtsfolgen nicht entgegenstehe,⁷⁵ oder diese zumindest bei schwersten Mängeln zulässig sei.⁷⁶

⁶⁹ *Drygala*, WuB II N. § 34 LwAnpG 1.96 (S. 1297); *Tombrink*, AgrarR 1996, 358; *Sirotzki*, VIZ 1994, 630; *Wenzel*, AgrarR 1995, 1, 2; *ders.*, AgrarR 1997, 33, 35; *Neixler*, EWiR 1994, 595, 596; *Lohlein*, ZIP 1995, 426; *Lachmann*, AgrarR 1993, 97, 98.

⁷⁰ Nach *Neixler*, EWiR 1992, 1217 f.: wären bestimmte Konstellationen, zum Beispiel der Fall, daß sich einige wenige Mitglieder aufgrund fingierter Umwandlungsbeschlüsse das Vermögen einer ehemaligen LPG rechtswirksam aneignen, nicht von § 34 Abs. 3 LwAnpG erfaßt, weil dann keine Mängel des Formwechsels zu beklagen seien, sondern ein solcher überhaupt nicht stattgefunden habe; nach *Lohlein*, ZIP 1994, 1065, 1067: gebiete die verfassungskonforme Auslegung des § 34 Abs. 3 LwAnpG, den LPG Mitgliedern, die keine Mitgliedschaftsrechte an dem neuen Verband erworben haben, ihr Anteilseigentum an der LPG zu erhalten. Dies sei jedoch nur möglich, wenn der neu errichtete Verband nicht in den Genuß der Rechtsfolgen aus § 34 LwAnpG gelangen könne und trotz Eintragung nicht über § 34 Abs. 3 LwAnpG zu der in neuer Rechtsform weiterbestehenden LPG werde; *ders.*, ZIP 1995, 426, 428: § 34 Abs. 3 LwAnpG greife nur, wenn sich die Umwandlung im vom Gesetzgeber vorgegebenen Rahmen halte; *Hommelhoff/Schubel*, ZIP 1998, 537, 545 halten eine teleologische Reduktion nicht für erforderlich, da § 34 Abs. 3 LwAnpG nur gesetzlich vorgegebene Umwandlungsmöglichkeiten erfasse, im Ergebnis ergeben sich daraus aber keine Unterschiede.

⁷¹ *Nies* in RVI, B 500 LwAnpG § 34 Rn. 16: Beschränkung des § 34 Abs. 3 LwAnpG auf identitätswahrende Umwandlungen; *Horn*, Wirtschaftsrecht, § 20 Rn. 40 (S. 1016) will zumindest Extremfälle wie reine Scheingesellschaften, bei denen es an jeder rechtlichen Grundlage der Umwandlung fehlt, von § 34 Abs. 3 LwAnpG ausnehmen; *a.A. K. Schmidt*, ZIP 1998, 181, 186 ff., der beim Verstoß gegen das Identitätsgebot den Verband als mit allen Mitgliedern weiterbestehend ansehen will, da für eine Beschränkung der Tatbestandsseite von Umwandlungsnormen kein Bedarf bestehe.

⁷² *Lohlein*, EWiR 1998, 135, 136 zu BGHZ 137, 134; *Wenzel*, AgrarR 1995, 1, 3.

⁷³ *Lachmann*, AgrarR 1993, 97, 98: eine Entschmelzung komme nicht in Betracht; *Hommelhoff/Schubel*, ZIP 1998, 537, 544: ausgeschlossen sei die Zerstörung der einmal eingetragenen Verschmelzung und zwar im Grundsatz sogar mit Wirkung für die Zukunft; im Ergebnis auch *Wenzel*, AgrarR 1997, 33, 35; ziemlich unentschlossen noch *ders.*, AgrarR 1995, 1, 3, wenn er einerseits die teleologische Reduktion des BGH befürwortet, eine Rückabwicklung fehlerhafter Umwandlungen bei schwersten Mängeln in Betracht zieht, im Ergebnis aber doch für eine uneingeschränkte Bestandskraft eintritt.

⁷⁴ *Bergsdorf*, AgrarR 1993, 217; *Neixler*, EWiR 1992, 1217, 1218: auch ein an schwerwiegenden Mängeln leidender Umwandlungsbeschluß könne nicht mit einer Nichtigkeitsklage angegriffen werden; die Gefahr, daß sich einige wenige Mitglieder das Vermögen einer ehemaligen LPG rechtswirksam aneignen, bestehe nicht, da entsprechend gestaltete Umwandlungen von § 34 Abs. 3 LwAnpG nicht erfaßt würden.

⁷⁵ *Neixler*, AgrarR 1993, 1, 4: nach dem die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft Anwendung finden sollen, die fehlerhafte Gesellschaft sei lediglich mit Wirkung für die Zukunft rückabzuwickeln; sehr stark differenzierend *Schweizer*, LwAnpG, Rn. 272 ff.: § 34 Abs. 3 LwAnpG sei zunächst im Sinne des BGH teleologisch zu reduzieren, im übrigen ersetze § 34 Abs. 3 LwAnpG keine fehlenden Rechtshandlungen, so daß auch Verstöße gegen spezialgesetzliche Vorgaben mit den (üblichen) Nichtigkeitsklagen geltend gemacht werden könnten, bei Beschlüssen, die aus anderen Gründen nichtig oder sogar nur scheinbar Umwandlungsbeschlüsse sind, entstehe die neue Rechtsform, die dann allerdings auflösungsreif sei und mit der Nichtigkeitsklage oder dem Verfahren gemäß § 144 FGG oder § 144a FGG angegriffen werden könne; *ders.* in Offene Vermögensfragen, § 34 LwAnpG Rn. 3: § 34 Abs. 3 LwAnpG stelle keine umfassende Heilungsvorschrift dar. Die Rechtsprechung werde zu entscheiden haben, wann die Eintragung Bestand hat und wann eine Löschung zu erfolgen hat; unklar *Nies* in RVI, B 500 LwAnpG § 34 Rn. 12, der zwar annimmt, daß die Gesellschaft bei Mängeln des Umwandlungsbeschlusses oder

e) Zusammenfassung

Während der BGH sich klar dahingehend äußert, daß die Rechtsfolgen des § 34 Abs. 3 LwAnpG entweder eintreten und damit wohl eine Rückabwicklung auch ex nunc ausgeschlossen ist, oder daß § 34 Abs. 3 LwAnpG gar keine Anwendung findet, sind die Literaturvorschläge weiter gefächert. Die teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs des § 34 LwAnpG wird überwiegend befürwortet, ebenso der (zumindest vorläufige) Eintritt der Rechtsfolgen unabhängig von Art und Schwere des Mangels.

Abweichungen gibt es bezüglich der Rückabwicklungsmöglichkeit fehlerhafter Formwechsel. Hierzu wird in Abweichung von der Rechtsprechung auch die Ansicht vertreten, daß zwar zunächst die Rechtsfolgen des Formwechsels nach § 34 Abs. 3 LwAnpG eintreten, eine Rückabwicklung aber möglich sei. Teilweise wird diese Möglichkeit auf schwerste Mängel begrenzt.

Die Literatur gelangt damit zu einer dreiteiligen Staffelung möglicher Rechtsfolgen fehlerhafter Umwandlungen: Ist der Anwendungsbereich des § 34 Abs. 3 LwAnpG gar nicht eröffnet, treten keinerlei Wirkungen des Formwechsels ein. Bei Vorliegen eines (gravierenden) Mangels treten zwar die Rechtsfolgen des Formwechsels ein, eine Rückabwicklung ex nunc bleibt aber möglich. Andere Mängel haben keinen Einfluß mehr auf die Bestandskraft der eingetragenen Umwandlung.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß zu keinem der oben genannten Problemkreise eine einheitliche Lösung existiert. Die Anwendbarkeit des § 34 Abs. 3 LwAnpG auf alle Mängel, unabhängig ihrer Art und Schwere steht im Widerspruch zur teleologischen Reduktion von § 34 Abs. 3 LwAnpG, da beide einheitlich dessen Anwendungsbereich betreffen. Hier ist zumindest eine konkrete Abgrenzung erforderlich. Über die Möglichkeit einer Rückabwicklung ex nunc herrscht Streit. Die analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG auf LPG-Umwandlungen ist der Kritik ausgesetzt, daß sie den Rechtsschutz der Gesellschafter entgegen dem LwAnpG einschränkt und Mängeln, die nur zur Anfechtbarkeit führten, nachträglich Bestandskraft verleiht.

2. FEHLERHAFTER FORMWECHSEL NACH § 202 ABS. 3 UMWG

Bei der Lösung oben angesprochener Probleme treten - abgesehen von der Einordnung der Mängel in Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe - die selben Probleme wie bei § 34 Abs. 3 LwAnpG auf.⁷⁷ Fraglich ist auch hier, ob der Anwendungsbereich des § 202 Abs. 3 UmwG alle Mängel er-

der in ihm getroffenen Regelungen, die zur Nichtigkeit führen, durch Nichtigkeitsklage vernichtet werden könne, dies aber unter dem Stichwort der mangelhaften Eintragung erörtert und sonst (mit Ausnahme der nicht-identitätswahrenden Umwandlung) alle Mängel der Heilung des § 34 Abs. 3 LwAnpG unterwerfen will (Rn. 14 ff.); *Wenzel*, AgrarR 1997, 33, 35 zieht die Rückabwicklung bei schwersten Eingriffen in die Rechte der LPG-Mitglieder in Betracht.

⁷⁶ *Aden*, DZWiR 1994, 253.

⁷⁷ Siehe oben A. II. 2.

faßt und zu einer endgültigen Bestandskraft der fehlerhaften Umwandlung führt oder auch eine Rückabwicklung zuläßt. Sonderprobleme ergeben sich aber aus § 195 UmwG, der im Gegensatz zum LwAnpG eine Frist zur Geltendmachung von Mängeln enthält.

a) Anwendungsbereich

Bezüglich des Anwendungsbereichs von § 202 Abs. 3 UmwG wird wie bei § 34 Abs. 3 LwAnpG davon ausgegangen, daß Bestandsschutz unabhängig von Art und Schwere der Mängel eintritt.⁷⁸ Teilweise werden allerdings Einschränkungen vom Anwendungsbereich des § 202 Abs. 3 UmwG für solche Umwandlungsvorgänge vorgenommen, bei denen es schon an einem Umwandlungsbeschluß fehlt oder ein Formwechsel in eine vom Umwandlungsgesetz nicht vorgesehene Rechtsform beschlossen wird.⁷⁹

b) Inhaltliche Reichweite

Umstritten ist, ob § 202 Abs. 3 UmwG der fehlerhaft umgewandelten Rechtsform auch für die Zukunft ihr neues „Rechtskleid“ belassen will, eine Rückabwicklung also endgültig ausschließt. Einerseits wird davon ausgegangen, daß § 202 Abs. 3 UmwG lediglich eine Ausprägung der Grundsätze über die fehlerhafte Strukturänderung sei, so daß ein Bestandsschutz für die Zukunft durch § 202 Abs. 3 UmwG nicht angeordnet werde.⁸⁰

Dagegen plädiert die herrschende Lehre für einen endgültigen Bestandsschutz der neuen Gesellschaft.⁸¹ Die Auswirkungen von Mängeln bei der Umwandlung sollen sich in Schadensersatzansprüchen erschöpfen. Ob sich diese Schadensersatzansprüche auf Geldersatz beschränken, oder ob Naturalrestitution verlangt werden kann, ist wiederum ungeklärt.⁸²

⁷⁸ *Decher* in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 30; *Laumann* in G/K/T UmwG, § 202 Rn. 29: wegen des Vorrangs des Grundsatzes der Rechtssicherheit soll selbst die Eintragung von Schein- und Nichtbeschlüssen alle Mängel heilen.

⁷⁹ *Decher* in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 30, in Anlehnung an die Rechtsprechung zu § 34 Abs. 3 LwAnpG; *Dehmer*, UmwG, § 202 Rn. 12 für den Fall eines gesetzlich nicht zugelassenen Formwechsels.

⁸⁰ Offengelassen *K. Schmidt*, DB 1995, 1849, 1851, der aber auf seine zu § 352a AktG a.F. geäußerte Ansicht in AG 1991, 131, 137 und ZGR 1991, 373, 392 verweist, und eine Entschmelzungsmöglichkeit dort nur wegen praktischer Probleme anzweifelt; *Vossius* in Widmann/Mayer, UmwG, § 202 Rn. 187: ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückabwicklung des Formwechsels durch einen erneuten Formwechsel in die Rechtsform des ursprünglichen Rechtsträgers oder ein schuldrechtlicher Anspruch auf Einbringung des Vermögens des alten Rechtsträgers in einen zu gründenden Rechtsträger alter Rechtsform sei grundsätzlich denkbar; eine Rückabwicklung ex nunc ausdrücklich bejahend: *Laumann* in G/K/T, UmwG, § 202 Rn. 29; *Veil*, ZIP 1996, 1065, 1069; *ders.*, Umwandlung, S. 167; zum Referentenentwurf auch *Hirte*, DB 1993, 77, 79; für den ähnlichen Fall der fehlerhaften Spaltung *Heiss*, Spaltung, S. 86 f.; *Wirth*, Spaltungen, S. 270 ff.

⁸¹ *Decher* in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 30; *ders.*, AG 1997, 388, 395; *Bork*, ZGR 1993, 343, 359 sieht dies als gesetzgeberische Entscheidung an, fordert aber eine Klarstellung (S. 365); *Rettmann*, Rechtmäßigkeitskontrolle, S. 13; *Dehmer*, UmwG, § 202 Rn. 11; *Meister/Klöcker* in Kallmeyer, UmwG, § 202 Rn. 59.

⁸² Naturalrestitution ablehnend *Bork* in Lutter, UmwG, § 16 Rn. 34; *Decher*, AG 1997, 388, 395: Naturalrestitution würde den Grundsatz der Endgültigkeit der Eintragung gemäß § 20 Abs. 2 UmwG aufheben. Jedoch kann im Verhältnis des Rechtsträgers zum Anteilsinhaber im Einzelfall die Verpflichtung anzunehmen sein, die Anteilsinhaber so zu stellen, als wäre es nicht zu der Umwandlung gekommen; für § 352a AktG a.F. *Köhler*, ZGR 1985,

3. FEHLERHAFTE VERSCHMELZUNG NACH § 20 ABS. 2 UMWG, § 352A AKTG A.F.

a) Unterschiede zum Formwechsel

Während der Formwechsel die identitätswahrende Umwandlung nur eines Unternehmens betrifft, sind bei der Verschmelzung Ausgangs- und Zielrechtsträger nicht identisch. Vielmehr schließen sich zwei oder mehr Unternehmen zur Bildung einer neuen Gesellschaft zusammen (Verschmelzung durch Neugründung), oder eine Gesellschaft wird von der anderen aufgenommen (Verschmelzung durch Aufnahme). Entscheidender Unterschied zum Formwechsel ist, daß die Unternehmen durch den Zusammenschluß ihre Selbständigkeit verlieren und ihre Vermögenswerte vermischt werden. Sollten sich später Mängel bei der Verschmelzung herausstellen, so ist diese Vermögensmischung praktisch nicht wieder rückgängig zu machen.

b) Meinungsstand

§ 352a AktG a.F. als Vorgängerregelung des heutigen § 20 Abs. 2 UmwG formulierte ganz ähnlich den §§ 34 Abs. 3 LwAnpG, 202 Abs. 3 UmwG: „Ist die Verschmelzung in das Handelsregister des Sitzes der übernehmenden Gesellschaft eingetragen, so lassen Mängel der Verschmelzung deren Wirksamkeit unberührt“. § 20 Abs. 2 UmwG lautet: „Mängel der Verschmelzung lassen die Wirkungen der Eintragung nach Absatz 1 unberührt“.

aa) Anwendungsbereich

Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 352a AktG a.F. wurde ausführlich von *Döss*⁸³ für solche Verschmelzungen befürwortet, bei denen für die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft mangels wirksamer Kapitalerhöhung der aufnehmenden Gesellschaft nicht genügend Aktien zur Verfügung stehen. Durch die Eintragung der Verschmelzung und der damit nach § 352a AktG a.F. eintretenden Bestandskraft der Verschmelzung könnten die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft ihre Rechte an verlieren, ohne einen Gegenwert zu erhalten. Dies wird als mit Art. 14 GG nicht vereinbar angesehen.

bb) Inhaltliche Reichweite⁸⁴

Die Eintragung der Verschmelzung soll zwar keine materielle Heilung möglicher Umwandlungsmängel bewirken.⁸⁵ Es ist jedoch umstritten, ob eine „Entschmelzung“ für die Zukunft in Betracht kommt.

307, 325, der eine Entschmelzung zwar ablehnt, auf freiwilliger Basis aber eine wirtschaftliche Rückabwicklung zulassen will; vgl. auch *Bermel* in G/K/T, UmwG, § 20 Rn. 61 f. m.w.N.

⁸³ Verschmelzungsmängel, S. 163 ff.

⁸⁴ Zum Streitstand ausführlich *Weiler*, Anfechtungsrecht, S. 152 ff.

⁸⁵ Zu § 352a AktG a.F. *Heckschen*, Verschmelzung, S. 62; für § 20 Abs. 2 UmwG: *Bermel* in G/K/T, UmwG, § 20 Rn. 60; *Marsch-Barner* in Kallmeyer, UmwG, § 20 Rn. 34.

Einerseits wird dies abgelehnt.⁸⁶ Andere sprachen sich dafür aus, daß § 352a AktG a.F. und auch dessen Nachfolgeregelung § 20 Abs. 2 UmwG lediglich Ausprägungen der Grundsätze über die fehlerhafte Strukturänderung seien, die Rechtsfolgen mit der Eintragung nur vorläufig eintreten und eine Entschmelzung ex nunc somit zulässig sei.⁸⁷

4. ZUSAMMENFASSUNG

Die im folgenden näher zu untersuchenden Problemkreise - Anwendungsbereich und Reichweite von Registereintragungen - beschränken sich nicht auf den Formwechsel, sondern werden hauptsächlich im Rahmen der fehlerhaften Verschmelzung - als der wohl wichtigsten Umwandlungsart - behandelt. Auch hier hat sich noch keine einheitliche Meinung herausgebildet.

⁸⁶ Für § 352a AktG a.F.: *Grunewald* in G/H, AktG, § 352a Rn. 2; *Priester*, NJW 1983, 1459, 1465 (mit dem Hinweis darauf, daß diese Regelung noch über europarechtlichen Vorgaben hinausgehe); *Krieger*, ZHR 158 (1994), 35, 44; zu § 20 UmwG (beziehungsweise dessen Entwurf) *Grunewald* in Lutter, UmwG, § 20 Rn. 64; *Streck/Mack/Schwedhelm*, GmbHR 1995, 161, 162; *Kallmeyer*, ZIP 1994, 1746; 1756; *Marsch-Barner* in Kallmeyer, UmwG, § 20 Rn. 34; im Ergebnis auch *Bermel* in G/K/T, UmwG, § 20 Rn. 62.

⁸⁷ *Kreuznacht*, Verschmelzungen, S. 51; *Kiem*, Eintragung, S. 178; (zu § 352a AktG a.F.) *Martens*, AG 1986, 57, 63; *Timm*, DB 1990, 1221, 1222 hält eine Entflechtung ex nunc zumindest für denkbar; ebenso *Hirte*, BB 1988, 1469, 1476 (allgemein für angefochtene aber eingetragene Strukturänderungen); *Döss*, Verschmelzung, S. 40; zu § 20 Abs. 2: *Vossius* in Widmann/Mayer, UmwG, § 20 Rn. 376: möglich sei ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückgängigmachung der Verschmelzung („Entschmelzung“ durch Spaltung); *Schöne*, DB 1995, 1317, 1321: § 20 Abs. 2 stehe einer Entschmelzung durch Spaltung nicht entgegen; er sieht aber kaum überwindbare Schwierigkeiten bei der verfahrenstechnischen Abwicklung; *K. Schmidt*, ZGR 1991, 373, 392; *ders.*, DB 1995, 1849; *Schmid*, ZGR 1997, 493, 512; sonst wird die Diskussion über endgültige oder nur vorläufige Bestandskraft auch oft im Rahmen des § 16 Abs. 3 S. 6 UmwG - „Erweist sich die Klage [gegen die Wirksamkeit eines Verschmelzungsbeschlusses] als begründet, so ist der Rechtsträger ... verpflichtet, ... den Schaden zu ersetzen ...; als Ersatz ... kann nicht die Beseitigung der Wirkungen der Eintragung der Verschmelzung im Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers verlangt werden“ - geführt: eine Rückabwicklung bejahend *Hirte*, DB 1993, 77 ff.; *Veil*, ZIP 1998, 361, 365; *DAV*, WM 1993, Sonderbeilage Nr. 2, S. 3 (Rn. 9) setzen die Rückabwicklung einer gesetzwidrigen Umwandlung voraus; ausdrücklich die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft als die flexiblere Lösungsmöglichkeit anwendend: *Weiler*, Anfechtungsrecht, S. 195; offengelassen *Bayer*, ZGR 1995, 613, 617; einschränkend *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 6 IV. 5. (S. 166): der Gesetzgeber wolle dem Betroffenen zumindest keinen generellen Restitutionsanspruch auf Entschmelzung zugestehen; für die Spaltung *Wirth*, Spaltungen: Bestandsschutz für die mangelhafte Spaltung bestehe nicht (S. 338), eine Rückabwicklung sei grundsätzlich möglich (S. 254).

B. KRITIK DER RECHTSPRECHUNG ZU FEHLERHAFTEN UMWANDLUNGEN NACH DEM LWANPG

I. EINSCHRÄNKUNG DES ANWENDUNGSBEREICHES VON § 34 ABS. 3 LWANPG

Obwohl der Wortlaut des § 34 Abs. 3 LwAnpG ausdrücklich darauf abstellt, daß „Mängel“ die Wirkungen der Eintragung der neuen Rechtsform in das Register unberührt lassen, wird er vom BGH nicht auf alle eingetragenen Formwechsel angewandt. Vielmehr beschränkt er den Anwendungsbereich des § 34 Abs. 3 LwAnpG auf identitätswahrende Umwandlungen in eine vom Gesetz vorgesehene Rechtsform.

Auf der anderen Seite wird aber stets betont, daß sich eine Differenzierung nach Art und Schwere des Mangels verbiete. Doch selbst wenn in den Urteilen regelmäßig getrennt wird zwischen der Reichweite des § 34 Abs. 3 LwAnpG (keine Differenzierung nach der Schwere der Mängel) und Umwandlungen, die gar nicht die Qualität eines Formwechsels aufweisen (weshalb § 34 Abs. 3 LwAnpG keine Anwendung finde), handelt es sich bei näherer Betrachtung doch in beiden Fällen um die Bestimmung des Anwendungsbereiches von § 34 Abs. 3 LwAnpG.

Die Unterscheidung nach der Schwere des vorliegenden Mangels, die gerade vermieden werden soll, wird so seit dem Beschluß des BGH vom 3.5.1996⁸⁸ ersetzt durch die Differenzierung in Formwechsel, auf die § 34 Abs. 3 LwAnpG Anwendung findet, und im folgenden „Nicht-Formwechsel“ genannte Umwandlungen, die nicht die Rechtsfolgen des § 34 Abs. 3 LwAnpG auslösen können. In der Folge wurden Klagen zur Feststellung, daß LPGen trotz Eintragung ihrer Umwandlung nicht umgewandelt worden sind, zugelassen.⁸⁹ Damit sollten beispielsweise Unklarheiten darüber beseitigt werden, wer Antragsgegner für Abfindungsansprüche aus dem LwAnpG ist. Denn neben der Möglichkeit, daß eine, aus einer LPG hervorgegangene eingetragene Zielgesellschaft trotz Nichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses wirksam ist,⁹⁰ die LPG also als Antragsgegnerin ausscheidet, kommt jetzt die Möglichkeit in Betracht, daß der Formwechsel aufgrund der Einschränkungen des Anwendungsbereiches des § 34 Abs. 3 LwAnpG unwirksam ist.⁹¹ Ohne die teleologische Reduktion wäre die eingetragene Gesellschaft zweifellos wirksam, die LPG wäre erloschen.

Die Rechtssicherheit, die durch den Bestandsschutz des einmal eingetragenen Umwandlungsvorganges erreicht werden sollte, wird dadurch wieder eingeschränkt.

⁸⁸ BGHZ 132, 353.

⁸⁹ BGHZ 137, 134, 136, zustimmend *Lohlein*, EWiR 1998, 135, der aber davon ausgeht, daß die aus der Umwandlung hervorgegangene GmbH & Co. KG als Neugründung eingetragen wurde.

⁹⁰ BGHZ 132, 353.

⁹¹ BGHZ 137, 134.

Eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereiches des § 34 Abs. 3 LwAnpG darf deshalb nur das letzte Mittel sein, um beispielsweise die Benachteiligung von Gesellschaftern - etwa durch Ausschluß aus der Gesellschaft - zu verhindern. Ob dies in den vom BGH herausgearbeiteten Fallgruppen erforderlich war, wird noch zu zeigen sein.

II. SONDERFALL: VERSTOß GEGEN DEN NUMERUS CLAUSUS DER UMWANDLUNGSMÖGLICHKEITEN

Die teleologische Reduktion des § 34 Abs. 3 LwAnpG auf Umwandlungsvorgänge in eine vom Gesetz vorgesehene Rechtsform bringt noch ein anderes Problem mit sich. In mehreren Fällen hatte sich der BGH mit der Problematik zu befassen, daß LPGen die Umwandlung in Rechtsformen beschlossen hatten, die das LwAnpG im Beschlußzeitpunkt nicht zur Verfügung gestellt hatte. Der Umwandlungsbeschluß war nach der Rechtsprechung wegen Verstoßes gegen den sogenannten numerus clausus der Umwandlungsformen nach § 241 Nr. 3 AktG analog nichtig.⁹² Trotzdem waren die Formwechsel in das entsprechende Register eingetragen worden.

Durch die Novelle des LwAnpG vom 3. Juli 1991 wurden dann aber neben der eingetragene Genossenschaft auch Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften als Zielrechtsformen zugelassen. In einem Fall erfolgte die Eintragung der neuen Rechtsform nach Inkrafttreten der Gesetzesnovelle.⁹³ Trotz nichtigen Umwandlungsbeschlusses stellte der BGH in diesem Fall fest, daß die konstitutive Wirkung der Eintragung nach § 34 Abs. 1 LwAnpG eingetreten sei. Für die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses sei zwar die Rechtslage im Beschlußzeitpunkt maßgebend, für das Entstehen der neuen Rechtsform stelle das Gesetz jedoch nicht auf die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses, sondern auf die registergerichtliche Eintragung des umgewandelten Unternehmens und demzufolge auf die Rechtslage zu diesem Zeitpunkt ab. Hier war die Umwandlung demzufolge wirksam.

Dagegen wurde die Wirksamkeit der Umwandlung in einem anderen Fall abgelehnt.⁹⁴ Dort trug der Registerrichter die Umwandlung noch vor Inkrafttreten der Gesetzesneufassung ein. Mangels einer zulässigen Zielrechtsform war die Umwandlung fehlgeschlagen. Auch § 34 Abs. 3 LwAnpG konnte dem nicht abhelfen, da dessen Anwendungsbereich im Rahmen der teleologischen Reduktion auf Umwandlungen beschränkt wurde, die im Eintragungszeitpunkt gesetzlich

⁹² Siehe oben A. IV. 1. c) dd).

⁹³ BGHZ 132, 353, 361.

⁹⁴ BGHZ 137, 134.

vorgesehen waren. Allein der Eintragungszeitpunkt sei für den Eintritt der Rechtsfolgen maßgebend.

Dagegen sprechen jedoch folgende Erwägungen. Die Beschlüsse waren in beiden Fällen wegen Wahl der falschen Rechtsform gleichermaßen mangelhaft. Durch die Gesetzesnovelle änderte sich daran nichts, da eine rückwirkende Heilung von fehlerhaften Formwechseln in eine jetzt zulässige Rechtsform nicht angeordnet war. Die Eintragung selbst knüpft aber nur an den Umwandlungsbeschluß an, und dieser ist in beiden Fällen genauso fehlerbehaftet.

Die Lösung der Rechtsprechung erscheint auch deshalb „unbefriedigend“⁹⁵, weil der Eintragungszeitpunkt von den Beteiligten nicht beeinflußt werden kann. Zumindest kann aber dem Registerrichter bei Eintragung der Gesellschaft vor Inkrafttreten der Novelle nicht vorgeworfen werden, daß er sich zuviel Zeit bei der Eintragung gelassen hätte. Hier lag vielmehr der umgekehrte Fall vor, daß die Eintragung der Umwandlung „zu früh“ erfolgte, was die Unwirksamkeit der Umwandlung zur Folge hatte.

Mangels Rückwirkung des § 34 Abs. 3 LwAnpG ist eine Ungleichbehandlung von vor und nach der Neufassung eingetragenen Umwandlungen kaum zu rechtfertigen. Insbesondere liefert die Rechtsprechung keine überzeugende dogmatische Grundlage für die Differenzierung und das Abstellen auf den Eintragungszeitpunkt.

III. ZU DEN RECHTSFOLGEN DES § 34 ABS. 3 LWANPG

Nach der Rechtsprechung des BGH steht bisher lediglich fest, daß die Rechtsfolgen des Formwechsels (abgesehen von den oben genannten Fällen der teleologischen Reduktion) ohne Rücksicht auf mögliche Fehler eintreten. Zu der Möglichkeit einer Rückabwicklung des Formwechsels hat sich der BGH nicht ausdrücklich geäußert, obwohl § 34 Abs. 3 LwAnpG ausdrücklich nur besagt, daß die Wirkungen der Eintragung der neuen Rechtsform „unberührt“ bleiben. Gemäß § 34 Abs. 1 LwAnpG heißt dies aber nur, daß die LPG in der im Umwandlungsbeschluß bestimmten Rechtsform weiterbesteht und die Mitglieder der LPG nach Maßgabe des Umwandlungsbeschlusses an dem Unternehmen neuer Rechtsform beteiligt sind. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Gesellschaft immer in dieser Rechtsform und so, wie sie durch den Formwechsel entstanden ist, bestehen bleiben muß. Nur der Eintritt der Rechtsfolgen soll ungeachtet möglicher Mängel mit der Eintragung eintreten. Ein dauerhafter Bestandsschutz ist damit noch nicht angeordnet.

⁹⁵ *Wenzel, AgrarR* 1998, 139, 142.

Statt dessen nahm der BGH die teleologische Reduktion des § 34 Abs. 3 LwAnpG vor, mit der Folge, daß extreme Mängel zur Unanwendbarkeit des § 34 Abs. 3 LwAnpG führen. Das bedeutet aber, daß die Wirkungen des Formwechsels nie eingetreten sind, die Umwandlung also ex tunc nichtig ist und somit eingetragene Formwechsel, die trotz ihrer rechtlichen Unwirksamkeit faktisch durchgeführt wurden, vollständig rückabgewickelt werden müssen. Für die betroffenen Gesellschaften kann diese Feststellung bedeutend einschneidender sein, als eine mögliche Rückabwicklung ex nunc.

Kritik verdient damit insbesondere, daß der BGH - um für Rechtssicherheit zu sorgen - alle Mängel unter den Tatbestand des § 34 Abs. 3 LwAnpG subsumiert, durch dessen teleologische Reduktion auf der Rechtsfolgenseite aber doch die Rückabwicklung faktisch vollzogener Formwechsel und zwar mit ex tunc-Wirkung fordert. Dadurch kommt es zu den Abgrenzungsproblemen, die durch § 34 Abs. 3 LwAnpG gerade vermieden werden sollten.

Neben der teleologischen Reduktion des Anwendungsbereiches bedarf damit auch die Rechtsfolgenseite des § 34 Abs. 3 LwAnpG einer Überprüfung.

IV. STATUS DER ZIELGESELLSCHAFTEN, DIE AUS EINEM „NICHT-FORMWECHSEL“ HERVORGEGANGEN SIND

Zweifelhaft ist auch die Behandlung von Gesellschaften, die aus einer derart fehlgeschlagenen Umwandlung entstanden sind, daß § 34 Abs. 3 LwAnpG keine Anwendung findet und die Ausgangsgesellschaft als LPG oder - nach dem 31.12.1991 - als LPG in Liquidation fortbesteht. Zwar wird betont, daß bei erfolgreicher Umwandlung neben der Zielgesellschaft keine Liquidationsgesellschaft mehr bestehe,⁹⁶ daß sich also die Heilungswirkung nicht lediglich auf die Existenz der Nachfolgesellschaft ohne Vermögensübergang erstrecke, da dies dem Prinzip der Identitätswahrung widerspräche.⁹⁷ An anderer Stelle wird aber gefragt, ob eine beklagte GmbH & Co. KG die formgewandelte LPG oder ein anderes Unternehmen ist.⁹⁸ Damit wird in Betracht gezogen, daß im Falle einer fehlgeschlagenen Umwandlung das eingetragene Unternehmen in der Zielrechtsform zwar nicht aus der LPG hervorgegangen ist, aber dennoch als Unternehmen bestehen könnte,⁹⁹ also ein fehlgeschlagener Formwechsel neben der weiter bestehenden LPG auch eine neue Gesellschaft entstehen lassen könne. So wird vertreten, daß selbst eine KG, die an

⁹⁶ BGHZ 132, 353, 361.

⁹⁷ BGHZ 132, 353, 361.

⁹⁸ BGHZ 137, 134.

⁹⁹ So ausdrücklich zur Rechtsprechung des BGH *Wenzel*, AgrarR 1998, 139, 142.

sich nicht den erhöhten Bestandsschutz einer eingetragenen Aktiengesellschaft oder GmbH genießt (vgl. §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG), durch ihre Eintragung wirksam entstanden sei und für ihre Löschung im Register kein Grund bestehe.¹⁰⁰ Die fehlgeschlagene Umwandlung sei nämlich eine steckengebliebene Sachgründung und die neue Gesellschaft, die nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft wirksam sei, mit fremdem Kapital ausgestattet; das Vermögen der LPG sei nicht übergegangen.¹⁰¹ Der Formwechsel aber sei unwirksam und habe auch nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft keinen Bestand, da die neue Gesellschaft eine andere als die aufgelöste LPG sei.

Mit der Idee der Beteiligung nur eines, identischen Rechtsträgers am Formwechsel ist diese Auffassung kaum vereinbar. Auch drängt sich die Frage auf, welcher der beiden Gesellschaften das Vermögen der LPG zuzuordnen ist. Schließlich hat das eingetragene Unternehmen in der Zielrechtsform unter Umständen jahrelang mit der Vorstellung gewirtschaftet, es wäre rechtmäßiger Inhaber des LPG-Vermögens.

Zur Lösung dieses Konflikts wird vertreten¹⁰², daß die neue Gesellschaft zwar nicht für die Verbindlichkeiten der LPG nach § 419 BGB hafte¹⁰³, da die Umdeutung einer fehlgeschlagenen Umwandlung in eine Vermögensübernahme am Willen der Beteiligten scheitern würde. Zur Vermeidung einer Vermögensrückführung würde die neue Gesellschaft aber doch die Haftung für LPG-Verbindlichkeiten übernehmen. Auch dies überzeugt unter dogmatischen Gesichtspunkten nicht. Einerseits wird die Anwendung des § 34 Abs. 3 LwAnpG und damit eine „Transportfunktion“ (worin sollte diese liegen, wo doch Vermögen beim Formwechsel gar nicht übergeht: etwa im Transport des neuen rechtlichen Kleides auf den alten Rechtsträger?) abgelehnt.¹⁰⁴ Andererseits wird nachträglich eine Vermögensübertragung konstruiert, um das faktische Arbeiten der neuen Gesellschaft mit dem Vermögen der LPG zu rechtfertigen.

Ähnliche Probleme tauchen im Hinblick auf die Rechtsverhältnisse zwischen der eingetragenen und mit dem Vermögen der LPG arbeitenden Zielgesellschaft und ausgeschiedenen Gesellschaftern auf. Beispielsweise stellt sich die Frage, ob Rechtsgeschäfte der Zielgesellschaft (Abfindungszahlungen an ausscheidende Gesellschafter, Vergleichsabschlüsse) auch die fortbestehende und sich in Liquidation befindende LPG binden.

¹⁰⁰ Wenzel, AgrarR 1998, 139, 142.

¹⁰¹ So schon Götz/Schrezenmaier, AgrarR Sonderheft 10/1993, 21, 24.

¹⁰² Wenzel, AgrarR 1998, 139, 142.

¹⁰³ Mit der Aufhebung des § 419 BGB durch Art. 33 EGIInsO v. 5.10.1994 (BGBl. I S. 2911) kommt dieser Frage für die Zukunft keine Bedeutung mehr zu.

¹⁰⁴ Wenzel, AgrarR 1998, 139, 142.

Näherer Untersuchung bedarf damit auch, welche Rolle der eingetragenen Zielgesellschaft eines „Nicht-Formwechsels“ zukommt.

V. BESCHLUßMÄNGELRECHT UND KLAGEFRIST §§ 241 FF. AKTG ANALOG

Auch die vom BGH bejahte analoge Anwendung der aktienrechtlichen Beschlußmängelregelungen auf Umwandlungen von LPGen¹⁰⁵, führt zu Schwierigkeiten.

Im LwAnpG fehlen nämlich nicht nur Ausführungen dazu, wann ein Umwandlungsbeschluß anfechtbar oder nichtig ist, sondern auch eine Anfechtungsfrist ist nicht vorgeschrieben.

Ohne Anfechtungsfrist ist eine Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit aber nahezu überflüssig, da Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe - abgesehen von geringen Unterschieden in Bezug auf Klagebefugnis (§ 245 AktG ist enger als § 249 Abs. 1 AktG) und Klageerfordernis (§ 249 AktG erlaubt Nichtigkeitsgünde auch ohne Nichtigkeitsklage geltend zu machen) - zur rückwirkenden Vernichtung des Beschlusses führen. Ohne Anfechtungsfrist wären alle mangelhaften LPG-Umwandlungen zeitlich unbegrenzt angreifbar. Für eine Differenzierung nach der Schwere des Umwandlungsmangels bliebe kein Raum.

Zu begrüßen ist zunächst, daß der BGH mit der analogen Anwendung der aktienrechtlichen Normen zu einer Harmonisierung des Beschlußmängelrechts der verschiedenen Gesellschaftsformen beitragen wollte. Dies steht insbesondere im Einklang mit dem Umwandlungsgesetz, das einheitlich für alle Umwandlungen und für Rechtsträger verschiedener Rechtsformen gilt. Die Übertragung der §§ 241 ff. AktG wurde auch dadurch erleichtert, daß ihre Anwendung auf die Genossenschaft bereits seit längerem anerkannt war,¹⁰⁶ so daß die Gleichbehandlung der genossenschaftlich organisierten LPG leicht zu begründen war.

Problematisch ist allerdings, daß die aufgetretenen Mängel - gemessen an den §§ 241 ff. AktG - oft nur zur Anfechtbarkeit der Umwandlungsbeschlüsse führten, also innerhalb der Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG angefochten werden mußten. In der Regel unterblieb die Anfechtung aber, da eine entsprechende Frist im Zeitpunkt der Beschlußfassungen - 1990/1991 - nicht ausdrücklich angeordnet war und der BGH die analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG erst am 2.3.1995 befürwortete.¹⁰⁷ Dadurch war es aber praktisch ausgeschlossen, daß bei der Umwandlung aufgetretene Mängel rechtzeitig klageweise geltend gemacht wurden,¹⁰⁸ was zur Konse-

¹⁰⁵ Siehe oben A. IV. 1. b).

¹⁰⁶ BGHZ 18, 334; 32, 318, 323 f.; 70, 384, 387; 126, 335, 338; zusammenfassend *Bayer*, DStR 1999, 1815 ff.

¹⁰⁷ BGH, ZIP 1995, 873; *Hommelhoff/Schubel*, ZIP 1998, 537, 543.

¹⁰⁸ *Hommelhoff/Schubel*, ZIP 1998, 537, 543.

quenz hatte, daß der BGH im Einzelfall eine Ausdehnung der Nichtigkeitsgründe über die Grenzen des § 241 AktG hinaus zuließ,¹⁰⁹ oder die Berufung auf Anfechtungsgründe auch noch nach Ablauf der Anfechtungsfrist gestattete.¹¹⁰ Diese Lösung konnte zwar in den entschiedenen Einzelfällen zu gerechteren Fallentscheidungen führen; den LPG-Mitgliedern, die mangels einer Anfechtungsvorgabe aber eine Anfechtung ganz unterlassen haben, nützt sie wenig. Zugleich wurde die Abgrenzung zwischen anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen wieder verwischt und die Rechtssicherheit, die durch Einführung der Anfechtungsfrist geschaffen werden sollte, relativiert.

Im Ergebnis ist auch hinsichtlich des Beschlußmängelrechts nach einer Lösung zu suchen, die sowohl Rechtssicherheit bietet (das völlige Fehlen einer Anfechtungsfrist im LwAnpG bedurfte durchaus einer Korrektur), aber die betroffenen Gesellschafter nicht durch Fristen benachteiligt, die praktisch nicht eingehalten werden konnten. Aufgrund der weitgehend abgeschlossenen Umwandlungen der LPGen spielt dieses Problem allerdings derzeit und in der Zukunft keine bedeutende Rolle mehr.

VI. ZUSAMMENFASSUNG

Bei der Lösung der angesprochenen Probleme ist einerseits Rechtssicherheit zu schaffen, gleichzeitig aber auch den besonderen Problemen die mit fehlerhaften Umwandlungen - insbesondere fehlerhaften LPG-Umwandlungen - verbunden sind, Rechnung zu tragen. Es sind folgende Aspekte zu berücksichtigen:

Die Behandlung von Beschlußmängeln, die anlässlich von Umwandlungen auftreten, muß sich am allgemeinen Beschlußmängelrecht orientieren. Dadurch wird eine Steigerung der Rechtssicherheit erreicht und auch dem Bedürfnis nach einheitlicher Behandlung der verschiedenen Gesellschaftsformen, wie sie gerade im neuen Umwandlungsgesetz zum Ausdruck kommt, Rechnung getragen. Zudem ist eine Zweiteilung des Beschlußmängelrechts in ein solches für Umwandlungsbeschlüsse und ein anderes für sonstige Beschlüsse zu vermeiden.

Weiteres Ziel muß ein weitgehender Verzicht auf Ausnahmen vom Anwendungsbereich der §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG sein, was bereits wegen der Gefahr einer Verwässerung von Tatbeständen und dem Verlust von Rechtssicherheit geboten ist.

¹⁰⁹ BGH, NJ 1996, 529, 530 (für PGH).

¹¹⁰ BGH, ZIP 1996, 674, 677 (für PGH); kritisch *Kort* in Umwandlungsrecht, S. 194, 201.

Sowohl die Belange der umwandlungswilligen Gesellschafter als auch möglicher widerstrebender Gesellschafter sind ausreichend zu berücksichtigen. Deshalb ist trotz aller erwünschten Rechtssicherheit gleichzeitig nach flexiblen Lösungen zu suchen, die Umwandlungen nicht über Gebühr behindern, aber auch nicht zur Schaffung rechtswidriger und endgültig bestandsfester Verhältnisse führen, und auf diese Weise einen effektiven Rechtsschutz gegen Umwandlungsmaßnahmen verhindern würden.

Insbesondere im Hinblick auf LPG-Umwandlungen muß berücksichtigt werden, daß es sich dabei um den Teil eines allgemeinen Umwandlungsrechts handelt, weshalb von sehr spezifischen Modifikationen abgesehen, eine weitgehende Gleichbehandlung mit dem übrigen Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz erfolgen sollte.

Solche Besonderheiten sind beispielsweise die durch § 69 Abs. 3 LwAnpG drohende gesetzliche Liquidation von nicht rechtzeitig in andere Rechtsformen umgewandelten LPGen. Um die dadurch bedingte Zerschlagung von „lebensfähigen“ Unternehmen zu vermeiden, sind erfolgte Umwandlungen trotz aufgetretener Mängel weitgehend anzuerkennen. Dafür spricht auch, daß viele Fehler aus Mangel an Rechtskenntnis oder Zeitnot entstanden sind, nicht aber, um daraus Sondervorteile zu erzielen.

Gleichzeitig ist aber wegen des Zwangscharakters der Bildung von LPGen eine Benachteiligung von Gesellschaftern unbedingt zu vermeiden.

C. DER FEHLERHAFTE FORMWECHSEL ALS FEHLERHAFTE STRUKTURÄNDERUNG

I. EINLEITUNG

Nachdem Problemfelder und Meinungsstand zu fehlerhaften Umwandlungen dargestellt wurden, ist zunächst der dem Formwechsel zugrunde liegende Beschluß näher zu untersuchen. Es ist zu zeigen, welche Beschlußmängel auftreten können und welche Auswirkungen sie auf die Umwandlung haben. Insbesondere ist auf die prozessualen Möglichkeiten, die Beschlußmängel geltend zu machen, einzugehen. Dabei ist zwischen den Klagemöglichkeiten vor und nach Ablauf der Frist des § 195 Abs. 1 UmwG zu differenzieren.

Anschließend soll auf die eigentliche Strukturänderung - den Formwechsel - eingegangen werden. Dabei ist zu klären, ob die Strukturänderung mit ihrer Eintragung unabhängig von dem zugrunde liegenden Beschluß wirksam werden kann und welchen Einfluß Mängel des Umwandlungsbeschlusses auf den Formwechsel haben. Von Bedeutung ist insbesondere, nach welchen Regelungen sich das Schicksal des Formwechsels bestimmt. Daß dies nicht das allgemeine Beschlußmängelrecht der §§ 241 ff. AktG, mit seiner ex tunc Wirkung von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen sein kann, liegt schon angesichts des § 202 Abs. 3 UmwG auf der Hand. Zu untersuchen ist, ob die ungeschriebenen Grundsätze, die auf fehlerhafte Strukturänderungen Anwendung finden, auch auf den fehlerhaften Formwechsel übertragbar sind.

Die Ausführungen beziehen sich dabei in erster Linie auf den Formwechsel nach dem UmwG, nur beim Auftreten von Besonderheiten wird auf die Umwandlungen nach dem LwAnpG eingegangen.

II. BEHANDLUNG DES UMWANDLUNGSBESCHLUSSES

1. ALLGEMEINES

Mit dem Umwandlungsbeschluß beschließt die Versammlung der Anteilhaber über den Formwechsel (§ 193 UmwG). Ein Entwurf des Beschlusses muß bereits im Umwandlungsbericht enthalten sein (§ 192 Abs. 1 S. 3 UmwG). Da es sich bei dem Beschluß um eine Grundlagen- und Strukturentscheidung handelt,¹¹¹ sind die zusätzlichen Erfordernisse für Satzungsänderungen einzuhalten.¹¹² Neben dem Ziel, sich eine andere Rechtsform zu geben, beschließen die Anteil-

¹¹¹ Decher in Lutter, UmwG, § 193 Rn. 2 und 5; Laumann in G/K/T, UmwG, § 193 Rn. 34 und § 194 Rn. 1.

¹¹² Decher in Lutter, UmwG, § 193 Rn. 5; Zimmermann in Kallmeyer, UmwG, § 193 Rn. 9.

sinhaber auch über ihren neuen Gesellschaftsvertrag.¹¹³ Wirkungen entfaltet der Umwandlungsbeschuß erst mit seiner Eintragung im zuständigen Register (§ 202 Abs. 1 UmwG).

Da es sich um einen Beschluß der Anteilshaber handelt, ist auf ihn - abgesehen von einigen Sondernormen des Umwandlungsgesetzes - das allgemeine Beschlußmängelrecht anzuwenden.¹¹⁴

Bei Kapitalgesellschaften wirft dies keine größeren Probleme auf. Fraglich ist aber, ob das neue Umwandlungsgesetz zu Veränderungen im Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften geführt hat. Aus diesem Grund werden die Umwandlungsbeschlüsse formwechselnder Kapital- und Personengesellschaften separat behandelt.

Genauerer Untersuchung bedürfen auch die zeitabhängigen Veränderungen im Beschlußmängelrecht. § 195 Abs. 1 UmwG bestimmt, daß Klagen gegen die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses binnen eines Monats nach der Beschlußfassung erhoben werden müssen. Dementsprechend wird das Beschlußmängelrecht vor und nach Ablauf dieser Frist getrennt erörtert.

Letztlich ordnet das Gesetz für bestimmte Mängel an, daß sie nicht zum Vorgehen gegen den Umwandlungsbeschuß berechtigen, sondern lediglich zu einem Anspruch auf bare Zuzahlung (§ 196 UmwG) oder zur Überprüfung der Angemessenheit der neuen Beteiligung oder der Höhe der Barabfindung im Spruchverfahren nach den §§ 305 ff. UmwG (§§ 195 Abs. 2, 210 UmwG) führen. In diesen Fällen treten die Rechtsfolgen des Formwechsels mit seiner Eintragung endgültig ein, denn mangels Angreifbarkeit des Umwandlungsbeschlusses scheidet eine Rückabwicklung des Formwechsels aus. Auf diese Mängel ist zuerst einzugehen.

2. MÄNGEL, DIE DIE WIRKSAMKEIT DES UMWANDLUNGSBESCHLUSSES UNBERÜHRT LASSEN

a) Inhalt und Reichweite von §§ 195 Abs. 2, 196 UmwG

§ 195 Abs. 2 UmwG bestimmt, daß eine Klage gegen die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses nicht darauf gestützt werden kann, daß die in dem Beschluß bestimmten Anteile an dem Rechtsträger neuer Rechtsform zu niedrig bemessen sind, oder daß die Mitgliedschaft kein ausreichender Gegenwert für die Anteile oder die Mitgliedschaft bei dem formwechselnden

¹¹³ Decher in Lutter, UmwG, § 194 Rn. 28.

¹¹⁴ Dehmer, UmwG, § 195 Rn. 1 und 3; Kort in Umwandlungsrecht, S. 194, 196 und 198 ff. auch ausdrücklich für die Beschlußmängel anlässlich der Umwandlungen im Gesellschaftsrecht der neuen Bundesländer; OLG Naumburg, AG 1998, 430; a.A. Laumann in G/K/T, UmwG, § 193 Rn. 21, der ohne nähere Begründung spezielle um-

Rechtsträger ist.¹¹⁵ Für diese Fälle sieht § 196 UmwG allein einen Anspruch auf bare Zuzahlung vor.

Dabei muß man sich verdeutlichen, daß die Ermittlung des Umtauschverhältnisses der Anteile unabhängig von der Vermögensbewertung erfolgt. Die in § 192 UmwG geforderte Vermögensaufstellung soll in erster Linie den Anteilsinhabern als Grundlage zur Beurteilung des Abfindungsangebotes dienen.¹¹⁶ Dagegen werden Zahl und Umfang der künftigen Beteiligung nicht selten mit der bisherigen Beteiligung identisch sein.¹¹⁷ Eine abweichende Festsetzung des Nennbetrages der Aktien könnte sich höchstens daraus ergeben, daß beispielsweise für GmbH und Aktiengesellschaft die gesetzlichen Mindestnennbeträge unterschiedlich sind.¹¹⁸ Im Gegensatz zur Verschmelzung zweier Gesellschaften, bei der die wahren Beteiligungswerte von übertragender und aufnehmender Gesellschaft miteinander verglichen werden müssen, um das Umtauschverhältnis zu ermitteln, bleibt beim Formwechsel die Beteiligungsquote identisch und es braucht nur eine Umrechnung der vorhandenen Beteiligung in eine Beteiligung mit anderen Anteilen und möglicherweise anderer Stückelung zu erfolgen.

Vor diesem Hintergrund ist zu ermitteln, wie weit der Klageausschluß in § 195 Abs. 2 UmwG reicht. Zunächst ist festzuhalten, daß eine bare Zuzahlung nach § 196 UmwG nur dann gerechtfertigt ist, wenn der Gesellschafter infolge des Formwechsels eine individuelle Benachteiligung erleidet. Ein Ausgleich für jegliche, von der bisherigen Mitgliedschaft abweichende nachteilige Veränderung liefe darauf hinaus, die Grundentscheidung für oder gegen die Umwandlung noch einmal aufzuwerfen.¹¹⁹ Im übrigen ist die Reichweite des Klageausschlusses umstritten.

aa) Meinungsstand

Einerseits wird ein Ausschluß für alle Klagen - auch bei grob falscher Bemessung des Umtauschverhältnisses - angenommen.¹²⁰ Selbst die Rüge von Beschlüssen, die auf unzulässige Sondervorteile gerichtet sind, soll ausgeschlossen sein.¹²¹ Eine Klagemöglichkeit soll lediglich

wandlungsrechtliche Maßstäbe anwenden will, gleichzeitig aber die Vorschriften der §§ 241 ff. AktG als Modell heranzieht.

¹¹⁵ Kritisch zum entsprechenden § 259 des Diskussionsentwurfs *Hoffmann-Becking*, ZGR 1990, 482, 496.

¹¹⁶ *Decher* in Lutter, UmwG, § 192 Rn. 38.

¹¹⁷ *Decher* in Lutter, UmwG, § 194 Rn. 8.

¹¹⁸ *Decher* in Lutter, UmwG, § 194 Rn. 9; ausführlich dazu *Flesch*, ZIP 1996, 2153 ff.

¹¹⁹ *Meyer-Landrut/Kiem*, WM 1997, 1413, 1420.

¹²⁰ *Decher* in Lutter, UmwG, § 195 Rn. 9.

¹²¹ *Decher* in Lutter, UmwG, § 195 Rn. 9.

bei Willkür bestehen.¹²² Eine Differenzierung danach, ob durch die Umwandlung eine Veränderung der Beteiligungsquote erfolgt, wird aber nicht vorgenommen.

Andere legen § 195 Abs. 2 UmwG bedeutend enger aus. Bei einem völlig unangemessenen Umtauschverhältnis wird ein Verstoß gegen Art. 9 und 14 GG angenommen.¹²³ Auch bei der Geltendmachung von Quotenveränderungen soll man nicht auf das Spruchstellenverfahren nach § 196 UmwG verwiesen werden können, vielmehr ist der Anfechtungsausschluß gemäß § 195 Abs. 2 Alt. 1 UmwG restriktiv auszulegen; dem Betroffenen muß bei nicht ordnungsgemäßer Zuteilung von Geschäftsanteilen die Anfechtungsklage eröffnet sein, um den Umfang der gesellschaftlichen Beteiligung aufrecht zu erhalten. § 195 Abs. 2 Alt. 1 UmwG ist auf jene Umwandlungsfälle zu beschränken, in denen infolge Bewertungs- und Berechnungsfragen die Bestimmung des Beteiligungsumfanges mit erheblichen Unsicherheitsfaktoren verbunden ist.¹²⁴ Der Anwendungsbereich des § 195 Abs. 2 Alt. 2 UmwG¹²⁵ (kein ausreichender Gegenwert zur Mitgliedschaft an alter Gesellschaft) soll auf die Fälle beschränkt sein, daß ein Gesellschafter nach der Umwandlung nur einen Teil an einem gemeinschaftlichen Geschäftsanteil erhält, beispielsweise, wenn die Beteiligung an einer Aktiengesellschaft nicht zur Zuteilung voller Geschäftsanteile einer GmbH reicht.¹²⁶ Nur dann handele es sich um einen Nachteil, der im Rahmen des Spruchverfahrens ausgeglichen werden könne.¹²⁷

¹²² *Decher* in Lutter, UmwG, § 195 Rn. 9; *Meister/Klöcker* in Kallmeyer, UmwG, § 195 Rn. 24: Unwirksamkeitsgrund sei in solchen Fällen nicht die Unzulänglichkeit des Beteiligungsverhältnisses, sondern die Art des Zustandekommens des Beschlusses; ähnlich, allerdings für die Verschmelzung: *Dehmer*, UmwG, § 14 Rn. 21: eine Klage sei dann statthaft, wenn die Verteilung der neuen Anteile unter den Anteilsinhabern des übertragenden Rechtsträgers fehlerhaft sei oder die mangelhafte Berechnung auf ein kollusives Zusammenwirken der jeweiligen Organe zurückzuführen sei und daher § 826 BGB eingreife; ähnlich *Heckschen* in Widmann/Mayer, UmwG, § 14 Rn. 44.

¹²³ *Laumann* in G/K/T, UmwG, § 195 Rn. 13.

¹²⁴ *Veil*, Umwandlung, S. 181; *ders.*, DB 1996, 2529, 2531: Anteilsinhaber seien nicht auf §§ 195 Abs. 2, 196 UmwG angewiesen; *Laumann* in G/K/T, UmwG, § 193 Rn. 24 und § 194 Rn. 16; ähnlich *Dehmer*, UmwG, § 14 Rn. 21 für den Fall, daß die Verteilung der neuen Anteile unter den Anteilsinhabern der übertragenden Rechtsträger fehlerhaft ist.

¹²⁵ Kritisch zum „ausreichenden Gegenwert“ in der entsprechenden Verschmelzungsnorm § 14 Abs. 2 UmwG bereits *DAV*, WM 1993, Sonderbeilage Nr. 2, S. 3, 11, (Rn. 55): Anfechtungsausschluß sei so weit und pauschal formuliert, daß so gut wie jede materielle Rüge des Klägers erfaßt sein könne; Spruchverfahren sei dafür kein geeignetes Mittel; für die Rüge anderer rechtlicher Mängel [außer des Umtauschverhältnisses] sollte die Klagemöglichkeit bestehenbleiben.

¹²⁶ Dazu auch *Flesch*, ZIP 1996, 2153.

¹²⁷ *Veil*, Umwandlung, S. 185; kritisch zu § 194 Abs. 2 des Referentenentwurfs (= § 195 Abs. 2 UmwG) *DAV*, WM 1993, Sonderbeilage Nr. 2, S. 3, 11, (Rn. 153): Diese Regelungen ... lassen es in der weitaus überwiegenden Zahl der denkbaren Fälle als ausgeschlossen erscheinen, daß bei der „Umwandlung“ ... das Anteilsverhältnis der Anteilseigner/Mitglieder in einer Weise verschoben werden kann, daß hiergegen mit Rechtsmitteln nicht angegangen werden dürfte. Wer ... um eine gesellschaftsrechtliche Position, beispielsweise in Gestalt einer Mehrheitsbeteiligung oder einer Sperrminorität gebracht wird, sollte nicht nur auf den Weg der im Entwurf vorgesehenen „Verbesserung des Beteiligungsverhältnisses“ verwiesen werden, sondern im Rechtsweg das „richtige Beteiligungsverhältnis“ durchsetzen können.

Da quotenverändernde Umwandlungen ihre Rechtsgrundlage nicht im Umwandlungsgesetz haben, müsse ein diesbezüglicher Rechtsstreit vor den ordentlichen Gerichten geführt werden.¹²⁸ Dies gelte insbesondere für den nicht-identitätswahrenden Formwechsel (als Unterfall des nicht verhältnismäßigwährenden und damit quotenverändernden Formwechsels), bei dem der betreffende Gesellschafter seine Gesellschafterstellung ganz verliert.¹²⁹ Dazu sei immer die Zustimmung der betroffenen Anteilsinhaber erforderlich.¹³⁰

bb) Stellungnahme

Zu folgen ist der restriktiven Auslegung von § 195 Abs. 2 UmwG. Beim Formwechsel kommt es darauf an, dem einzelnen Gesellschafter seine quotale Beteiligung zu erhalten. Da die Beteiligung am selben Unternehmen und somit am unveränderten Vermögenswert fortbesteht, kann eine absolute und damit bar ausgleichbare Veränderung der Beteiligung (von Sonderfällen wie dem Entstehen von Teilrechten abgesehen) kaum erfolgen, ohne daß die Beteiligungsquote verändert wird. Dies ist vom Umwandlungsgesetz aber gerade nicht vorgesehen und praktisch nur möglich, wenn die Umtauschverhältnisse der Gesellschafter unterschiedlich festgelegt werden. Quotenveränderung, die im Regelfall gleichzeitig mit einer Veränderung von Herrschaftsrechten verbunden sind, dürfen aber nur mit Zustimmung der betroffenen Gesellschafter erfolgen. Anderenfalls kann das Umwandlungsgesetz den Gesellschafter nicht auf ein „Dulde und liquidiere“ verweisen.

Der Anwendungsbereich des § 195 Abs. 2 UmwG ist dadurch sehr gering.¹³¹ Erklären läßt sich dies damit, daß die Norm aus dem Verschmelzungsrecht (§ 14 Abs. 2 UmwG) übernommen wurde. Dort steht aber die Ermittlung des wahren Wertes der Unternehmensbeteiligung zur Berechnung des Umtauschverhältnisses im Vordergrund, wobei es vorkommen kann, daß selbst bei einheitlicher Festsetzung der Umtauschverhältnisse aller Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft (damit dem Erhalt ihrer quotenmäßigen Beteiligung) der absolute Beteiligungswert falsch berechnet wird und damit ihre neue Beteiligung zu gering ist. Dann ist ein Anspruch auf bare Zuzahlung gerechtfertigt, da nur Vermögenswerte betroffen sind.

Beim Formwechsel ist mit einer Veränderung der Beteiligung aber in den meisten Fällen auch eine Veränderung des Umfangs an Herrschaftsrechten verbunden. Diese ist vom Klageausschluß nicht gedeckt. Eine pauschale Übertragung des aus dem Verschmelzungsrecht übernommenen

¹²⁸ *Laumann* in G/K/T, UmwG, § 194 Rn. 18 und § 196 Rn. 5; *Priester*, DB 1997, 560, 566.

¹²⁹ Im Rahmen der Formwechsel nach dem Landwirtschaftsanpassungsgesetz sprach der BGH dem nicht-identitätswahrenden Formwechsel jegliche Umwandlungsqualität ab (siehe oben A. IV. 1. c) cc)).

¹³⁰ *Veil*, Umwandlung, S. 180; *ders.*, DB 1996, 2529, 2531; *Meister/Klöcker* in Kallmeyer, UmwG, § 194 Rn. 34; *Priester*, DB 1997, 560, 566; *Decher* in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 21 m.w.N.; auch für den (nur) quotenverändernden Formwechsel, der nicht mit einer Veränderung im Mitgliederbestand verbunden ist *Priester*, DNotZ 1995, 427, 451; *Eilers*, WiB 1995, 449, 451; *Bayer*, ZIP 1997, 1613, 1617.

¹³¹ *Decher* in Lutter, UmwG, § 95 Rn. 10: große praktische Bedeutung dürfte ... § 195 Abs. 2 ... nicht erlangen.

Klageausschlusses ist nicht gerechtfertigt.¹³² Dafür spricht auch die BGH-Rechtsprechung zum nicht-identitätswahrenden - als Extremfall des quotenändernden - Formwechsel, bei dem der BGH den Eintritt jeglicher Umwandlungswirkungen zum Schutz benachteiligter Gesellschafter ablehnte.¹³³ Eine allgemeine Degradierung der Beteiligung auf ein bar ausgleichbares Vermögensrecht kann § 195 Abs. 2 UmwG nicht entnommen werden.

Nicht-verhältnismäßige Formwechsel können somit ungeachtet des § 195 Abs. 2 UmwG mittels Beschlußmängelklage angegriffen werden.

b) Inhalt und Reichweite von § 210 UmwG

§ 210 UmwG schließt Klagen gegen den Umwandlungsbeschluß aufgrund eines zu niedrig bemessenen oder nicht (bzw. nicht ordnungsgemäß) angebotenen Barabfindungsangebots nach § 207 UmwG aus.¹³⁴

Die Barabfindung ist Ausgleich für diejenigen Gesellschafter, die anlässlich des Formwechsels ausscheiden wollen. Da sie mit ihrem Austritt sowieso sämtliche Herrschaftsrechte in der Gesellschaft verlieren, stellt sich (anders als bei § 195 Abs. 2 UmwG) nicht das Problem, daß durch den Klageausschluß über das Vermögensinteresse hinausgehende Gesellschafterrechte unzulässig verkürzt werden. Die Festsetzung einer angemessenen Abfindung im Rahmen des Spruchverfahrens (§§ 212, 305-312 UmwG) schafft in diesen Fällen eine hinreichende Kompensation.

3. AUSWIRKUNGEN MÖGLICHER MÄNGEL VOR ABLAUF DER MONATSFRIST

a) Kapitalgesellschaften

Neben den speziellen Normen des UmwG findet auf Umwandlungsbeschlüsse¹³⁵ das Beschlußmängelrecht des jeweiligen Ausgangsrechtsträgers Anwendung.¹³⁶ Für die Aktiengesellschaft gelten somit die §§ 241 ff. AktG.¹³⁷ Auch für die GmbH ist die Übertragung der §§ 241 ff. AktG weitgehend anerkannt.¹³⁸ Mit Einführung der einheitlichen Klagefrist durch das Umwandlungs-

¹³² Deshalb verdient auch die pauschale Verweisung von *Vollrath* in Widmann/Mayer, UmwG, § 195 Rn. 19 auf das Verschmelzungsrecht Kritik.

¹³³ Siehe oben A. IV. 1. c) cc).

¹³⁴ Ausführlich *Veil*, Umwandlung, S. 185 f.

¹³⁵ Für Verschmelzungsbeschlüsse *Rettmann*, Rechtmäßigkeitskontrolle, S. 35 ff.

¹³⁶ *Meister/Klöcker* in Kallmeyer, UmwG, § 195 Rn. 7; *Bork* in Lutter, UmwG, § 14 Rn. 4; verfehlt *Laumann* in G/K/T, UmwG, § 193 Rn. 21.

¹³⁷ *Dehmer*, UmwG, § 14 Rn. 5, für Umwandlungen nach dem LwAnpG auch *Kort* in Umwandlungsrecht, S. 194, 198.

¹³⁸ Siehe nur *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, § 45 Rn. 36 ff.; *Schröder*, GmbHR, 1994, 532 ff. mit Bezug auf die jüngsten Tendenzen, die die Übernahme der §§ 241 ff. AktG auf die GmbH wieder einschränken wollen; einschränkend für die personalistisch strukturierte GmbH *Timm*, FS Fleck, S. 365, 370.

gesetz (§ 195 Abs. 1 UmwG) bestehen hinsichtlich des Beschlußmängelrechts im Falle von Umwandlungen von Aktiengesellschaft und GmbH keine Unterschiede mehr; auch auf die GmbH sind die §§ 241 ff. AktG anwendbar.¹³⁹ Das gilt nach § 278 Abs. 3 AktG auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)¹⁴⁰ und nach § 36 VAG für den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVG).¹⁴¹ Auch auf das Beschlußmängelrecht der eingetragenen Genossenschaft ist die Anwendbarkeit der §§ 241 ff. AktG anerkannt.¹⁴² Im Recht der Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts wird das Gesellschaftsrecht durch öffentlich-rechtliches Umwandlungsrecht überlagert.¹⁴³

Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf das Beschlußmängelrecht der §§ 241 ff. AktG.

Zu unterscheiden sind hier formelle und materielle Fehler.¹⁴⁴ Als formelle Mängel kommen Mängel der vorbereitenden Unterlagen, insbesondere des Umwandlungsberichts, Mängel hinsichtlich der Veröffentlichung, Auslegung oder Übersendung des vorbereitenden Materials und Mängel der Ladung und Versammlungsdurchführung in Betracht.¹⁴⁵

Die §§ 241 ff. AktG unterscheiden zwischen Mängeln, die zur Anfechtbarkeit, und Mängeln, die zur Nichtigkeit des Beschlusses führen. Diese Differenzierung dient der Rechtssicherheit. Fällt ein Beschlußmangel nicht unter den Nichtigkeitskatalog von § 241 AktG, soll ihm nur Bedeutung zukommen, wenn er mittels Anfechtungsklage geltend gemacht wird.

Die Auswirkungen der Beschlußmängel sind getrennt nach den verschiedenen Arten von Mängeln zu untersuchen.

aa) Nichtige Beschlüsse¹⁴⁶

Beschlüsse sind nichtig, wenn sie an einem der in den §§ 241, 250, 253, 256 AktG erschöpfend¹⁴⁷ aufgeführten Mängel leiden.¹⁴⁸ Nichtigkeit tritt nur bei besonders evidenten oder inhaltlich schwerwiegenden Mängeln ein.¹⁴⁹

¹³⁹ *Happ* in Lutter, UmwG, § 230 Rn. 30.

¹⁴⁰ *Happ* in Lutter, UmwG, § 230 Rn. 30.

¹⁴¹ *Weigel* in Prölss, VAG, § 36 Rn. 17 f.

¹⁴² *Meyer/Meulenbergh/Beuthien*, GenG, § 51 Rn. 3 m.w.N.; *Dehmer*, UmwG, § 14 Rn. 16 m.w.N.; ausf. *Bayer*, DStR 1999, 1815 ff.

¹⁴³ *H. Schmidt* in Lutter, UmwG, Vor § 301 Rn. 6.

¹⁴⁴ Liste möglicher Mängel bei *Laumann* in G/K/T, UmwG, § 195 Rn. 11 f.; *Veil*, Umwandlung, S. 187 f.; für Verschmelzung *Rettmann*, Rechtmäßigkeitskontrolle, S. 19 ff.

¹⁴⁵ *Lutter* in Lutter, UmwG, § 13 Rn. 41 und *Decher*, UmwG, § 195 Rn. 11 m.w.N.

¹⁴⁶ Ausführlicher *Rettmann*, Rechtmäßigkeitskontrolle, S. 39 ff.

¹⁴⁷ *Hüffer* in G/H, AktG, § 241 Rn. 4; *K. Schmidt* in GK AktG, § 241 Rn. 20: „*numerus clausus*“; **a.A.** *Geßler*, ZGR 1980, 447.

Im Rahmen des Formwechsels können beispielsweise Verstöße gegen Einberufungsvorschriften (§§ 121 Abs. 2 und 3 i.V.m. § 241 Nr. 1 AktG),¹⁵⁰ auftreten. Nach der Rechtsprechung zum LwAnpG fallen auch Beschlüsse, in denen die falsche Zielrechtsform gewählt¹⁵¹ oder Gesellschafter anlässlich der Umwandlung aus der Gesellschaft ausgeschlossen wurden,¹⁵² als Verstöße gegen das Wesen des Formwechsels darunter.¹⁵³

Die Nichtigkeit kann von den Aktionären, dem Vorstand oder einem Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats durch Nichtigkeitsklage gemäß § 249 AktG mit Wirkung inter-omnes festgestellt werden lassen.¹⁵⁴ Sie kann von diesem Personenkreis aber auch in anderer Weise, grundsätzlich jedoch nicht mittels allgemeiner Feststellungsklage (§ 256 ZPO),¹⁵⁵ geltend gemacht werden. Dies resultiert daraus, daß die inter-omnes-wirkende Nichtigkeitsklage in ihren Rechtsfolgen über die lediglich inter-partes-wirkende allgemeine Feststellungsklage hinausgeht und letzterer damit in der Regel das Rechtsschutzinteresse fehlt. Eine Ausnahme davon besteht, wenn es an einem nach den §§ 241 ff. AktG angreifbaren Beschluß überhaupt fehlt; dann schließen die §§ 241 ff. AktG die gewöhnliche Feststellungsklage von Aktionären nicht aus.¹⁵⁶

Von Dritten können Nichtigkeitsgründe mittels gewöhnlicher Feststellungsklage geltend gemacht werden.¹⁵⁷ Solche Fälle werden aber wegen des erforderlichen Feststellungsinteresses gemäß §

¹⁴⁸ Ausführlich *Geßler*, ZGR 1980, 447.

¹⁴⁹ *Hüffer* in G/H, AktG, § 241 Rn. 5.

¹⁵⁰ Teilnahme von weniger als 2/3 der LPG-Mitglieder reiche nicht für die Nichtigkeit: OLG Rostock, ZIP 1994, 1062; weitere Beispiele: *Kort* in Umwandlungsrecht, S. 194 ff.; *Dehmer*, UmwG, § 14 Rn. 5 f.

¹⁵¹ BGHZ 132, 353, 357: nichtig wegen des gebotenen Schutzes der Mitgliedschaft ist Umwandlungsbeschluß ohne gesetzliche Grundlage; BGHZ 137, 134 ff.: Teilung einer LPG in eine GmbH & Co. KG ohne tatsächliche Aufteilung des Unternehmens und damit Umwandlung in eine nicht zugelassene Zielrechtsform; BGHZ 138, 371, 375 (wobei hier der numerus clausus der Umwandlungsformen gewahrt war); BGH, ZIP 1998, 1207, 1208: Beschluß, eine LPG ohne Abwicklung aufzulösen und zusammen mit anderen LPGen eine AG zu gründen; BGH, ZIP 1999, 840: übertragende Umwandlung durch Sachgründung und Vermögensübertragung gegen Ausgabe von Aktien; BGH, WM 1999, 1510 = EWIR 1999, 1019 (*Bayer/Hoffmann*): Umwandlung durch Übertragung des Vermögens auf eine durch Bargründung errichtete Zielgesellschaft; *Kort* in Umwandlungsrecht, S. 194, 203: nichtig wegen Verstoßes gegen das Wesen, der die LPG betreffenden Gesetzesvorschriften; ebenso *Schweizer*, LwAnpG, Rn. 241; *Götz/Schrezenmaier*, AgrarR Sonderheft 10/1993, 21, 23 m.w.N.

¹⁵² BGH, ZIP 1995, 422, 425; vgl. auch BGHZ 138, 371 ff. (wobei sich die Nichtigkeit aber auf einen Teil beschränkte).

¹⁵³ *Hüffer*, AktG, § 241 Rn. 18 unten: Umwandlungsbeschluß ohne gesetzliche Grundlage.

¹⁵⁴ Dabei soll sich dies aber nicht unmittelbar aus den §§ 249 Abs. 1 S. 1 i.V.m. 248 Abs. 1 S. 1 AktG ergeben, denn auch für die Anfechtungsklage folge dies erst aus ihrer Rechtsnatur als Gestaltungsklage (in § 248 Abs. 1 AktG sind nur Aktionäre und Organe genannt), die richterliche Feststellung eines noch schwereren Mangels könne aber keine geringere Bindungswirkung haben: *Hüffer* in G/H, AktG, § 249 Rn. 22.

¹⁵⁵ *K. Schmidt* in GK AktG, § 249 Rn. 36; ebenso *Schilling* in GK AktG³, § 249 Anm. 2; *Godin/Wilhelmi*, AktG § 249 Anm. 5; *Hüffer*, AktG, § 249 Rn. 12; *Zöllner* in KK AktG¹, § 249 Rn. 3; für die e.G. mit Verweis auf die allgemeine Meinung zu § 249 AktG: BGHZ 70, 384, 388.

¹⁵⁶ BGHZ 83, 122, 127 „Holzmüller“ (Feststellung der Nichtigkeit einer Ausgliederung, die ohne Entscheidung der Hauptversammlung erfolgte).

¹⁵⁷ OLG Naumburg, AG 1998, 430: zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Feststellungsklagen neben Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage bei besonderem Feststellungsinteresse.

256 ZPO selten sein.¹⁵⁸ Und selbst dann ist fraglich, ob diese Klage begründet ist,¹⁵⁹ denn das Feststellungsurteil entfaltet nicht die weitreichenden Wirkungen des § 248 AktG, sondern nur die eines gewöhnlichen Feststellungsurteils. Das gilt auch für den Fall, daß die Aktionärseigenschaft des Klägers unerkannt bleibt.¹⁶⁰ Die umfassende Urteilswirkung tritt nur bei Nichtigkeitsklage nach § 249 AktG ein, da nur dort die sachgerechte und konzentrierte Zuständigkeit des § 246 Abs. 3 S. 1 AktG, die umfassende Vertretung der Gesellschaft und die Publizität des Prozesses sichergestellt sind.¹⁶¹

Da nichtige Beschlüsse keine Wirksamkeit entfalten, ist die Nichtigkeitsklage eine bloß feststellende Klage.¹⁶² Sollte der Beschluß trotzdem vor seiner Eintragung faktisch vollzogen worden sein (was kaum vorkommen dürfte, da ja erst die Eintragung den Formwechsel bewirkt), so sind diese Folgen mit Wirkung ex tunc wieder zu beseitigen. Umstritten ist, ob eine Einschränkung der ex tunc-Nichtigkeit Dritten gegenüber vorzunehmen ist. Teilweise wird vertreten, daß diesen durch die rückwirkende Vernichtung des Beschlusses keine wohlervorbenen Rechte entzogen werden dürfen.¹⁶³ Zutreffend wird dagegen eingewandt, daß der Verfahrenszweck der Beschlußmängelklage in Frage gestellt würde, wenn bestimmten Personen noch nach Nichtigerklärung die Berufung auf den Beschluß ermöglicht wäre.¹⁶⁴

bb) Anfechtbare Beschlüsse¹⁶⁵

Ein Gesellschafterbeschluß ist anfechtbar, wenn er gegen Gesetz oder Satzung verstößt (§ 243 Abs. 1 AktG), ohne daß der Verstoß so schwerwiegend ist, daß er zur Beschlußnichtigkeit führt. Die Mangelhaftigkeit kann nur mittels Anfechtungsklage¹⁶⁶ innerhalb eines Monats (§ 246 Abs. 1 AktG)¹⁶⁷ von einer in § 245 AktG genannten Person oder dem Vorstand geltend gemacht werden.

An dieser Stelle soll nur auf einige Anfechtungsgründe eingegangen werden.¹⁶⁸ Verfahrensfehler sind allerdings nur beachtlich, wenn der Beschluß auf ihnen beruht (Kausalitätserfordernis).¹⁶⁹

¹⁵⁸ Zöllner in KK AktG¹, § 249 Rn. 4.

¹⁵⁹ Dagegen bereits Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 84 im Hinblick auf die Möglichkeit Dritter, Beschlußmängel geltend zu machen: Dies könne nur bezüglich solcher Mängel möglich sein, die zur generellen Nichtigkeit führen; regelmäßig stehe das Recht, die Nichtigkeit von Beschlüssen geltend zu machen nur Mitgliedern und Organen, nicht aber Dritten zu. Deren Feststellungsklage wäre unbegründet.

¹⁶⁰ Zöllner in KK AktG¹, § 249 Rn. 12.

¹⁶¹ Zöllner in KK AktG¹, § 249 Rn. 42.

¹⁶² Ganz herrschende Meinung: Hüffer, AktG, § 249 Rn. 10; Schilling in GK AktG³, § 249 Anm. 1; Rettmann, Rechtmäßigkeitskontrolle, S. 39 m.w.N.; a.A. K. Schmidt in GK AktG § 249 Rn. 1.

¹⁶³ Flechtheim, FS Zitelmann, S. 1, 22; dagegen Schmitt, Beschlußmängelrecht, S. 184 ff.

¹⁶⁴ Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 100.

¹⁶⁵ Ausführlicher Rettmann, Rechtmäßigkeitskontrolle, S. 36 ff.

¹⁶⁶ Hüffer in G/H, AktG, § 246 Rn. 3.

¹⁶⁷ Für Anfechtungsklagen in Kapitalgesellschaften bedürfe es der Frist des § 195 Abs. 1 UmwG gar nicht.

¹⁶⁸ Vgl. im übrigen z.B. Hüffer in G/H, AktG, § 243 Rn. 13 ff.; für die GmbH Koppstein in Rowedder, GmbHG, § 47 Rn. 98 ff.

Treuepflichtverletzungen, beispielsweise die Nichtgewährung rechtlichen Gehörs vor dem Ausschluß von Gesellschaftern aus der Gesellschaft, führen, da sie nicht gegen das Wesen des Verbandes verstoßen, nur zur Anfechtbarkeit des Beschlusses.¹⁷⁰ Das gilt auch für Beschlüsse, die durch eine beschlußunfähige Gesellschaft gefaßt werden,¹⁷¹ zu deren Einladung eine „falsche“ Komplementärin angekündigt wird¹⁷² und solche, die gegen das Gleichbehandlungsgebot¹⁷³ oder Willkürverbot¹⁷⁴ verstoßen.¹⁷⁵

Ebenfalls zur Anfechtbarkeit führt es, wenn in der Einladung zur Hauptversammlung der Wortlaut von Umwandlungsbeschluß und neuer Satzung nicht enthalten sind,¹⁷⁶ oder Auskunftsansprüche verletzt werden.¹⁷⁷ Als spezieller Anfechtungsgrund im Rahmen des Formwechsels kommt auch die fehlerhafte Erstattung des Umwandlungsberichts in Betracht.¹⁷⁸ Dagegen kann die Abweichung des Beschlusentwurfs, der dem Betriebsrat zugeleitet wurde, vom tatsächlich gefaßten Umwandlungsbeschluß eine Anfechtung nicht rechtfertigen.¹⁷⁹

Abweichend vom allgemeinen Beschlußmängelrecht wird aber im Rahmen des Umwandlungsgesetzes eine materielle Beschlußkontrolle abgelehnt,¹⁸⁰ das heißt, daß dem Minderheitsgesellschafter kein Anfechtungsrecht zur Kontrolle der Mehrheitsmacht zur Verfügung steht.¹⁸¹

Da die Frist in § 195 Abs. 1 UmwG von der herrschenden Ansicht auf sämtliche Klagemöglichkeiten bezogen wird, kommt der Unterscheidung zwischen anfechtbaren und nichtigen Beschlüs-

¹⁶⁹ *Decher* in Lutter, UmwG, § 195 Rn. 13; *Koppensteiner* in Rowedder, GmbHG, § 47 Rn. 113 f.; ausführlich, insbesondere zur Beweislast *Hüffer*, AktG, § 243 Rn. 61 f.; *K. Schmidt* in GK AktG, § 243 Rn. 21 ff.; *Hüffer* in G/H, AktG, § 243 Rn. 23 ff.; BGH, ZIP 1998, 22 = EWiR 1998, 895 (*Sernetz*); ausführlich *Lutter* in Lutter, UmwG, § 13 Rn. 42 zur Relevanz/Kausalität verschiedener Mängelgruppen.

¹⁷⁰ *Kort* in Umwandlungsrecht, S. 194, 201; BGH, NJ 1996, 529, 530 bezüglich einer Beschlußvorlage ohne Beifügung der erforderlichen Unterlagen.

¹⁷¹ BGH, DtZ 1994, 349; zustimmend *Kort* in Umwandlungsrecht, S. 194, 201 f.

¹⁷² LG Wiesbaden, AG 1999, 47, 48.

¹⁷³ *Zöllner* in KK AktG¹, § 241 Rn. 13; BGH, WM 1993, 176: Verstoß gegen Gleichbehandlungsgebot im Rahmen der LPG-Umwandlungen zum Beispiel beim Ausschluß von Rückerstattungsansprüchen von Mitgliedern, die durch Kündigung ausgeschieden sind: hier erlange der Beschluß allerdings „ebenso wie ein gegen zwingende Vorschriften verstößender Generalversammlungsbeschluß im Genossenschaftsrecht keine Wirksamkeit“.

¹⁷⁴ *Decher* in Lutter, UmwG, § 195 Rn. 14; weitere Beispiele: *Dehmer*, UmwG, § 14 Rn. 9.

¹⁷⁵ Dazu auch *Kort* in Umwandlungsrecht, S. 194, 203 zustimmend zu BGH, NJ 1996, 529, 530 bei besonderer Art und Schwere soll nach dem aber auch Nichtigkeit gegeben sein können.

¹⁷⁶ LG Hanau, ZIP 1996, 422.

¹⁷⁷ LG Heidelberg, DB 1996, 1768.

¹⁷⁸ *Veil*, Umwandlung, S. 187 f.

¹⁷⁹ OLG Naumburg, DB 1997, 466, 467.

¹⁸⁰ Ausführlich *Weiler*, Anfechtungsrecht, S. 199 m.w.N.; *Binnewies*, GmbHR 1997, 727, 733 (Ausnahme für den Fall, daß es durch die Umwandlung zu einer qualifizierten Abhängigkeit kommt); *Meyer-Landrut/Kiem*, WM 1997, 1361, 1365; *Decher* in Lutter, UmwG, § 193 Rn. 8 und § 195 Rn. 14; *Laumann* in G/K/T, UmwG, § 193 Rn. 24 und 28: außer bei bewußten und krassen Abweichungen vom Soll-Zustand.

¹⁸¹ Ausführlich *Hüffer* in G/H, AktG, § 243 Rn. 40; kritisch *Bayer*, ZHR 163 (1999), 505, 538; *ders.*, ZIP 1997, 1613, 1624, wobei zwischen Verschmelzung und Formwechsel differenziert wird; für den Formwechsel sei eine sachliche Rechtfertigung nicht erforderlich.

sen kaum Bedeutung zu, da danach sämtliche Mängel innerhalb eines Monats klageweise geltend gemacht werden müssen.¹⁸²

Das stattgebende Urteil einer Anfechtungsklage vernichtet den Beschluß mit rückwirkender Kraft.¹⁸³

cc) Nichtbeschlüsse

Auf die sogenannten „Nicht-“ oder „Scheinbeschlüsse“ soll an dieser Stelle auch eingegangen werden, weil im Rahmen der Umwandlungen nach dem LwAnpG Umwandlungsbeschlüsse aufgetreten sind, die die Rechtsprechung anders als „gewöhnliche“ nichtige Beschlüsse behandelt hat - die Fälle, in denen der Umwandlungsbeschluß gegen den sogenannten numerus clausus der Umwandlungsformen oder das Identitätserfordernis verstieß.¹⁸⁴ Obwohl der BGH auch diese Beschlüsse „nur“ für nichtig hielt,¹⁸⁵ lehnte er den Eintritt ihrer Rechtsfolgen mit Eintragung der Umwandlung nach § 34 Abs. 3 LwAnpG und auch eine Heilung des Beschlusses nach Ablauf von drei Jahren (§ 242 Abs. 2 AktG analog) ab.¹⁸⁶ Eine Differenzierung zwischen „normalen“ nichtigen Beschlüssen, die mit Eintragung nach § 34 Abs. 3 LwAnpG trotzdem Wirkung entfalten und einer Heilung nach § 242 Abs. 2 AktG zugänglich sind, und solchen, wo dies gerade nicht erfolgt, müßte aber bereits bei der Einordnung des Beschlusses selbst ansetzen. Denn wenn ein Beschluß nichtig im Sinne des Gesetzes ist, ist seine Heilung nach § 242 Abs. 2 AktG (analog) zwingend.¹⁸⁷ Eine Sonderbehandlung von gegen den numerus clausus der Umwandlungsformen oder das Identitätserfordernis verstoßenden Beschlüssen setzt deshalb bereits eine unterschiedliche Einordnung des entsprechenden Beschlusses voraus.

Nicht- oder Scheinbeschlüsse sollen bei besonders krassen Verfahrensverstößen vorliegen.¹⁸⁸

Diese Fehler sollen dazu führen, daß von einem Beschluß, nicht einmal von einem nichtigen, gar nicht gesprochen werden könne, sondern höchstens der Anschein eines Beschlusses vorliege.¹⁸⁹

Hier ist aber noch vieles ungeklärt. Abgesehen davon, daß von einem Teil der Literatur eine Kategorie der „Scheinbeschlüsse“ gänzlich für verzichtbar gehalten wird,¹⁹⁰ ist auch die sonstige

¹⁸² Da die Trennung in anfechtbare und nichtige Beschlüsse gerade durch Festsetzung unterschiedlicher Klagefristen erfolgt, entfällt praktisch die Unterscheidung in anfechtbare und nichtige Beschlüsse, so daß sämtliche auftretende Mängel einheitliche behandelt werden, siehe auch *Decher* in Lutter, UmwG, § 195 Rn. 11 ff.

¹⁸³ *Zöllner* in KK AktG¹, § 248 Rn. 9 ff.; *Hüffer*, AktG, § 248 Rn. 6 ff.; *Schmitt*, Beschlußmängelrecht, S. 183; *K. Schmidt* in GK AktG, § 248 Rn. 5; **a.A.** *Sosnitza*, NZG 1998, 335: die Entscheidung wirkt ex nunc, jedoch materiell rückwirkend.

¹⁸⁴ Siehe vorn A. IV. 1. c) cc) und dd).

¹⁸⁵ Siehe vorn C. II. 3. a) aa).

¹⁸⁶ BGHZ 137, 134; BGH, ZIP 1999, 840; BGH, WM 1999, 1510.

¹⁸⁷ Sinngemäß LG Hamburg, ZIP 1990, 376, 378: „nach Auffassung des Gerichts meint § 241 Nr. 3 AktG nur heilbar nichtige Beschlüsse“.

¹⁸⁸ Ausführlich *Hüffer* in G/H, AktG, § 241 Rn. 10; *K. Schmidt* in GK AktG, § 241 Rn. 11 ff.

¹⁸⁹ *Hüffer* in G/H, AktG, § 241 Rn. 10; *Casper*, Heilung, S. 39 ff.

Behandlung dieser Beschlüsse umstritten. Dazu zählt zum einen die Frage, wie die entsprechenden Beschlußmängel klageweise geltend gemacht werden können (von der wohl herrschenden Ansicht wird allein die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO für anwendbar gehalten,¹⁹¹ die Gegenansicht will die Nichtigkeitsklage nach § 249 AktG analog anwenden¹⁹²) und zum anderen ob diese Beschlüsse der Heilung nach § 242 Abs. 2 AktG (analog) zugänglich sind.¹⁹³

Die in diesem Rahmen behandelten Fallgruppen schwerer Verfahrensmängel - beispielsweise die Einberufung einer Versammlung von Leuten, die nicht Gesellschafter sind¹⁹⁴ - dürften im Rahmen von Umwandlungen aber kaum auftreten, insbesondere sind numerus clausus- und Identitätsverstöße nicht hierunter zu fassen.

Nach der Rechtsprechung können darüber hinaus aber auch „wirkungslose“ Beschlüsse vorkommen.¹⁹⁵ Ein solcher soll vorliegen, wenn ein Beschluß auf etwas rechtlich nicht mögliches gerichtet ist, etwa ein Zustimmungsbeschluß zu einem rückwirkenden und damit nichtigen Beherrschungsvertrag. Obwohl dieser Beschluß (insbesondere in verfahrensmäßiger Hinsicht) im übrigen fehlerfrei sein kann, entfalte er keine Rechtswirkungen, er gehe „ins Leere“.¹⁹⁶

Diese Entscheidungen sind allerdings auf starke Kritik gestoßen.¹⁹⁷ Soweit ersichtlich richtet sie sich in erster Linie dagegen, daß in den entschiedenen Fällen die speziellen Beschlußmängelklagen - Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage - trotz Fehlerhaftigkeit des Beschlusses abgewiesen und nur die allgemeine Feststellungsklage für zulässig erachtet wurde.¹⁹⁸ Dagegen wird von den Kritikern die Anwendung der Nichtigkeitsklage nach § 249 AktG, insbesondere aus Rechtsschutzgründen,¹⁹⁹ als das bessere Rechtsschutzverfahren angesehen.²⁰⁰ Denn die zitierten Entscheidungen führten im Ergebnis dazu, daß der Kläger mit seiner Klage unterlag, obwohl die an-

¹⁹⁰ Hüffer in G/H, AktG, § 241 Rn. 11; ders., AktG, § 241 Rn. 3; Zöllner in KK AktG¹ § 241 Rn. 11 ff. und § 249 Rn. 54 ff.; Koppensteiner in Rowedder, GmbHG, § 47 Rn. 75; Vogel, Gesellschafterbeschlüsse, S. 196 f.

¹⁹¹ K. Schmidt, GK AktG, § 241 Rn. 12; Henn, Aktienrecht, § 28 Rn. 961 (S. 490).

¹⁹² K. Schmidt, GK AktG, § 241 Rn. 12; Schilling/Zutt in Hachenburg, GmbHG⁷, Anh. § 47 Rn. 6, ebenso zwangsläufig die Ansichten, die „Scheinbeschlüsse“ als solche ablehnen.

¹⁹³ Bejahend: Schilling/Zutt in Hachenburg, GmbHG⁷, Anh. § 47 Rn. 6; Raiser in Hachenburg, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 26; a.A. Lutter/Hommelhoff, GmbHG Anh. § 47 Rn. 4: Beschluß sei nicht analog § 241 Nr. 3 AktG mit Heilungsmöglichkeit nichtig; vgl. auch K. Schmidt in GK AktG, § 241 Rn. 13.

¹⁹⁴ Beispiel bei Hüffer, AktG, § 241 Rn. 3.

¹⁹⁵ OLG Hamburg, ZIP 1989, 1326 = EWiR 1989, 1053 (Krieger); LG Hamburg, ZIP 1990, 376 = EWiR 1990, 225 (Lauber-Nöll); offen gelassen OLG Hamburg, ZIP 1990, 1071, 1072: da hier der Nichtigkeitsgrund § 241 Nr. 3 AktG als erfüllt angesehen wurde, bedurfte dies keiner abschließenden Erörterung.

¹⁹⁶ OLG Hamburg, ZIP 1989, 1326, 1327.

¹⁹⁷ Timm, ZIP 1990, 361 ff.; Lauber-Nöll, EWiR 1990, 225 f.; Krieger, EWiR 1989, 1053 f.; Emmerich, WuB II A. § 294 AktG 1.90 (S. 453, 454): „eigenartig“.

¹⁹⁸ OLG Hamburg, ZIP 1989, 1326, 1327; LG Hamburg, ZIP 1990, 376, 378.

¹⁹⁹ Krieger, EWiR 1989, 1053, 1054.

gegriffenen Beschlüsse wirklich rechtswidrig waren. Zudem wird durch die Anwendung der allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO die Gefahr divergierender Entscheidungen befürchtet.²⁰¹

Der Kritik ist darin zu folgen, daß man die erhobene Nichtigkeitsklage wohl auch in eine allgemeine Feststellungsklage hätte umdeuten können.²⁰² Davon abgesehen ist den Entscheidungen aber zuzustimmen. Die Einordnung der Beschlüsse als „wirkungslos“ erlaubt, sie anderen Regeln zu unterstellen, als die nichtigen Beschlüsse, sie also insbesondere von der Heilung nach § 242 Abs. 2 AktG (analog) auszunehmen.²⁰³ Diese Lösung ist dogmatisch sauberer, als alle grob fehlerhaften Beschlüsse als nichtig anzusehen und dann im Rahmen des § 242 Abs. 2 AktG Ausnahmen zu konstruieren.²⁰⁴ Dabei wird nämlich übersehen, daß diese Ausnahme eben doch zu einer unterschiedlichen Behandlung der verschiedenen Arten nichtiger Beschlüsse führt. Dann ist es aber nur sachgerecht, diese Differenzierung bereits bei der Einordnung des betreffenden Beschlusses vorzunehmen. Denn es handelt sich allein um eine Besonderheit des Beschlusses, nicht aber der Heilungsmöglichkeit nach § 242 AktG.

Zudem ist mit der Anerkennung solcher „wirkungslosen“ Beschlüsse noch nicht gesagt, daß diese nur mit der allgemeinen Feststellungsklage angegriffen werden können. Wie bei den unwirksamen Beschlüssen könnte man ebenso an eine analoge Anwendung des Beschlußmängelrechts der §§ 241 ff. AktG - freilich ohne die Heilungsmöglichkeit nach § 242 Abs. 2 AktG - denken.

Neben anfechtbaren und (heilbar-) nichtigen Beschlüssen ist somit noch eine weitere Kategorie „unheilbar nichtiger“ oder „wirkungsloser“ Beschlüsse anzuerkennen.

Bis zur Eintragung der Umwandlung hat die Unterscheidung in nichtige Beschlüsse und „Nichtbeschlüsse“ allerdings keine Bedeutung. Ein „Weniger“ als das Ausbleiben sämtlicher Rechtsfolgen, ist nicht vorstellbar.

Für eingetragene Umwandlungen kann aber nur die Differenzierung zwischen nichtigen und noch stärker mangelbehafteten Beschlüssen eine Ungleichbehandlung hinsichtlich der Anwendbarkeit der Heilungsnorm des § 242 Abs. 2 AktG (dem einzigen Fall, bei dem der Unterschied

²⁰⁰ *Lauber-Nöll*, EWiR 1990, 225, 226; *Krieger*, EWiR 1989, 1053, 1054.

²⁰¹ *Lauber-Nöll*, EWiR 1990, 225, 226.

²⁰² Zutreffend *Emmerich*, WuB II A. § 294 AktG 1.90 (S. 453, 454).

²⁰³ Kritisch gegenüber diesem Weg aber *Priester*, WuB II A. § 291 AktG 1.91 (S. 249, 250) nach dem es bei der Teilung in anfechtbare, nichtige und gegebenenfalls noch unwirksame Beschlüsse bleiben sollte; vgl. auch OLG Hamburg, ZIP 1990, 1071, 1072.

zwischen nichtigem Beschluß und „Nichtbeschluß“ eine Rolle spielen soll)²⁰⁵ und § 202 Abs. 3 UmwG - bzw. § 34 Abs. 3 LwAnpG - rechtfertigen.

Eine abschließende Stellungnahme dazu, ob *numerus clausus*-Verstöße und Verstöße gegen das Identitätsgebot eine Einordnung dieser Beschlüsse zu den „unheilbar nichtigen“, „wirkungslosen“ oder „Nichtbeschlüssen“ rechtfertigen, ist aber erst möglich, wenn die Ergebnisse der Rechtsprechung auf ihre Richtigkeit hin überprüft wurden. Es ist erst noch zu klären, ob diese Mängel so gravierend sind, daß sie der Anwendung der §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG und der Heilungsnorm des § 242 Abs. 2 AktG (analog) entgegen stehen.

dd) Unwirksame Beschlüsse

Bei unwirksamen Beschlüssen²⁰⁶ handelt es sich um Beschlüsse, die an sich ohne Rechtsverstoß gefaßt wurden, denen aber noch zusätzliche Voraussetzungen zu ihrer Wirksamkeit fehlen, beispielsweise Zustimmungen, Genehmigungen oder die Handelsregistereintragung satzungsändernder Beschlüsse.²⁰⁷ Zwar sind Nichtigkeit und Unwirksamkeit eigenständige Kategorien fehlerhafter Beschlüsse; wenn die fehlenden Wirksamkeitsvoraussetzungen unwirksamer Beschlüsse aber nicht mehr erfüllt werden können, sind ihre Wirkungen, nämlich Ausbleiben der beschlossenen Rechtsfolgen, identisch. Dementsprechend sind auch eine Reihe von Vorschriften über die Nichtigkeit im AktG analog heranzuziehen.²⁰⁸

Nach herrschender Ansicht wird die Unwirksamkeit eines Beschlusses mittels allgemeiner Feststellungsklage geltend gemacht.²⁰⁹ Die Wirkungen einer die Unwirksamkeit feststellenden Entscheidung sind umstritten. Die wohl herrschende Meinung geht davon aus, daß diese wie jede andere allgemeine Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO nur *inter-partes*-Wirkung entfaltet. Die analoge Anwendung des § 249 AktG wird überwiegend abgelehnt.²¹⁰

Kann die erforderliche Maßnahme nicht mehr vorgenommen werden, ist die Unwirksamkeit endgültig. Nach einer Ansicht sei diese endgültige Unwirksamkeit der Nichtigkeit gleichgestellt,

²⁰⁴ So aber *Casper*, Heilung, S. 46, 296 f.; insoweit ist die Begründung des Landgerichts Hamburg (ZIP 1990, 376, 378; § 241 Nr. 3 AktG erfasse nur heilbare nichtige Beschlüsse) gar nicht so „abwegig“, wie *Timm* (ZIP 1990, 361, 364 Fn. 27) meint.

²⁰⁵ *Koppensteiner* in Rowedder, GmbHG, § 47 Rn. 75.

²⁰⁶ Z.B. Beschlüsse, die in unentziehbare Rechte eingreifen, sind nicht nichtig, sondern ihre Wirksamkeit hängt von der Zustimmung des Betroffenen ab. Wird diese nicht erteilt, sind sie unwirksam BGH, WM 1955, 259, 260.

²⁰⁷ *Hüffer* in G/H, AktG, § 241 Rn. 19; so zwar ausdrücklich BayObLG, ZIP 1996, 1467, 1468 für die Umwandlung einer AG in eine GmbH & Co. KG ohne Angabe der Komplementäre; ebenso *Dehmer*, UmwG, § 234 Rn. 1 mit Verweis auf *Baumbach/Hueck*, AktG¹³, Anh. § 393 § 20 UmwG Rn. 2 - wobei aber bezweifelt werden kann, ob „unwirksam“ wirklich im obigen Sinn gemeint war (*Baumbach/Hueck* a.a.O.: „nicht wirksam“).

²⁰⁸ OLG Stuttgart, AG 1993, 94; für die GmbH *Priester* in Scholz, GmbHG, § 53 Rn. 67.

²⁰⁹ *Hüffer* in G/H, AktG, § 241 Rn. 21; *Zöllner* in KK, AktG, § 241 Rn. 17; OLG Stuttgart, AG 1993, 94.

so daß gegen sie die Nichtigkeitsklage nach § 249 AktG zulässig sei.²¹¹ Die Gegenansicht²¹² läßt auch hier lediglich die allgemeine Feststellungsklage zu und verweist darauf, daß Beschlüsse zugleich schwebend und endgültig unwirksam sein können.²¹³ Das gewählte Beispiel: beim Eingriff in ein Sonderrecht von Gesellschaftern stimmt einer zu, ein anderer verweigert die Zustimmung, überzeugt jedoch nicht. War nämlich die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich, liegt bereits mit der Weigerung eines von ihnen endgültige Unwirksamkeit vor.

Im Hinblick auf die Voraussetzungen für die analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG ist festzustellen, daß es zwar grundsätzlich nicht an einer Möglichkeit fehlt, Unwirksamkeitsgründe gerichtlich geltend zu machen. Letztlich steht zumindest die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO zur Verfügung. Es fehlt aber an einer Möglichkeit, diese Mängel mit Wirkung inter-omnes geltend zu machen; eine Unwirksamkeitsklage findet sich im Gesetz nicht.

Diese Regelungslücke müßte aber auch planwidrig sein. Dafür spricht, daß verschiedene Unwirksamkeitsgründe bereits im Nichtigkeitskatalog des § 241 AktG aufgeführt sind²¹⁴ und eine Regelung für mögliche weitere Unwirksamkeitsgründe mangels ersichtlichen Bedarfs unterblieb.

Weiterhin muß die Interessenlage bei endgültig unwirksamen und nichtigen Beschlüssen vergleichbar sein. Im Aktiengesetz können sowohl Anfechtungs- als auch Nichtigkeitsgründe stets mit Wirkung inter-omnes geltend gemacht werden. Da ein Gesellschafterbeschuß stets gegenüber allen Gesellschaftern wirkt, muß dies auch für die Tatsache, daß er keine Wirkungen (mehr) entfaltet, gelten. Die bloße inter-partes-Wirkung der allgemeinen Feststellungsklage erscheint damit unvereinbar und die Abweichung zur Behandlung nichtiger Beschlüsse, deren Mangelhaftigkeit mittels Nichtigkeitsklage inter-omnes festgestellt wird, nicht gerechtfertigt. Daher ist § 249 AktG, der auf § 248 AktG verweist, zumindest hinsichtlich der erweiterten Rechtskraftwirkung, analog anzuwenden.²¹⁵

Dafür spricht auch das von *Noack*²¹⁶ - allerdings im Zusammenhang mit der bloßen inter-partes-Wirkung des Feststellungsurteils von Beschlußmängelklagen in Personenhandelsgesellschaften - angeführtes Argument wonach der in § 248 AktG enthaltene Gedanke verallgemeinerungsfähig sei, da das Beschlußmängelverfahren der Wahrung der verbandlichen Rechtsordnung diene. Dem könne ein Urteil nicht genügen, das allein zwischen Kläger und Verband verbindlich ist, denn damit wäre nur erreicht, daß allein das klagende Mitglied von der Wirkung des Beschlusses zu verschonen sei. Zweck der gerichtlichen Prüfung sei aber, Klarheit über die Beschlußlage zu

²¹⁰ Hüffer in G/H, AktG, § 241 Rn. 21 und § 249 Rn. 28 f.; a.A. Zöllner in KK AktG¹, § 249 Rn. 51.

²¹¹ K. Schmidt in GK AktG, § 241 Rn. 18.

²¹² Hüffer in G/H, AktG, § 241 Rn. 21.

²¹³ Hüffer in G/H, AktG, § 241 Rn. 29.

²¹⁴ Statt aller Hüffer, AktG, § 241 Rn. 7 m.w.N.

²¹⁵ Ausführlich Casper, Heilung, S. 275 ff. m.w.N.; a.A. Hüffer in G/H, AktG, § 241 Rn. 21.

schaffen; daher müßte ein Urteil, das in einem Beschlußmängelprozeß ergangen ist, analog § 248 AktG für alle Beteiligten in Rechtskraft erwachsen. Dies müsse auch hinsichtlich der Geltendmachung endgültiger Unwirksamkeit gelten.

ee) *Teilfehlerhafte Beschlüsse*

Einzugehen ist auch auf teilfehlerhafte Umwandlungsbeschlüsse. Solche liegen beispielsweise vor, wenn der Gesellschaftsvertrag der Zielgesellschaft (über den auch durch den Umwandlungsbeschuß entschieden wird)²¹⁷ mangelhaft ist.²¹⁸ Die Rechtsprechung wendet auf teilfehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse die Gesamtnichtigkeitsvermutung des § 139 BGB an.²¹⁹ Betrifft ein Beschluß aber die Struktur bzw. Organisation der Gesellschaft, ist grundsätzlich von bloßer Teilanfechtbarkeit oder Teilnichtigkeit auszugehen,²²⁰ § 139 BGB sozusagen umzukehren.²²¹ Zumindest soll keine grundlegende Vermutung zugunsten von Gesamtnichtigkeit bestehen, § 139 BGB also nicht anwendbar sein.²²² Für die fehlerhafte Umwandlung, die einen solchen Organisationsakt darstellt, kommt man hier zu dem Ergebnis, daß inhaltliche Mängel der Umwandlung in aller Regel nicht zu deren Gesamtnichtigkeit führen.²²³ Lediglich die fehlerhaften Regelungen bedürfen einer Korrektur.²²⁴ Dies folgt entweder aus der Umkehrung des § 139 BGB oder selbst bei

²¹⁶ Fehlerhafte Beschlüsse, S. 86.

²¹⁷ Decher in Lutter, UmwG, § 194 Rn. 28.

²¹⁸ Für teilfehlerhafte Umwandlungsbeschlüsse z.B. BGHZ 138, 371, 376; für eine Klausel, die die Mitgliedschaft im neuen Rechtsträger auf solche Mitglieder beschränkt, welche die Satzung unterzeichnet haben; OLG Rostock, AgrarR 1993, 257, 258: wonach die Bestimmung im Umwandlungsbeschuß, daß sieben Mitglieder die gegen die Umwandlung stimmten ausscheiden, die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses im übrigen unberührt lasse.

²¹⁹ BGHZ 124, 111, 122 zumindest, wenn sie auf die Begründung, Änderung oder Aufhebung sozial- oder individualrechtlicher Befugnisse oder Pflichten gerichtet sind und ihnen ... deswegen ein rechtsgeschäftlicher Inhalt zuerkannt werden kann; LG Braunschweig, DB 1992, 1398: keine Teilnichtigkeit bei Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluß, dieser sei untrennbarer Teil des Beschlusses; analoge Anwendung des § 139 BGB auch auf teilanfechtbare Hauptverhandlungsbeschlüsse LG Frankfurt, WM 1990, 237, 239 (Satzungsänderung); LG Nürnberg, AG 1995, 141, 142 (Zustimmungsbeschuß zu Beherrschungsvertrag); OLG Hamburg, AG 1991, 23, 24; zustimmend Krieger, EWiR 1989, 1053, 1054; LG Bonn, AG 1991, 114, 116; OLG München, AG 1993, 283, 284; RGZ 146, 385, 394; Zöllner in KK AktG¹, § 241 Rn. 63; Becker, Verwaltungskontrolle, S. 428; Hüffer in G/H, AktG, § 241 Rn. 76; ders., AktG, § 241 Rn. 36.

²²⁰ Roth in Staudinger, BGB, § 139 Rn. 83; Damm in AK BGB, § 139 Rn. 3; Hefermehl in Soergel, BGB, § 139 Rn. 58; für Unternehmensverträge Lauber-Nöll, Unternehmensverträge, S. 114 ff. m.w.N.; auch für die Umwandlung, die durch zweigliedrigen Beschluß gefaßt wurde: LG Bonn, AG 1991, 114, 116 (Nichtigkeit sogenannter „beiläufiger Satzungsänderungen“).

²²¹ OLG Hamburg, ZIP 1990, 1071, 1074; zustimmend Priester, WuB II A. § 291 AktG 1.91 (S. 249 f.); OLG Hamburg, AG 1970, 230, 231; BGHZ 47, 172, 180; Ulmer in Hachenburg, GmbHG, § 53 Rn. 97; für die Gründung von Gesellschaften ist dies weitgehend anerkannt: Emmerich in Heymann, HGB, § 105 Rn. 87; Koller in Koller/Roth/Mork, HGB, § 105 Rn. 26; Ulmer in MüKo BGB, § 705 Rn. 46 und 251; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 6 I. 1. b) (S. 144); ders., AcP 186 (1986), 421, 443; ders. in Schlegelberger, HGB, § 105 Rn. 208; Baumbach/Hopt, HGB § 105 Rn. 79; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, § 3 III. 3. (S. 184).

²²² BGHZ 49, 364, 365, nach dem auch bei Fehlen einer salvatorischen Klausel die Gültigkeit der übrigen Vertragsbestimmungen zu bejahen sein wird; Koller in Koller/Roth/Mork, § 105 Rn. 26; Ulmer in Staub, HGB, § 105 Rn. 342; für die AG-Gründung: Kraft in KK AktG, § 23 Rn. 120; Grunewald in G/H, AktG, § 352a Rn. 14 und in Lutter, UmwG, § 20 Rn. 75; die aber von der Prämisse ausgeht, daß eine Vernichtung der fehlerhaften Verschmelzung ausscheidet und schon deshalb § 139 BGB mit der Frage nach dem Willen der Gesellschafter nicht anwendbar sei.

²²³ So auch bei OLG Hamburg, ZIP 1990, 1071, 1074; zustimmend Priester, WuB II A. § 291 AktG 1.91 (S. 249 f.).

²²⁴ Für die Gründung von Kapitalgesellschaften: Stein, ZGR 1994, 472, 473, wonach zwar die Gesellschaft erhöhten Bestandsschutz genieße, für die Nichtigkeit der einzelnen Satzungsnormen aber keine Einschränkungen bestehen;

Anwendung des § 139 BGB daraus, daß die Gesellschafter die betreffende Maßnahme auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen hätten.²²⁵

Wenn diese Einschränkung des § 139 BGB auf gesellschaftsrechtliche Akte teilweise erst ab dem Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens vorgenommen wird²²⁶ - vor ihrem Vollzug soll die Gesamtnichtigkeit nicht zu unsachgemäßen Ergebnissen führen - überzeugt das aber nicht, denn der mutmaßliche Wille der Gesellschafter, nach dem sich die Anwendbarkeit des § 139 BGB richtet, ändert sich zwischen Beschlußfassung und Eintragung des Beschlusses nicht. Auch wenn vor Vollzug des Beschlusses das Bedürfnis nach Aufrechterhaltung des organisationsrechtlichen Aktes gering ist, so daß auch die Gesamtnichtigkeit nicht zu untragbaren Folgen führen würde, wird der Wille der Gesellschafter auch zu diesem Zeitpunkt schon dahin gehen, den Organisationsakt trotz der fehlerhaften und damit noch zu ersetzenden Teile zu vollziehen.²²⁷

Der teilfehlerhafte Beschluß kann mit Teilanfechtungs- oder Teilnichtigkeitsklage, für die die gleichen Grundsätze gelten,²²⁸ angegriffen werden.²²⁹ Diese Klagen haben aber nur dann uneingeschränkt Erfolg, wenn sich der Mangel auf den fehlerhaften Teil beschränkt.²³⁰ Die entsprechenden Regelungen würden für nichtig erklärt und durch ergänzende Vertragsauslegung ersetzt.²³¹

Kommt das Gericht aber bei Erhebung einer Teilklage zu dem Ergebnis, daß der Mangel zur Gesamtnichtigkeit des Beschlusses nach § 139 BGB führt (was - wie gerade gezeigt - wegen des organisationsändernden Charakters der Umwandlung nur selten vorkommen wird), würde die

ebenso für die AG-Gründung: *Kraft* in KK AktG, § 23 Rn. 120; *Wiedemann* in GK AktG³, § 275 Anm. 2; für die fehlerhafte Verschmelzung *Grunewald* in G/H, AktG, § 352a Rn. 14 und in *Lutter*, UmwG, § 20 Rn. 75 die diese Grundsätze sogar auf Mängel, die sonst zur Gesamtnichtigkeit führen würden, anwendet.

²²⁵ OLG Dresden, AgrarR 1998, 261, 262.

²²⁶ OLG Karlsruhe, WM 1993, 2092, 2093; zustimmend *Brender* WuB II C. § 54 GmbHG 1.94 (S. 279, 280); *Röhricht* in GK AktG, § 23 Rn. 206 m.w.N.

²²⁷ So auch *Sommer/Weitbrecht*, GmbHR 1991, 449, 450.

²²⁸ *K. Schmidt* in GK AktG § 241 Rn. 27 und § 243 Rn. 69.

²²⁹ *Hüffer* in G/H, AktG, § 243 Rn. 11; *Zöllner* in KK AktG¹, § 248 Rn. 41; auch *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 151, allerdings nur für den Ausnahmefall, daß die Fehlerhaftigkeit des einen Teils nicht die Fehlerhaftigkeit des ganzen Beschlusses bewirkt; für die nichtige Klausel über die Rückwirkung eines Beherrschungsvertrages: OLG Hamburg, ZIP 1990, 1071, 1072: Nichtigkeitsklage sei nur teilweise erfolgreich; anders noch OLG Hamburg, AG 1991, 23, 24; LG Hamburg, ZIP 1990, 376, die diese Beschlüsse als „gegenstandslose Beschlüsse“ ansahen und lediglich die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO zuließen, diese Rechtsprechung wurde aber auf die Kritik von *Emmerich*, WuB II A. § 294 AktG 1.90 (S. 453, 454): „eigenartig“; *Krieger*, EWiR 1989, 1053, 1054; *Lauber-Nöll*, EWiR 1990, 225, 226 hin aufgegeben.

²³⁰ Lag vor im Urteil des LG Nürnberg-Fürth, AG 1995, 141, 142; vgl. dazu auch *Vetter*, MDR 1998, 573, 574, der auch eine Teilanfechtungsklage in dem Sinne, daß die Anfechtung unter der Bedingung erfolgt, daß wirklich nur Teilnichtigkeit vorliegt, zulassen will, m.w.N. zur herrschenden Gegenansicht, die darin eine echte und damit unzulässige Bedingung sieht.

²³¹ LG Bonn, AG 1991, 114, 116.

Teilklage als unbegründet abgewiesen.²³² Denn sie könnte nur zur Teilvernichtung des Beschlusses führen. Bleibt bei Fehlen des vernichteten Teils aber ein unselbständiger Rest übrig, der damit auch für nichtig erklärt würde, widerspräche diese Gesamtvernichtung dem Klägerinteresse. Hier hätte der Kläger besser eine unbeschränkte Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklage erheben sollen, denn in deren Rahmen wird sowohl geprüft, ob der Beschluß an sich nichtig, als auch, ob er erst infolge der Nichtigkeit eines Teiles gemäß § 139 BGB gesamtnichtig ist.²³³

Umgekehrt würde eine uneingeschränkte Beschlußmängelklage im Falle der bloßen Teilfehlerhaftigkeit des Beschlusses dazu führen, daß das Gericht die Klage insoweit abzuweisen hat, als der nicht mangelbehaftete Teil des Beschlusses wirksam bleibt.²³⁴

Für den Kläger stellt sich dabei das Problem, daß er meistens nicht einschätzen kann, ob die von ihm geltend gemachte Teilnichtigkeit über § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Beschlusses führt, er also nur Teilklage erheben, oder den Beschluß im ganzen angreifen soll. Dadurch trägt er ein hohes Kostenrisiko.²³⁵ Um dieses zu begrenzen, ist es ratsam, gegen den Umwandlungsbeschluß Teilanfechtungs- bzw. -nichtigkeitsklage zu erheben (das schützt vor einer Teilabweisung wenn der Beschluß ganz angegriffen wird, sich aber lediglich als teilfehlerhaft erweist), hilfsweise die völlige Nichtigkeit geltend zu machen (dies beugt einer Klageabweisung vor, falls sich der Beschluß als gesamtnichtig erweist).²³⁶

ff) Zusammenfassung

Auf den Formwechsel ist das allgemeine Beschlußmängelrecht anzuwenden. Das Schicksal des Beschlusses bestimmt sich nach dem ihm anhaftenden Mangel. Je nachdem sind Umwandlungsbeschlüsse danach unangreifbar wirksam (§§ 195 Abs. 2, 210 UmwG), können nach den §§ 241 ff. AktG (bzw. analog) angefochten werden oder entfalten keine Rechtswirkungen, was mittels Nichtigkeitsklage (§ 249 Abs. 1 AktG), allgemeiner Feststellungsklage (§ 256 ZPO) oder in anderer Weise (§ 249 Abs. 1 S. 2 AktG) geltend gemacht werden kann.

²³² K. Schmidt in GK AktG, § 241 Rn. 27 und § 243 Rn. 69; vgl. auch Hüffer in G/H, AktG, § 243 Rn. 11; LG München, AG 1993, 195 f.; OLG München, AG 1993, 283, 284; Schnorr, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 151: Abweisung der Klage als unbegründet; LG Braunschweig, AG 1993, 434, 435; kritisch dazu Götz, DB 1992, 1399; anders Zöllner in KK AktG¹, § 248 Rn. 41: wonach das Gericht gehindert sei, die übrigen Beschlußteile in das Urteil einzubeziehen; weder ein zusprechendes noch abweisendes Urteil sage etwas über die Wirksamkeit des nicht angefochtenen Beschlußteils aus.

²³³ Zöllner in KK AktG¹, § 248 Rn. 43.

²³⁴ K. Schmidt in GK AktG, § 241 Rn. 27 und § 243 Rn. 69; Zöllner in KK AktG¹, § 248 Rn. 44.

²³⁵ Hellwege, WuB II A. § 241 AktG 1.88 (S. 835, 837).

²³⁶ So erfolgt: LG Nürnberg-Fürth, AG 1995, 141.

b) Personengesellschaften

aa) Ältere Ansicht

Da für die Personenhandelsgesellschaften und auch den e.V. kein Beschlußmängelrecht statuiert ist, finden nach überkommener Auffassung die allgemeinen Normen des BGB Anwendung, wonach jeder Mangel des Beschlusses zu dessen Nichtigkeit (oder bei Genehmigungsfähigkeit Unwirksamkeit) führt.²³⁷ Dies gilt auch für Umwandlungsbeschlüsse.²³⁸ Die Rechtsfolgen dieser Beschlüsse treten nicht ein, so daß Mängel des Umwandlungsbeschlusses in der Personenhandelsgesellschaft (sowohl von Gesellschaftern als auch von Dritten) in jeder Weise, insbesondere mittels allgemeiner Feststellungsklage (§ 256 ZPO), geltend gemacht werden können.²³⁹ Eine Differenzierung nach der Schwere der Mängel wird nicht vorgenommen. Der Bestandsschutz fehlerhafter Gesellschafterbeschlüsse soll dadurch erreicht werden, daß auf die Einhaltung von Verfahrensvorschriften verzichtet oder die verspätete Geltendmachung von Beschlußmängeln durch Treuepflichten eingeschränkt wird.²⁴⁰

Gegen die Ausdehnung des Anfechtungserfordernisses entsprechend dem Kapitalgesellschaftsrecht wird vorgebracht, daß es dem im Personengesellschaftsrecht besonders ausgeprägten Interesse des einzelnen Gesellschafters, vor rechtswidrigen Maßnahmen der Mitgesellschafter geschützt zu werden, zuwiderlaufen würde.²⁴¹

Geht ein Gesellschafter mittels allgemeiner Feststellungsklage gegen einen Gesellschafterbeschuß vor, so wirkt ein ergehendes Urteil grundsätzlich nur zwischen den Parteien. Die Bindung der übrigen Gesellschafter aus der nur relativ wirkenden Rechtskraft des Feststellungsurteils wird von der herrschenden Meinung dadurch erreicht, daß zwar auch Beschlußmängelstreitigkeiten lediglich zwischen den Gesellschaftern ausgetragen werden,²⁴² beim Rechtsschutzinteresse aber verlangt wird, daß die Klage zur Bereinigung des Streits unter allen Gesellschaftern geeignet ist, wozu die Beteiligung aller Gesellschafter gehöre.²⁴³

²³⁷ *Hommelhoff*, ZGR 1990, 447, 460; *Heckschen* in Widmann/Mayer, UmwG, § 14 Rn. 3; *K. Schmidt*, AG 1977, 243, 251 m.w.N.; weitere Nachweise bei *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 169; für die GmbH & Co. KG *Priester* in Scholz, GmbHG, § 53 Rn. 48; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 119 Rn. 31; *Ulmer* in MüKo BGB, § 709 Rn. 89; *K. Schmidt*, FS Stimpel, S. 217, 220 ff.; für den e.V. *Reuter* in MüKo BGB, § 32 Rn. 36 m.w.N.

²³⁸ *Dehmer*, UmwG, § 14 Rn. 13 f.

²³⁹ *Decher* in Lutter, UmwG, § 195 Rn. 4; *Bork* in Lutter, UmwG, § 14 Rn. 4; allgemein *Priester* in Scholz, GmbHG, § 53 Rn. 48; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 80; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 119 Rn. 32; *Ulmer* in MüKo BGB, § 709 Rn. 95; zuletzt BGH, ZIP 1999, 1391, 1392, mit krit. Anmerkung *Casper*, BB 1999, 1837.

²⁴⁰ *Kort*, Bestandsschutz, S. 54; *Hueck*, Gesellschaftsrecht, § 14 III. 3. b); *Martens* in Schlegelberger, HGB, § 119 Rn. 10 ff.

²⁴¹ *Kort*, Bestandsschutz, S. 54; *Timm*, FS Fleck, S. 365, 372; *Martens* in Schlegelberger, HGB, § 119 Rn. 10.

²⁴² *Koller* in Koller/Roth/Morck, HGB, § 105 Rn. 30; OLG Frankfurt a.M., DB 1993, 2172.

²⁴³ *Martens* in Schlegelberger, HGB, § 119 Rn. 13: mangels gesetzlicher Rechtskrafterstreckung sei zu erwarten, daß klagender Gesellschafter alle Gesellschafter verklagen wird; *Baumbach/Hopt*, HGB²⁸, § 124 Anm. 6 H; BGH, BB 1966, 1169; OLG Köln, WiB 1994, 435, 436; nicht ganz so deutlich *Ulmer* in MüKo BGB, § 709 Rn. 95: im Interesse der gewünschten Klärung sei es zweckmäßig, die Feststellungsklage gegen sämtliche widersprechenden Gesellschafter zu erheben; auch *Timm*, FS Fleck, S. 365, 371; kritisch *K. Schmidt*, FS Stimpel, S. 217, 240; *ders.*, AG 1977, 253.

Nichtigkeit trete aber nicht ein, wenn der Verstoß gegen Gesetz oder Gesellschaftsvertrag nur eine Ordnungsvorschrift betrifft.²⁴⁴

bb) Neuere Tendenzen

Nach einer neueren Ansicht sind die §§ 241 ff. AktG, mit ihrer Unterteilung in anfechtbare und nichtige Beschlüsse auch auf die Personenhandelsgesellschaften zu übertragen.²⁴⁵ Dabei wird teilweise auch die Anfechtungsfrist des § 246 Abs. 1 AktG übernommen.²⁴⁶ Begründung dafür ist, daß die bloße inter-partes-Wirkung der allgemeinen Feststellungsklagen nur über Konstruktionen auf die übrigen Gesellschafter übertragen werden kann²⁴⁷ und daß auch im Rahmen der allgemeinen Feststellungsklage Modifizierungen entwickelt würden. So seien beispielsweise Feststellungsklagen ähnlich der Anfechtung in Kapitalgesellschaften nur innerhalb einer nach Treu und Glauben zu bestimmenden Frist zulässig.²⁴⁸ *Noack* differenziert bezüglich der Nichtigkeit als Rechtsfolge zwischen absoluter und nur intern wirkender Nichtigkeit,²⁴⁹ kommt damit aber zu ähnlichen Ergebnissen²⁵⁰ wie die Vertreter, die die §§ 241 ff. AktG auf die Personengesellschaften übertragen.²⁵¹

²⁴⁴ *Dehmer*, UmwG, § 14 Rn. 13.

²⁴⁵ *K. Schmidt*, FS Stimpel, S. 217 ff.; *ders.*, AG 1977, 205 ff.; *ders.* in Schlegelberger, HGB, § 124 Rn. 32; *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 15 II. 3. (S. 453 f.); *Schröder*, GmbHR 1994, 532, 537; für den e.V. *Reuter* in MüKo BGB § 32 Rn. 38 ff.; differenzierend und die Unterteilung in anfechtbare, nichtige und unwirksame Beschlüsse nur für Personengesellschaften, bei denen Mehrheitsbeschlüsse zugelassen sind, befürwortend *Priester* in Scholz, GmbHG, § 53 Rn. 52 m.w.N.: es solle Folgendes gelten: in allen Personengesellschaften, bei denen Mehrheitsbeschlüsse zugelassen sind, sei zwischen nichtigen, unwirksamen und anfechtbaren Beschlüssen zu unterscheiden, soweit der Beschluß lediglich anfechtbar ist, sei binnen angemessener Frist seine Anfechtung nötig; *Köster*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, S. 138 für körperschaftlich strukturierte Personengesellschaften (kritisch *K. Schmidt*, FS Stimpel, S. 217, 229); sympathisierend *Baumbach/Hopt*, HGB, § 119 Rn. 31; **a.A.** *Timm*, FS Fleck, S. 365, 372, der dem Interesse des einzelnen Gesellschafters an der Einhaltung von Gesetz und Vertrag den Vorrang vor dem Bestandsschutz von Beschlüssen einräumen will; auch *Dehmer*, UmwG, § 14 Rn. 13, der die analoge Anwendung der aktienrechtlichen Regeln über anfechtbare Beschlüsse der Hauptversammlung nur für körperschaftlich strukturierte Personengesellschaften befürwortet; weitere Nachweise bei *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 170, aber kritisch zur Unterteilung der fehlerhaften Beschlüsse in anfechtbar und nichtig allein durch Aufstellung des Klageerfordernisses, da diese Unterscheidung bereits im materiellen Beschlußrecht begründet sei (S. 173).

²⁴⁶ *Köster*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, S. 146 f.; **a.A.** mangels entsprechender Regelung noch eine „angemessene“ Frist befürwortend *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 15 II. 3. b) bb) (S. 455); auch *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 177: Einschränkungen ergäben sich aber aus dem Treuepflichtgedanken, auch ablehnend gegenüber dem Anfechtungsklageerfordernis (S. 179); zuletzt BGH, ZIP 1999, 1391, 1392, wonach die Geltendmachung eines Mangels allein der Verwirkung unterliege.

²⁴⁷ *Timm*, FS Fleck, S. 365, 371 m.w.N.: Klagen seien gegen alle Gesellschafter als notwendige Streitgenossen zu richten; *Baumbach/Hopt*, HGB²⁸, § 124 Anm. 6 H; *Ulmer* in MüKo BGB, § 709 Rn. 95.

²⁴⁸ *Timm*, FS Fleck, S. 365, 370 f. m.w.N.; *Hueck*, Gesellschaftsrecht, § 14 III. 3. b) (S. 110); *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse, S. 222.

²⁴⁹ *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 60 ff. m.w.N.

²⁵⁰ Zu Abweichungen *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 177.

²⁵¹ Insbesondere nimmt er eine zeitliche Beschränkung der Klagemöglichkeiten vor, erweitert die Urteilswirkungen von Beschlußmängelklagen von Gesellschaftern analog § 248 und anerkennt Mängel, (ähnlich von Anfechtungsgründen im Kapitalgesellschaftsrecht) von deren Geltendmachung Dritte ausgeschlossen sind (*Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 173 ff.).

Bei Übertragung der §§ 241 ff. AktG soll nach teilweiser Ansicht mangels spezieller Regelungen im Personengesellschaftsrecht an der allgemeinen Feststellungsklage als statthafter Klageart festgehalten werden. Es wird allerdings differenziert zwischen Klagen, die einfache Streitigkeiten über Beschlußinhalt und -wirksamkeit betreffen und Klagen zur klageweisen Durchsetzung des mitgliedschaftlichen Rechts auf ordnungsgemäße Beschlußfähigkeit.²⁵² Letzterem Interesse könne die allgemeine Feststellungsklage in ihrer herkömmlichen Erscheinung nicht gerecht werden. Um innerverbandliche Kontrollfunktion auszuüben, bedürfe es einer erweiterten Urteilswirkung der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des angegriffenen Beschlusses. Es wird vorgeschlagen, § 248 Abs. 1 AktG, der die Allgemeinverbindlichkeit einer die Nichtigkeit eines Beschlusses feststellenden Entscheidung für alle Aktionäre anordnet, analog anzuwenden.²⁵³ Um die entsprechende Anfechtungswirkung, nämlich Nichtigkeit eines angefochtenen Beschlusses auch mit Außenwirkung für Dritte zu erreichen, wird auch § 241 Nr. 5 AktG analog angewandt.²⁵⁴

cc) Stellungnahme

Zuzustimmen ist der neueren Ansicht. Das Beschlußmängelrecht der Personenhandelsgesellschaften wurde durch Modifikationen im Hinblick auf Klagefristen und Urteilswirkungen bereits soweit an das Beschlußmängelsystem der Kapitalgesellschaften angenähert,²⁵⁵ daß der Übernahme der Einteilung der Beschlußmängel in solche, die zur Anfechtbarkeit und solche, die zur Nichtigkeit des entsprechenden Beschlusses führen, nichts mehr im Wege steht. Insbesondere wurde nachgewiesen, daß nicht alle Mängel automatisch zur Nichtigkeit des entsprechenden Beschlusses führen.²⁵⁶ Ob man dazu direkt auf die §§ 241 ff. AktG zurückgreift, oder als Beschlußmängelklage (mangels entsprechender gesetzlichen Regelung) weiterhin die allgemeine Feststellungsklage als statthaft ansieht, diese aber dahin modifiziert, daß die §§ 248 f. und 241 Nr. 5 AktG analog angewandt werden, ist eine rein technische Frage. Auch durch die einheitliche Behandlung von Kapital- und Personengesellschaften im Umwandlungsgesetz, insbesondere der einheitlichen Klagefrist in § 195 Abs. 1 UmwG, zeigt sich eine Tendenz der Annäherung der Gesellschaftstypen.

Auch für Personengesellschaften ist somit eine Einteilung in Beschlußmängel, die fristgerecht von Gesellschaftern geltend gemacht werden müssen und solche, die dem Eintritt der Rechtsfolgen entgegenstehen, vorzunehmen. Um überflüssige Konstruktionen zur Übernahme einzelner Grundsätze des Kapitalgesellschaftsrechts auf die Personengesellschaften zu vermeiden, sollte

²⁵² *Schmitt*, Beschlußmängelrecht, S. 161.

²⁵³ *Schmitt*, Beschlußmängelrecht, S. 189; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 86: § 248 AktG sei verallgemeinerungsfähig.

²⁵⁴ *Schmitt*, Beschlußmängelrecht, S. 179 ff.; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 98.

²⁵⁵ Ausdrücklich *Martens* in Schlegelberger, HGB, § 119 Rn. 13, der aber deshalb eine Rechtsfortbildung gerade für entbehrlich hält.

²⁵⁶ *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 67.

die direkte Übernahme der §§ 241 ff. AktG anerkannt werden. Auch im Recht der GmbH und eingetragenen Genossenschaft war ein Beschlußmängelrecht nicht statuiert, was der Übernahme der §§ 241 ff. AktG aber nicht entgegenstand.

4. RECHTSLAGE NACH ABLAUF DER MONATSFRIST § 195 ABS. 1 UMWG

§ 195 Abs. 1 UmwG, der inhaltlich § 14 UmwG entspricht, befristet alle Klagen „gegen die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses“ auf einen Monat. Im folgenden ist zu untersuchen, welche Klagen von dieser Frist erfaßt werden. Dabei soll zunächst der Meinungsstand zu § 195 Abs. 1 UmwG - getrennt nach Kapital- und Personengesellschaften - aufgezeigt und kritisiert werden; daran anschließend erfolgt eine eigene Auslegung des § 195 Abs. 1 UmwG.

a) Kapitalgesellschaften

aa) Meinungsstand

(1) Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen

Von der herrschenden Meinung werden unter „Klagen gegen die Wirksamkeit“ bei den Kapitalgesellschaften alle Klagen, die die Anfechtung, Unwirksamkeit oder Nichtigkeit eines Umwandlungsbeschlusses zum Inhalt haben, und damit sowohl Anfechtungs- als auch (trotz teilweiser erheblicher Bedenken²⁵⁷) Nichtigkeitsklagen gefaßt.²⁵⁸

Die Art des Beschlußmangels hat damit keine Auswirkung auf die Dauer der Klagefrist.²⁵⁹

Nach Ablauf der Klagefrist ist der Registerrichter immer noch zur Überprüfung sämtlicher Eintragungsvoraussetzungen verpflichtet.²⁶⁰ Beim Vorliegen von Nichtigkeitsgründen, muß er die

²⁵⁷ *Schöne*, DB 1995, 1317, 1319; *Bork*, ZGR 1993, 343, 355; *Weiler*, Anfechtungsrecht, S. 118 ff., der § 14 Abs. 1 UmwG nur als Ausschlußfrist für nach aktienrechtlichen Maßstäben „anfechtbare“ Beschlüsse ansieht, nicht jedoch gravierende Rechtsverstöße im Sinne aktienrechtlicher „Nichtigkeitsgründe“ einer Rügefrist unterwerfen will. Es bleibt allerdings unklar, wie Nichtigkeitsgründe geltend gemacht werden sollen. Zwar zieht *Weiler* zur Rückabwicklung der Umwandlung Schadensersatzansprüche beziehungsweise einen Annexanspruch zum Anfechtungsrecht in Betracht (Anfechtungsrecht, S. 191 f.), geht aber nicht darauf ein, ob Nichtigkeitsgründe nur beim Vorgehen gegen die Strukturänderung oder auch vor Eintragung, aber nach Ablauf der Monatsfrist geltend gemacht werden können.

²⁵⁸ *Bork*, ZGR 1993, 343, 347; *K. Schmidt*, DB 1995, 1849; *Meister/Klöcker* in Kallmeyer, UmwG, § 195 Rn. 13; *Vollrath* in Widmann/Mayer, UmwG, § 195 Rn. 6; *Decher* in Lutter, UmwG, § 195 Rn. 2; *Schöne*, DB 1995, 1317; zu § 14: *Kreuznacht*, Verschmelzungen, S. 35; *Heckschen* in Widmann/Mayer, UmwG, § 14 Rn. 14; *Bermel* in G/K/T, UmwG, § 14 Rn. 5; *Dehmer*, UmwG, § 14 Rn. 7; § 242 Abs. 2 AktG wird durch [§ 14] Abs. 1 unterlaufen; *Kort*, Bestandsschutz, S. 57; *Veil*, Umwandlung, S. 156, der die Klagefrist aber als lediglich prozessual ansieht und somit auch noch nach Fristablauf die Geltendmachung von Nichtigkeitsmängeln im Rahmen von Schadensersatzansprüchen zuläßt.

²⁵⁹ Auch zu § 14: *Heckschen* in Widmann/Mayer, UmwG, § 14 Rn. 8.

²⁶⁰ *Decher* in Lutter, UmwG, § 199 Rn. 14.

Eintragung versagen.²⁶¹ Dagegen ist er nach Ablauf der Anfechtungsfrist verpflichtet, bloß anfechtbare Beschlüsse einzutragen.²⁶²

(2) Allgemeine Feststellungsklagen

Nach überwiegender Ansicht, sollen auch allgemeine Feststellungsklagen der Frist des § 195 Abs. 1 UmwG unterfallen.²⁶³

Da Gesellschaftern von Kapitalgesellschaften die allgemeine Feststellungsklage neben der spezielleren Nichtigkeitsklage nach § 249 AktG (analog) mangels Rechtsschutzbedürfnisses grundsätzlich nicht zusteht,²⁶⁴ beschränkt sich diese Frage zumeist auf die Zulässigkeit von Klagen gesellschaftsfremder Dritter.

Die Gegenansicht verweist darauf, daß diese keine Klagen „gegen“ die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses und deshalb auch nach Ablauf der Monatsfrist zulässig seien.²⁶⁵ Darüber hinaus wird die allgemeine Feststellungsklage teilweise auch Gesellschaftern nach Ablauf der Monatsfrist und damit nach Entfallen der spezielleren Klagemöglichkeiten nach den §§ 241 ff. AktG zuerkannt.²⁶⁶

(3) „Geheimbeschlüsse“

Eine Ausnahme von § 195 Abs. 1 UmwG wird teilweise für Beschlüsse, die an groben Einberufungsmängeln leiden - sog. „Geheimbeschlüsse“ - anerkannt.²⁶⁷ Sie sollen auch noch nach Ablauf der Monatsfrist angreifbar sein.

bb) Kritik

(1) Befristung von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage

Obwohl keine Heilung der Mängel durch den Ablauf der Monatsfrist eintritt,²⁶⁸ könnten bei der Befristung sämtlicher Klagearten aufgetretene Umwandlungsmängel, insbesondere Nichtigkeitsgründe (abgesehen von der möglichen Ausnahme für „Geheimbeschlüsse“), nicht mehr geltend gemacht werden. Dies würde im Vergleich zu den §§ 241 ff. AktG, wonach viele Nichtigkeits-

²⁶¹ Zu § 14 *Heckschen* in Widmann/Mayer, UmwG, § 14 Rn. 30; *Bork*, ZGR 1993, 343, 355.

²⁶² Zu § 14 *Heckschen* in Widmann/Mayer, UmwG, § 14 Rn. 31.

²⁶³ *Bermel* in G/K/T, UmwG, § 14 Rn. 5; *Meister/Klöcker* in Kallmeyer, UmwG, § 195 Rn. 9.

²⁶⁴ *Decher* in Lutter, UmwG, § 195 Rn. 4.

²⁶⁵ *Vollrath* in Widmann/Mayer, UmwG, § 195 Rn. 6; *Schöne*, DB 1995, 1317, 1321; *Veil*, Umwandlung, S. 170; für denkbar hält dies *Decher* in Lutter, UmwG, § 195 Rn. 4; zu § 14: *Bork* in Lutter, UmwG, § 14 Rn. 3 und 6; *Heckschen* in Widmann/Mayer, UmwG, § 14 Rn. 18.

²⁶⁶ *Veil*, Umwandlung, S. 170; *K. Schmidt*, DB 1995, 1849, 1850; **a.A.** *Decher* in Lutter, UmwG, § 195 Rn. 4; *Rettmann*, Rechtmäßigkeitskontrolle, S. 59.

²⁶⁷ *Decher* in Lutter, UmwG, § 195 Rn. 3; **a.A.** *Vollrath* in Widmann/Mayer, UmwG, § 195 Rn. 11 f.

²⁶⁸ Zu § 14 UmwG *Heckschen* in Widmann/Mayer, UmwG, § 14 Rn. 32; *Bermel* in G/K/T, UmwG, § 14 Rn. 14; *K. Schmidt*, DB 1995, 1849.

gründe bis zur materiellen Heilung drei Jahre nach Eintragung (§ 242 Abs. 2 AktG) geltend gemacht werden können, eine weitreichende Rechtsschutzverkürzung darstellen.

(2) Zulässigkeit der allgemeinen Feststellungsklage

Die soeben dargestellten Einschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten werden teilweise dahin modifiziert, daß die allgemeine Feststellungsklage unbefristet zugelassen wird. Dagegen bestehen jedoch Bedenken.

(a) Unbefristete Zulassung allgemeiner Feststellungsklagen von Gesellschaftern

Zunächst ist die Ansicht von *Karsten Schmidt*, der den im Sinne des § 249 Abs. 1 S. 1 AktG Klagebefugten nach Ablauf der Monatsfrist die unbefristete allgemeine Feststellungsklage zubilligen will, Einwänden ausgesetzt. Diese könne zwar keine Eintragungssperre mehr bewirken; die Nichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses stelle aber ein Eintragungshindernis dar, das über den Ablauf der Monatsfrist hinaus zu prüfen und zu beachten bleibe.²⁶⁹ Die Klagemöglichkeit ist *K. Schmidt* aber nur eröffnet, weil er die Monatsfrist als lediglich prozessuale Frist ansieht²⁷⁰ und die allgemeine Feststellungsklage keine „Klage gegen die Wirksamkeit“ sei. Nach ihm fallen darunter lediglich Klagen, deren Urteile inter-omnes-Wirkung entfalten, also Anfechtungs- aber auch (entgegen der herrschenden Meinung) Nichtigkeitsklagen.²⁷¹

Kritik bedarf zunächst die Einordnung der Nichtigkeitsklage als kassatorische Klage, welche *K. Schmidt* als Hauptbegründung für die Abgrenzung zur bloß feststellenden und damit seiner Meinung nach unbefristet zulässigen allgemeinen Feststellungsklage dient. Folgte man nämlich der herrschenden Ansicht, die die Nichtigkeitsklage wegen ihrer bloß feststellenden Wirkung als Feststellungsklage ansieht, dürfte man auch sie nicht als „Klage gegen die Wirksamkeit“ ansehen und müßte sie vom Ausgangspunkt *K. Schmidts* dann auch unbefristet zulassen. Die Einordnung der Nichtigkeitsklage als kassatorische Klage durch *K. Schmidt* beruht aber auf einem von der herrschenden Ansicht abweichenden Verständnis. *K. Schmidt* sieht als maßgebendes Kriterium die Reichweite der Urteilswirkung und nicht - wie die herrschende Ansicht - das Klageerfordernis an.

²⁶⁹ *K. Schmidt*, DB 1995, 1849, 1850; *ders.* in GK AktG, § 249 Rn. 34.

²⁷⁰ *K. Schmidt*, DB 1995, 1849; *Veil*, Umwandlung, S. 169; dagegen spricht aber, daß bereits im Referentenentwurf v. 15.4.1992 (Beilage 112 a zum Bundesanzeiger v. 20.6.1992, S. 56) enthalten ist, daß § 14 UmwG sachlich und redaktionell an § 246 Abs. 1 AktG anknüpft, der aber nach allgemeiner Meinung eine materielle Frist beinhaltet.

²⁷¹ *K. Schmidt*, FS Stimpel, S. 217, 224; *ders.*, DB 1995, 1849, 1850; auch *Schmitt*, Beschlußmängelrecht, S. 181, die zutreffend zeigt, daß die unterschiedliche Einordnung der Nichtigkeitsklage einmal zur lediglich feststellenden Klage durch die herrschende Meinung und einmal zu den kassatorischen Klagen durch *K. Schmidt*, von deren unterschiedlichen Ausgangspunkten abhängt.

Überzeugender ist aber die Abgrenzung der herrschenden Ansicht. Danach sind die Klagearten feststellend, die lediglich die Nichtigkeit des Beschlusses feststellen, weil seine Rechtsfolgen nicht eingetreten sind.²⁷² Dies sind Nichtigkeits- und allgemeine Feststellungsklage. Dagegen wird ein anfechtbarer Beschluß zunächst wirksam und kann nur mittels Klage vernichtet werden. Diese ist dann nicht mehr nur feststellend, sondern kassatorisch. Die Gleichstellung *K. Schmidts* von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage in Abgrenzung zu den bloß feststellenden (allgemeinen Feststellungs-) Klagen andererseits ist deshalb in dieser Hinsicht unzutreffend.

Zudem fehlt bisher eine Begründung, warum nach Verlust des weitergehenden Klagerechts gemäß § 249 Abs. 1 AktG die schwächere, da nur inter-partes-wirkende, allgemeine Feststellungsklage zur Verfügung stehen soll.²⁷³ Auch wenn nach § 249 Abs. 1 S. 2 AktG die Nichtigkeitsgründe von den in § 249 Abs. 1 S. 1 AktG Genannten in jeder anderen Art und Weise geltend gemacht werden können, so ist doch anerkannt, daß sie eine Feststellungsklage im Sinne des § 256 ZPO neben der spezielleren Nichtigkeitsklage nicht erheben können.²⁷⁴ Dann überzeugt es aber nicht, daß die Möglichkeit, die (sonst wegen der spezielleren Nichtigkeitsklage ausgeschlossene) allgemeine Feststellungsklage zu erheben, über die Geltendmachung durch Nichtigkeitsklage hinausgehen soll. Ist letztere aber (auch nach der Ansicht *Karsten Schmidts*) von der Monatsfrist erfaßt, kann nicht zeitlich darüber hinausgehend die Feststellung der Nichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses durch allgemeine Feststellungsklage der Gesellschafter erfolgen.²⁷⁵

Weiterhin spricht gegen die Ansicht *K. Schmidts*, daß das Feststellungsurteil eines Gesellschafters zwar formal nur inter-partes-Wirkung entfaltet. Es ist aber praktisch ausgeschlossen, den Umwandlungsbeschluß nur einem Gesellschafter gegenüber als nichtig und damit folgenlos zu betrachten. Dies ist gerade noch denkbar gegenüber außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten. Innerhalb der Gesellschaft ist eine bloße inter-partes-Wirkung aber unvorstellbar. So wird in Personengesellschaften, auf die die herrschende Meinung § 256 ZPO als einzige Klageart zur

²⁷² Hüffer in G/H, AktG, § 249 Rn. 7.

²⁷³ So aber bereits früher *K. Schmidt*, JZ 1977, 769, 772 zur Klagemöglichkeit nach § 256 ZPO, für den (von ihm selbst aber abgelehnten) Fall, daß einem erfolglosen Anfechtungskläger eine spätere Nichtigkeitsklage, die auf einen neuen Tatsachenvortrag gestützt ist, versagt bliebe. Die allgemeine Feststellungsklage stelle dann eine (zulässige) Geltendmachung der Nichtigkeit auf andere Weise (§ 249 Abs. 1 S. 2 AktG) dar; zur Unzulässigkeit der Feststellungsklage durch einen Aktionär, der mangels der erforderlichen 10% Minderheit nicht zur Erhebung einer Leistungsklage gegen die AG befugt ist: OLG Düsseldorf, AG 1968, 19, 22.

²⁷⁴ Decher in Lutter, UmwG, § 195 Rn. 4; *K. Schmidt* in GK AktG, § 249 Rn. 36; Hüffer in G/H, AktG, § 249 Rn. 4; *Koppensteiner* in Rowedder, GmbHG, § 47 Rn. 123; auch *K. Schmidt*, GK AktG, § 249 Rn. 36, da jemand, der durch Klagen gegen die Gesellschaft eine weiterreichende Wirkung der Nichtigkeitsklage herbeiführen kann, nur ganz ausnahmsweise ein Feststellungsinteresse i.S. von § 256 ZPO haben wird; *Rettmann*, Rechtmäßigkeitskontrolle, S. 59; siehe auch vorn C. II. 3. a) aa).

²⁷⁵ *Rettmann*, Rechtmäßigkeitskontrolle, S. 59; ähnlich *Schmitt*, Beschlußmängelrecht, S. 189 für das Verhältnis der von ihr entwickelten Feststellungsklage mit ex tunc- und inter omnes-Wirkung zur „normalen“ allgemeinen Fest-

Geltendmachung von Beschlußmängeln anwendet, die inter-omnes-Wirkung dadurch erreicht, daß sie gegen alle Gesellschafter zu richten ist.²⁷⁶ Eine faktische inter-omnes-Wirkung liefe aber darauf hinaus, daß die allgemeine Feststellungsklage die selben Wirkungen auslösen würde, wie die inter-omnes-wirkende Nichtigkeitsklage. Diese soll aber auch nach *K. Schmidt* befristet sein.

Nimmt man hinzu daß *K. Schmidt* die Frist des § 195 UmwG als prozessuale Frist ansieht (im Gegensatz zur materiellen Frist in 246 Abs. 1 AktG)²⁷⁷, so erregt die unbefristete Zulassung allgemeiner Feststellungsklagen von Gesellschaftern (bei gleichzeitiger Befristung der Nichtigkeitsklage) den Anschein, daß eine als zu kurz empfundene Klagefrist in ihrem Anwendungsbe- reich eingeschränkt werden soll.²⁷⁸

(b) Unbefristete Zulassung allgemeiner Feststellungsklagen von Dritten

Aber auch die Ansicht, die die allgemeine Feststellungsklage Dritter unbefristet zulassen will,²⁷⁹ begegnet Bedenken. Denn während sich ein Gesellschafter (oder der sonst in § 249 Abs. 1 AktG genannte Personenkreis) nach Ablauf der Monatsfrist nicht mehr auf einen Nichtigkeitsgrund be- rufen können soll, könnte ein Dritter, beispielsweise ein Gesellschaftsgläubiger, die Nichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses unbeschränkt, wenn auch nur mit Wirkung inter-partes, geltend machen.

Hält man aber die Gesellschafterklagen für befristet, erscheint auch die unbefristete Zulassung allgemeiner Feststellungsklagen Dritter lediglich als Umgehung einer als zu kurz empfundenen Frist zur Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen.²⁸⁰

(c) Zwischenergebnis

Sieht man mit der allgemeinen Ansicht sowohl Anfechtungs- als auch Nichtigkeitsklagen von der Monatsfrist erfaßt an, muß man konsequenterweise auch die allgemeine Feststellungsklage als befristet ansehen; unabhängig davon, ob Kläger eine in § 249 Abs. 1 S. 1 AktG genannte Person oder ein Dritter ist. Dann könnten aber etwaige Nichtigkeitsgründe überhaupt nicht mehr klage- weise geltend gemacht werden. Alle Versuche, die klageweise Geltendmachung von Nichtig- keitsgründen mittels allgemeiner Feststellungsklage zu ermöglichen, müssen als systematisch nicht überzeugend ausscheiden.

stellungsklage: „da ... [mit ersterer] ... ein weitergehender und besserer Rechtsschutz zu erzielen ist, wird es für letztere im Regelfall am Rechtsschutzbedürfnis fehlen“.

²⁷⁶ Siehe oben C. II. 3. b) aa).

²⁷⁷ Dazu *K. Schmidt* in GK AktG, § 246 Rn. 14: „Jede Person - nicht nur die Gesellschaft, die Aktionäre und Organe - kann sich nach Ablauf der Anfechtungsfrist darauf berufen, daß der Beschluß wirksam und unanfechtbar ist.“

²⁷⁸ Zutreffend *Decher* in Lutter, UmwG, § 195 Rn. 4.

²⁷⁹ *Schöne*, DB 1995, 1317, 1321; *Veil*, Umwandlung, S. 170; *Vollrath* in Widmann/Mayer, UmwG, § 195 Rn. 6; für denkbar hält dies *Decher* in Lutter, UmwG, § 195 Rn. 4; (zu § 14) *Bork* in Lutter, UmwG, § 14 Rn. 3 und 6.

²⁸⁰ Ablehnend auch *Bermel* in G/K/T, UmwG, § 14 Rn. 6; *Meister/Klöcker* in Kallmeyer, UmwG, § 195 Rn. 9.

(3) Korrekturen für „Geheimbeschlüsse“

Teilweise wird die Ausdehnung der Monatsfrist auch auf Nichtigkeitsgründe kritisiert.²⁸¹ So sollen gravierende Mängel, wie sie etwa § 241 AktG aufzählt, unmöglich durch Fristablauf geheilt werden. Ein sittenwidriger Beschluß bleibe auch dann nichtig, wenn er eingetragen ist.²⁸² Dagegen wird aber vorgebracht, daß der Registerrichter das Vorliegen von Nichtigkeitsgründen in den meisten Fällen erkennen und die Eintragung dann verweigern könnte.²⁸³ Sollte dies aber doch nicht erkennbar sein, wie beispielsweise bei der Nichtladung von Gesellschaftern, also „Geheimbeschlüssen“, wird die Berufung der Gesellschaft auf den Ablauf der Monatsfrist als rechtsmißbräuchlich angesehen.²⁸⁴

Kritisch zu beleuchten ist, ob für sogenannte „Geheimbeschlüsse“ wirklich eine Ausnahme von der Klagefrist gemacht werden kann. Von der herrschenden Meinung wird die Klagefrist nämlich (wie die Anfechtungsfrist in § 246 Abs. 1)²⁸⁵ als materiell-rechtliche Ausschlußfrist angesehen.²⁸⁶ Die Frist beginnt unabhängig von der Kenntnis oder Kenntnismöglichkeit des Klagenden, denn es handelt sich nicht um eine Frist, auf die sich die Gesellschaft berufen müßte, vielmehr muß von der klagenden Partei die Einhaltung der Frist dargelegt werden und ist in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen.²⁸⁷ Mängel sind somit unabhängig vom Willen der Parteien präkludiert. Wenn man auch die Nichtigkeitsklage der Frist des § 195 Abs. 1 UmwG unterwerfen will, ist sie konsequenterweise auch beim Vorliegen von sogenannten „Geheimbeschlüssen“ hinzunehmen.²⁸⁸

Zudem bereitet die Rüge solcher „Geheimbeschlüsse“ noch nach Fristablauf praktische Probleme. Denn die Berufung auf die Verfristung wäre allein dem nicht geladenen Gesellschafter gegenüber rechtsmißbräuchlich. Es ist aber mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden, wenn dieser den Beschlußmangel noch nach Ablauf der Monatsfrist auch mit Wirkung gegenüber allen übrigen Gesellschaftern geltend machen könnte. Auch ist fraglich, ob der Gesellschafter einen

²⁸¹ Bork, ZGR 1993, 343, 355: Heilung von „Geheimbeschlüssen“ durch Fristablauf und Eintragung könne kaum der Wille des Gesetzgebers sein; Weiler, Anfechtungsrecht, S. 116; sympathisierend in diesem Punkt Rettmann, Rechtmäßigkeitskontrolle, S. 52 f.

²⁸² Bork, ZGR 1993, 343, 355.

²⁸³ „Geheimbeschlüsse“ dürften sich nicht realisieren Bermal in G/K/T, UmwG, § 14 Rn. 7.

²⁸⁴ Decher in Lutter, UmwG, § 195 Rn. 3; Rettmann, Rechtmäßigkeitskontrolle, S. 56.

²⁸⁵ Hüffer in G/H, AktG, § 246 Rn. 30; ders., AktG, § 246 Rn. 20 f.; BGH, AG 1998, 482; K. Schmidt in GK AktG, § 246 Rn. 13 und 25.

²⁸⁶ Vollrath in Widmann/Mayer, UmwG, § 195 Rn. 9; auch Decher in Lutter, UmwG, § 195 Rn. 6 (der aber die Ausnahme für die „Geheimbeschlüsse“ gerade zuläßt); zu § 14 UmwG auch Heckschen in Widmann/Mayer, UmwG, § 14 Rn. 21; a.A. Veil, Umwandlung, S. 169: prozessuale Klagefrist; auch K. Schmidt, DB 1995, 1849; Kort in Umwandlungsrecht, S. 194, 201 äußert sich wegen der materiellen Anfechtungsfrist kritisch zur faktischen Fristverlängerung durch Annahme von Beschlußnichtigkeit bei Treupflichtverletzung durch die Rechtsprechung.

²⁸⁷ BGH, NJW 1998, 3344, 3345.

²⁸⁸ Vollrath in Widmann/Mayer, UmwG, § 195 Rn. 11.

„Geheimbeschuß“ dann noch rügen kann, wenn er auf anderem Wege von der Beschlußfassung erfährt.²⁸⁹

Das Gesetz geht in § 241 Nr. 1 AktG davon aus, daß auch Ladungsmängel höchstens zur Nichtigkeit des betreffenden Beschlusses führen, die dann - so wie das Vorliegen anderer Nichtigkeitsgründe - von Gesellschaftern ausschließlich mit der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden können. Soll die Nichtigkeitsklage aber von § 195 Abs. 1 UmwG erfaßt sein, bleibt für eine Differenzierung nach Art des vorliegenden Mangels kein Raum.

(4) Einschränkung der Möglichkeit die Teilnichtigkeit von Beschlußmängeln geltend zu machen

Wie bereits oben gezeigt, können Mängel des Umwandlungsbeschlusses auch lediglich zu dessen Teilfehlerhaftigkeit führen. Sie können dann mittels Teilanfechtungs- oder Teilnichtigkeitsklage geltend gemacht werden.²⁹⁰ Folgt man der herrschenden Ansicht, müßte aber auch die Geltendmachung dieser Mängel der Monatsfrist des § 195 Abs. 1 UmwG unterfallen und damit zu einer Verkürzung des Rechtsschutzes führen, denn fehlerhafte Regelungen in der Satzung neu gegründeter Unternehmen können zeitlich unbeschränkt,²⁹¹ Mängel von Satzungsänderungen zumindest drei Jahre seit ihrer Eintragung geltend gemacht werden.²⁹² Wenn aber Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen gegen den Umwandlungsbeschluß nach einem Monat ausgeschlossen sind, könnten selbst nichtige Regelungen in der Satzung der Zielgesellschaft nach einem Monat nicht mehr gerichtlich angegriffen werden.

Man könnte zwar vertreten, daß solche Teilklagen, die den Bestand des eigentlichen Formwechsels unberührt lassen, keine „Klagen gegen die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses“ sind.²⁹³ Das führte aber zu dem Widerspruch, daß Mängel, die lediglich zur Teilfehlerhaftigkeit des Umwandlungsbeschlusses führen, länger geltend gemacht werden könnten als die schwerwiegenderen Mängel, die zu seiner Gesamtnichtigkeit führen.

(5) Zusammenfassung

²⁸⁹ So soll nach *Rettmann*, Rechtsmäßigkeitkontrolle, S. 55 nicht jeder Einberufungsmangel, der zur Nichtigkeit führt, ein „Geheimbeschuß“ sein. Davon könne nur die Rede sein, wenn der Kläger gar keine Kenntnis davon erlangen konnte, daß überhaupt eine Versammlung stattfindet, in der möglicherweise Beschlüsse gefaßt werden, z.B. wenn die Einberufung vollständig unterblieben ist. In anderen Fällen soll dem Anteilsinhaber zugemutet werden können, sich über eine Beschlußfassung zu informieren und gegen den, wegen des Einberufungsmangels nichtigen Beschluß in Monatsfrist vorzugehen.

²⁹⁰ Siehe oben C. II. 3. a) ee).

²⁹¹ Statt aller *Stein*, ZGR 1994, 472, 473.

²⁹² Dann kann Heilung nach § 242 Abs. 2 AktG (bzw. analog für die GmbH BGHZ 80, 212, 216 f.) eintreten; wobei selbst diese Frist teilweise als zu kurz angesehen wird: *Stein*, ZGR 1994, 472, 481.

²⁹³ So im Ergebnis *Laumann* in G/K/T, UmwG, § 202 Rn. 30; *Meister/Klöcker* in Kallmeyer, UmwG, § 202 Rn. 60, wobei aber nur gesagt wird, daß § 202 Abs. 3 UmwG nur dem Formwechsel selbst Bestandskraft verleiht, Mängel der Satzung der Zielrechtsform aber nach den einschlägigen Regelungen geltend gemacht werden können.

Unter der Prämisse, daß sowohl Anfechtungs- als auch Nichtigkeitsklagen von § 195 Abs. 1 UmwG befristet sind, müssen die Versuche, über allgemeine Feststellungsklagen oder Fristverlängerungen im Einzelfall besonders schwere Mängel geltend machen zu können, als inkonsequent und systematisch nicht überzeugend abgelehnt werden. Der Ausschluß jeglicher Klagemöglichkeiten schon nach einem Monat ist aber im Hinblick auf mögliche schwere Mängel (z.B. Ladungsmängel, nicht quotenwahrende und damit Herrschaftsrechte beschränkende Umwandlungen, Mängel in der Satzung der Zielgesellschaft) nicht hinnehmbar.

b) Personenhandelsgesellschaften

Die Befristung von Klagen stellt im Recht der Personengesellschaft ein Novum dar.²⁹⁴ Nach herkömmlicher Ansicht werden Nichtigkeitsgründe mittels allgemeiner Feststellungsklage geltend gemacht,²⁹⁵ was bis zur Verwirkung unbefristet möglich ist.²⁹⁶ Dies gilt nach herrschender Ansicht auch für Beschlüsse in eingetragenen Vereinen.²⁹⁷

aa) Meinungsstand

(1) Ältere Ansicht

Die ältere und noch herrschende Ansicht, läßt zur Geltendmachung von Beschlußmängeln lediglich die allgemeine Feststellungsklage zu. Die Befristung der Klage gegen Umwandlungsbeschlüsse wird unterschiedlich danach beurteilt, ob es sich bei dem Kläger um einen Gesellschafter oder einen Dritten handelt.

Klagen der Gesellschafter sollen von der Frist des § 195 UmwG erfaßt werden.²⁹⁸ Schließlich sah sich der Gesetzgeber gerade wegen der Gleichbehandlung von Kapital- und Personenhandelsgesellschaften gezwungen, auch für letztere eine Klagefrist zu statuieren. Hintergrund war, daß Klagen, die die Eintragung der Umwandlung im Wege der Registersperre hindern können, nicht zeitlich unbegrenzt erhoben werden können.

²⁹⁴ *Bermel* in G/K/T, UmwG, § 14 Rn. 7; *Timm*, ZGR 1996, 247, 256 spricht sogar von einem nicht in das Beschlußmängelrecht von Personengesellschaften und Vereinen integrierbaren Fremdkörper.

²⁹⁵ *Rettmann*, Rechtmäßigkeitskontrolle, S. 58; siehe oben C. II. 3. b) aa).

²⁹⁶ Zu § 14: *Timm*, ZGR 1996, 247, 255; *Heckschen* in Widmann/Mayer, UmwG, § 14 Rn. 34; allgemein für Beschlüsse von Personengesellschaften zuletzt BGH, ZIP 1999, 1391 m.w.N.

²⁹⁷ Siehe nur *Reuter* in MüKo BGB, § 32 Rn. 36 m.w.N.

²⁹⁸ *Decher* in Lutter, UmwG, § 195 Rn. 2; *Schöne*, DB 1995, 1317; für § 14: *Dehmer*, UmwG, § 14 Rn. 14; *Bermel* in G/K/T, UmwG, § 14 Rn. 5; *Lutter* in Lutter, UmwG, § 13 Rn. 45; *Timm*, ZGR 1996, 247, 257, der damit zu einer Zerteilung des Beschlußmängelrechts für Personengesellschaften kommt: während Mängel von Umwandlungsbeschlüssen nur innerhalb Monatsfrist angreifbar seien, sollen sonstige Beschlußmängel bis zur Verwirkung geltend gemacht werden können.

Da die Unterscheidung zwischen Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen im Recht der Personenhandelsgesellschaften aber nicht vorgenommen wird, wurde die Formulierung „Klagen gegen die Wirksamkeit“ gewählt.

Allein Klagen von Dritten sollen nach teilweiser Ansicht nicht der Frist des § 195 Abs. 1 UmwG unterfallen.²⁹⁹

(2) Neue Tendenzen

Soweit ersichtlich haben sich Vertreter der im Vordringen befindlichen Ansicht, wonach das allgemeine Beschlußmängelrecht auch auf die Personenhandelsgesellschaften entsprechend anzuwenden sei, noch nicht zum Beschlußmängelrecht im Rahmen von Umwandlungen geäußert. Da die allgemeine Meinung sämtliche Beschlußmängel dem Klageerfordernis und der Monatsfrist des § 195 Abs. 1 UmwG unterwirft, besteht für sie auch kein Anlaß, eine Beschränkung der grundsätzlichen Nichtigkeit/Unwirksamkeit durch Übertragung der §§ 241 ff. AktG auf die Personengesellschaften vorzunehmen.

bb) Kritik

Für die Personenhandelsgesellschaften hätte die Auslegung, daß § 195 Abs. 1 UmwG sämtliche Mängel erfaßt, den Effekt, daß dadurch nicht nur ein Klageerfordernis statuiert würde, sondern die Klagemöglichkeiten gleichzeitig auf einen Monat befristet würden, was wiederum eine erhebliche Einschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten betroffener Gesellschafter darstellt.³⁰⁰

c) Eigene Auslegung des § 195 Abs. 1 UmwG

aa) Bedürfnis nach einem Abweichen von der allgemeinen Ansicht

Zunächst ist darauf einzugehen, ob neben oben aufgeführten Unzulänglichkeiten, für eine von der überwiegenden Meinung abweichende Auslegung überhaupt ein Bedürfnis besteht.

Hauptkritikpunkt ist nämlich, daß selbst Nichtigkeitsgründe nach einem Monat nicht mehr klageweise geltend gemacht werden könnten. Dies wäre aber unschädlich, wenn unabhängig davon der Formwechsel selbst auch nach Fristablauf angreifbar wäre, ohne daß es auf die Vernichtung des Umwandlungsbeschlusses ankäme.

(a) Schadensersatzansprüche als ausreichender Gesellschafterschutz

²⁹⁹ Rettmann, Rechtmäßigkeitskontrolle, S. 57; für Befristung *Bermel* in G/K/T, UmwG, § 14 Rn. 6.

³⁰⁰ Schöne, DB 1995, 1317, 1318 Fn. 14; Bork, ZGR 1993, 343, 355; nach *Bermel* in G/K/T, UmwG, § 14 Rn. 7 habe der Gesetzgeber dies bewußt in Kauf genommen; vgl. auch zum Einfluß des § 14 UmwG auf das Recht der Personengesellschaften *Timm*, ZGR 1996, 247, 254 ff.

Selbst einige Vertreter der befristeten Nichtigkeitsklage gehen davon aus, daß die Mangelhaftigkeit des zugrunde liegenden Umwandlungsbeschlusses auch nach Fristablauf mittels Schadenersatzanspruchs geltend gemacht werden kann. Dabei soll im Rahmen der Naturalrestitution nach §§ 249 ff. BGB sogar die Rückabwicklung einer eingetragenen Umwandlung verlangt werden können.³⁰¹

Sollte durch diese Lösung tatsächlich die Rückabwicklung des fehlerhaften aber eingetragenen und damit wirksamen Formwechsels unabhängig von einer Klage gegen den fehlerhaften Beschluß durchgesetzt werden können, bestünde für eine Korrektur der weiten Auslegung des § 195 Abs. 1 UmwG durch die herrschende Meinung kein Anlaß.

Dagegen spricht, daß die herrschende Ansicht davon ausgeht, daß es sich bei der Frist (wie bei § 246 Abs. 1 AktG) um eine materielle Ausschlußfrist handelt.³⁰² Damit ist der Umwandlungsbeschluß aber nach Fristablauf unangreifbar. Zwar wird stets betont, daß § 202 Abs. 3 UmwG Schadenersatzansprüchen nicht entgegenstehe.³⁰³ Ihre Durchsetzung kann aber nicht die selben Folgen haben, wie die Vernichtung des Umwandlungsbeschlusses, da sonst § 195 Abs. 1 UmwG umgangen würde.

Doch selbst wenn nach Eintragung die Rückabwicklung der Umwandlung mittels Schadenersatzanspruchs geltend gemacht werden könnte,³⁰⁴ bestünde für den Zeitraum zwischen Fristablauf und Eintragung und damit Wirksamwerden der Umwandlung eine Rechtsschutzlücke.

Denn abgesehen davon, daß es sehr fraglich ist, ob Schadenersatzansprüche den Interessen benachteiligter Gesellschafter überhaupt gerecht werden, setzt die Anspruchsberechtigung des Gesellschafters dessen Schädigung voraus, die erst mit Wirksamwerden der Umwandlung, also Eintragung des Formwechsels erfolgen kann.

Zudem wird auch ein Unterlassungsanspruch des Gesellschafters, der durch die Eintragung eines nichtigen Umwandlungsbeschlusses in seinen Rechten verletzt wird, hinter das Eintragungsverfahren in den §§ 198 Abs. 3, 16 UmwG als spezielleren Rechtsbehelf zurückzutreten haben. Au-

³⁰¹ *Veil*, ZIP 1996, 1065, 1069: kein Verbot der Rückumwandlung; *Schöne*, DB 1995, 1317, 1320.

³⁰² Siehe bereits vorn C. II. 4. a) bb) (3); die Gegenansicht von *Veil*, Umwandlung, S. 169 und *K. Schmidt*, DB 1995, 1849 („... im Gegensatz zu § 246 Abs. 1 AktG wird man die Frist nach § 14 Abs. 1 als Klagefrist anzusehen haben. Selbst Mängel, die nach einem Monat materiellrechtlich noch nicht verbraucht sind, können nicht mehr mit der „Klage gegen die Wirksamkeit des Beschlusses“ geltend gemacht werden...“), die § 14 Abs. 1 UmwG als nur prozessuale Frist ansehen, überzeugt nicht. *K. Schmidt* sieht die Nichtigkeitsklage als kassatorische Klage „gegen“ die Wirksamkeit des Beschlusses an und unterwirft diese - konsequent - der Monatsfrist. Gleichzeitig will er aber auch noch nach Fristablauf eine Rückabwicklung von grob fehlerhaften Umwandlungen erreichen. Es bleibt ihm damit nichts anderes übrig, als die Frist nur als prozessuale Frist anzusehen. Nichtigkeitsgründe sind seiner Ansicht nach dann noch mittels allgemeiner Feststellungsklage von Gesellschaftern oder Dritten geltend zu machen.

³⁰³ *Decher* in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 28.

³⁰⁴ So *Schöne*, DB 1995, 1317, 1320; *K. Schmidt*, AG 1991, 131; *Veil*, Umwandlung, S. 169 f.

ßerdem befristeten Befürworter der umfassenden Klagefrist auch allgemeine Unterlassungsklagen oder einstweilige Verfügungen gegen Vollzugshandlungen, wenn diese nicht der Sicherung einer zuvor fristgemäß erhobenen Unwirksamkeitsklage dienen.³⁰⁵

Es stellt aber auch keine praktikable Lösung dar, den Gesellschafter bis zur Eintragung der Umwandlung warten zu lassen, damit er dann mittels Schadensersatzanspruch gegen sie vorgehen kann. Insbesondere überzeugt es nicht, wenn die Umwandlung trotz zugrunde liegenden unanfechtbaren Beschlusses mittels Schadensersatzanspruchs beseitigt werden können soll. Denn der Beschluß bildet sozusagen die causa für die Strukturänderung.

Die konsequente Anwendung der Monatsfrist auf Nichtigkeitsklagen muß vielmehr dazu führen, daß auch eine Korrektur des als unbillig empfundenen Ergebnisses - Unbeachtlichkeit von Nichtigkeitsgründen nach Ablauf der Monatsfrist - durch Schadensersatzansprüche ausscheidet.

(b) Ergebnis

Es ist im folgenden zu prüfen, ob die von der allgemeinen Meinung vertretene Auslegung des § 195 Abs. 1 UmwG zwingend ist oder ob es alternative Auslegungsmöglichkeiten gibt, die dem Bedürfnis nach ausreichender Rechtmäßigkeitskontrolle besser gerecht werden.

bb) Ausgangspunkt

Bei der Suche nach einer alternativen Auslegungsmöglichkeit des § 195 Abs. 1 UmwG sind aber gewisse Vorgaben zu beachten.

(1) Erweiterung der Rechtsschutzmöglichkeiten über die Monatsfrist hinaus

Hauptkritikpunkt an der herrschenden Ansicht zu § 195 Abs. 1 UmwG ist, daß selbst Nichtigkeitsgründe nur noch innerhalb der Monatsfrist geltend gemacht werden können. Die bisher unternommenen Versuche, dieses Ergebnis zu korrigieren, müssen als dogmatisch nicht überzeugend eingestuft werden.

(2) Gleichbehandlung von Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften

Aufgrund der einheitlichen Regelungen im Umwandlungsgesetz ist für eine Differenzierung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften kein Raum. In Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht, die für sämtliche Klagearten sowohl bei Personen- als auch Kapitalgesellschaften

³⁰⁵ *Meister/Klöcker* in Kallmeyer, UmwG, § 195 Rn. 13; *Bermel* in G/K/T, UmwG, § 14 Rn. 5; **a.A.** allerdings *Decher* in Lutter, UmwG, § 195 Rn. 5.

die Monatsfrist anwendet, müssen Umwandlungsmängel in Personen- und Kapitalgesellschaften stets die selben Rechtsfolgen herbeiführen.

cc) These: Übertragung der §§ 241 ff. AktG auf die Personengesellschaften; Anwendung des § 195 Abs. 1 UmwG nur auf Anfechtungsklagen

Eine Erweiterung der Klagemöglichkeiten gegen rechtswidrige Umwandlungen bei gleichzeitiger Gleichbehandlung von Personen- und Kapitalgesellschaften könnte dadurch erreicht werden, daß einheitlich das Beschlußmängelrecht der §§ 241 ff. AktG auf Umwandlungsbeschlüsse angewandt wird. Danach wären allein die Mängel, die lediglich zur Anfechtbarkeit des Umwandlungsbeschlusses führen, innerhalb der Monatsfrist geltend zu machen, Nichtigkeitsgründe könnten darüber hinaus klageweise gerügt werden. Ob die geltende Rechtslage diese Auslegung zuläßt, soll im folgenden untersucht werden.

dd) Grundlagen

In der Begründung zum Diskussionsentwurf zum Umwandlungsgesetz,³⁰⁶ in dem eine mit § 195 Abs. 1 UmwG vergleichbare Regelung noch fehlte, heißt es zu dem inhaltlich identischen § 14 UmwG:

„§ 14 erfaßt nicht nur die Fälle der Anfechtung eines Verschmelzungsbeschlusses bei Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit, sondern auch Klagen gegen die Wirksamkeit von Beschlüssen übertragender Personenhandelsgesellschaften und Vereine. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum sieht solche Klagen nicht als Anfechtungsklagen im Sinne des Rechts der Kapitalgesellschaften an. Deshalb muß eine Fassung des § 14 gewählt werden, die alle Klargetypen erfaßt, mit denen die Nichtigkeit, Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit eines Beschlusses der Anteilsinhaber geltend gemacht werden kann; denn eine Beschränkung auf Anfechtungsklagen würde beim gegenwärtigen Stand der Meinungen Personenhandelsgesellschaften und Vereine nicht erfassen. Andererseits ist es nicht möglich, für diese Rechtsformen nur für Beschlüsse über Verschmelzungen und andere Umwandlungsarten eine Anfechtungsklage nach dem Vorbild etwa des Aktiengesetzes einzuführen; dieser Fragenkreis kann nur allgemein für alle Beschlüsse von Anteilsinhabern gesetzlich geregelt werden.“

³⁰⁶ V. 15.11.1988 Beilage Nr. 214 a zum Bundesanzeiger.

Die Begründung zum darauf folgenden Referentenentwurf zu § 195 UmwG,³⁰⁷ die auch der Begründung des Regierungsentwurfes³⁰⁸ entspricht, verwies auf § 14 UmwG:

„Wie in § 14 Abs. 1 für die Verschmelzung soll auch für die Anfechtung eines Beschlusses über den Formwechsel für alle Rechtsformen eine einheitliche Frist eingeführt werden.“

Zu § 14 des Referentenentwurfs wurde obige Passage der Begründung zum Diskussionsentwurf wiederholt und noch angefügt:

„Eine Frist für die Erhebung einer solchen Klage ist bisher im deutschen Recht nicht allgemein vorgesehen. Nur § 246 Abs. 1 AktG legt für Anfechtungsklagen gegen den Hauptversammlungsbeschuß einer Aktiengesellschaft eine Ausschlußfrist von einem Monat fest. Die Rechtsprechung hat dies für Anfechtungsklagen gegen Gesellschafterbeschlüsse einer GmbH übernommen.

Da § 16 Abs. 2 des Entwurfs an die Erhebung der Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses aller Rechtsträger erhebliche Folgen in Gestalt einer Sperre gegen die Eintragung der Verschmelzung im Register knüpft, muß für alle Arten solcher Klagen und für alle Rechtsformen der Unternehmensträger eine Ausschlußfrist vorgesehen werden, weil sonst die Eintragung und damit das Wirksamwerden der Verschmelzung auf unbestimmte Zeit hinausgeschoben würde. Dies sieht Absatz 1 des § 14 vor, der sachlich und redaktionell an § 246 Abs. 1 AktG anknüpft.“³⁰⁹

Die Auslegung der Passage: „Klage gegen die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses“ soll danach genauso wie in § 16 Abs. 2 UmwG erfolgen.

Zu diesem § 16 formulieren die Begründungen zum Diskussions-,³¹⁰ Referenten-³¹¹ und Regierungsentwurf³¹² einheitlich:

³⁰⁷ V. 15.4.1992 in Beilage Nr. 112 a zum Bundesanzeiger, S. 231.

³⁰⁸ Abgedruckt in *Ganske*, Umwandlungsrecht, S. 219.

³⁰⁹ V. 15.4.1992 in Beilage Nr. 112 a zum Bundesanzeiger, S. 56; abgedruckt in G/K/T, UmwG, § 14 Vor Rn. 1.

³¹⁰ V. 15.11.1988 in Beilage Nr. 214 a zum Bundesanzeiger, S. 47.

³¹¹ V. 15.4.1992 in Beilage Nr. 112 a zum Bundesanzeiger, S. 59.

³¹² BT-Drucks. 12/6699, S. 88 = BR-Drucks. 75/94, S. 88; abgedruckt in *Ganske*, Umwandlungsrecht, S. 67.

„Die weite Fassung des Absatzes 2 erfaßt nicht nur die Anfechtungsklagen des Rechts der Kapitalgesellschaften, sondern wie § 14 alle Klagetypen, mit denen Mängel eines Verschmelzungsbeschlusses geltend gemacht werden können.“

ee) Befristung von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen

(1) Übertragung der §§ 241 ff. AktG auf die Personengesellschaften

Der Gesetzgeber hat in der Gesetzesbegründung ausdrücklich erwähnt, daß er für die Personengesellschaften keine neuen Beschlußmängelregelungen einführen will und die Unterscheidung in anfechtbare und nichtige Beschlüsse bisher nicht anerkannt sei. Es sei auch nicht möglich, für diese Rechtsformen nur für Beschlüsse über Umwandlungen eine Anfechtungsklage nach dem Vorbild des Aktiengesetzes einzuführen; dieser Fragenkreis könne nur allgemein für alle Beschlüsse von Anteilshabern gesetzlich geregelt werden.³¹³

Geht man davon aus, daß neuere Ansichten das Beschlußmängelrecht der § 241 ff. AktG bereits allgemein auf das Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften und nicht nur auf Umwandlungsbeschlüsse anwenden³¹⁴ und daß die Rechtsprechung das aktienrechtliche Beschlußmängelrecht auch ohne gesetzliche Grundlage auf die GmbH erstreckt hat, muß die Gesetzesbegründung der Anwendung des allgemeinen Beschlußmängelrechts auch auf die Personengesellschaften nicht im Wege stehen. Der Gesetzgeber scheute sich nur davor, selbst eine verbindliche Regelung zu treffen.

Auch wenn für Personengesellschaften kein Beschlußmängelrecht statuiert ist, ist anerkannt, daß bestimmte Mängel nicht zeitlich unbegrenzt geltend gemacht werden können. Für eine Differenzierung zwischen Mängeln, die innerhalb der Monatsfrist des § 195 Abs. 1 UmwG geltend gemacht werden müssen und solchen, die auch darüber hinaus beachtlich bleiben, ist es auch nicht zwingend erforderlich, die Anfechtungsklage im Personengesellschaftsrecht einzuführen, denn § 195 Abs. 1 UmwG bestimmt nur die Klagefrist, nicht aber das Klageverfahren. Ob man - wie hier vertreten - die Anfechtungsklage übernimmt oder lediglich die allgemeine Feststellungsklage modifiziert,³¹⁵ ist zweitrangig.

Für eine differenzierte Anwendung des § 195 Abs. 1 UmwG spricht auch, daß die Präklusion sämtlicher Mängel nach Ablauf der Monatsfrist ein stärkerer Eingriff in das Recht der Personengesellschaft ist, als die Übertragung der Monatsfrist - in Anlehnung an die §§ 246 Abs. 1, 243 AktG - lediglich auf Klagen, mit denen weniger schwerwiegende Mängel gerügt werden.

³¹³ BegrRegE BT-Drucks. 12/6699, S. 88.

³¹⁴ Siehe oben C. II. 3. b) cc).

³¹⁵ Siehe oben C. II. 3. b) bb).

Gegen die Übertragung der §§ 241 ff. AktG kann auch nicht der bessere Schutz der Gesellschafter im Personengesellschaftsrecht herangezogen werden. Sie wären nur dann besser geschützt, wenn man ein Klageerfordernis zur Geltendmachung von Beschlußmängeln weiterhin ganz ablehnen würde, also jeder fehlerhafte Beschluß wirkungslos bliebe. Davon ist der Gesetzgeber im neuen Umwandlungsrecht aber abgerückt und hat auch dort eine Klagefrist eingeführt. Dann wird aber die Lösung, die das Beschlußmängelrecht auch auf die Personengesellschaften überträgt und lediglich die Geltendmachung von Anfechtungsgründen der Monatsfrist unterwirft, dem Gesellschafterschutz vor rechtswidrigen Maßnahmen besser gerecht.

Die §§ 241 ff. AktG sind somit auf das Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften zumindest hinsichtlich der Unterscheidung in Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe übertragbar. Damit wird auch dem Anliegen des § 195 Abs. 1 UmwG nach Gleichbehandlung aller Umwandlungsbeschlüsse Rechnung getragen.

(2) Wortlaut des § 195 Abs. 1 UmwG

Weiterhin ist zu untersuchen, ob § 195 Abs. 1 UmwG der alleinigen Befristung der Anfechtungsklagen entgegensteht. Auszugehen ist vom Wortlaut des § 195 Abs. 1 UmwG, der von „Klagen gegen die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses“ spricht.³¹⁶

Nach den §§ 241 ff. AktG besteht ein Klageerfordernis (vor Eintragung des Formwechsels) lediglich bezüglich der Anfechtungsgründe. Zwar ist für die allgemein verbindliche Feststellung der Nichtigkeit eines Beschlusses auch bezüglich der Nichtigkeitsgründe die Erhebung einer Klage - der Nichtigkeitsklage nach § 249 Abs. 1 AktG - erforderlich. Da bei Vorliegen von Nichtigkeitsgründen die Rechtsfolgen aber gar nicht eintreten, kann die Nichtigkeit des Formwechsels wie die Nichtigkeit jedes Beschlusses in jeder Art und Weise (§ 249 Abs. 1 S. 2 AktG) geltend gemacht werden. Einer Vernichtung des Beschlusses bedarf es hier zumindest bis zur Eintragung der Umwandlung nicht. Typische „Klage gegen die Wirksamkeit“ von Beschlüssen ist somit nur die Anfechtungsklage. Der Wortlaut des § 195 Abs. 1 UmwG steht somit der bloßen Befristung der Anfechtungsklage nicht entgegen.

(3) Zweck der Formulierung

Zwar formulieren Diskussions- und Regierungsentwurf zu § 14 UmwG einheitlich, daß alle Klagearten erfaßt sein sollen, mit denen die Nichtigkeit, Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit eines

³¹⁶ Von diesem Ansatz ausgehend auch K. Schmidt in GK AktG, § 249 Rn. 44, nach dessen Systematik aber auch die Nichtigkeitsklage wegen ihrer inter omnes-Wirkung eine Klage gegen die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses sei.

Beschlusses der Anteilshaber geltend gemacht werden kann.³¹⁷ Somit verwundert es nicht, daß die ganz herrschende Meinung auch die Nichtigkeitsklage von der Frist erfassen will.

Wenn man die Gesetzesbegründung im Zusammenhang sieht, muß dies aber nicht so sein. Es sollte eine Fassung gewählt werden, um auch Beschlußmängel der Personengesellschaften zu erfassen. Die Worte: „mit denen Nichtigkeit, Unwirksamkeit“, kann man somit auch allein auf die Personenhandelsgesellschaften beziehen; denn deren Beschlüsse sind nach herrschender Meinung nur voll wirksam oder unwirksam bzw. nichtig,³¹⁸ wobei die aus dem Kapitalgesellschaftsrecht stammende Unterteilung in nichtige und unwirksame Beschlüsse nicht übernommen wird. Allein die Anfechtbarkeit, die am Schluß der Aufzählung auftaucht, wäre auf die Kapitalgesellschaft bezogen. Die Geltendmachung von Beschlußmängeln der Personenhandelsgesellschaften sollen damit an die Geltendmachung von Anfechtungsgründen in den Kapitalgesellschaften angeglichen werden. Es gibt dagegen keinen ausdrücklichen Hinweis darauf, daß das Beschlußmängelrecht der Kapitalgesellschaften modifiziert werden sollte.³¹⁹ Vielmehr sollte die Formulierung des § 14 UmwG zur Angleichung des Rechtes der Personenhandelsgesellschaften dienen. Wenn man aber - wie oben gezeigt - auch bei Beschlüssen in Personengesellschaften die Unterscheidung zwischen anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen trifft, bedarf es für die Angleichung der Beschlußmängelrechte keiner einheitlichen Klagefrist für alle Beschlußmängel, sondern es genügt, allein die anfechtbaren Beschlüsse der Klagefrist zu unterwerfen. Dem gesetzgeberischen Willen wird dadurch hinreichend entsprochen.

(4) Gesetzesentstehung

Für diese Auslegung spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 195 Abs. 1 UmwG. Das Aktiengesetz kennt keine Festlegung einer Klagefrist für Klagen gegen die Wirksamkeit von Umwandlungsbeschlüssen.³²⁰ Dort ist in § 246 Abs. 1 AktG lediglich eine Ausschlußfrist für die Erhebung von Anfechtungsklagen enthalten. Die Nichtigkeit von Beschlüssen kann dagegen noch innerhalb von drei Jahren seit ihrer Eintragung bis zur Heilung nach § 242 Abs. 2 AktG geltend gemacht werden. Die Formulierung in § 195 Abs. 1 UmwG geht lediglich auf die Bestrebungen zurück, Kapitalgesellschaften und Personenhandelsgesellschaften gleich zu behandeln. Die Folge, daß durch die einheitliche Befristung die bisherige Rechtslage für die Kapitalgesellschaften geändert wird, wurde dagegen kaum beachtet und sicherlich nicht angestrebt.

Selbst wenn die Gesetzesmaterialien zu § 16 UmwG formulieren, daß die weite Fassung des Absatzes 2 (Negativerklärung) nicht nur die Anfechtungsklagen des Rechts der Kapitalgesellschaften

³¹⁷ Abgedruckt in *Ganske*, Umwandlungsrecht, S. 63.

³¹⁸ Siehe vorn C. II. 3. b) aa).

³¹⁹ Zudem sollte bislang geltendes Recht weitgehend bewahrt werden *Schöne*, DB 1995, 1317.

ten, sondern „alle Klagetypen“ erfassen sollen, bezieht sich dies wiederum auf § 14 UmwG, so daß „alle Klagetypen“ hier als Klagetypen sowohl bei Kapital- als auch Personenhandelsgesellschaften zu lesen ist.

Die bloße Befristung der Anfechtungsklage steht auch im Einklang mit dem gesetzgeberischen Ziel, Klagen zu befristen, damit das Eintragungsverfahren (§§ 198 Abs. 3, 16 UmwG) zügig vorangetrieben wird,³²¹ denn sie ändert nichts daran, daß ab dem Ablauf der Monatsfrist die Eintragung betrieben werden kann. Auch sonst können Gesellschafterbeschlüsse vor Eintritt der endgültigen Bestandskraft (beispielsweise nach § 242 Abs. 2 AktG) eingetragen werden. Allein der Registerrichter ist dann dafür zuständig, die Eintragung nichtiger Beschlüsse zu verhindern. Zwar kann theoretisch trotzdem der unerwünschte Fall eintreten, daß noch nicht endgültig bestandskräftige Beschlüsse eingetragen werden. Zur Frage der Rückabwicklung eingetragener Umwandlungen äußert sich § 195 Abs. 1 UmwG aber nicht. Dafür ist allein § 202 Abs. 3 UmwG maßgebend.

Das Argument, daß die Ausschlußfrist von einem Monat auch für Nichtigkeitsgründe wegen der Registersperre nach § 16 Abs. 2 UmwG erforderlich war,³²² überzeugt auch deshalb nicht, weil nach dem alten Recht ebenfalls eine Negativerklärung vorgesehen war, die einzige Klagfrist nach § 246 AktG aber ebenfalls nur die Anfechtungsgründe erfaßt.

(5) Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß § 195 Abs. 1 UmwG auch dahingehend ausgelegt werden kann, daß „Klagen gegen die Wirksamkeit“ nur solche zur Geltendmachung von Anfechtungsgründen sind. Zur Abgrenzung ist dabei auch für die Personengesellschaften § 241 AktG maßgebend. Die Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen unterfällt dagegen nicht der Monatsfrist des § 195 Abs. 1 UmwG.

ff) Befristung der allgemeinen Feststellungsklage

Mit Übertragung der §§ 241 ff. AktG (und deren Unterscheidung zwischen Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen) auf die Personengesellschaften wird eine Modifizierung des allgemeinen Beschlußmängelrechts durch die Monatsfrist des § 195 Abs. 1 UmwG obsolet. Einer einheitli-

³²⁰ Für die inhaltlich übereinstimmende Norm § 14 UmwG *Heckschen* in Widmann/Mayer, UmwG, § 14 Rn. 1.

³²¹ Die Regierungsbegründung zu § 14 UmwG formulierte: „Da § 16 Abs. 2 ... an die Erhebung der Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses aller Rechtsträger erhebliche Folgen in Gestalt einer Sperre gegen die Eintragung der Verschmelzung im Register knüpft, muß für alle Arten solcher Klagen und für alle Rechtsformen der Unternehmensträger eine Ausschlußfrist vorgesehen werden, weil sonst die Eintragung ... auf unbestimmte Zeit hinausgeschoben würde“.

³²² BegrRegE zu § 14 UmwG bei *Ganske*, Umwandlungsrecht, S. 64.

chen Klagefrist für alle Klagearten, um die Gleichbehandlung von Personen- und Kapitalgesellschaften zu erreichen, bedarf es dann nicht.

Nichtigkeitsgründe können danach auch noch nach Ablauf der Monatsfrist geltend gemacht werden. Das muß genauso für Klagen von Dritten mittels allgemeiner Feststellungsklage gelten. Denn für die Befristung der Klage kann es nur darauf ankommen, welche Schwere der Beschlußmangel aufweist, nicht dagegen, wer den Mangel geltend macht. Auch dies entspricht dem allgemeinen Beschlußmängelrecht der §§ 241 ff. AktG.

Erfolg wird die allgemeine Feststellungsklage freilich nur haben, wenn der Kläger ein Feststellungsinteresse hat.³²³ Das Recht, die Nichtigkeit von Beschlüssen geltend zu machen, steht Dritten nämlich grundsätzlich nicht zu.³²⁴ Für Gesellschafter steht die speziellere Nichtigkeitsklage zur Verfügung, ein Bedarf für die Erhebung der allgemeinen Feststellungsklage besteht nicht.

gg) Abweichungen von der herrschenden Ansicht/Vorteile

(1) Wortlaut und Gesetzgebungsverfahren

Die hier vertretene Lösung, die als Klagen „gegen die Wirksamkeit“ nur die (auch auf das Personengesellschaftsrecht zu übertragende) Anfechtungsklage begreift, steht im Einklang mit Wortlaut und Gesetzeszweck des § 195 Abs. 1 UmwG.

(2) § 195 UmwG als materielle Frist

In Anlehnung an § 246 AktG, auf den in den Gesetzesmaterialien verwiesen wird,³²⁵ ist § 195 Abs. 1 UmwG als materielle Ausschlußfrist anzusehen. Ein Abweichen, um auch über die Monatsfrist hinaus Nichtigkeitsgründe beachten zu können, ist unnötig, da nach hier vertretener Ansicht lediglich die Geltendmachung von Anfechtungsgründen der Monatsfrist unterfällt.

(3) Klagemöglichkeiten allein abhängig von der Schwere des Mangels

Die Auslegung, daß von § 195 Abs. 1 UmwG nur Klagen zur Geltendmachung von Anfechtungsgründen erfaßt sind, führt auch zu einer besseren Übereinstimmung der Rechtsschutzmöglichkeiten von Gesellschaftern und Dritten. Denn es kommt für die Dauer, sich auf Beschlußmängel berufen zu können, zumindest nicht primär darauf an, wer den Mangel geltend macht,³²⁶

³²³ Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 84 verlangt weiterhin, daß der gerügte Mangel nicht ausschließlich das Innenverhältnis der Gesellschafter betrifft, so daß seine Geltendmachung allein zur Disposition der Gesellschafter steht. Die Möglichkeit Dritter, Beschlußmängel geltend zu machen könne nur bezüglich solcher Mängel bestehen, die zur generellen Nichtigkeit führen; regelmäßig stehe das Recht, die Nichtigkeit von Beschlüssen geltend zu machen nur Mitgliedern und Organen, nicht aber Dritten zu. Deren Feststellungsklage wäre unbegründet.

³²⁴ BGH, WM 1975, 1041, 1042 (sub. III 1 der Gründe).

³²⁵ Abgedruckt bei Ganske, Umwandlungsrecht, S. 64.

³²⁶ Abgesehen davon, daß Gesellschafter und Organmitglieder allein schon wegen des bei ihnen immer vorhandenen Rechtsschutzinteresses bessere Rechtsschutzmöglichkeiten haben.

sondern um welche Art von Mangel es sich handelt. Dies wiederum entspricht dem normalen Beschlußmängelrecht der Kapital- aber auch der Personengesellschaften.

Es ist auch sachgerecht, an die Schwere der Beschlußmängel anzuknüpfen. Einerseits braucht kein vom allgemeinen Beschlußmängelrecht abweichendes Sonderrecht für Umwandlungsbeschlüsse geschaffen zu werden. Andererseits liegt es in der Hand der verantwortlichen Gesellschaftsorgane dafür Sorge zu tragen, daß der Umwandlungsbeschluß nicht mit Mängeln behaftet ist, die zu seiner Nichtigkeit führen.

(4) Keine Ausnahmen für „Geheimbeschlüsse“

Weiterhin vermeidet obige Lösung Randkorrekturen, wie zum Beispiel die Sonderbehandlung von „Geheimbeschlüssen“. Da diese wegen des Vorliegens von Einberufungsfehlern nichtig sind, kann ihre Fehlerhaftigkeit auch über die Monatsfrist hinaus geltend gemacht werden. Es kommt zu einer einheitlichen Behandlung von Gesellschaftern und Dritten in Bezug auf die Dauer, in der Nichtigkeitsgründe geltend zu machen sind und Widersprüche bei der unterschiedlichen Behandlung von Nichtigkeitsklagen im Sinne des § 249 Abs. 1 AktG und allgemeinen Feststellungsklagen werden vermieden.

d) Ergebnis

Anfechtungsgründe können sowohl bei Kapital- als auch Personengesellschaften nur innerhalb eines Monats (§ 195 Abs. 1 UmwG) mittels Anfechtungsklage geltend gemacht werden.

Mängel, die zur Nichtigkeit führen, können darüber hinaus entweder mittels Nichtigkeitsklage oder allgemeiner Feststellungsklage geltend gemacht werden.³²⁷

III. BEHANDLUNG DES FEHLERHAFTEN FORMWECHSELS ALS STRUKTURÄNDERUNG

1. EINLEITUNG

Nachdem ausführlich auf den Umwandlungsbeschluß eingegangen wurde, soll nun der Formwechsel selbst als Strukturänderung betrachtet werden. Zunächst wird dabei kurz die Eintragung als auslösendes Moment untersucht. Im Anschluß daran soll die in der Literatur verschiedentlich vertretene Auffassung, bei § 202 Abs. 3 UmwG handele es sich um eine Ausprägung der Grund-

³²⁷ A.A. K. Schmidt, DB 1995, 1849, 1850: „Das ... Risiko einer Eintragung nichtiger ... Verschmelzungsbeschlüsse läßt sich ... mit der Zulassung unbefristeter Nichtigkeitsklagen ebensowenig ausschließen wie mit der - unbestrittenen ! - Zulassung unbefristeter Feststellungsklagen nach § 256 ZPO“.

sätze über die fehlerhafte Gesellschaft³²⁸ bzw. deren Weiterentwicklung der Lehre über die fehlerhafte Strukturänderung, überprüft werden.

2. EINTRAGUNG DES FORMWECHSELS

Der Formwechsel wird mit der konstitutiven Eintragung der neuen Rechtsform (§ 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) bzw. im Falle, daß der formwechselnde Rechtsträger nicht in einem Register eingetragen ist oder sich die Art des Registers oder dessen Zuständigkeit ändert, mit konstitutiver Eintragung des Rechtsträgers neuer Rechtsform (§ 202 Abs. 2 UmwG) wirksam.

Erst mit dieser Eintragung treten die Rechtsfolgen des Formwechsels ein: Der Rechtsträger besteht in der neuen Rechtsform weiter, so daß sich die Rechte und Pflichten der Anteilshaber ab sofort nach den Verhältnissen in der neuen Rechtsform richten. Mögliche Mängel der notariellen Beurkundung des Umwandlungsbeschlusses und erforderlicher Zustimmung- oder Verzichtserklärungen werden durch die Eintragung geheilt (§ 202 Abs. 1 Nr. 3 UmwG).

Gemäß § 202 Abs. 3 UmwG lassen Mängel des Formwechsels die Wirkungen der Eintragung der neuen Rechtsform oder des Rechtsträgers neuer Rechtsform in das Register unberührt. Beim Wort genommen sagt diese Norm aber zunächst nur, daß oben aufgeführte Rechtsfolgen - Weiterbestehen des Rechtsträgers in der neuen Rechtsform - trotz möglicher Mängel eintreten, eine ex tunc-Abwicklung im Sinne der Verneinung jeglicher Folgen des Formwechsels nach seiner Eintragung also ausscheidet. Die Eintragung führt damit zu einer Bestandswirkung der Strukturänderung in Abweichung von den allgemeinen Rechtsfolgen der erfolgreichen Beschlußmängelklage.³²⁹

Weiterhin findet eine Modifikation dahin statt, daß - sollte man die Geltendmachung von Beschlußmängeln nach Eintragung der neuen Rechtsform überhaupt noch zulassen³³⁰ - dies nur noch mittels Klage möglich wäre, um die konstitutive Wirkung der Eintragung wieder zu beseitigen.³³¹ Damit besteht auch für die Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen ein Klageerfordernis.

Mittelbar hat die Eintragung die Wirkung, daß die Frist zur Heilung möglicher Beschlußmängel zu laufen beginnt. Für die Aktiengesellschaft ist § 242 Abs. 2 AktG analog (da vorliegend nicht der Umwandlungsbeschuß selbst, sondern die neue Rechtsform bzw. der Rechtsträger neuer Rechtsform eingetragen werden), für die übrigen Kapitalgesellschaften § 242 Abs. 2 AktG in

³²⁸ So auch für die Vorgängerregelung § 352a AktG: *Schmid*, ZGR 1997, 493, 501; siehe auch vorn A. IV. 1. d); A. IV. 3. b) bb); für andere Umwandlungsvorgänge: *Heiss*, Spaltung, S. 86 (für die Spaltung); *Heckschen*, Verschmelzung, S. 62 (Verschmelzung von GmbH vor Inkrafttreten des UmwG).

³²⁹ Für die Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht *Kort*, Bestandsschutz, S. 99.

³³⁰ Auch zu dieser Problematik später ausführlich.

doppelter Analogie anzuwenden. Für die Personengesellschaft muß das auch gelten.³³² Dafür spricht, daß das Umwandlungsgesetz Kapital- und Personengesellschaften hinsichtlich der klageweisen Geltendmachung von Beschlußmängeln - Klageerfordernis und Klagefrist - gleich behandelt.

Unstrittig ist, daß die Eintragung, außer im Hinblick auf mögliche Beurkundungsmängel keine Heilungswirkung hat.³³³ Selbst wenn die Rechtsfolgen der Eintragung ungeachtet möglicher Mängel eintreten, bleibt der Formwechsel materiell rechtswidrig.³³⁴ Mögliche Schadensersatzpflichten werden von der Eintragung nicht berührt.³³⁵

Weitgehend klärungsbedürftig ist, ob § 202 UmwG und damit auch dessen Abs. 3 sämtliche Eintragungen neuer Rechtsformen erfaßt, oder ob es nicht doch besonders schwerwiegende Mängel gibt, die selbst die Anwendung des § 202 UmwG ausschließen. Anlaß zu dieser Fragestellung gibt die bereits erwähnte Rechtsprechung zur Umwandlung von LPGen nach dem LwAnpG, wonach drei Fallgruppen aus dem Anwendungsbereich der mit § 202 UmwG vergleichbaren Norm § 34 LwAnpG ausgenommen wurden. Die Betrachtung dieser Fallgruppen (fehlender Umwandlungsbeschluß, Verstoß gegen das Identitätsprinzip, Verstoß gegen den numerus clausus der Umwandlungsformen), soll im Mittelpunkt der nachfolgenden Überlegungen stehen.

Zur Klärung dieser Frage ist die Literaturmeinung, die § 202 UmwG als Ausprägung der Lehre von der fehlerhaften Strukturänderung ansieht, heranzuziehen und ihre Übertragbarkeit auf den fehlerhaften Formwechsel zu untersuchen.

3. § 202 ABS. 3 UMWG ALS AUSPRÄGUNG DER GRUNDSÄTZE ÜBER DIE FEHLERHAFFE GESELLSCHAFT

a) Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft

Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft geht davon aus, daß die normalen Anfechtungs- und Nichtigkeitstatbestände, die auf Individualrechtsverhältnisse ausgerichtet sind, für organisationsrechtliche Akte, wie die Gründung von Kapital- oder Personengesellschaften, nicht passen.³³⁶

Die dogmatische Begründung dieser Grundsätze reicht von der anfänglichen Anerkennung faktischer Verhältnisse über die Lehre von der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen zur heute herr-

³³¹ Zöllner in KK AktG¹, § 241 Rn. 242 Rn. 3.

³³² Für Personengesellschaften sogar für nicht eintragungspflichtige Beschlüsse: Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 154.

³³³ Decher in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 27.

³³⁴ Kort, Bestandsschutz, S. 205 für die Geltendmachung von Mängeln fehlerhafter, aber eingetragener Kapitalerhöhungen.

³³⁵ Decher in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 28 m.w.N.

³³⁶ Flume, BGB, § 2 III. (S. 13).

schenden Lehre von der Doppelnatur des Gesellschaftsvertrages als schuldrechtlichem und auch organisationsrechtlichem Akt.³³⁷

Wird ein solcher fehlerhafter organisationsrechtlicher Akt gleichwohl von den Gesellschaftern vollzogen, so ist er trotz seiner Fehlerhaftigkeit bis zur Geltendmachung möglicher Mängel voll wirksam.³³⁸ Begründet wird dieses Ergebnis damit, daß eine rückwirkende Vernichtung des im Rechtsverkehr aufgetretenen Gebildes nach außen hin zu unannehmbaren Ergebnissen führen würde und auch im Innenverhältnis eine Anfechtung des Gesellschaftsvertrages mit rückwirkender Kraft nicht möglich sei.³³⁹ Die einmal geschaffene Organisation könne nicht rückwirkend beseitigt werden. Demzufolge sollen Mängel des betreffenden organisationsrechtlichen Aktes nicht mehr zu dessen rückwirkender Vernichtung führen, sondern lediglich eine ex-nunc-Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes in Betracht kommen.

b) Anwendungsbereiche der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft

Zunächst sollen kurz einige Anwendungsbereiche der Grundsätze über die fehlerhafte Strukturänderung aufgezeigt werden; ohne daß dabei bereits auf die konkreten Voraussetzungen ihrer Anwendung eingegangen wird.

aa) Gesellschaftsgründung

(1) Kapitalgesellschaften

Die Gründung von Kapitalgesellschaften gehört zu den wenigen gesetzlich geregelten Anwendungsfällen der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft.³⁴⁰

Für die Aktiengesellschaft bestimmt § 275 AktG daß die Aktiengesellschaft nach ihrer Eintragung ins Register lediglich in den in § 275 Abs. 1 AktG enumerativ aufgeführten Gründen für nichtig erklärt werden kann. Nach Eintragung des die Nichtigkeit der Gesellschaft feststellenden Urteils in das Handelsregister findet die Abwicklung nach den Vorschriften über die Abwicklung bei Auflösung statt (§ 277 Abs. 1 AktG); eine rückwirkende Vernichtung der Aktiengesellschaft

³³⁷ Ausführlich dazu *Kort*, Bestandsschutz, S. 6 ff.; *Goette*, DStR 1996, 166; *Pörnig*, Fehlerhafte Gesellschaft, S. 86 ff. m.w.N.; *Ulmer* in Staub, HGB, § 105 Rn. 333 ff.; *Flume*, BGB, § 2 III. (S. 14 ff.); *Kreuznacht*, Verschmelzungen, S. 54 ff.; *Paschke*, ZHR 155 (1991), 1, 3 ff.; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rn. 76; *K. Schmidt*, AcP 186 (1986), 421, 422 ff.

³³⁸ Entgegen LG Berlin, ZIP 1991, 251 f. kann diese Lehre aber nicht herangezogen werden, um erst die Eintragung und damit die Wirksamkeit einer Strukturänderung (hier Spaltung) herbeizuführen, so zutreffend auch *Kohte*, EWiR 1991, 613 f. m.w.N.

³³⁹ *Flume*, BGB, § 2 III. (S. 14).

³⁴⁰ *Paschke*, ZHR 155, (1991), 1, 2; *Kort*, Bestandsschutz, S. 29; *Hüffer*, AktG, § 275 Rn. 3.

scheidet somit aus. Für den Zeitraum zwischen ihrer Eintragung und ihrer Löschung im Handelsregister hat die Gesellschaft nicht nur tatsächlichen, sondern vollen rechtlichen Bestand.³⁴¹

Für die GmbH-Gründung gilt der im Jahre 1897 entsprechend der aktienrechtlichen Regelung³⁴² in das GmbHG eingefügte § 75 GmbHG, der ebenfalls nur eine zukünftige Auflösung der fehlerhaften GmbH gestattet. Gleiches gilt nach § 94 GenG für die fehlerhaft gegründete aber eingetragene Genossenschaft.³⁴³

Zweck dieser Normen ist der Schutz der Gesellschafter und des Rechtsverkehrs vor einer sachwidrigen rückwirkenden Nichtigkeit.³⁴⁴ Für die Gesellschafter ist durch Anwendung der Abwicklungsvorschriften eine gerechte Verteilung des Vermögens gewährleistet, für den Rechtsverkehr steht die Schuldnerposition der im Rechtsverkehr aufgetretenen Gesellschaft außer Streit.³⁴⁵

(2) Personengesellschaften

Die fehlerhafte Gründung von Personengesellschaften stellt den Hauptanwendungsfall der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft dar.³⁴⁶ Im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften fehlt es hier aber an ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen. Die Voraussetzungen, unter denen eine fehlerhaft gegründete Personengesellschaft als nach innen und außen voll wirksam³⁴⁷ angesehen wird, wurden vielmehr durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs erarbeitet.³⁴⁸

bb) Eintritt von Gesellschaftern

Sowohl auf den Beitritt zu Kapital- als auch zu Personengesellschaften finden die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft Anwendung.³⁴⁹ Mängel des Beitritts kann man in Personenge-

³⁴¹ Hüffer, AktG, § 275 Rn. 3; ders. in G/H, AktG, § 275 Rn. 5; zu den alten Ansichten, wonach die Gesellschaft nur „wie wirksam“ zu behandeln, im übrigen aber unwirksam ist: Wiedemann in GK AktG³, § 275 Anm. 8.

³⁴² Zimmermann in Rowedder, GmbHG, § 75 Rn. 5.

³⁴³ Meyer/Meulenbergh/Beuthien, GenG, § 94 Rn. 5; Schaffland in Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, GenG, § 94 Rn. 9.

³⁴⁴ Hüffer, AktG, § 275 Rn. 2.

³⁴⁵ Hüffer, AktG, § 275 Rn. 2.

³⁴⁶ Grundlegend RGZ 165, 193, 206 f.; BGHZ 47, 293 ff.; 55, 5; zustimmend Stimpel, ZGR1973, 73, 102 ff.; Ulmer, ZHR 161 (1997), 102, 117; Flume, BGB, § 2 III. (S. 13): genau wie für die Gründung der Kapitalgesellschaft paßten auch auf die Gründung der Personengesellschaft die auf Individualrechtsverhältnisse ausgerichteten Nichtigkeits- und Anfechtungstatbestände nicht.

³⁴⁷ Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rn. 75 ff.; Emmerich in Heymann, HGB, § 105 Rn. 69 ff.

³⁴⁸ Zur Rspr. des RG: Ronke, FS Laufke, S. 217 ff.; zur Rspr. des BGH ders., FS Paulick, S. 55 ff.

³⁴⁹ Für Personengesellschaften: BGHZ 26, 330, 334; 44, 235; 47, 293; 63, 338, 344; BGH, WM 1988, 414; BGH, NJW 1988, 1324; BGH, NJW 1992, 1501; Niedersächsisches Finanzgericht, EFG 1998, 735; Däubler, BB 1966, 1292; siehe auch Ronke, FS Paulick, 1973, S. 55, 68 ff. und Brandes, WM 1990, 1221; K. Schmidt, AcP 186 (1986), 421, 435: Willensmängel berechtigten zum Austritt beziehungsweise Ausschluß aus der Gesellschaft, begründeten aber nicht die Nichtigkeit des Beitritts; ders. in Schlegelberger, HGB, § 105 Rn. 220; ders., Gesellschaftsrecht, § 6 V. 1. (S. 167); Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rn. 92; Pörnig, Fehlerhafte Gesellschaft, S. 56 m.w.N.; für den fehlerhaften Aktienwerb ist dies in § 185 Abs. 3 AktG gesetzlich festgeschrieben: Hüffer,

sellschaften dann nur noch durch Auflösungs- Ausschließungs- oder Übernahmeklage, unter Umständen auch mittels Kündigungsrecht, geltend machen.³⁵⁰ Der fehlerhaft beigetretene Aktionär scheidet mit rechtskräftiger Feststellung der Unwirksamkeit der Zeichnung aus der Aktiengesellschaft aus und wird entsprechend dem Wert seiner Beteiligung abgefunden.³⁵¹

cc) Austritt/Ausschluß von Gesellschaftern

(1) Kapitalgesellschaften

Im Bezug auf den Ausschluß von Gesellschaftern aus Kapitalgesellschaften, insbesondere auf die fehlerhafte Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, wird teilweise die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft befürwortet.³⁵² Ist ein Gesellschafter danach aufgrund freiwilliger Einziehung oder durch Beschluß aufgrund einer im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Ermächtigung aus der Gesellschaft ausgeschieden und stellt sich diese Einziehung im Nachhinein als fehlerhaft heraus, soll sie trotzdem zunächst wirksam sein und dem Ausgeschiedenen nur für die Zukunft seine Gesellschafterstellung wieder eingeräumt werden. Begründet wird dies damit, daß sonst die Konnexität zwischen Haftung, Gewinn und Einfluß zerrissen würde. Der ausgeschlossene Gesellschafter wäre faktisch von seinen Mitwirkungsbefugnissen in der Gesellschaft ausgeschlossen, bei einer rückwirkenden Wiederherstellung seiner Gesellschafterstellung aber der Haftung und möglichen Wettbewerbschranken ausgesetzt.³⁵³

Dagegen sollen die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf fehlerhafte Anteilsveräußerungen nicht anwendbar sein. Für die fehlerhafte Veräußerung eines GmbH-Anteils (§ 15 GmbHG) wird dies mit § 16 GmbHG begründet. Danach gilt der Gesellschaft gegenüber nur derjenige als Gesellschafter, dessen Erwerb bei der Gesellschaft angemeldet wurde. Unklarheiten über den Gesellschafterbestand und damit verbundene Beschlußmängel könnten somit nicht auftreten.³⁵⁴

(2) Personengesellschaften

AktG, § 185 Rn. 28; *Wiedemann* in GK AktG, § 185 Rn. 64 ff.; *Paschke*, ZHR 155 (1991), 1, 12 f.: der Beitritt zur Gesellschaft erweitere die korporative Organisationsverfassung und verdiene damit den selben Schutz wie die Gründung der Gesellschaft.

³⁵⁰ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rn. 88, 93 m.w.N.

³⁵¹ *Wiedemann* in GK AktG³, § 185 Rn. 67.

³⁵² *Niemeier*, ZGR 1990, 314, 344 m.w.N.; *Fingerhut/Schröder*, BB 1997, 1805, 1806; *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB, § 143 Rn. 20; *a.A. Rowedder* in Rowedder, GmbHG, § 34 Rn. 37: sind bei Einziehung die zwingenden Vorschriften des § 34 GmbHG nicht beachtet, sei die Einziehung unwirksam, im übrigen anfechtbar.

³⁵³ *Niemeier*, ZGR 1990, 314, 346.

³⁵⁴ *Rowedder* in Rowedder, GmbHG, § 15 Rn. 113 unter Aufgabe der Ansicht der Voraufgabe; *Zutt* in Hachenburg, GmbHG, Anh. § 15 Rn. 3 ff.; *Winter* in Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 109; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 15 Rn. 28; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 15 Rn. 42; BGH, ZIP 1990, 371; anders noch BGH, NJW 1975, 448.

Auch der fehlerhafte Austritt aus Personengesellschaften wird nur mit Wirkung ex nunc beseitigt.³⁵⁵ Hier zeigt sich ein weiterer Anwendungsbereichs der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft. Ein fehlerhaft ausgeschlossener Gesellschafter kann, wenn im übrigen die Voraussetzungen für die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft erfüllt sind, der Mangel sich also beispielsweise nicht auf rein schuldrechtliche Beziehungen der Beteiligten (Abfindungsvereinbarungen) beschränkt,³⁵⁶ nur noch auf Wiederaufnahme klagen, um dann (ex nunc) so gestellt zu werden, als habe er die Gesellschaft nicht verlassen.³⁵⁷ Dies folgt daraus, daß der fehlerhafte Austritt nicht anders als der fehlerhafte Beitritt behandelt werden kann. Der BGH wendet die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auch auf die fehlerhafte Anteilsübertragung an.³⁵⁸

dd) Auflösung von Gesellschaften

(1) Kapitalgesellschaften

Auch auf die fehlerhafte Auflösung von Gesellschaften werden die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft angewandt.³⁵⁹ Dies wird damit begründet, daß die Auflösung sozusagen die Kehrseite der fehlerhaften Errichtung einer Gesellschaft sei. Genauso wenig wie die Unwirksamkeit der rechtsgeschäftlichen Gründung die Existenz des Verbandes als Teilnehmer am Rechtsverkehr infolge Vollzugs der Gründung verhindern kann, vermag die Unwirksamkeit der rechtsgeschäftlichen Auflösung den Untergang des Verbandes als Teilnehmer am Rechtsverkehr infolge Vollzugs der Auflösung zu unterbinden.³⁶⁰ Die Gesellschaft kann dann lediglich mit ex nunc-Wirkung fortgeführt werden.³⁶¹ Nach Beginn der Vermögensverteilung kommt eine Fortsetzung der Gesellschaft aber nicht mehr in Betracht; die Liquidation ist vielmehr fortzusetzen und die Gesellschaft zu beenden.³⁶²

(2) Personengesellschaften

³⁵⁵ BGH, NJW 1969, 1483; etwa bereits *Fischer*, NJW 1955, 849, 851 m.w.N.; *Pörnig*, Fehlerhafte Gesellschaft, S. 57 m.w.N.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 6 V. 1. b) (S. 169); *ders.*, AcP 186 (1986), 421, 436; ausführlich *Hartmann*, FS Schiedermaier, S. 257, 259 ff. m.w.N.; *Däubler*, BB 1966, 1292; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rn. 95 m.w.N.; auch für die fehlerhafte Abtretung von Gesellschafteranteilen innerhalb der KG: BGH, ZIP 1988, 509, 510.

³⁵⁶ *Ulmer* in Staub, HGB, § 105 Rn. 373; *ders.* in MüKo BGB, § 705 Rn. 243.

³⁵⁷ *Wiesner*, Fehlerhafte Gesellschaft, S. 149; *Ulmer* in MüKo BGB, § 705 Rn. 288 ff. m.w.N.

³⁵⁸ Nachweise der Rspr. bei *Brandes*, WM 1990, 1221, 1222.

³⁵⁹ *K. Schmidt*, ZGR 1991, 373, 379; *Kreuznacht*, Verschmelzungen, S. 66.

³⁶⁰ Ausführlich *Kort*, Bestandsschutz, S. 127 f.

³⁶¹ *Kort*, Bestandsschutz, S. 128.

³⁶² *Kort*, Bestandsschutz, S. 126; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 6 IV. 6. (S. 166); *ders.* in Scholz, GmbHG, § 60 Rn. 46 m.w.N.; *Hüffer* in G/H, AktG, § 262 Rn. 42; *ders.*, AktG § 275 Rn. 4.

Die fehlerhafte Auflösung von Personengesellschaften kann ebenfalls unter die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft fallen.³⁶³ Der Anwendungsbereich ist aber auch hier nur gering. Sobald Vollbeendigung der Gesellschaft eingetreten ist, oder die Abwicklung schon so weit fortgeschritten ist, daß dadurch die Geschäftsgrundlage für die Fortführung der Gesellschaft entfallen ist, scheidet die Anwendung aus; die Gesellschaft ist (endgültig) erloschen.³⁶⁴

ee) Satzungsänderungen

(1) Kapitalgesellschaften

Ob die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft - in diesem Zusammenhang als Grundsätze über die fehlerhafte Strukturänderung bezeichnet - auch auf sonstige Satzungsänderungen angewandt werden können, ist umstritten. Eine Mindermeinung stellt Satzungsänderungen den Gesellschaftsgründungen gleich und folgert, daß auch hier Anfechtungen oder Nichtigkeitsklagen nichts daran ändern könnten, daß ihre Wirkungen nur für die Zukunft zu beseitigen sind.³⁶⁵ Dagegen wird jedoch eingewandt, daß bei Satzungsänderungsbeschlüssen im Hinblick auf § 54 Abs. 3 GmbHG kein Raum für die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft sei.³⁶⁶ Diese Vorschrift besagt aber lediglich, daß eine Satzungsänderung vor ihrer Eintragung in das Handelsregister keine rechtliche Wirkung entfaltet. Damit läßt sich aber nur begründen, daß die Grundsätze über die fehlerhafte Strukturänderung nicht vor der Registereintragung angewandt werden können. Trotzdem wird von der herrschenden Ansicht die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Strukturänderung auch nach Eintragung abgelehnt.³⁶⁷

Zur Lösung ist zunächst auf die oben aufgeführten, zumeist allgemein anerkannten Anwendungsfälle der Grundsätze über fehlerhafte Strukturänderungen hinzuweisen. Sie alle sind Sonderfälle der Satzungsänderung. Für die Anwendung der Grundsätze kann es aber nicht darauf ankommen, ob die betreffende Art der Satzungsänderung gesondert gesetzlich geregelt ist oder nicht. Sobald

³⁶³ *Wiesner*, Fehlerhafte Gesellschaft, S. 156 f.; *Ulmer* in MüKo BGB, § 705 Rn. 280; *ders.* in Staub, HGB, § 105 Rn. 367; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rn. 91; *Steines*, Faktisch aufgelöste OHG, S. 31; *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB § 105 Rn. 223 und § 131 Rn. 75 ff., der zwischen der Auflösung durch Vertrag oder Beschluß und aufgrund irrtümlicher Annahme eines Auflösungsgrundes differenziert und die Anwendung der Grundsätze nur für den ersten Fall bejaht.

³⁶⁴ *Ulmer* in MüKo BGB, § 705 Rn. 280 m.w.N.

³⁶⁵ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht § 6 IV. 3. (S. 163 f.); *ders.* in GK AktG, § 248 Rn. 7; *ders.*, AG 1996, 385, 386; *Kort*, ZGR 1994, 291, 307 f.

³⁶⁶ *Ulmer* in Hachenburg, GmbHG, § 53 Rn. 88.

³⁶⁷ Für die AG: nichtiger Beschluß führe auch bei Eintragung zu keiner Satzungsänderung *Zöllner* in KK AktG¹, § 181 Rn. 52: für die konstitutive Wirkung der Eintragung bedürfe es auch eines wirksamen Beschlusses, liegt dieser nicht vor, sei es, daß er gar nicht gefaßt wurde, nichtig oder unwirksam ist, sei die Satzungsänderung auch unwirksam, wenn sie eingetragen ist; *Wiedemann* in GK AktG³, § 181 Anm. 8: Beschluß bleibe trotz Eintragung nichtig oder anfechtbar; auch *Hefermehl/Bungeroth* in G/H, AktG, § 181 Rn. 80 ff.; *Rehbinder*, FS Fleck, S. 253, 262 m.w.N.: mit der Argumentation, daß die Gesellschaft ja einmal zur Entstehung gelangt sei und die eventuelle

durch die Satzungsänderung und deren konstitutive Eintragung eine organisatorische Verfestigung eintritt, deren rückwirkende Vernichtung auf praktische Schwierigkeiten stößt oder in deren Folge die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft beeinträchtigt wird, muß eine ex tunc-Vernichtung ausscheiden. Man denke beispielsweise an Organbestellungen oder Maßnahmen, die Einfluß auf die Stimmrechte in der Gesellschaft haben. Würden diese rückwirkend vernichtet, könnte das die Fehlerhaftigkeit sämtlicher Folgemaßnahmen - beispielsweise von Gesellschafterbeschlüssen, die auf der fehlerhaften Festsetzung der Stimmrechte beruhen - zur Folge haben. Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft sind deshalb zumindest im Grundsatz auch auf fehlerhafte Satzungsänderungen anzuwenden.

Lediglich bei Satzungsänderungen, die keine Auswirkungen auf die Organisationsstruktur der Gesellschaft haben, besteht für die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft kein Bedürfnis. Bei solchen „einfachen“ Satzungsänderungen, bei denen die bestehende rechtliche Ordnung der Gesellschaft aufrechterhalten und diese lediglich in Teilbereichen modifiziert wird, bestehen keine Probleme, wieder an den status quo ante anzuknüpfen.³⁶⁸

(2) Personengesellschaften

Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft sollen nach teilweiser Ansicht auch auf Änderungen des Gesellschaftsvertrages angewandt werden.³⁶⁹ Restriktiver wird dies allerdings von der Rechtsprechung gehandhabt,³⁷⁰ und auch Teile der Literatur beschränken die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf Fälle, in denen eine „Statusänderung“ eintritt.³⁷¹ Andere stellen darauf ab, ob es sich bei der Maßnahme um Änderungen der Organisation handelt,³⁷² wobei diese Ansichten zu den selben Ergebnissen führen.³⁷³ Dagegen sollen rein schuldrechtlich wirkende Abreden auch rückwirkend vernichtbar sein.³⁷⁴

Nichtigkeit des Satzungsbeschlusses den Bestand der Gesellschaft nicht gefährde, die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft also nicht erforderlich sei.

³⁶⁸ Kleindiek, ZIP 1988, 613, 624; auch K. Schmidt, AG 1996, 385, 387, der als Faustregel aufstellt: Satzungsänderungen, die weder die Organisation noch die Finanzierung der Gesellschaft betreffen, sondern den Beteiligten lediglich jederzeit änderbare Befugnisse oder Verhaltenspflichten zuteilen, nehmen nicht an den konstitutiven Folgen der fehlerhaften Satzungsänderungen teil, Regelungen, die nur durch Satzungen oder durch satzungsändernde Nebenabreden mit korporativer Wirkung eingeführt werden können, haben dagegen verbandsverfassungsändernde Wirkung und können im Fall ihrer Fehlerhaftigkeit nach den Regeln der fehlerhaften Gesellschaft (vorläufig) Bestand haben.

³⁶⁹ Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rn. 91 und 96; Wiesner, Fehlerhafte Gesellschaft, S. 142; Ulmer in Staub, HGB, § 105 Rn. 366.

³⁷⁰ BGHZ 62, 20, 29; zustimmend BGH, ZIP 1991, 1489, 1492; Emmerich, HGB, § 105 Rn. 102; vergl. Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rn. 97; Ulmer in MüKo BGB, § 705 Rn. 278 m.w.N.

³⁷¹ K. Schmidt in Schlegelberger, HGB, § 105 Rn. 224; Nachweise bei Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rn. 97; Pörnig, Fehlerhafte Gesellschaft, S. 59 m.w.N.; kritisch bezüglich „Status“ - Kriterium Ulmer in MüKo BGB, § 705 Rn. 279.

³⁷² Pörnig, Fehlerhafte Gesellschaft, S. 59; Ulmer in MüKo BGB, § 705 Rn. 279.

³⁷³ Pörnig, Fehlerhafte Gesellschaft, S. 60.

³⁷⁴ K. Schmidt in Schlegelberger, HGB, § 105 Rn. 224.

ff) Sonstige Anwendungsbereiche

(1) Kapitalerhöhungen

Zunehmend wird die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auch auf fehlerhafte, aber durchgeführte Kapitalmaßnahmen, insbesondere die fehlerhafte Kapitalerhöhung, befürwortet. Auch die Kapitalerhöhung sei eine nachhaltige qualitative Veränderung der bestehenden Organisationseinheit, die man zum Schutz der Gläubigerinteressen, vor allem aber auch der Bestandsinteressen der Aktionäre bzw. Gesellschafter jedenfalls für die Vergangenheit aufrechterhalten sollte.³⁷⁵

(2) Unternehmensverträge

Die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf fehlerhafte Unternehmensverträge wird spätestens nach Anerkennung durch den BGH³⁷⁶ weitgehend befürwortet.³⁷⁷ Auch durch den Abschluß von Unternehmensverträgen kommt es zu einer qualitativen Umgestaltung einer bestehenden Organisationseinheit.³⁷⁸ Durch den Beherrschungsvertrag³⁷⁹ erlangt das herrschende Unternehmen die Möglichkeit einer fast schrankenlosen Disposition über das Vermögen der abhängigen Gesellschaft. Die daraus resultierenden nachteiligen Wirkung auf das Gesellschaftsvermögen sind rechnerisch nicht faßbar, vielfach nicht einmal erkennbar und deshalb im einzelnen auch nicht ausgleichbar.³⁸⁰ Daraus folgt, daß die §§ 241 ff. AktG (bzw. analog) mit ihrer ex tunc-Wirkung auf den fehlerhaften Unternehmensvertrag nicht anwendbar sind,³⁸¹ der fehlerhafte Unternehmensvertrag vielmehr nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft vorläufig wirksam ist³⁸² und seine Mängel höchstens mit Wirkung für die Zukunft geltend gemacht werden können.³⁸³

³⁷⁵ *Krieger*, ZHR 158 (1994), 35, 48; *Kort*, Bestandsschutz, S. 203 m.w.N. (*ders.* noch zögerlich: ZGR 1994, 291, 311 f.); *Kreuznacht*, Verschmelzungen, S. 85; *Hüffer*, AktG, § 248 Rn. 7a und § 255 Rn. 3; *Zöllner*, AG 1993, 68, 74; *Zöllner/Winter*, ZHR 158 (1994), 59 ff.; *Wiedemann* in GK AktG³, § 189 Rn. 34; *Bungeroth/Hefermehl* in G/H, AktG, § 185 Rn. 104.

³⁷⁶ BGHZ 103, 1, 4; 116, 37, 39.

³⁷⁷ *Hüffer*, AktG, § 291 Rn. 20 f. m.w.N.; *Kort*, Bestandsschutz, S. 156 ff. m.w.N.; *ders.*, AG 1988, 369, 373 zur Anwendbarkeit der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf nicht eingetragene Unternehmensverträge; *Krieger*, ZHR 158 (1994), 35, 37 m.w.N.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 6 IV. 4. (S. 164); ausführlich zum Diskussionsstand im GmbH-Recht *Kleindiek*, ZIP 1988, 613, 615; auch schon *Gefßler*, DB 1965, 1691, 1694; *Lutter/Hommelhoff*, NJW 1988, 1240 ff.; *a.A. Koppensteiner* in KK AktG, § 297 Rn. 36 f.; *Köhler*, ZGR 1985, 307, 313.

³⁷⁸ *Kleindiek*, ZIP 1988, 613, 616: materiell satzungändernd; zustimmend *Ulmer*, BB 1989, 10, 15; *Timm*, BB 1981, 1491, 1492 (Organisationsverträge); vgl. auch zur dogmatischen Begründung *Rehbinder*, FS Fleck, S. 253, 261 ff.

³⁷⁹ *Kleindiek*, ZIP 1988, 613, 624.

³⁸⁰ BGHZ 103, 1, 5; in dieser Hinsicht zustimmend *Kleindiek*, ZIP 1988, 613, 624: die durch Abschluß und Vollzug eines fehlerhaften Unternehmensvertrages qualitativ umgeformte Organisationseinheit verdiene denselben Schutz wie die durch einen fehlerhaften Gesellschaftsvertrag erstmals begründete Organisationseinheit.

³⁸¹ *Kleindiek*, ZIP 1988, 613, 624.

³⁸² *Timm*, GmbHR, 1987, 8, 12; *ders.*, BB 1981, 1491, 1497; im Ergebnis auch LG Bochum, GmbHR 1987, 24, 25 mit der Begründung: bei einem übereinstimmend für wirksam angesehenen und über Jahre durchgeführten Unter-

c) Grund für die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft

Allen diesen Gestaltungsformen ist gemeinsam, daß sie über rein schuldrechtliche Änderungen in der Ausgestaltung der Gesellschaft hinausgehen: Sie führen entweder zu Satzungsänderungen³⁸⁴ oder zu Änderungen der Gesellschaftsstruktur; also deren Organisation,³⁸⁵ insbesondere dem Gesellschafterbstand beim Ein- oder Austritt von Gesellschaftern. Wären solche Veränderungen ex tunc nichtig, könnte dies zu starken Beeinträchtigungen der Geschäftstätigkeit des Unternehmens führen.

Als Beispiel mag der von *Döss*³⁸⁶ untersuchte Fall der Verschmelzung, bei der die Kapitalerhöhung fehlerhaft ist, dienen. Wäre die fehlerhafte, aber tatsächlich durchgeführte Kapitalerhöhung von Anfang an nichtig, die Verschmelzung aber nach § 352a AktG a.F. [das Beispiel bezog sich auf die Rechtslage vor Inkrafttreten des neuen Umwandlungsgesetzes] wirksam,³⁸⁷ entstünde das Dilemma, daß die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft mangels wirksamer Aktien keine Gegenleistung für ihre eingebrachten Anteile an der verschmolzenen Gesellschaft erlangt hätten. Diesem Problem versucht *Döss* damit abzuweichen, daß er für diesen Sonderfall § 352a AktG a.F. teleologisch reduzierte.³⁸⁸ Hält man dagegen die fehlerhafte Kapitalerhöhung nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft zumindest für vorläufig wirksam, so erlangen die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft die aus der Kapitalerhöhung wirksam entstandenen Anteile und einer Einschränkung des § 352a AktG a.F. bedürfte es nicht.

Zu ähnlichen Problemen kann es beispielsweise bei einem fehlerhaften Ausschluß von Gesellschaftern aus einer GmbH kommen. Wäre dieser ex tunc nichtig, der betroffene Gesellschafter also nicht ausgeschieden, der Ausschluß aber (auch vom betroffenen Gesellschafter) vollzogen worden, wären sämtliche späteren Gesellschafterbeschlüsse bereits deshalb nichtig, weil der vermeintlich ausgeschlossene Gesellschafter nicht geladen worden wäre (§ 241 Abs. Nr. 1 AktG analog).³⁸⁹

Solche Ergebnisse können aber die gesamte Geschäftstätigkeit der Gesellschaft blockieren und sind damit nach Möglichkeit zu vermeiden. Die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte

nehmensvertrag verstoße die Berufung auf einen Verstoß gegen Formvorschriften gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.

³⁸³ Noch weitergehend *Prael*, Eingliederung, S. 114: auch ex nunc-Begrenzung der Rechtsfolgen sei nicht befriedigend.

³⁸⁴ Für den Unternehmensvertrag satzungsändernd für das beherrschte Unternehmen: *Kleindiek*, ZIP 1988, 613, 618; *Lutter/Hommelhoff*, NJW 1988, 1240, 1241; BGHZ 103, 1, 4 f.; zustimmend *Ulmer*, BB 1989, 10, 11 f. m.w.N.; *Rehbinder*, FS Fleck, S. 253, 256.

³⁸⁵ *Paschke*, ZHR 155 (1991), 1, 12; für Unternehmensverträge: *Timm*, BB 1981, 1491, 1493; *ders.*, GmbHR 1987, 8, 12 („Organisationsverträge“); *Kort*, AG 1988, 369, 370 m.w.N.

³⁸⁶ *Döss*, Verschmelzung, S. 159 f.

³⁸⁷ Auf den Streit, ob diese Wirksamkeit nur eine vorläufige ist, kommt es hier nicht an.

³⁸⁸ *Döss*, Verschmelzung, S. 163 f.

³⁸⁹ Für die fehlerhafte Einziehung von GmbH-Anteilen *Niemeier*, ZGR 1990, 314, 343 f.

Gesellschaft auf Änderungen der Gesellschaftsstruktur ist damit zu befürworten. Möglichen Benachteiligungen von Minderheiten durch Beeinträchtigungen ihrer Rechte trägt der Umstand Rechnung, daß die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft immer nur eine vorläufige Anerkennung rechtswidriger Zustände, nicht aber deren Heilung bewirken, die Herstellung rechtmäßiger Zustände ex nunc also nicht ausgeschlossen wird. Dennoch möglichen Beeinträchtigungen kann durch eine Einschränkung des Anwendungsbereiches der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft begegnet werden.

Grund für die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf die oben aufgeführten Organisationsakte ist somit deren Aufrechterhaltung im Interesse des Rechtsverkehrs und der Gesellschafter.³⁹⁰

d) Übertragbarkeit auf den Formwechsel

Für den Formwechsel ist die Anwendung der (ungeschriebenen) Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft durch § 202 Abs. 3 UmwG obsolet geworden. Denn in dieser Vorschrift ist unzweideutig angeordnet, daß mit Eintragung auch des fehlerhaften Formwechsels dessen Rechtsfolgen eintreten; auf die Anwendbarkeit der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft kommt es somit gar nicht an.

Die Anwendbarkeit dieser Grundsätze ist aber für die Auslegung von § 202 UmwG von Bedeutung. Kommt man nämlich zu dem Ergebnis, daß § 202 Abs. 3 UmwG nur eine gesetzliche Ausformung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft ist, kann bezüglich seiner Voraussetzungen und Rechtsfolgen auf die vorliegende Rechtsprechung und Literatur zur fehlerhaften Gesellschaft Bezug genommen werden.

aa) Formwechsel als Strukturänderung

Die Änderung der Rechtsform des Unternehmens führt zur Anwendung neuer Organisationsnormen und stellt damit sowohl eine Satzungs-³⁹¹ als auch Strukturänderung³⁹² dar. Damit verbunden sind Änderungen in den Organstellungen der Gesellschaft, den Geschäftsführungsbefugnissen nach außen und der innergesellschaftlichen Willensbildung. Im Falle einer ex tunc wirkenden Nichtigkeit des Formwechsels wären außenstehende Dritte zwar noch über Rechtsscheinsgrundsätze geschützt (§ 15 HGB), im Innenverhältnis der Gesellschaft käme es aber zu den soeben angesprochenen Rückabwicklungsproblemen.

³⁹⁰ Krieger, ZHR 158 (1994), 35, 55 allgemein für Strukturänderungen in Kapitalgesellschaften.

³⁹¹ Happ in Lutter, UmwG, § 243 Rn. 23; Hüffer, AktG, § 179 Rn. 37; für die LPG-Umwandlung Lohlein, ZIP 1995, 426, 427; siehe auch §§ 218, 243 UmwG; dagegen Ulmer in Hachenburg, GmbHG, § 53 Rn. 136 und 162: Umwandlung sei keine Satzungsänderung, sondern sonstige Grundlagenentscheidung, die Bestimmungen über die Satzungsänderung seien aber entsprechend anwendbar.

bb) Formwechsel als Zusammenfassung von Neugründung und Abwicklung

Für die Anwendbarkeit der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf den Formwechsel würde auch sprechen, wenn dieser als Zusammensetzung aus Neugründung und Abwicklung anzusehen ist, da, wie oben gezeigt, auf beide Elemente die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft anwendbar sind.³⁹³

Formal betrachtet ist der Formwechsel nicht in Neugründung einer Gesellschaft, Vermögensübergang von der Ausgangs- auf die Neugesellschaft und Abwicklung der Altgesellschaft zu zerlegen. Vielmehr geht das Umwandlungsgesetz davon aus, daß an der Umwandlung nur ein einziger Rechtsträger beteiligt ist, der seine rechtliche Form ändert.³⁹⁴ Der Wechsel der Rechtsform durch übertragende Umwandlung kann dagegen als überholtes Provisorium betrachtet werden. Verdeutlicht man sich allerdings, daß der Rechtsträger ganz maßgeblich durch seine Rechtsform gekennzeichnet ist, fällt die Ablehnung von Neugründung, Vermögensübergang und Abwicklung schon schwerer.³⁹⁵ Selbst wenn nämlich Vermögensbestand und Gesellschafterkreis vom Formwechsel unberührt bleiben, ist doch eine Gesellschaft (mit einer bestimmten Rechtsform) erloschen und eine neue Gesellschaft (die auch durch ihre Rechtsform gekennzeichnet ist) entstanden, die mit dem Vermögen der „alten“ Gesellschaft wirtschaftet. Der Unterschied zur übertragenden Umwandlung ist allein darin zu sehen, daß der Formwechsel nicht formal in zwei sich anschließende Akte - Neugründung plus Vermögensübergang - zerlegt werden kann. Inhaltlich macht es aber keinen Unterschied, ob das Vermögen - wie bei der übertragenden Umwandlung - von einer Gesellschaft (in einer bestimmten Rechtsform) auf eine (personenidentische) andere übergeht, oder ob sich - wie beim Formwechsel - die Rechtsform unter Aufrechterhaltung von Vermögen und Gesellschafterkreis ändert. Der Formwechsel hat lediglich den Vorzug, daß die selbständige Gründung der Ziel- und die Abwicklung der Ausgangsgesellschaft entfallen.

Bei dieser Sicht gelangt man zu dem Ergebnis, daß bei fehlerhaftem Formwechsel die Ausgangsgesellschaft fehlerhaft aufgehört hat zu existieren und die Zielgesellschaft auf fehlerhafter Grundlage entstanden ist. Wenn der Formwechsel sich also bei wertender Betrachtung durchaus in Gründung der Zielgesellschaft und Auflösung der Ausgangsgesellschaft zerlegen läßt, bestehen keine Bedenken, auch auf ihn die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft anzuwenden.

cc) Ergebnis

³⁹² *Priester*, DNotZ 1995, 427, 451.

³⁹³ Siehe vorn C. III. 3. b) aa) und dd).

³⁹⁴ *Decher* in Lutter, UmwG, § 190 Rn. 1.

³⁹⁵ *Joost* in Lutter, UmwG, § 218 Rn. 1: „gesetzliche Konzeption [beruht] auf der Vorstellung, daß es sich dabei um einen der Sachgründung vergleichbaren Vorgang handelt“; vgl. auch *Wiedemann*, ZGR 1999, 598, 576.

Durch den Formwechsel erlangt ein Unternehmen eine neue Rechtsform und damit eine neue Satzung. Damit handelt es sich geradezu um den klassischen Fall einer Satzungs- und Strukturänderung. Auch die Parallele zur fehlerhaften Gründung und Auflösung von Gesellschaften spricht für die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Strukturänderung. Das gilt auch für die gesetzliche Begründung des § 202 Abs. 3 UmwG, nämlich das Bestreben, gesellschaftsrechtliche Akte möglichst zu erhalten.³⁹⁶ Es ist deshalb gerechtfertigt, im folgenden die Grundsätze über die fehlerhafte Strukturänderung zur Auslegung des § 202 Abs. 3 UmwG heranzuziehen.³⁹⁷

³⁹⁶ BegrRegE abgedruckt bei *Limmer*, Umwandlungsrecht, S. 339; *Ganske*, Umwandlungsrecht, S. 228.

³⁹⁷ Ebenso *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rn. 96; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 6 IV. 5. (S. 164); insbesondere zur LPG-Umwandlung: *Neixler*, AgrarR 1993, 1, 4; zum Meinungsstand zur fehlerhaften Umwandlung allgemein siehe oben: A. IV. 1. d); A. IV. 2. b); A. IV. 3. b) bb).

D. ANWENDUNGSBEREICH DER §§ 202 ABS. 3 UMWG, 34 ABS. 3 LWANPG

Bei der Ermittlung des Anwendungsbereichs der §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG soll insbesondere auf die Problemfälle die in der Rechtsprechung zum LwAnpG aufgetaucht sind eingegangen werden. Danach soll § 34 LwAnpG wegen seiner möglichen Eigentumsbeeinträchtigung von Mitgliedern (Art. 14 GG)³⁹⁸ wie § 352a AktG a.F. dahingehend teleologisch reduziert werden, daß er nur Umwandlungsvorgänge erfaßt, die ihre Grundlage im Gesetz haben, das heißt, daß ein Umwandlungsbeschluß gefaßt werden muß,³⁹⁹ der eine identitätswahrende Umwandlung⁴⁰⁰ in eine dafür vorgesehene Rechtsform zum Gegenstand hat.⁴⁰¹ Diese Rechtsprechung kann insbesondere deshalb herangezogen werden, da auch das neue Umwandlungsgesetz keine über § 34 Abs. 3 LwAnpG hinausgehende Heilungsnorm beinhaltet.⁴⁰² Den Ausgangspunkt bilden Literatur und Rechtsprechung zur Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft.

I. ALLGEMEIN

Voraussetzung für die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft und damit auch der §§ 202 UmwG, 34 LwAnpG ist eine Organisation - für die fehlerhafte Strukturänderung eine Organisationsänderung -, die auf einem Willensakt der Gesellschafter beruht und in Vollzug gesetzt worden ist.⁴⁰³ Weiterhin dürfen nach herrschender, wenngleich bestrittener Ansicht keine überwiegenden Interessen der Allgemeinheit oder besonders schutzwürdiger Personen der Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft entgegenstehen.⁴⁰⁴

II. WILLENSAKT

Im Rahmen dieses Kriteriums sollen die problematischen Umwandlungen daraufhin untersucht werden, ob sie inhaltlich der Anwendung der § 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG genügen.

³⁹⁸ OLG Rostock, AgrarR 1993, 257; *Lohlein*, ZIP 1994, 1065, 1066.

³⁹⁹ Brandenburgisches OLG, AgrarR 1995, 333, 334; zustimmend *Kort* in Umwandlungsrecht, S. 194, 210; für das Umwandlungsgesetz: *Meister/Klöcker* in Kallmeyer, UmwG, § 202 Rn. 58; *Decher* in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 30.

⁴⁰⁰ Auf Anregung von *Lohlein*, ZIP 1994, 1065, 1067 erstmals die Einschränkung auf identitätswahrende Umwandlungen in Betracht ziehend: BGH, ZIP 1995, 422, 425; Brandenburgisches OLG, AgrarR 1995, 333, 335; später Brandenburgisches OLG, VIZ 1996, 101, 102; BGH, ZIP 1997, 298, 299 = EWIR 1997, 375 (*Bayer*); offen gelassen OLG Rostock, AgrarR 1996, 28, 29.

⁴⁰¹ BGHZ 132, 353, 360; zustimmend *Drygala*, WuB II N. § 34 LwAnpG 1.96 (S. 1297) (bezüglich Beschlußerfordernis und numerus clausus der Umwandlungsformen); BGHZ 137, 134, 140 (Beschlußerfordernis und numerus clausus); BGHZ 138, 371, 375 (Beschlußerfordernis, numerus clausus und Identitätswahrung); zusammenfassend *Wenzel*, AgrarR 1997, 33, 35; *ders.* bereits AgrarR 1995, 1, 3; für das Umwandlungsgesetz: *Meister/Klöcker* in Kallmeyer, UmwG, § 202 Rn. 58; *Decher* in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 30.

⁴⁰² OLG Naumburg, AgrarR 1996, 292.

⁴⁰³ Statt aller *Kort*, Bestandsschutz, S. 24; *Ulmer* in MüKo BGB, § 705 Rn. 245 ff. m.w.N.

⁴⁰⁴ Ausführlich *Ulmer* in MüKo BGB, § 705 Rn. 250 ff.

1. UMWANDLUNGSBESCHLUß

Zunächst ist für die Anerkennung des fehlerhaften Formwechsels erforderlich, daß die Gesellschafter einen, wenn auch fehlerhaften Umwandlungsbeschluß⁴⁰⁵ gefaßt haben.⁴⁰⁶ Allein die Eintragung kann den (wenn auch nur vorläufigen) Bestand der Umwandlung nicht herbeiführen.⁴⁰⁷

Dieser Beschluß muß auf die Überführung des Unternehmens in eine andere Rechtsform gerichtet sein. Insbesondere genügt die Vereinbarung, sich ohne Abwicklung aufzulösen und zusammen mit anderen Unternehmen eine neue Gesellschaft zu gründen, die dann die Auflösung der Gründer-Gesellschaften betreiben soll nicht,⁴⁰⁸ da dann die LPG nach dem Willen der Gesellschafter als werbendes Unternehmen fortbestehen sollte. Genauso wenig genügt ein Beschluß, wonach das gesamte Vermögen einer Gesellschaft auf eine bereits bestehende GmbH gegen Anteilsgewährung übertragen werden soll.⁴⁰⁹ Ausreichend ist allerdings, wenn der Wille, eine identitätswahrende formwechselnde Umwandlung in eine neue Rechtsform zu beschließen hinreichend - wenn auch unvollkommen - zum Ausdruck gekommen ist.⁴¹⁰

Maßgebend ist nicht, ob der Beschluß rechtlich wirksam ist. Auch ein nichtiger Beschluß reicht für das Eingreifen der Umwandlungswirkungen aus, sofern die LPG-Mitglieder unmißverständlich zum Ausdruck gebracht haben, die LPG umwandeln zu wollen.⁴¹¹ Damit hat sich eine abweichende Ansicht, die die erforderliche Zustimmung der Gesellschafter bei durchdringender Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage verneinte,⁴¹² nicht durchgesetzt. Für die Anwendung der

⁴⁰⁵ Die Fälle gesetzlicher Umwandlung nach dem Treuhandgesetz können deshalb nie einen Anwendungsbereich für die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft bilden.

⁴⁰⁶ A.A. für die fehlerhafte AG-Gründung *Kraft* in KK AktG, § 23 Rn. 112, wonach selbst beim Fehlen einer Willenserklärung nur noch die ex nunc-Auflösung der Gesellschaft in Betracht komme.

⁴⁰⁷ OLG Naumburg, AgrarR 1996, 292, 294; noch weitergehend *Sirotzki*, VIZ 1994, 630, 631, wonach auch der fehlende Umwandlungsbeschluß Mangel im Sinne des § 34 Abs. 3 LwAnpG sei.

⁴⁰⁸ *Neixler*, AgrarR Sonderheft 10/1993, 25, 26; *Wenzel*, AgrarR 1998, 69, 70; BGH, ZIP 1998, 1207, 1208 (hier sollen die bei Gründung der AG eingegangenen Verpflichtungen und die Vermögensübertragung nach § 134 BGB nichtig sein).

⁴⁰⁹ OLG Naumburg, AgrarR 1996, 292, 294.

⁴¹⁰ Brandenburgisches OLG, ZIP 1995, 1457; zustimmend BGHZ 132, 353, 357; vgl. *Hillmann* in Umwandlungsrecht, S. 187, 192 „Andeutungstheorie“.

⁴¹¹ BGHZ 132, 353, 357; *Wenzel*, AgrarR 1997, 33, 35; *ders.*, AgrarR 1998, 139, 140 f.; nach *Neixler*, AgrarR Sonderheft 10/1993, 25, 26 komme es darauf an, ob die Mitglieder neben einer fortbestehenden und per 31.12.1991 von Gesetzes wegen zu liquidierenden LPG ein zweites, neues von der LPG personen- und vermögensverschiedenes Rechtssubjekt schaffen oder betreiben wollten, oder ob sie die Umwandlung der LPG, d.h. die Schaffung einer mit der LPG identischen juristischen Person neuer Rechtsform, wollten.

⁴¹² Für die Zustimmungsbeschlüsse zu Unternehmensverträgen *Lauber-Nöll*, Unternehmensverträge, S. 75; differenzierend - allerdings noch zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Umwandlungsgesetzes - *Hommelhoff*, ZHR 158 (1994), 11, 18 ff., 25, der die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nicht anwenden will, wenn der Gesetzgeber die Beschlußnichtigkeit im öffentlichen Interesse angeordnet hat; *Kleindiek*, ZIP 1988, 613, 618 f. einschränkend: zumindest bei Verstoß gegen minderheitsschützende Normen wie bei Einberufungsmängeln genüge der Beschluß nicht zur Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft; gegen diese Ansicht als zu eng: *Kort*, Bestandsschutz, S. 159; *Kreuznacht*, Verschmelzungen, S. 56, der als Grundlage den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages, der nach allgemeinen Grundsätze anfechtbar oder nichtig ist, ansieht.

Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft ist lediglich ein tatsächlicher, nicht aber ein rechtlich wirksamer Willensakt erforderlich.

Die fehlende Zustimmung einer Minderheit schadet nicht.⁴¹³ Auch eine sukzessive Beschlußfassung, also die Aufteilung in einen Beschluß über die Umwandlung an sich und einen späteren Beschluß über die Gründung, in dem über die Unternehmensstruktur entschieden wurde, wird als ausreichend angesehen.⁴¹⁴

Ist die Gesellschaft in das Handelsregister als Rechtsnachfolgerin einer LPG kraft Umwandlung eingetragen, so besteht ein Beweis des ersten Anscheins, daß für die Umwandlung ein entsprechender Beschluß vorlag.⁴¹⁵

2. ANWENDBARKEIT DES § 202 ABS. 3 UMWG AUF „GEHEIMBESCHLÜSSE“

Wie bereits oben erwähnt,⁴¹⁶ liegt ein „Geheimbeschluß“ vor, wenn nicht alle Gesellschafter zur Beschlußfassung ordnungsgemäß geladen waren und mangels Kenntnis auch nicht an der Umwandlung mitgewirkt hatten.⁴¹⁷

Zwar ist der Beschluß, der unter Verletzung von Ladungsvorschriften zustande kam, analog § 241 Nr. 1 AktG nichtig,⁴¹⁸ einer Anwendung von §§ 34 Abs. 3 LwAnpG, 202 Abs. 3 UmwG steht dies trotzdem nicht entgegen. Obwohl der Fall eines „Geheimbeschlusses“ von der Rechtsprechung bisher nicht ausdrücklich angesprochen wurde, ist an anderer Stelle ausgeführt worden, daß die LPG grundsätzlich auch dann in der neuen Rechtsform weiterbestehe, wenn der Umwandlungsbeschluß anfechtbar oder nichtig sei, wobei offen gelassen wurde, ob die Vollversammlung wirksam einberufen wurde und beschlußfähig war.⁴¹⁹

Für dieses Ergebnis spricht auch, daß sonst schon die Nichtladung eines einzelnen Gesellschafters zur Unanwendbarkeit von §§ 34 LwAnpG, 202 UmwG führen könnte. Gerade Ladungsmän-

⁴¹³ Für Unternehmensverträge *Ulmer*, BB 1989, 10, 16.

⁴¹⁴ OLG Rostock, AgrarR 1993, 257, 259; *Wenzel*, AgrarR 1998, 139, 141; kritisch *Turner/Karst*, DtZ 1992, 33, 36, wegen der Gefahr, daß sich die Mitglieder einer LPG grundsätzlich auf die Umwandlung einigen, bei der Beschlußfassung über die beabsichtigte neue Rechtsform jedoch keinen gültigen Beschluß zustande bringen.

⁴¹⁵ BGH, WM 1997, 2040, 2041 = EWiR 1997, 949 (*Bayer/Hoffmann*).

⁴¹⁶ Siehe oben C. II. 4. a) bb) (3).

⁴¹⁷ *Bork*, ZGR 1993, 343, 355; *Schöne*, DB 1995, 1317, 1320; *Rettmann*, Rechtmäßigkeitskontrolle, S. 54 ff.

⁴¹⁸ *Schweizer*, LwAnpG, Rn. 274 mit dem Beispiel, daß nach Abbruch einer nicht beschlußfähigen Vollversammlung eine halbe Stunde später die Mitglieder zu einer erneuten Versammlung zusammentreten, bei der es an der ordnungsgemäßen Ladung fehlt.

⁴¹⁹ BGHZ 132, 353, 360; vgl. zur Wirksamkeit eines von einer nicht beschlußfähigen Vollversammlung gefaßten Beschlusses BGHZ 126, 335; OLG Rostock, ZIP 1994, 1062, 1064: fehlende Beschlußfähigkeit führt regelmäßig nur zur Anfechtbarkeit der gefaßten Beschlüsse; *Wenzel*, AgrarR 1997, 33, 35; *Laumann* in G/K/T, UmwG, § 202 Rn. 29: auch die Eintragung von Nicht- oder Scheinbeschlüssen heile alle Mängel; im Gegenschluß auch *Decher* in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 30, der bei Geheimbeschlüssen lediglich eine ex nunc-Rückabwicklung in Betracht zieht; **a.A.** BezG Cottbus, AgrarR 1993, 216, 217: fehlt es an einer Vollversammlung, könne auch keine Umwandlung beschlossen werden.

gel im Sinne des § 121 Abs. 4 AktG können über längere Zeit unerkannt bleiben. Über diese Rechtsunsicherheit soll aber § 202 Abs. 3 UmwG hinweghelfen. Ladungsmängel führen somit zwar zur Beschlußnichtigkeit, stehen aber dem Eintritt der Umwandlungswirkungen nach Eintragung der Umwandlung nicht entgegen. Eine weitergehende Differenzierung nach Beschlüssen mit Ladungsmängeln und „Geheimbeschlüssen“ scheint praktisch auch nicht möglich.

3. ANWENDUNG VON § 202 ABS. 3 UMWG AUF DEN NICHT-IDENTITÄTSAHRENDEN FORMWECHSEL

Das Identitätsgebot ist insbesondere in den §§ 194 Abs. 1 Nr. 3 und 4, 202 Abs. 1 Nr. 2 UmwG verankert.⁴²⁰ Danach sind die bisherigen Anteilsinhaber auch am Rechtsträger neuer Rechtsform beteiligt, wenn die Beteiligung nicht nach den gesetzlichen Ausnahmeregelungen (so für die Kommanditgesellschaft auf Aktien oder den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit⁴²¹) entfällt. Identität bezieht sich also in erster Linie auf die personelle Identität der Gesellschaft.

a) Rechtsprechung

Nach Rechtsprechung des BGH unterfallen nicht-identitätswahrende Formwechsel nicht der „Heilungsnorm“ des § 34 Abs. 3 LwAnpG.⁴²² Dies müßte auch für Umwandlungen nach dem UmwG gelten, das keine über § 202 Abs. 3 UmwG hinausgehende „Heilungsnorm“ enthält.

Begründet wird dieses Ergebnis damit, daß die Umwandlung Grundrechte der Mitglieder, insbesondere das Grundrecht auf Eigentum, berühren kann.⁴²³ Da nach § 34 Abs. 1 Nr. 2 LwAnpG die Mitglieder der LPG nach Maßgabe des Umwandlungsbeschlusses und der für die neue Rechtsform geltenden Vorschriften an dem Nachfolgeunternehmen beteiligt sind, soll dies nur möglich sein können, wenn der Beschluß allen Mitgliedern die Beteiligung an dem Nachfolgeunternehmen ermöglicht und damit auf eine identitätswahrende Umwandlung gerichtet ist.⁴²⁴ War dies nicht der Fall, befanden sich die entsprechenden LPGen wegen der in § 69 Abs. 3 S. 1 LwAnpG enthaltenen Frist, sich bis spätestens zum 31.12.1991 umzuwandeln, seit dem 1.1.1992 in gesetzlicher Liquidation.

⁴²⁰ Ausführlich zum Identitätsprinzip *Bärwaldt/Schabacker*, ZIP 1998, 1293 ff.

⁴²¹ §§ 221, 236, 247 Abs. 3, 255 Abs. 3, 294 Abs. 1 S. 2 UmwG; siehe auch *Decher* in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 15.

⁴²² BGHZ 138, 371, 375; noch offengelassen in BGH, ZIP 1995, 422, 425; befürwortend *Neixler*, EWIR 1995, 601, 602, die LPG selbst könne ein Ausscheiden von Mitgliedern nicht herbeiführen. Beinhaltet ein Umwandlungsbeschluß eine solche Regelung, so dürfte er insoweit unwirksam sein, jedenfalls aber stehe den betroffenen Mitgliedern ein auf Beteiligung am formgewechselten Unternehmen gerichteter Schadensersatzanspruch zu; ausführlich *Wenzel*, AgrarR 1998, 139, 141.

⁴²³ BGH, ZIP 1995, 422, 425; OLG Rostock, AgrarR 1993, 257, 259; *Lohlein*, ZIP 1994, 1065, 1066; zustimmend *Hagen*, FS Notariat, S. 261, 267.

⁴²⁴ BGH, ZIP 1995, 422, 524; *Hagen*, FS Notariat, S. 261, 267.

Im einzelnen wendet der BGH § 139 BGB an und differenziert danach, ob der Umwandlungsbeschuß auch identitätswahrend beschlossen worden wäre, was nur im Falle, daß allen Mitgliedern die Fortsetzung ihrer Mitgliedschaft frei gestellt wurde, vorliegen soll.⁴²⁵ Dann wird der Formwechsel mit seiner Eintragung wirksam. Etwaige Klauseln im Umwandlungsbeschuß, die die Fortsetzung der Mitgliedschaft von der Eintragung auf einer Mitgliederliste oder der Zustimmung zum Umwandlungsbeschuß abhängig machen,⁴²⁶ sind nichtig,⁴²⁷ die Gesellschafterstellung setzt sich aber unabhängig davon in der neuen Rechtsform fort.⁴²⁸ Dies folge daraus, daß es sich bei dem Ausschluß entweder um einen selbständigen Beschuß handele, der mit dem Umwandlungsbeschuß lediglich in einer Urkunde zusammengefaßt, für den Umwandlungsbeschuß aber ohne Bedeutung sei. Aber auch, wenn man die Ausschlußbestimmung als Teil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts versteht, richte sich die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses nach § 139 BGB, wobei der Umwandlungsbeschuß auch ohne die Ausschlußklausel zustande gekommen wäre.⁴²⁹ Erfolgte aber bereits im Umwandlungsbeschuß ein Ausschluß von Gesellschaftern, so erfasse die Teilnichtigkeit den ganzen Beschuß, da nicht angenommen werden könne, daß die beschließende Mehrheit die Umwandlung auch ohne den von ihr gewollten Ausschluß einer Minderheit beschlossen hätte.⁴³⁰

Quotenverändernde Umwandlungen, also Umwandlungen, bei denen nicht jeder Genosse proportional zu dem Wert seiner Beteiligung an der LPG auch an der Zielgesellschaft beteiligt ist, sollen dagegen lediglich zu einem Ausgleich durch bare Zuzahlung führen.⁴³¹

b) Literatur

Die Beschränkung des Anwendungsbereiches des § 34 Abs. 3 LwAnpG auf identitätswahrende Umwandlungen ist von Teilen der Praxis überwiegend auf Zustimmung,⁴³² in der Wissenschaft

⁴²⁵ BGHZ 138, 371, 377; ähnlich OLG Rostock, AgrarR 1993, 257, 258, wo das Ausscheiden von sieben Mitgliedern anläßlich des Formwechsels als selbständiger Beschuß, der lediglich mit dem Umwandlungsbeschuß in einer Urkunde zusammengefaßt worden sei, angesehen wurde. Die Wirksamkeit dieser Bestimmung erschien dem Senat zweifelhaft, was jedoch keiner Entscheidung bedurfte, da selbst bei Vorliegen eines einheitlichen Rechtsgeschäftes § 139 BGB Anwendung fände und der Umwandlungsbeschuß auch zustande gekommen wäre, wenn sich die entsprechenden Gesellschafter mit ihrem Wunsch, aus der Gesellschaft auszuscheiden, nicht durchgesetzt hätten.

⁴²⁶ OLG Rostock, AgrarR 1993, 257.

⁴²⁷ BGHZ 138, 371, 375; zumindest, wenn dies durch nur mehrheitlich gefaßten Beschuß bestimmt wurde.

⁴²⁸ OLG Rostock, AgrarR 1993, 257, 258; BGHZ 138, 371, 376; zustimmend *Lohlein*, EWiR 1998, 659, 660; auch OLG Dresden, AgrarR 1998, 261, 262.

⁴²⁹ OLG Rostock, AgrarR 1993, 257, 258.

⁴³⁰ BGHZ 138, 371, 376.

⁴³¹ BGH, ZIP 1997, 298 = EWiR 1997, 375 (*Bayer*).

⁴³² *Lohlein*, ZIP 1995, 428 (Anmerkung zu BGH, ZIP 1995, 422); *ders.*, EWiR 1998, 659, 660 (Anmerkung zu BGHZ 138, 371); *Krüger*, NJ 1998, 482; *Nies* in RVI, B 500 LwAnpG § 30 Rn. 4 und § 34 Rn. 16, aber mit gewissen Modifikationen: Identität sei gewahrt, wenn es den Mitgliedern frei gestellt ist, dem neuen Unternehmen anzugehören, oder gegen Barabfindung auszuscheiden.

indes auf Kritik gestoßen.⁴³³ Insbesondere wurde der Rechtsprechung entgegengehalten, daß der zwingende Charakter der Umwandlungsvorschriften zwar verhindern soll, daß rechtswidrige Umwandlungsvorgänge in das Register eingetragen werden.⁴³⁴ Ist dies aber geschehen, so sprächen Rechtssicherheitserwägungen für und nicht gegen die eigens zu diesem Zweck vom Gesetzgeber angeordnete Konstitutivwirkung der Registereintragung.⁴³⁵ Eine Bedrohung der Rechtssicherheit trete insbesondere dadurch ein, daß die vom BGH angenommene Unwirksamkeit der eingetragenen Umwandlung auf jede Weise geltend gemacht werden könne und damit ein bedrohliches Gefährdungspotential in umgewandelte Gesellschaften hinein getragen werde.⁴³⁶

Zwar wurde für das Bestreben des BGH, mitgliederverdrängende Umwandlungen zu verhindern, Verständnis gezeigt, bezweifelt wurde hingegen, daß dieser Schutz der Mitglieder mit dem Eintritt der Umwandlungswirkungen verknüpft werden sollte.⁴³⁷ Als Kompromiß zwischen der Hin- nahme schwerster Rechtsverletzungen der Gesellschafter durch Ausschluß aus der Gesellschaft und Zwangsliquidation der LPG-Nachfolger wurde deshalb vorgeschlagen, die neue Rechtsform trotz ihrer Mängel zu akzeptieren, nicht aber deren reduzierten Mitgliederbestand.⁴³⁸ Wie diese Wirkung im einzelnen aber erreicht werden soll, ist noch weitgehend ungeklärt.⁴³⁹

Die Problematik bloß teilnichtiger Umwandlungsbeschlüsse wurde in der Literatur bisher nicht erörtert.⁴⁴⁰

c) Stellungnahme

Kritik ist bereits hinsichtlich der vom BGH vorgenommenen Unterscheidung in Umwandlungs- beschlüsse, die nur teilnichtig sind, weil sie den Gesellschaftern die Fortsetzung ihrer Mitglied- schaft freistellen und Beschlüssen, die zum direkten Ausschluß von Gesellschaftern führen und deshalb nicht einmal durch ihre Eintragung wirksam werden, angebracht.

aa) Beschluß bei Verstoß gegen das Identitätsgebot

⁴³³ Wiedemann, ZGR 1999, 568, 577 m.w.N.

⁴³⁴ Insbesondere können entgegen LG Berlin, ZIP 1991, 251 die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft bzw. die „normative Kraft des Faktischen“ eine Eintragung fehlerhafter Umwandlungen nicht rechtfertigen Neixler, AgrarR 1993, 1, 4; ebenso Kübler, FS Merz, S. 334, 342; Kohte, EWiR 1991, 613, 614; vgl. auch den ähnlichen Fall, BezG Dresden, ZIP 1991, 1390 mit krit. Anmerkung Neye, EWiR 1991, 1013 f., bei dem die Eintragung einer GmbH, die durch Spaltung entstehen sollte, mit der Heilungswirkung des § 12 SpTrUG begründet wurde. Diese setzt aber die Eintragung bereits voraus.

⁴³⁵ K. Schmidt, ZIP 1998, 181, 185.

⁴³⁶ K. Schmidt, ZIP 1998, 181, 185.

⁴³⁷ Hommelhoff/Schubel, ZIP 1998, 537, 545.

⁴³⁸ Hommelhoff/Schubel, ZIP 1998, 537, 545; K. Schmidt, ZIP 1998, 181, 186.

⁴³⁹ K. Schmidt, ZIP 1998, 181, 186 geht davon aus, daß der Verband mit sämtlichen Mitgliedern in der neuen Rechtsform fortbesteht. Dies folge daraus, daß die Eintragung einer Umwandlung immer nur umwandlungsrecht- liche Rechtswirkungen, hier eben die Identitätswahrung, zur Folge haben könne; a.A. Hommelhoff/Schubel, ZIP 1998, 537, 547, die einen Anspruch verdrängter Mitglieder auf Beteiligung an der neuen Gesellschaft vorziehen.

⁴⁴⁰ So trennt Kort in Umwandlungsrecht, S. 194, 200 ff. lediglich zwischen anfechtbaren und nichtigen Umwand- lungsbeschlüssen; ebenso Schweizer, LwAnpG, Rn. 247 ff., der zusätzlich noch scheinbare Umwandlungsbe- schlüsse behandelt.

Verstöße gegen das Identitätserfordernis - sei es durch Klauseln, die den Fortbestand der Mitgliedschaft von der Eintragung in eine Mitgliederliste abhängig machen, sei es durch direkten Ausschluß von Gesellschaftern im Umwandlungsbeschluß - führen ohne entsprechende Rechtfertigung, also Zustimmung aller Gesellschafter, deren Gesellschafterstellung dadurch beeinträchtigt wird, stets zumindest zur Nichtigkeit der entsprechenden Regelung im Umwandlungsbeschluß.

Der Differenzierung des BGH zwischen direktem Ausschluß aus der Gesellschaft und dem mittelbaren Ausschluß durch das Aufstellen von Voraussetzungen für die Fortsetzung der Mitgliedschaft ist dabei nicht zuzustimmen.

Sowohl beim direkten Ausschluß von Gesellschaftern, der bereits im Umwandlungsbeschluß festgesetzt ist (z.B.: „Gesellschafter mit einer quotalen Beteiligungen von weniger als 1% scheiden anlässlich der Umwandlung gegen Abfindung aus der Gesellschaft aus“), als auch beim mittelbaren Ausschluß (z.B.: „Jedes Mitglied der LPG wird Mitglied der eingetragenen Genossenschaft, sofern es dazu seine Bereitschaft mit Unterschriftsleistung unter der Satzung erklärt“⁴⁴¹), werden die Beteiligungsverhältnisse in der Zielgesellschaft falsch, nämlich nicht dem Identitätsprinzip entsprechend festgesetzt. Daß die Festsetzung im zweiten Fall ausnahmsweise - nämlich beim Vorliegen der Voraussetzungen bei allen Gesellschaftern - richtig sein kann, ändert nichts an der Nichtigkeit der Klausel, da eine Fortsetzung der Mitgliedschaft beim Formwechsel nicht von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht werden kann. Ob der gesamte Umwandlungsbeschluß von dieser Nichtigkeit erfaßt wird, ist damit aber noch nicht gesagt.

Wie bereits oben gezeigt,⁴⁴² führen fehlerhafte Teile in Umwandlungsbeschlüssen grundsätzlich nur zu dessen Teilfehlerhaftigkeit.

Dafür spricht, daß die Gesellschafter - hier ist dem BGH beizupflichten - die Umwandlung in aller Regel auch identitätswahrend beschlossen hätten. Dies muß - entgegen dem BGH - allerdings selbst für den Fall gelten, daß der Umwandlungsbeschluß direkt den Ausschluß von Gesellschaftern enthält. Es ist nämlich nicht anzunehmen, daß Gesellschafter eine Umwandlung nur zum Zwecke des Ausschlusses von Gesellschaftern vornehmen. Einerseits wäre dies ein ausgesprochen aufwendiges Verfahren, um Mitgesellschafter aus der Gesellschaft zu entfernen, andererseits ist die Chance, daß ein derart gegen das Identitätserfordernis verstoßender Formwechsel

⁴⁴¹ So BGHZ 138, 371, 373.

⁴⁴² Siehe vorn C. II. 3. a) ee).

eingetragen würde,⁴⁴³ so gering, daß die Gesellschaft dieses Kostenrisiko wohl kaum allein zur Verdrängung von Mitgliedern eingehen würde. Vielmehr ist davon auszugehen, daß Verstöße gegen das Identitätserfordernis eher versehentlich unterlaufen und die Umwandlung auch unter Beteiligung aller Gesellschafter vorgenommen worden wäre. Das gilt insbesondere nach dem Landwirtschaftsanpassungsgesetz, wonach im Falle der nicht rechtzeitigen Umwandlung bis zum 31.12.1991 nach § 69 Abs. 3 LwAnpG die gesetzliche Liquidation drohte.

Gegen die bloße Teilnichtigkeit spricht, daß der Umwandlungsbeschluß mit der in ihm enthaltenen Satzung der „Zielgesellschaft“ auch ohne den nichtigen Teil - also die falsche Festsetzung der Beteiligungsverhältnisse am Rechtsträger neuer Rechtsform⁴⁴⁴ - eine in sich sinnvolle Regelung ergeben muß.⁴⁴⁵ Daran bestehen Zweifel, da die Beteiligungsverhältnisse die gesamte Geschäftstätigkeit einer Gesellschaft beeinflussen. Sieht man hingegen den nicht-identitätswahrende Formwechsel als Summe aus (identitätswahrendem) Formwechsel und rechtswidrigem Ausschluß von Gesellschaftern⁴⁴⁶, wobei nur letzterer nichtig ist, liegt die Annahme bloßer Teilnichtigkeit näher. Die Frage (der allerdings erst im Rahmen der Rechtsfolgen von § 202 Abs. 3 UmwG, § 34 Abs. 3 LwAnpG nachgegangen wird) würde dann lauten: Sind nach Wirksamwerden des Formwechsels alle Gesellschafter entsprechend ihrer alten Quoten beteiligt oder gelten die Beteiligungsverhältnisse, die sich nach dem rechtswidrigen Ausschluß von Gesellschaftern ergeben?

Regelungen, die Veränderungen im Mitgliederbestand bewirken können (oder sollen) sind danach als nichtig anzusehen; die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses selbst wird davon nicht betroffen.

bb) Formwechsel bei Verstoß gegen das Identitätsprinzip

Doch selbst wenn man für den Fall, daß der Formwechsel nur zu dem Zweck erfolgt, unliebsame Gesellschafter aus der Gesellschaft zu entfernen, Gesamtnichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses annimmt, rechtfertigt dies noch keine Ausnahme vom Anwendungsbereich der §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG.

⁴⁴³ Im Regelfall wird wohl auch die teilnichtige Umwandlung nicht eingetragen: für den teilnichtigen Beherrschungsvertrag OLG Karlsruhe, WM 1993, 2092, 2093 (Eintragungsverbot).

⁴⁴⁴ Beim Ausschluß direkt; bei einer Klausel, die die Fortsetzung der Mitgliedschaft vom Vorliegen bestimmter Voraussetzungen abhängig macht, erst vermittelt durch das Fehlen dieser Voraussetzungen.

⁴⁴⁵ BGHZ 47, 172, 180 für nichtige Regelungen in einer Vereinssatzung, dort soll es darauf ankommen, ob aus dem Vereinszweck und den satzungsmäßigen Mitgliederbelangen geschlossen werden kann, daß der verbleibende Teil der Satzung auch ohne den nichtigen Teil diesen Zwecken und Belangen gerecht werden kann und eine in sich sinnvolle Regelung bilden würde. Dann habe es bei der Teilnichtigkeit und der Wirksamkeit der übrigen Satzung sein Bewenden.

Das Identitätserfordernis wird weitgehend als absolut unverzichtbar angesehen. Jeder Anteilsinhaber des formwechselnden Rechtsträgers ist automatisch am Rechtsträger neuer Rechtsform beteiligt.⁴⁴⁷ Ein direkter Gesellschafterausschluß im Umwandlungsbeschluß würde mit der Regelung, daß die Mitglieder „an dem Rechtsträger nach den für die neue Rechtsform geltenden Vorschriften beteiligt“ sind (§ 202 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 UmwG), kollidieren. Dieser Widerspruch wird von der Rechtsprechung dadurch vermieden, daß im nicht-identitätswahrenden Formwechsel nicht nur ein mangelhafter, sondern gar kein unter § 34 Abs. 1 LwAnpG fallender Formwechsel gesehen wird.⁴⁴⁸

Dieser Widerspruch entsteht allerdings nur, wenn man davon ausgeht, daß Veränderungen im Mitgliederbestand einen Formwechsel denknotwendig ausschließen. Unterstellt man aber, daß der Formwechsel nicht in jedem Fall Personenidentität verlangt, kann man in dem Ausschluß von Gesellschaftern - sei es direkt oder durch das Aufstellen von gewissen Voraussetzungen für die Fortsetzung der Mitgliedschaft - auch lediglich einen inhaltlichen Mangel sehen, der einer Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nicht entgegensteht.

In der Literatur wird nämlich auch vertreten, daß das Identitätsgebot den Ein- und Austritt von Gesellschaftern anlässlich des Formwechsels nicht per se ausschließe.⁴⁴⁹

Dem Wortlaut des § 202 Abs. 1 Nr. 2 UmwG nach: „Die Anteilsinhaber des formwechselnden Rechtsträgers sind an dem Rechtsträger nach den für die neue Rechtsform geltenden Vorschriften beteiligt, ...“ könnte man darauf schließen, daß die Beteiligung aller Altgesellschafter an der Zielgesellschaft eine vom Beschlußinhalt unabhängige Rechtsfolge ist.⁴⁵⁰ Durch die Verknüpfung mit § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG: „Der formwechselnde Rechtsträger besteht in der in dem Umwandlungsbeschluß bestimmten Rechtsform weiter“ wird jedoch deutlich, daß hier nur die

⁴⁴⁶ Vgl. OLG Rostock, AgrarR 1993, 257, 258, wenn ausgeführt wird, daß im Umwandlungsbeschluß auch mehrere Beschlüsse miteinander verbunden werden können.

⁴⁴⁷ Kallmeyer, ZIP 1994, 1746, 1751; Wenzel, AgrarR 1998, 139, 141; Decher in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 15; Bermel in G/K/T, UmwG, § 1 Rn. 45; Meister/Klöcker in Kallmeyer, UmwG, § 202 Rn. 33.

⁴⁴⁸ BGHZ 138, 371, 375 im Anschluß an Wenzel, AgrarR 1998, 139, 140.

⁴⁴⁹ Priester, DB 1997, 560, 566; K. Schmidt, GmbHR 1995, 693, 695; Bayer in Umwandlungsrecht, S. 22, 41 (zumindest für den Fall, daß alle Anteilsinhaber zugestimmt haben); ders., ZIP 1997, 1613, 1617; Wiedemann, ZGR 1999, 568, 579; a.A. Veil, DB 1996, 2529, 2530: offenbar [soll] jedenfalls die personelle Zusammensetzung der Anteilsinhaber unverändert bleiben; Kallmeyer, GmbHR 1996, 80, 81 f. stellt fest, daß der Grundsatz der Anteil-sinhaberidentität nicht ausnahmslos gelte und läßt zumindest den Ein- und Austritt von Komplementär-GmbH ohne Kapitalanteil für die Umwandlung unter Beteiligung einer GmbH & Co. KG zu; vgl. auch Bärwaldt/Schabacker, ZIP 1998, 1293, 1294 m.w.N.

⁴⁵⁰ So wohl inzident auch K. Schmidt, ZIP 1988, 181, 186; Wenzel, AgrarR 1998, 139, 141, wenn sie davon ausgehen, daß bei dem Vorliegen von Klauseln, die den Beitritt der Gesellschafter in die Zielgesellschaft von einem

Ausgestaltung der neuen Beteiligung an der Zielgesellschaft bestimmt wird, nicht hingegen, wer sie erhält.

Für diese Sichtweise spricht insbesondere, daß sich der Formwechsel selbst zu den Mitgliedschaften des formwechselnden Rechtsträgers neutral verhält. Durch den Formwechsel ändert sich lediglich die Rechtsform eines Unternehmens. Im übrigen sollen aber Mitgliederbestand und Vermögen vom Formwechsel selbst unberührt bleiben. Das Identitätserfordernis steht aber solchen Änderungen, die auf anderem Wege vollzogen werden, nicht entgegen. Der Formwechsel ändert eben nur die Organisationsstruktur des Unternehmens. Abgesehen von diesem „rechtlichen Kleid“⁴⁵¹ bleibt das Unternehmen unverändert; es können demzufolge unabhängig vom Formwechselfvorgang selbst Änderungen im Mitglieder- oder Vermögensbestand vorgenommen werden. Es käme schließlich niemand auf die Idee, nur wegen der Identität des Gesellschaftsvermögens die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft zu unterbinden, weil dadurch Änderungen im Gesellschaftsvermögen eintreten könnten. Es müssen somit auch Maßnahmen, die zu Veränderungen im Mitgliederbestand führen, zugelassen werden.⁴⁵² Eine solche Veränderung, etwa der Ausschluß eines Gesellschafters, müßte dann von den Beteiligten selbst mit allgemeinen Gestaltungsmöglichkeiten herbeigeführt werden, da das Umwandlungsgesetz dazu keine Grundlage bietet.⁴⁵³ Es handelt sich aber nicht um ein spezifisches Problem des Formwechsels.

Die Zulässigkeit von Veränderungen in den Beteiligungsverhältnissen ist bisher lediglich für den Formwechsel, bei dem sich anlässlich der Umwandlung die Beteiligungsquote der Gesellschafter ändert - sogenannter nicht quotenwahrender (nicht verhältniswahrender) Formwechsel - anerkannt.⁴⁵⁴ Sieht man aber den nicht-identitätswahrenden Formwechsel lediglich als Extremfall eines nicht quotenwahrenden Formwechsels an,⁴⁵⁵ der genauso in Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter eingreift und deshalb auf einem eigenen Rechtsgrund beruhen muß,⁴⁵⁶ müssen auch Veränderungen im Mitgliederbestand anlässlich des Formwechsels zulässig sein.⁴⁵⁷ Zudem kann

Eintrag in die Mitgliederliste abhängig machen, auch die nicht eingetragenen Gesellschafter an der Zielgesellschaft beteiligt sei.

⁴⁵¹ Siehe bereits oben A. II. 1.

⁴⁵² Auch *Bayer*, ZIP 1997, 1613, 1617 und *Neixler*, EWiR 1995, 602, 603: eine Identität des Mitgliederbestandes sei nicht zwingend erforderlich, die Mitgliedschaft könne jederzeit, auch im Zuge des Formwechsels beendet werden.

⁴⁵³ *K. Schmidt*, GmbHR 1995, 693, 695; *Priester*, DB 1997, 560, 566 verlangt ein einverständliches Handeln der Beteiligten; *Kallmeyer*, GmbHR 1996, 80, 82 die Zustimmung des Ausscheidenden zur Umwandlung.

⁴⁵⁴ *Kallmeyer*, ZIP 1994, 1746, 1751; *Meister/Klöcker* in *Kallmeyer*, UmwG, § 194 Rn. 34 und § 202 Rn. 37; *Dehmer*, UmwG, § 202 Rn. 7: der nicht verhältniswahrende Formwechsel sei zwar gesetzlich nicht vorgesehen, wenn er aber einstimmig beschlossen wurde, bestehe kein Ablehnungsrecht bezüglich der Eintragung seitens des Registerrichters; *Decher* in *Lutter*, UmwG, § 202 Rn. 21; *Laumann* in *G/K/T*, UmwG, § 194 Rn. 16; *Vollrath* in *Widmann/Mayer*, UmwG, § 194 Rn. 17; *Veil*, DB 1996, 2529, 2530, der aber die Zustimmung der betroffenen Anteilssinhaber verlangt.

⁴⁵⁵ Ausführlich *Priester*, DB 1997, 560, 566; *Bärwaldt/Schabacker*, ZIP 1998, 1293, 1295.

⁴⁵⁶ *Vollrath* in *Widmann/Mayer*, UmwG, § 194 Rn. 19; *Bayer*, ZIP 1997, 1613, 1617.

⁴⁵⁷ Tendenziell OLG Rostock, AgrarR 1993, 257, 258: Formwechsel und Ausscheiden von 7 Mitgliedern bilden selbständige Beschlüßfassungen, die lediglich in einer Urkunde zusammengefaßt wurden; dort aber mit der Kon-

es keinen Unterschied machen, ob ein Gesellschafter anlässlich des Formwechsels oder erst am nächsten Tag ausscheidet. Erst diese Auffassung wird der Identität des Rechtsträgers voll gerecht.

Selbst wenn der Formwechsel deshalb nicht mehr ist als eine modifizierte Neugründung, bei der lediglich Liquidation der Ausgangsgesellschaft und Vermögensübergang entfallen, ohne zwingende Identität des Mitgliederbestandes vor und nach der Umwandlung,⁴⁵⁸ braucht man sich nicht gleich vom Identitätskonzept verabschieden.⁴⁵⁹ Es beinhaltet aber nur, daß sich der Formwechsel selbst „identitätsneutral“ verhält.

Für die Anwendbarkeit der §§ 202 Abs. 2 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG ist auch die vom BGH in seinem Urteil vom 8.5.1998⁴⁶⁰ getroffene Unterscheidung in teil- und gesamtnichtige Umwandlungsbeschlüsse nicht maßgeblich.

So ist es allgemein anerkannt, daß § 139 BGB mit seiner Vermutung für die Gesamtnichtigkeit auf durchgeführte Dauerschuldverhältnisse im Gesellschaftsrecht, beispielsweise die Gesellschaftsgründung, keine Anwendung findet.⁴⁶¹ Sind beispielsweise Teile des Gesellschaftsvertrages (einer Personengesellschaft) nichtig, ist auch bei Fehlen einer salvatorischen Klausel im Hinblick auf den verfolgten gemeinsamen Zweck meist die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen anzunehmen, demnach nicht der ganze Gesellschaftsvertrag nichtig.⁴⁶² Die Erzeuger von teilmichtigen Regelungen wollen jedenfalls eine Organisationseinheit schaffen, die - wenn es sich vermeiden läßt - nicht zerschlagen werden soll.⁴⁶³ Für eine Anwendung des § 139 BGB ist nur

sequenz, daß alle Gesellschafter am Unternehmen neuer Rechtsform beteiligt sind; *Bärwaldt/Schabacker*, ZIP 1998, 1293, 1295; **a.A.** *Meister/Klöcker* in Kallmeyer, UmwG, § 194 Rn. 3 und § 202 Rn. 33 (die selbst einen Gesellschafterbeitritt anlässlich des Formwechsels ablehnen: § 194 Rn. 25); *Decher* in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 2, 18.

⁴⁵⁸ *Bärwaldt/Schabacker*, ZIP 1998, 1293, 1297.

⁴⁵⁹ So aber *Bärwaldt/Schabacker*, ZIP 1998, 1293, 1297.

⁴⁶⁰ BGHZ 138, 371.

⁴⁶¹ *Roth* in Staudinger, BGB, § 139 Rn. 83; *Damm* in AK BGB, § 139 Rn. 3; *Hefermehl* in Soergel, BGB, § 139 Rn. 58; für Unternehmensverträge *Lauber-Nöll*, Unternehmensverträge, S. 114 ff. m.w.N.; auch für die Umwandlung, die durch zweigliedrigen Beschluß gefaßt wurde LG Bonn, AG 1991, 114, 116 (Nichtigkeit sogenannter „beiläufiger Satzungsänderungen“); siehe bereits oben C. II. 3. a) ee).

⁴⁶² *Hefermehl* in Soergel, BGB, § 139 Rn. 58; zustimmend *Lieberich*, Fehlerhafte Abänderungen, S. 153; *Wünsche*, Kartellvereinbarung, S. 115 f. m.w.N. auch zur älteren Ansicht, die § 139 BGB anwandte.

⁴⁶³ *Mayer-Maly* in MüKo BGB, § 139 Rn. 7c; BGH, DB 1976, 2106 zur Teilnichtigkeit eines Gesellschaftsvertrags, dem seine Wirksamkeit in seiner Gesamtheit nur zu versagen sei, wenn er seinem Inhalt nach auf die Verwirklichung eines sittenwidrigen Tatbestandes gerichtet ist; wenn und soweit einzelne Bestimmungen nichtig sind und dies sich nach § 139 auf den gesamten Vertrag auswirkt, zöge dies nicht schlechthin die Nichtigkeit des Gesellschaftsverhältnisses nach sich, sondern würde nur zur Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft führen; ebenso OLG Hamburg, ZIP 1998, 1071, 1073 für einen Beherrschungsvertrag: bei dem die Teilnichtigkeit bereits aus der Natur des Unternehmensvertrages als Organisationsvertrag folge, so daß für ihn die Regel des § 139 BGB nicht zum Zuge komme; zum Meinungsstand für fehlerhafte Unternehmensverträge *Lauber-Nöll*, Unternehmensverträge, S. 22 f.

noch insoweit Raum, als bei Teilnichtigkeit überhaupt ein im ganzen nichtiger Gesellschaftsvertrag vorliegt, dessen tatsächlicher Vollzug aber bewirkt, daß eine rückwirkende Nichtigkeit ausscheidet.⁴⁶⁴

Bei der Gründung von Kapitalgesellschaften ergibt sich dies schon daraus, daß § 139 BGB mit Eintragung der Gesellschaft durch die besonderen Bestandsschutznormen der §§ 275 AktG, 75 GmbHG, die auch Ausprägungen der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft sind, ausgeschlossen wird.⁴⁶⁵ Das selbe muß für den fehlerhaften Formwechsel gelten, der ebenfalls nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft zu behandeln ist.

Zudem ist eine Beeinträchtigung von Gesellschafterrechten sowohl beim mittelbaren als auch beim direkten Ausschluß von Gesellschaftern durch die falsche Festsetzung der Beteiligungsverhältnisse (bei den betroffenen Gesellschaftern zu Null), möglich. Im Fall des bloß mittelbaren Ausschlusses geht aber auch der BGH zutreffend davon aus, daß die Umwandlungswirkungen trotzdem eintreten.⁴⁶⁶ Für den direkten Ausschluß kann dann nichts anderes gelten.

Für die Anwendbarkeit der §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG auch auf den nicht identitätswahrenden Formwechsel spricht letztlich, daß es sich hierbei allein um Ausprägungen der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft handelt, für ihr Eingreifen somit lediglich ein auf die betreffende Strukturänderung gerichteter Willensakt und dessen Vollzug erforderlich sind. Der Wille zur Umwandlung kommt aber auch bei einem gegen das Identitätsgebot verstoßenden Umwandlungsbeschluß hinreichend zum Ausdruck.

Dem steht auch nicht eine mögliche Grundrechtsbeeinträchtigung der Gesellschafter (Art. 14 GG) entgegen. Unabhängig von der Frage, ob auch in diesem Fall alle Gesellschafter ihre Mitgliedschaft in der Gesellschaft neuer Rechtsform fortsetzen, wäre selbst beim wirksamen Ausschluß eine Anerkennung dieses Zustandes lediglich vorläufiger Natur. In aller Regel wird zudem bloße Teilnichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses vorliegen. Diese kann auch korrigiert werden, wenn die Umwandlung selbst mit ihrer Eintragung nach §§ 202 Abs. 3 UmwG, § 34 Abs. 3 LwAnpG dauerhaft bestandsfest würde.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ *Hefermehl* in Soergel, BGB, § 139 Rn. 58.

⁴⁶⁵ Für die AG: *Hüffer*, AktG, § 23 Rn. 42; für die GmbH: *Zimmermann* in Rowedder, GmbHG, § 75 Rn. 12; *Wünsche*, Kartellvereinbarung, S. 85; ebenda für die e.G. S. 98 f.; für den e.V. BGHZ 47, 172, 180, wonach es für die Wirksamkeit einer Vereinsatzung darauf ankam, ob der verbleibende Teil der Satzung eine in sich sinnvolle Regelung bilden würde, dann habe es bei der Teilnichtigkeit und der Wirksamkeit der übrigen Satzung sein Bewenden; zustimmend *Wünsche*, Kartellvereinbarung, S. 102.

⁴⁶⁶ BGHZ 138, 371, 377.

⁴⁶⁷ *Laumann* in G/K/T, UmwG, § 202 Rn. 30; *Meister/Klöcker* in Kallmeyer, UmwG, § 202 Rn. 60.

Es handelt sich in diesem Fall lediglich um die Anerkennung faktischer Zustände: Ist der nichtige Umwandlungsbeschluß nicht angegriffen worden und wurde die Nichtigkeit auch nicht vom Registergericht erkannt und die Eintragung deshalb abgelehnt, ist die Anerkennung der Umwandlung ihrer ex tunc-Vernichtung vorzuziehen. Diese Anerkennung führt nicht zu einer Förderung rechtswidriger Zustände, sondern schafft nur dort Rechtssicherheit, wo die Umwandlung faktisch vollzogen wurde. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Ausschluß von Gesellschaftern direkt oder mittelbar (durch das Aufstellen von Voraussetzungen für die Fortsetzung der Mitgliedschaft) erfolgte.

4. VERSTOß GEGEN DEN NUMERUS CLAUSUS DER UMWANDLUNGSFORMEN⁴⁶⁸

a) Allgemein

Die nächste Fallgruppe, bei der die Anwendung der §§ 202 Abs. 2 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG Probleme bereitet, betrifft Umwandlungen, die gegen den sogenannten numerus clausus der Umwandlungsformen verstoßen. Dieser Grundsatz ist in § 1 Abs. 2 UmwG enthalten und besagt, daß Umwandlungen außer in den im Umwandlungsgesetz geregelten Fällen nur möglich sind, wenn ein anderes Bundes- oder Landesgesetz sie ausdrücklich gestattet. Eine entsprechende Anwendung auf solche Rechtsträger, die nicht in den Kreis der umwandlungsfähigen Rechtsträger einbezogen sind, soll dadurch vermieden werden.⁴⁶⁹

Während nach dem Umwandlungsgesetz die am meisten gebräuchlichen Gesellschaftsformen als Ausgangs- und Zielrechtsträger zugelassen sind,⁴⁷⁰ enthielt § 27 Abs. 1 des LwAnpG a.F.⁴⁷¹ nur die Möglichkeit des Formwechsels in die eingetragene Genossenschaft.⁴⁷² Andere Zielrechtsformen wurden erst durch § 23 Abs. 1 der Neufassung vom 3.7.1991⁴⁷³ zur Verfügung gestellt. Dadurch kam es mehrfach dazu, daß LPGen die Umwandlung in eine nicht zugelassene Rechtsform beschlossen, die auch eingetragen wurde.⁴⁷⁴

⁴⁶⁸ Vgl. BGHZ 132, 353, 357 m.w.N.; *Lohlein*, ZIP 1994, 1065; *ders.*, ZIP 1995, 426, 428; sehr ausführlich und kritisch zum numerus clausus der Umwandlungsformen hinsichtlich der früher unzulässigen identitätswahrenden Umwandlung von Personal- in Kapitalgesellschaften *Gaitzsch*, Umwandlung, S. 44 ff. m.w.N., der bereits unter Zugrundelegung der Rechtslage von 1965 für diese Umwandlungen Konstruktionsmodelle erarbeitet.

⁴⁶⁹ *Lutter* in *Lutter*, UmwG, § 1 Rn. 18; kritisch *Priester*, DNotZ, 1995, 427, 432.

⁴⁷⁰ Siehe § 191 UmwG; jetzt auch die Partnerschaftsgesellschaft: Gesetz vom 22.7.1998, BGBl. I S. 1878.

⁴⁷¹ GBl. DDR I v. 20.7.1990, S. 642 ff.

⁴⁷² Kritisch dazu v. *Jeinsen*, AgrarR 1991, 177, 179.

⁴⁷³ BGBl. I S. 1418 ff.

⁴⁷⁴ BGHZ 137, 134 (fehlgeschlagene Umwandlung einer LPG in eine GmbH & Co. KG, die vor Inkrafttreten der Gesetzesnovelle erfolgte); BGHZ 132, 353 (durch Eintragung wirksam gewordene Umwandlung einer LPG in eine AG, die nach Inkrafttreten der Novelle eingetragen wurde).

b) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung differenziert zwischen Mängeln des Beschlusses selbst und deren Auswirkungen auf den Formwechsel als solchen.

aa) Beschluß

Danach sind Beschlüsse, die gegen den *numerus clausus* der Umwandlungsformen verstoßen, nichtig,⁴⁷⁵ da sie einer gesetzlichen Grundlage entbehren. Dies gelte unabhängig davon, ob die Eintragung der Umwandlung vor oder erst nach Inkrafttreten der Novelle des LwAnpG vom 3. Juli 1991, durch die die betreffende Umwandlungsmöglichkeit eröffnet wurde, erfolgte, denn Voraussetzungen, Inhalt und Folgen des Beschlusses richteten sich nach der bei der Beschlußfassung maßgeblichen Gesetzesfassung.⁴⁷⁶ Die Novelle habe weder rückwirkende noch heilende Wirkung.⁴⁷⁷

bb) Formwechsel

Hinsichtlich des Formwechsels selbst differenziert der BGH danach, ob die entsprechende Umwandlungsmöglichkeit im Zeitpunkt der Eintragung zulässig ist oder nicht. Zwar entfalte die Eintragung keine Rückwirkung, und auch die Änderung des Landwirtschaftsanpassungsgesetzes von 1991 habe weder rückwirkende Geltung noch heilende Wirkung in dem Sinne, daß ein vorher gefaßter Beschluß über die Umwandlung in eine erst durch die Neufassung eröffnete Organisationsform nachträglich wirksam geworden wäre.⁴⁷⁸ Doch auch der nichtige Umwandlungsakt könne durch Eintragung wirksam werden;⁴⁷⁹ denn für die Entstehung der Gesellschaft stelle das Gesetz auf die Eintragung ab.⁴⁸⁰ Der Eintritt der Umwandlungswirkungen setze dann aber voraus, daß ein Umwandlungsbeschluß überhaupt gefaßt wurde, die Identität des Unternehmens gewahrt bleibe und die neue Rechtsform im Zeitpunkt der Eintragung vom Gesetz vorgesehen sei.⁴⁸¹

So wurde im Fall, daß eine LPG die Umwandlung in eine Aktiengesellschaft beschloß und die Eintragung nach Inkrafttreten der LwAnpG-Novelle und damit Zulassung dieser Umwandlung

⁴⁷⁵ BGHZ 132, 353, 357; 137, 134, 139; zu den Zweifeln an der Einordnung dieser Beschlüsse als nichtig siehe vorn C. II. 3 a) cc).

⁴⁷⁶ BGHZ 132, 353, 358.

⁴⁷⁷ BGHZ 137, 134, 139.

⁴⁷⁸ BGHZ 137, 134, 139.

⁴⁷⁹ BGHZ 132, 353.

⁴⁸⁰ BGHZ 132, 353, 361; 137, 134, 139.

⁴⁸¹ Auch BGHZ 138, 371, 375 „Daß die Umwandlungswirkung von ... der Wahl einer zulässigen Rechtsform abhängt, entspricht zudem anerkannten Grundsätzen des Gesellschaftsrechts“.

erfolgte, der Eintritt der Umwandlungswirkungen bejaht.⁴⁸² In einem anderen Fall, in dem eine LPG die Rechtsform einer GmbH & Co. KG erlangen sollte und diese bereits vor Inkrafttreten der Novelle eingetragen wurde, wurden dagegen jegliche Umwandlungswirkungen wegen Verstoßes gegen den *numerus clausus* der Umwandlungsformen abgelehnt.⁴⁸³

Der BGH begründet diese Ansicht damit, daß § 34 Abs. 3 LwAnpG genau wie § 352a AktG a.F. verfassungskonform dahin ausgelegt werden müsse, daß einer nicht dem *numerus clausus* der Umwandlungsformen entsprechenden Umwandlung nicht die „Heilungswirkung“ der Registereintragung zukommen könne;⁴⁸⁴ dies wäre sonst ein vom LwAnpG nicht vorgesehener Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum, nämlich das Mitgliedschaftsrecht.⁴⁸⁵ Da § 34 Abs. 1 S. 1 LwAnpG bestimme, daß die LPG in der in dem Umwandlungsbeschluß bestimmten Rechtsform weiterbestehe, und sich aus § 23 LwAnpG ergebe, welche neuen Rechtsformen für den Formwechsel zu Verfügung stehen, sei gerade ein Umwandlungsbeschluß in eine dieser gesetzlich zugelassenen Unternehmensformen vorausgesetzt.⁴⁸⁶

c) Literatur

Von der Literatur wird die Beschränkung der §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG auf Umwandlungen, die den *numerus clausus* der Umwandlungswirkungen wahren, weitgehend anerkannt. Der dieser Umwandlung zugrunde liegende Beschluß sei nichtig⁴⁸⁷ und auch seine Eintragung könne nicht zum Eintritt der Rechtsfolgen führen.⁴⁸⁸

Nur vereinzelt wird vertreten, daß auch diese Umwandlungen mit ihrer Eintragung (zumindest vorläufig) bestandskräftig werden.⁴⁸⁹

⁴⁸² BGHZ 132, 353; kritisch *Lohlein*, EWiR 1996, 711, 712, der in der unzulässigen Umdeutung einer hier vorliegenden übertragenden Umwandlung in einen Formwechsel einen Verstoß gegen den *numerus clausus* der Umwandlungsformen sieht und deshalb § 34 LwAnpG nicht anwenden will.

⁴⁸³ BGHZ 137, 134, 139.

⁴⁸⁴ BGHZ 132, 353, 360.

⁴⁸⁵ *Wenzel*, AgrarR 1995, 1, 3; vgl. auch BGHZ 132, 353, 357: eigentumsrechtlicher Mitgliederschutz.

⁴⁸⁶ *Hagen*, FS Notariat, S. 261, 268.

⁴⁸⁷ *Götz/Schrezenmaier*, AgrarR Sonderheft 10/1993, 21, 23.

⁴⁸⁸ *Drygala*, WuB, II N. § 34 LwAnpG 1.96 (S. 1297, 1300) (zu BGHZ 132, 353); *Lohlein*, EWiR 1998, 135, 136 (zu BGHZ 137, 134); *ders.*, EWiR 1998, 659, 660 (zu BGHZ 138, 371); auch *Hillmann* in *Umwandlungsrecht*, S. 187, 192 im Anschluß an *Dehmer*, UmwG, § 202 Rn. 12: „[§ 202] Abs. 3 ist ... dann nicht anzuwenden, wenn die Voraussetzungen von § 191 Abs. 1 und 2 mißachtet werden. Wenn also ein ... nicht zugelassener Formwechsel beschlossen und auch eingetragen wird, hat diese Eintragung keine Wirkung, denn in diesem Fall handelt es sich nicht um einen „Mangel des Formwechsels“, weil begrifflich gar kein Formwechsel iSd. §§ 190 ff., 214 ff. gegeben ist“; auch *Meister/Klöcker* in *Kallmeyer*, UmwG, § 202 Rn. 58: „Eine Ausnahme [von § 202 Abs. 3] kommt für Fälle in Betracht, in denen der Formwechsel keine Grundlage im Gesetz hat, also z.B. bei ... Wahl einer nicht zulässigen Rechtsform für den Rechtsträger neuer Rechtsform“; *Decher* in *Lutter*, UmwG, § 202 Rn. 30; inzident auch *Vossius* in *Widmann/Mayer*, UmwG, § 202 Rn. 184, der annimmt, daß beim Formwechsel in eine nicht zugelassene Rechtsform zwar die neue Gesellschaft entstehe, sie jedoch nicht über das Vermögen der Ausgangsgesellschaft verfüge; für die Teilung, die ohne reale Aufteilung des Vermögens und der Verbindlichkeiten auf die einzelnen Nachfolgeunternehmen erfolgt *Neixler*, AgrarR 1993, 1, 5.

⁴⁸⁹ *Schweizer*, LwAnpG, Rn. 241 und 274 ff.: „vor Inkrafttreten der Novelle ist eine Umwandlung in eine GmbH nichtig; aber sowohl bei nichtigen, als auch bei scheinbaren Umwandlungsbeschlüssen entsteht die neue Rechts-

d) Exkurs: Umwandlungen nach THG und Spaltungen nach SpTrUG

Zur Klärung der Frage, ob die §§ 202 UmwG, 34 LwAnpG auf Umwandlungen, die gegen den numerus clausus der Umwandlungsformen verstoßen, angewandt werden können, soll zunächst ein Blick auf die Umwandlungen von volkseigenem Vermögen nach dem Treuhandgesetz (THG)⁴⁹⁰ und dem Gesetz über die Spaltung von Treuhandunternehmen (SpTrUG)⁴⁹¹ geworfen werden.

aa) Treuhandgesetz

(1) Allgemeines

Für die Umstrukturierung volkseigener Unternehmen war zunächst die Umwandlungsverordnung (UmwVO)⁴⁹² maßgeblich. Nachdem die Umwandlungen aber nur langsam vorangingen, wurden volkseigene Unternehmen, die sich bis zum 1. Juli 1990 noch nicht in Kapitalgesellschaften umgewandelt hatten, nach § 11 THG kraft Gesetzes in Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung „im Aufbau“ umgewandelt. § 11 Abs. 3 THG sah dabei einzelne Ausnahmen - beispielsweise für Wirtschaftseinheiten, für die ein Liquidationsvermerk eingetragen war oder für Außenhandelsbetriebe - vor. Für diese Umwandlungen bestand somit keine gesetzliche Grundlage.

Hier trat mehrfach der Fall auf, daß Umwandlungen von Wirtschaftseinheiten ins Register eingetragen wurden - wegen der Umwandlung kraft Gesetzes wirkte diese Eintragung allerdings nur deklaratorisch -, die nicht vom Treuhandgesetz erfaßt wurden oder gemäß § 11 Abs. 3 THG von der gesetzlichen Umwandlung ausgenommen waren. Ebenso wie bei der Umwandlung von LPGen in nicht vom LwAnpG zugelassene Zielrechtsformen lag auch hier ein Verstoß gegen den numerus clausus der Umwandlungsformen vor; mit dem Unterschied daß hier nicht die falsche Zielrechtsform gewählt wurde, sondern die Ausgangsrechtsträger nicht vom Gesetz erfaßt waren.

form, wenn auch gegebenenfalls mit Mängeln behaftet, sie ist allerdings auflösungsreif“; *K. Schmidt*, ZIP 1998, 181, 185 (ablehnend zu BGHZ 137, 134) Schutz der Gläubiger vor unverdienten Vermögensverschiebungen und der Mitglieder vor willkürlichen Beeinträchtigungen ihrer Vermögensinteressen sei zwar nötig, werde aber nicht durch numerus clausus, oder durch Einschränkung der §§ 37 Abs. 2 LwAnpG a.F., 34 Abs. 3 LwAnpG n.F., 20 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG gewährleistet, sondern durch den zwingenden Charakter der Umwandlungsvorschriften. Diese sollen verhindern, daß nicht zugelassene Umwandlungen eingetragen werden. Ist dies aber geschehen, so sprächen Rechtssicherheitserwägungen für und nicht gegen die eigens zu diesem Zweck vom Gesetzgeber angeordnete Konstitutivwirkung der Registereintragung; mit gewisser Sympathie *Hommelhoff/Schubel*, ZIP 1998, 537, 545: „in der Tat kann man zu der Auffassung gelangen, daß die Beteiligten [im Fall BGHZ 137, 134] in (noch) zulässiger Weise vom ... LwAnpG Gebrauch gemacht haben, es dürfte jedoch andere Fälle geben, in denen ein Verstoß nicht zu leugnen ist. ... Soll die Eintragung eines Registerrichters dennoch Gegenteiliges bewirkt haben?“.

⁴⁹⁰ V. 17. Juni 1990 GBl. DDR I S. 300 ff.

⁴⁹¹ V. 5. April 1991 BGBl. I S. 854 ff.

⁴⁹² Verordnung zur Umwandlung von volkseigenen Kombinat, Betrieben und Einrichtungen in Kapitalgesellschaften v. 1. 3. 1990, GBl. DDR I S. 107.

(2) Rechtsprechung und Kritik

Die Rechtsprechung zu diesen Umwandlungsfällen ist keineswegs einheitlich. So wurden Unternehmen, die zu Parteivermögen gehörten von der Umwandlung ausgenommen, da es sich bei ihnen nicht um volkseigenes Vermögen handelte.⁴⁹³ Allein volkseigenes Vermögen sollte durch das THG privatisiert werden, was sich bereits aus dem offiziellen Namen des THG - „Gesetz zur Privatisierung und Reorganisation des volkseigenen Vermögens“ - ergab. Entsprechend wurde auch die Umwandlungsmöglichkeit eines Staatsunternehmens - im konkreten Fall ein Datenverarbeitungsbetrieb, der dem Statistischen Amt der DDR unterstellt war - abgelehnt.⁴⁹⁴

In einer anderen Entscheidung⁴⁹⁵ wurde die Umwandlung eines Außenhandelsbetriebes für wirksam gehalten, obwohl dieser nicht zu den umwandlungsfähigen Rechtsträgern nach dem THG gehörte. Zur Begründung wurde vorgetragen, daß die Eintragung des Unternehmens in der Zielrechtsform gemäß § 15 THG die GmbH auch dann entstehen ließe, wenn sie nicht ordnungsgemäß errichtet sei; dies ergäbe sich aus der Parallele zu § 10 Abs. 1 GmbHG. Deshalb sei die GmbH zugleich Rechtsnachfolgerin des Außenhandelsbetriebes geworden.

Der hiergegen von *Neye* erhobenen Kritik⁴⁹⁶ ist uneingeschränkt zuzustimmen. § 15 THG, der lediglich die deklaratorisch wirkende Eintragung von GmbH i.A. betrifft, kann nicht die Wirkungen entfalten, die der konstitutiven Eintragung der Neugründung einer Kapitalgesellschaft zukommen.

§ 11 THG wurde aber mehrfach auch auf ausdrücklich nicht vom THG erfaßte Tatbestände analog angewandt, beispielsweise auf die Umwandlung volkseigener Güter. Diese seien nur deswegen vom Anwendungsbereich des THG ausgenommen worden (§ 11 Abs. 3 letzter Spiegelstrich THG), weil sie bereits vom Übertragungsgesetz⁴⁹⁷ erfaßt wurden. Mit dessen Außerkrafttreten sei der Grund für die Ausnahmeregelung entfallen, so daß auch volkseigene Güter der Umwandlung des THG unterfallen sollten.⁴⁹⁸ Diese Rechtsprechung war allerdings nicht unumstritten.⁴⁹⁹

⁴⁹³ KG, ZIP 1993, 872; ebenso Vorinstanz LG Berlin, ZIP 1992, 141 (mit kritischer Anmerkung *Neye*, EWiR 1992, 81).

⁴⁹⁴ AG Charlottenburg, ZIP 1992, 520; zustimmend *Neye*, EWiR 1992, 387; ablehnend *Stute*, VIZ 1994, 381, 382 ff.

⁴⁹⁵ KG, VIZ 1993, 113.

⁴⁹⁶ EWiR 1993, 397.

⁴⁹⁷ V. 22.7.1990 GBl. DDR I S. 897.

⁴⁹⁸ BGH, DB 1995, 1328; zustimmend *Littbarski*, EWiR 1995, 809, 810; ebenso vorangegangenes Versäumnisurteil BGH, ZIP 1994, 1316 und BezG Dresden, ZIP 1992, 141; inzident zustimmend VG Berlin, VIZ 1995, 672, 674; ablehnend *Neye*, EWiR 1992, 181.

⁴⁹⁹ Die Umwandlung eines volkseigenen Gutes ablehnend LG Magdeburg, Entscheidung v. 9.6.1993 - 8 O 1259/92 (unveröffentlicht/juris).

Ähnlich verhielt es sich mit Unternehmen, die nicht unmittelbar vom THG erfaßt wurden - im konkreten Fall ein kreisunterstelltes Bauunternehmen. Diese seien mit dem Zeitpunkt der Wiedervereinigung (also nicht bereits am 1.7.1990, wie § 11 THG bestimmt) als Kapitalgesellschaften im Aufbau zu behandeln.⁵⁰⁰ Die Abweichung vom Wortlaut des THG wurde damit begründet, daß der Gesetzgeber diese volkseigenen Betriebe nur deshalb von der Anwendung des Treuhandgesetzes ausgenommen hatte, weil er auf ihre Überführung in das Vermögen der Gebietskörperschaften nach dem Kommunalvermögensgesetz vertraute und damit die Umwandlung und Unterstellung unter die Treuhandanstalt nicht für notwendig erachtete. Mit dem Wegfall dieser Voraussetzungen (im Zeitpunkt der Wiedervereinigung) sind diese Hindernisse, die einer Analogie entgegenstehen entfallen.⁵⁰¹

Genau entgegengesetzt urteilte aber das VG Berlin, als es in ausdrücklicher Abweichung zum OLG Dresden⁵⁰² die analoge Anwendung des § 11 Abs. 2 THG auf den Ländern unterstellte VEB wegen der Ausnahme in § 11 Abs. 3, 3. Spiegelstrich THG ablehnte.⁵⁰³ Dem schloß sich der BGH an, als er für ein kreisgeleitetes Unternehmen eine überholende Umwandlung nach § 11 Abs. 3, 3. Spiegelstrich THG verneinte und deshalb allein die frühere Umwandlungsverordnung für maßgeblich ansah.⁵⁰⁴

Auch Unternehmen, die bereits früher als Kapitalgesellschaften bestanden hatten, wurden als entsprechend dem THG umgewandelt angesehen.⁵⁰⁵ Dies wurde im Wesentlichen damit begründet, daß der Privatisierungsauftrag der Treuhandanstalt sich auf alle Formen, in denen die frühere DDR ihre Wirtschaftsbetriebe organisiert hatte, erstreckte und somit sowohl für die noch als sozialistische Wirtschaftseinheiten bestehenden, die zwischen dem 8.3. und 30.6.1990 nach der UmwVO zu Kapitalgesellschaften gewordenen sowie die bereits früher als Kapitalgesellschaften wirtschaftenden Staatsbetriebe galt. Sie alle sollten unter das Treuhandgesetz fallen.⁵⁰⁶

Abgesehen davon, daß von einer einheitlichen Lösung nicht die Rede sein kann, wird auf die Besonderheit, daß für diese Umwandlungen keine Rechtsgrundlage bestand, kaum eingegangen.

⁵⁰⁰ OLG Dresden, OLG-NL 1994, 97.

⁵⁰¹ OLG Dresden, OLG-NL 1994, 97, 101.

⁵⁰² OLG Dresden, OLG-NL 1994, 97.

⁵⁰³ VG Berlin, VIZ 1995, 672; ebenso OLG Rostock, OLG-NL 1997, 247, 249 für einen volkseigenen Betrieb der Wohnungswirtschaft, der der Kommune unterstellt und deshalb nach § 11 Abs. 3 THG von der Umwandlung nach dem THG ausgenommen war.

⁵⁰⁴ BGH, ZIP 1999, 489, 490.

⁵⁰⁵ BezG Erfurt, VIZ 1993, 28 (ablehnend *Neye*, ZIP 1993, 878, der darauf hinweist, daß für die Abwicklung von Außenhandelsbetrieben, die häufig bereits in der DDR als Kapitalgesellschaften organisiert waren, Spezialnormen bestanden, weshalb sie von dem Anwendungsbereich des THG gerade ausgenommen sein sollten); diese Rspr. fortführend BezG Erfurt, ZIP 1993, 876.

⁵⁰⁶ BezG Erfurt, ZIP 1993, 876, 877.

Im Falle der gesetzlichen Umwandlung kam eine Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf die Umwandlung nicht in Betracht.⁵⁰⁷ In den Entscheidungen, in denen eine analoge Anwendung des THG abgelehnt wurde, konnte man damit nur zu dem Ergebnis kommen, daß die Umwandlung gescheitert war.⁵⁰⁸ Erst nach dem durchzuführenden Nachgründungsverfahren und der Löschung des Zusatzes „im Aufbau“ (§ 21 Abs. 3 THG), erlangte die Gesellschaft den selben Status, wie eine rechtsgeschäftlich gegründete Gesellschaft und die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft wäre grundsätzlich möglich.⁵⁰⁹

(3) Literatur und Kritik

Aber auch Äußerungen aus der Literatur lassen sich zur Lösung des obigen Problems kaum heranziehen. So geht zwar *Stute*⁵¹⁰ ausführlich auf die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft ein, stellt die Umwandlung aufgrund nichtigen Umwandlungsbeschlusses aber der fehlerhaften gesetzlichen Umwandlung unter Verstoß gegen § 11 Abs. 3 THG gleich,⁵¹¹ mit der Begründung, daß im Falle des nichtigen Umwandlungsbeschlusses die gleiche Rechtslage gegeben sei, wie bei einer Umwandlung unter Verstoß gegen § 11 Abs. 3 THG. Dabei übersieht er, daß die rechtsgeschäftliche Umwandlung nicht allein auf einem Umwandlungsbeschluß beruht, sondern daneben einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft helfen nur über Mängel des Beschlusses hinweg, ersetzen aber nicht die rechtliche Grundlage. Mangelhafter Umwandlungsbeschluß und fehlende gesetzliche Grundlage können damit nicht gleich gesetzt werden. Damit übergeht *Stute* die eigentliche Problematik, daß durch die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft Rechtsträger umgewandelt würden, die der Gesetzgeber vom THG ausdrücklich ausgenommen hat.

Auch die Ansicht von *Gutbrot*⁵¹² kann für die Lösung des Problems nicht herangezogen werden. Dieser sieht mit der Löschung des Zusatzes „im Aufbau“ selbst den Verstoß gegen § 11 Abs. 3

⁵⁰⁷ So zutreffend die Entscheidung des AG Charlottenburg, ZIP 1992, 520, 521 in der die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf gesetzliche Umwandlungen abgelehnt wird; ebenso für volkseigene Wirtschaftseinheiten, Außenhandelsbetriebe und volkseigene Güter, die entgegen § 11 Abs. 3 THG als Kapitalgesellschaften i.A. im Handelsregister eingetragen wurden und als bloße Scheingesellschaften der Amtslöschung nach § 142 FGG unterliegen: *Busche* in RVI, B 200 TreuhG § 11 Rn. 18 ff. und § 15 Rn. 3 m.w.N., wo auch ausdrücklich die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf durch gesetzliche Umwandlung entstandene Gesellschaften abgelehnt wird; auch *Horn*, Wirtschaftsrecht, § 16 Rn. 14 (S. 723 f.): „... daß die betreffende Gesellschaft trotz Eintragung nicht entstanden ist“.

⁵⁰⁸ So jetzt auch der BGH, NZG 1999, 957, 959 f.: „Eine Berufung auf die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft ... kommt hier nicht in Betracht ... [denn dies] setzt regelmäßig das Vorliegen eines - wenn auch mangelbehafteten - Gesellschaftsvertrages voraus“.

⁵⁰⁹ Im Fall des AG Charlottenburg, ZIP 1992, 520 war das „Nachgründungsverfahren“ noch nicht durchgeführt und die Entscheidung des KG, VIZ 1993, 113, in der allein aufgrund der Eintragung der GmbH i.A. nach § 15 THG die Umwandlung für wirksam gehalten wurde, überzeugt nicht; so auch *Neye*, EWIR 1993, 397; zustimmend aber *Stute*, VIZ 1994, 381 ff.

⁵¹⁰ VIZ 1994, 381 ff.

⁵¹¹ VIZ 1994, 381, 384.

⁵¹² GmbHR 1993, 622, 629.

THG als geheilt an. Zwar ist ihm dahingehend zuzustimmen, daß die Gesellschaft mit der Löschung von „i.A.“ wie eine rechtsgeschäftlich gegründete zu behandeln ist; daß damit die Umwandlung selbst wirksam wird, wurde hier aber zu schnell bejaht. Das Problem, ob die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auch auf eine Umwandlung ohne gesetzliche Grundlage angewandt werden können, wurde geradezu übersehen.

bb) § 12 Spaltungsgesetz

(1) Allgemein

Zur Umstrukturierung volkseigener Unternehmen wurde durch das sogenannte Spaltungsgesetz - „Gesetz über die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen (SpTrUG)“ vom 5.4.1991⁵¹³ auch die Spaltung zugelassen. Erfaßt waren die Unternehmen, die zuvor durch Umwandlung nach dem THG entstanden und deren Gesellschaftsanteile der Treuhandanstalt als einziger Gesellschafterin nach § 12 Abs. 1 THG zugefallen waren. Gemäß § 7 SpTrUG war für die Spaltung - anders als bei der gesetzlichen Umwandlung nach dem THG - ein notariell zu beurkundender Umwandlungsbeschluß der Gesellschafter erforderlich.

Doch bereits vor Inkrafttreten des SpTrUG sind unter Geltung der UmwVO und dem THG verbreitet Umwandlungen beschlossen worden, bei denen volkseigene Betriebe durch den Umwandlungsakt in mehrere Kapitalgesellschaften aufgespalten und auch mehrere neue Kapitalgesellschaften zur Eintragung angemeldet wurden.⁵¹⁴ Nach der UmwVO und dem THG waren Spaltungen von Unternehmen aber nicht zugelassen. Einer trotzdem erfolgten Spaltung fehlte eine gesetzliche Grundlage; sie verstieß gegen den numerus clausus der Umwandlungsformen.

(2) Meinungsstand

Spaltungen von Unternehmen waren nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen erfolgreich. Fehlte eine gesetzliche Grundlage, so erfolgte kein Vermögensübergang von der Ausgangs- auf die Zielgesellschaften.⁵¹⁵ Um das Auseinanderfallen von Zielgesellschaft und Vermögen zu vermeiden, wurde § 12 SpTrUG eingeführt, der ausdrücklich die Heilung des fehlenden Vermögensübergangs von der Ausgangs- auf die Spaltgesellschaften anordnet⁵¹⁶ und dadurch ähnliche

⁵¹³ BGBl. I S. 854 ff.

⁵¹⁴ Kübler, FS Merz, S. 334, 336.

⁵¹⁵ Ausführlich Kübler, FS Merz, S. 334, 340 ff.

⁵¹⁶ Kübler, FS Merz, S. 333, 348; Vossel, DStR 1991, 519, 520; Strobel, BB 1991, 636, 638; Mayer, DB 1991, 1609, 1614 f.; Weimar, DtZ 1991, 182, 184; zum selben Ergebnis kamen bereits vor Inkrafttreten des SpTrUG am 5.4.1991 LG Berlin, ZIP 1991, 407 und ZIP 1991, 251 allerdings mit der unzutreffenden Begründung, daß die aus der Teilung hervorgegangenen Gesellschaften kraft der normativen Kraft des Faktischen Wirksamkeit erlangt hätten und einzutragen wären, womit gleichzeitig deren Rechtsnachfolge begründet wird (LG Berlin, ZIP 1991,

Rechtsfolgen bewirkt, als ob für die Spaltung eine Rechtsgrundlage bestanden hätte. Es handelt sich aber nicht um eine völlige Gleichstellung der nach § 12 SpTrUG „geheilten“ Spaltungen mit rechtmäßigen Spaltungen. § 12 SpTrUG bewirkte nämlich keine partielle Universalsukzession, sondern die „Heilung“ erfaßt nur das Vermögen; Verbindlichkeiten blieben bei der Ausgangsgesellschaft.⁵¹⁷ Daraus folgt auch, daß diejenigen, die eine Heilung fehlgeschlagener Spaltungen durch § 12 SpTrUG bejahen, trotz des fehlenden Vermögensübergangs vom Bestehen der Zielgesellschaft ausgehen.⁵¹⁸ Denn § 12 SpTrUG ersetzt nur den Vermögensübergang, nicht aber die Neugründung der Zielgesellschaft.

(3) Übertragbarkeit auf die Umwandlungen nach dem LwAnpG

Auch der Meinungsstand zum SpTrUG trägt nur bedingt zur Beantwortung der Frage bei, ob die §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG auch auf gegen den numerus clausus der Umwandlungsformen verstoßende Umwandlungen angewandt werden können. Zwar ist die Spaltung (anders als die Umwandlung nach dem THG) eine rechtsgeschäftliche Umwandlung. Nach allgemeiner Ansicht handelt es sich aber um eine übertragende Umwandlung, die sich aus Neugründung plus Vermögensübertragung zusammensetzt. Unterstellt man, daß jeder Spaltungsbeschluß auch den Willen zur Neugründung der Zielgesellschaften beinhaltet, kommt man mit der herrschenden Meinung zu dem Ergebnis, daß auch im Falle der Spaltung ohne Rechtsgrundlage die Zielgesellschaften spätestens mit ihrer Eintragung entstehen. Dann genüge die nachträgliche Konstruktion eines Vermögensübergangs, um der Spaltung zumindest im Wesentlichen zur Wirksamkeit zu verhelfen. Die Frage nach der Anwendbarkeit der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft würde sich nicht stellen. Ohne § 12 SpTrUG wäre eine Spaltung ohne gesetzliche Grundlage aber fehlgeschlagen.⁵¹⁹

cc) Ergebnis

Der Meinungsstand zu rechtsgrundlosen Umwandlungen nach dem THG oder Spaltungen vor dem Inkrafttreten des SpTrUG ist für die Behandlung von rechtsgrundlosen formwechselnden Umwandlungen unergiebig. Bei den Umwandlungen nach dem THG fehlt es an einer rechtsgeschäftlichen Umwandlung, weshalb die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nicht anwendbar sind; bei den fehlerhaften Spaltungen werden zumindest die Zielgesellschaften mit ihrer Eintragung als wirksam angesehen; durch die nachträgliche Konstruktion eines Vermögensüber-

407, 409); im anderen Fall wird diffus mit „keinen unüberwindlichen Schwierigkeiten“ argumentiert (LG Berlin, ZIP 1991, 251, 253); ablehnend auch *Horn*, Wirtschaftsrecht, § 16 Rn. 16 (S. 724).

⁵¹⁷ *Haritz* in RVI, B 230 SpTrUG § 12 Rn. 6, 13; *Gutbrod*, GmbHR 1993, 622, 630; *Horn*, Wirtschaftsrecht, § 16 Rn. 15 (S. 724); *Kübler*, FS Merz, S. 333, 348; ausführlich aber *a.A. Heiss*, Spaltungen, S. 201 ff.

⁵¹⁸ *Kübler*, FS Merz, S. 334, 344; *a.A. Heiss*, Spaltung, S. 203 f., nach der die durch die fehlgeschlagene Spaltung entstandenen Gesellschaften lediglich Scheingesellschaften seien.

⁵¹⁹ *Kübler*, FS Merz, S. 334, 341 m.w.N.

gangs nach § 12 SpTrUG wurde die Frage nach einer Wirksamkeit der Spaltung nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft obsolet. Lediglich daraus, daß vor Schaffung des § 12 SpTrUG ein Vermögensübergang allgemein abgelehnt wurde, die Wirkungen der Spaltung also nicht eingetreten sind, könnte man auch für formwechselnde Umwandlungen folgern, daß diese ohne rechtliche Grundlage gescheitert sind. Ob die Umwandlungswirkungen durch die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nicht vielleicht doch eintreten können, ist damit aber noch nicht festgestellt.

e) Stellungnahme

aa) Allgemein

Dem BGH ist an dieser Stelle nur insoweit zuzustimmen, als der Umwandlungsbeschluß, der gegen den numerus clausus der Umwandlungsformen verstößt, keine Rechtsfolgen auslöst. Ob er - wie der BGH annimmt - wegen Verstoßes gegen § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 UmwG oder § 27 LwAnpG a.F. bzw. § 23 Abs. 1 LwAnpG n.F. nichtig⁵²⁰ ist oder es sich sogar um einen sogenannten Schein- oder Nichtbeschluß handelt,⁵²¹ kann jedoch erst geklärt werden, wenn auch die daraus resultierenden Folgen näher untersucht wurden, insbesondere die Frage, ob die § 202 Abs. 3 UmwG, § 34 Abs. 3 LwAnpG Anwendung finden. Erst dort wird die Unterscheidung in nichtige und „Nicht-“ Beschlüsse relevant.

Über den Eintritt der Rechtsfolgen des Formwechsels sagt die Nichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses nichts aus. Denn für die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft kommt es grundsätzlich nur auf einen vollzogenen Willensakt der Gesellschafter an. Der Wille, der Gesellschaft eine neue Rechtsform zu geben, ist bei den Gesellschaftern auch bei der Wahl einer vom Gesetz nicht vorgesehenen Rechtsform vorhanden. Zu klären ist, ob dieser Wille darüber hinaus auf eine vom Gesetz zugelassene Zielrechtsform gerichtet sein muß.

bb) Maßgeblicher Zeitpunkt

Zunächst ist festzuhalten, daß es für den der Umwandlung zugrunde liegenden Willensakt nicht allein auf den Beschlußzeitpunkt ankommt, vielmehr muß überhaupt der Umwandlungswille deutlich werden, wobei immer nur eine Betrachtung bei Vollzug, also Eintragung des Formwechsels, erfolgen kann. Vorher stellt sich die Frage der Anwendbarkeit der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft noch nicht. Es genügt somit jeder Willensakt bis zur Eintragung der neu-

⁵²⁰ Siehe oben C. II. 3 a) aa).

⁵²¹ Siehe dazu bereits vorn C. II. 3a) cc).

en Rechtsform. Daraus resultiert, daß es für die Frage nach dem Eintritt der Rechtsfolgen der Umwandlung allein auf den Eintragungszeitpunkt ankommt.⁵²²

cc) Zielrechtsform im Eintragungszeitpunkt zulässig

Keine Probleme bereiten die Umwandlungsfälle, in denen die Zielrechtsform im Zeitpunkt der Eintragung zulässig ist; denn diese Umwandlungsbeschlüsse bilden unabhängig vom hier zu klärenden Problem einen, für die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft ausreichenden, da auf eine zulässige Rechtsform bezogenen, Willensakt.

dd) Zielrechtsform im Eintragungszeitpunkt unzulässig

Problematisch sind allein die Fälle, in denen auch im Eintragungszeitpunkt noch ein Verstoß gegen den numerus clausus der Umwandlungsformen vorliegt.

Sieht man mit dem BGH die Zulässigkeit der gewählten Umwandlungsart als zusätzliche Voraussetzung für die Anwendung der §§ 34 Abs. 3 LwAnpG; 202 Abs. 3 UmwG an, so treten die Rechtsfolgen des Formwechsels nicht ein. Etwaige Vollzugshandlungen aufgrund erfolgter Eintragung wären mit Wirkung ex tunc rückabzuwickeln. Hält man dagegen die Zulässigkeit der Zielrechtsform für die Anwendung von §§ 202 Abs. 3 UmwG, § 34 Abs. 3 LwAnpG entbehrlich, käme man bei jeder Umwandlungseintragung aufgrund Beschlusses zur (zumindest vorläufigen) Wirksamkeit des eingetragenen Formwechsels. Auch Formwechsel, die gesetzlich gar nicht vorgesehen (und dadurch zwangsläufig auch nicht konkret geregelt) sind, würden so mit ihrer Eintragung Bestandskraft erlangen. Anders als bei der Lösung des BGH käme es nicht darauf an, ob die Zielrechtsform im Zeitpunkt der Eintragung zugelassen ist.

Vom BGH wird die Beschränkung des Anwendungsbereiches des § 34 Abs. 3 LwAnpG auf Umwandlungen, die den sogenannten numerus clausus der Umwandlungsformen wahren, damit begründet;

„daß die Umwandlung Grundrechte der Mitglieder, insbesondere das Grundrecht auf Eigentum berührt ... , das nicht durch die auf einer vom Gesetz nicht vorgesehenen Umwandlung beruhenden Eintragung eines neuen Unternehmens verletzt werden darf. Die in Frage stehenden Bestimmungen sind daher wie § 352a AktG im Wege der teleologischen Reduktion verfassungskonform dahin auszulegen, daß sie nur

⁵²² Zum selben Ergebnis kommt der BGH - auch wenn er die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nicht heranzieht -, dadurch, daß auch er (von seinem Standpunkt nicht nachvollziehbar) zwischen Umwandlungsbeschluß und Umwandlung selbst differenziert und es für letztere ausreichen läßt, daß im Eintragungszeitpunkt die gewünschte Zielrechtsform vom Gesetz zugelassen ist (BGHZ 132, 353, 361); zustimmend auch *Wenzel*, AgrarR 1998, 139, 142, der dies als unbefriedigend, aber vom Gesetzgeber so angeordnet, ansieht.

Umwandlungsvorgänge erfassen, die ihre Grundlage in dem Gesetz haben ... Voraussetzung ist also, daß ein Umwandlungsbeschluß überhaupt gefaßt wurde ... und daß er die ... Umwandlung ... in eine dafür vorgesehene Rechtsform zum Gegenstand hat.⁵²³

Diese Argumentation kann aber für die Beschränkung von § 34 Abs. 3 LwAnpG und damit auch des § 202 Abs. 3 UmwG kaum ausreichen. Die teleologische Reduktion des § 352a AktG a.F., wie sie insbesondere *Döss* vorgenommen hat, basierte in erster Linie darauf, daß im Rahmen der Verschmelzung der Fall vorkommen kann, daß die zu diesem Anlaß durchgeführte Kapitalerhöhung nichtig ist und damit für die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft keine Mitgliedschaftsrechte am übernehmenden Rechtsträger zur Verfügung stünden, während wegen des Erlöschens der übertragenden Gesellschaft nach § 352a AktG a.F. - die nach herrschender Ansicht endgültig sein sollte - auch diese Mitgliedschaft endete. Ergebnis wäre, daß die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft alle Gesellschafterrechte ohne Ausgleich verlieren würden. Aus diesem Grund wurde die teleologische Reduktion von § 352a AktG vorgenommen und mit dem Schutz der Mitgliedschaftsrechte von Gesellschaftern begründet.⁵²⁴

Für die Beschränkung des § 202 UmwG auf identitätswahrende Umwandlungen mag diese Begründung taugen,⁵²⁵ für eine Beschränkung auf Umwandlungen, die den *numerus clausus* der Umwandlungsformen wahren, kann sie dagegen nicht überzeugen. Die Mitgliedsrechte der Gesellschafter werden nämlich durch einen gegen den *numerus clausus* der Umwandlungsformen verstoßenden Formwechsel nicht beeinträchtigt.⁵²⁶ Zwar kann es vorkommen, daß die Mitgliedschaftsrechte dann anders ausgestaltet sind, als sich der Gesetzgeber das bei der Beschränkung der Umwandlungsmöglichkeiten vorgestellt hat, eine Verletzung des Mitgliedschaftsrechts ist darin aber nicht zu sehen, da die Gesellschafter der entsprechenden Änderung ihrer Mitgliedschaft mit dem Umwandlungsbeschluß zugestimmt haben.

Gegen die Beschränkungen des Anwendungsbereiches von § 202 UmwG spricht auch, daß diese Vorschrift, als Ausprägung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nicht zum endgültigen Bestand der fehlerhaften Umwandlung führen braucht. Dagegen kann man zwar einwenden, daß ein Formwechsel, dessen einziger Mangel eine unzulässige Zielrechtsform ist, auch dauerhaft Bestand haben wird. Ist die Zielgesellschaft nämlich eingetragen und im übrigen mangelfrei,

⁵²³ BGHZ 132, 353, 360; zustimmend *Hagen*, FS Notariat, S. 261, 267 und *Wenzel*, AgrarR 1995, 1, 3.

⁵²⁴ Ausführlich *Döss*, Verschmelzung, S. 163 ff.

⁵²⁵ Obwohl diese hier abgelehnt wird, siehe vorn D. II. 3. c) bb).

⁵²⁶ So auch *K. Schmidt*, ZIP 1998, 181, 188.

besteht kein vernünftiger Grund mehr, die Zielgesellschaft nur wegen des „Gründungsmangels“ rückumzuwandeln. Im Ergebnis würde die Anwendung des § 202 UmwG damit doch endgültige Verhältnisse schaffen. Diese Folge resultiert aber in erster Linie daraus, daß die Zielgesellschaft im übrigen mangelfrei wäre, nicht hingegen aus der Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft.

Für die Anwendung des § 202 UmwG und damit für den Bestand einer Gesellschaft in „falscher“ Zielrechtsform spricht weiterhin, daß auch eine entsprechende Gesellschaftsneugründung zulässig wäre. Ob die Gesellschaft im Wege der Neugründung oder als Zielgesellschaft eines Formwechsels ins Rechtsleben tritt, dürfte für den Bestand der Gesellschaft keine Rolle spielen, zumal auch im Umwandlungsrecht die Anwendung der Gründungsvorschriften angeordnet ist (§ 29 LwAnpG; § 197 UmwG). Gläubigerrechte würden deshalb durch den Bestand der gegen den numerus clausus der Umwandlungsformen verstoßenden Formwechsel nicht verletzt.

Dazu kommt, daß die Entstehung der Zielgesellschaft auch im Falle der Unanwendbarkeit von § 202 UmwG einhellig anerkannt wird.⁵²⁷ Dann würde der Gläubigerschutz es geradezu erfordern, daß die gesamte Umwandlung und damit auch der „Vermögensübergang“ wirksam ist, also die wirtschaftliche Identität von Ausgangs- und Zielrechtsträger gewahrt bleibt.

Im Ergebnis ist dem BGH jedoch trotz obiger Bedenken zu folgen. Die Unanwendbarkeit des § 202 UmwG auf gegen den numerus clausus verstoßende Umwandlungen resultiert zwar nicht aus Gläubiger- oder Gesellschafterschutzaspekten, ist aber gerechtfertigt, da auch die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft keine Rechtsfolgen herbeiführen können, die das Gesetz nicht zuläßt.

Die Entscheidung des Gesetzgebers der Erstfassung des LwAnpG, den Formwechsel allein in die eingetragene Genossenschaft zuzulassen, mag zwar rechtspolitisch angreifbar sein, ist aber zu respektieren. Ausdrücklich wurden dort die Umwandlungsmöglichkeiten beschränkt. Umwandlungen, die diesem numerus clausus der Umwandlungsformen auch im Eintragungszeitpunkt nicht entsprachen, konnten daher auch durch die Eintragung nicht wirksam werden. Die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft kann zwar über die vollständige Einhaltung der Umwandlungsvoraussetzungen hinweghelfen, nicht aber die gesetzlichen Umwandlungsmöglichkeiten erweitern. Oder anders: Bei der Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft wird die vollständige Einhaltung der Tatbestandsvoraussetzungen durch deren Vollzug ersetzt, es treten aber Rechtsfolgen ein, die das Gesetz zuläßt. Anders wäre es im vorlie-

genden Fall des nicht den *numerus clausus* der Umwandlungsformen währenden Formwechsels: Der Umwandlungsbeschluß „an sich“ könnte hier sogar fehlerfrei sein; und sein Mangel sich darin erschöpfen, daß die gewollte Rechtsfolge nicht eintreten kann. So wie beispielsweise das Eigentum an Grundstück und darauf befindlichem Gebäude nicht getrennt werden oder eine Erbeinsetzung nicht auf einzelne Vermögensgegenstände beschränkt werden kann, war die Umwandlung in andere Gesellschaftsformen als die eingetragene Genossenschaft nach der Erstfassung des LwAnpG rechtlich nicht möglich. Der Umwandlungsbeschluß war damit auf eine rechtliche Unmöglichkeit gerichtet und ging deshalb geradezu ins Leere.⁵²⁸

Für die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auch im vorliegenden Fall spricht lediglich noch die Schwierigkeit, zwischen „mangelhafter Umwandlung“ und „Verstoß gegen den *numerus clausus* der Umwandlungsformen“ zu unterscheiden.⁵²⁹

Besonders deutlich wurde dies in dem Sachverhalt, den der BGH am 7.11.1997 entschied.⁵³⁰ Ein Verstoß gegen den *numerus clausus* war nämlich keineswegs offensichtlich. Die Entscheidung betraf den Fall, daß eine LPG Tierproduktion und eine LPG Pflanzenproduktion zunächst ihren Zusammenschluß und daran anschließend die Teilung in eine GmbH & Co. KG und die Verwaltungs-GmbH beschlossen. Die Teilung von LPGen war nach der hier anwendbaren Erstfassung des LwAnpG nicht auf die eingetragene Genossenschaft als Zielrechtsform beschränkt. Nach § 4 Abs. 1 LwAnpG a.F. waren als Zielgesellschaftsformen Genossenschaften, Personen- und auch Kapitalgesellschaften zugelassen. Die wirksame Teilung scheiterte aber daran, daß nach Ansicht des BGH keine Teilung, sondern ein verdeckter Formwechsel vorlag. Eine Teilung war gemäß § 4 Abs. 2 LwAnpG a.F. nämlich unzulässig, wenn auf ein neues Unternehmen im wesentlichen nur ein einzelner Gegenstand oder eine einzelne Verbindlichkeit übergehen sollte. Damit sollte verhindert werden, daß die LPG im wesentlichen unverändert in der Form einer Personen- oder Kapitalgesellschaft, anstelle der für die Umwandlung ausschließlich vorgesehenen Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft fortbesteht. Dieses Ziel wurde vorliegend aber verfolgt und damit eine Umgehung von § 27 Abs. 1 LwAnpG a.F. angenommen. Es lag eine verdeckte Umwandlung und damit ein Verstoß gegen den *numerus clausus* der Umwandlungsfor-

⁵²⁷ Wenzel, AgrarR 1998, 139, 142 mit Bezug auf BGHZ 137, 134; K. Schmidt, ZIP 1998, 181, 185; inzident auch Schubel, ZIP 1998, 1386; Kort, Bestandsschutz, S. 296.

⁵²⁸ So zutreffend für fehlerhafte Spaltungen nach der UmwVO und dem THG vor Schaffung einer rechtlichen Grundlage im SpTrUG: Heiss, Spaltung, S. 202, die die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf eingetragene fehlerhafte Spaltungen ablehnt: „In den Fällen des § 352a AktG und den gleichlautenden Vorschriften ... [des Umwandlungsgesetzes] ... werden Organisationsakte für wirksam erklärt, die gesetzlich vorgesehen sind, jedoch fehlerhaft durchgeführt wurden. Die spaltende Umwandlung ist hingegen gesetzlich nicht vorgesehen“.

⁵²⁹ Siehe auch K. Schmidt, ZIP 1998, 181, 188.

⁵³⁰ BGHZ 137, 134 ff.

men vor, so daß der dem § 34 Abs. 3 LwAnpG entsprechende § 37 Abs. 2 LwAnpG a.F. keine Anwendung finden konnte.

Bei der Analyse dieses Urteils drängt sich auf, daß die gewünschte Umstrukturierungsmaßnahme wohl auch als (bloß) fehlerhafte Teilung angesehen werden und folglich die „Heilungsnorm“ des § 37 Abs. 2 LwAnpG a.F. analog Anwendung finden könnte, da die GmbH & Co. KG als Personengesellschaft zulässiger Zielrechtsträger gewesen wäre. Die Deutung als fehlerhafter Formwechsel dürfte dann aber nicht zu einem abweichenden Ergebnis führen.

Diese Sichtweise würde jedoch übersehen, daß vor der Rechtsanwendung die Auslegung des Umstrukturierungsbeschlusses zu erfolgen hat. Legt man den Umwandlungsbeschuß aus, gelangt man aber zum selben Ergebnis wie der BGH, der einen Verstoß gegen den numerus clausus der Umwandlungsformen annahm, denn auch die Begriffsmerkmale der jeweiligen Umwandlungsart gehören zum numerus clausus der Umwandlungsformen.⁵³¹

Auch das Gegenargument *Karsten Schmidts*, daß der umwandlungsrechtliche numerus clausus dem Registergericht zwar die beantragte Eintragung verbieten, nicht jedoch den Eintritt der Umwandlungswirkungen verhindern könne, weil § 202 Abs. 3 UmwG aus Gründen der Rechtssicherheit beim Wort genommen werden müsse,⁵³² überzeugt nicht. Er selbst vertritt für den nicht-identitätswahrenden Formwechsel die Auffassung, daß die Anwendung von § 202 Abs. 3 UmwG nur die vom Umwandlungsgesetz vorgesehenen Wirkungen herbeiführen könne.⁵³³ Ist der Umwandlungsbeschuß aber nicht auf die Herbeiführung dieser Wirkungen, sondern auf die Umwandlung in eine nicht vom Gesetz vorgesehene Rechtsform gerichtet, kann auch die Eintragung diese Wirkungen nicht - auch nicht vorläufig - auslösen. Der Formwechsel ist gescheitert.

ee) Ergebnis

Auch wenn die Begründung des BGH für den eingeschränkten Anwendungsbereich des § 34 LwAnpG bzw. § 202 UmwG nicht überzeugt, ist ihm im Ergebnis zuzustimmen. Die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft und damit der §§ 34 LwAnpG, 202 UmwG setzt voraus, daß der Umwandlungsbeschuß im Eintragungszeitpunkt auf eine im Gesetz zugelassene Rechtsform zielt.

ff) Nachtrag: Einordnung eines Beschlusses, der gegen den numerus clausus der Umwandlungsformen verstößt

⁵³¹ *Bermel* in G/K/T, UmwG, § 1 Rn. 50.

⁵³² ZIP 1998, 181, 188 f.

⁵³³ Dann hätte er für den gegen den numerus clausus der Umwandlungsmöglichkeiten verstößenden Formwechsel wohl auch annehmen müssen, daß unabhängig vom Beschuß eine Umwandlung eben nur in die eingetragene Gesellschaft erfolgt. Zu Recht tut er das nicht.

An dieser Stelle soll nochmals auf den Umwandlungsbeschluß, der gegen den *numerus clausus* der Umwandlungsformen verstößt, eingegangen werden. Wie soeben gezeigt, kann ein solcher Beschluß trotz Eintragung der Umwandlung im Register nicht den Wechsel der Rechtsform bewirken. Dann ist seine Gleichstellung mit den „normalen“ nichtigen Beschlüssen aber dogmatisch nicht haltbar. Denn egal, ob der Beschluß in einem ordnungsgemäßen Verfahren zustande gekommen ist oder nicht, bewirkt allein der *numerus clausus* Verstoß seine Bedeutungslosigkeit. Im folgenden soll die Bezeichnung „wirkungsloser“ Beschluß gewählt werden, da Verstöße gegen den *numerus clausus* dem Beschluß nicht seine Eigenschaft als Beschluß nehmen. Da er aber trotz seiner Eintragung, keinerlei Wirkungen auslöst und mit dem vom OLG Hamburg⁵³⁴ entschiedenen Fall - Zustimmungsbeschluß zu einem nichtigen Unternehmensvertrag, der „ins Leere“ ging - vergleichbar ist, erscheint diese Bezeichnung am treffendsten.

Wenn aber neben anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen auch „wirkungslose“ Beschlüsse auftreten können, soll auch darauf eingegangen werden, wie diese Mängel geltend zu machen sind. Für die bereits oben erwähnten, vom OLG Hamburg als „wirkungslos“ bezeichneten Beschlüsse wurde angenommen, daß sie allein mittels allgemeiner Feststellungsklage angegriffen werden können. Anfechtungs- und auch Nichtigkeitsklage wurden abgewiesen.⁵³⁵ Eine Anfechtungsklage wäre nur zur rechtsgestaltenden Vernichtung eines Beschlusses geeignet, der andernfalls Rechtswirkungen entfalten würde.⁵³⁶ Diese Konstellation liege hier nicht vor. Die Nichtigkeitsklage komme nicht in Betracht, da es an einem der in § 241 AktG normierten Nichtigkeitsgründe fehle.⁵³⁷

In der Literatur ist diese Argumentation auf Kritik gestoßen.⁵³⁸ Es wird vertreten, daß auch „wirkungslose“ Beschlüsse lediglich nichtig seien, so daß die Nichtigkeitsklage nach den §§ 241, 249 AktG richtiges Rechtsschutzmittel sei. Der Kritik ist zuzugeben, daß die bloße inter-partes-Wirkung der allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO im Rahmen des Beschlußmängelrechts nicht überzeugen kann.⁵³⁹ Ebenso wie auf endgültig unwirksame Beschlüsse ist deshalb auch hier die analoge Anwendung der auf Beschlußmängelklagen zugeschnittenen Sonderregelungen §§ 249, 246-248 AktG einschließlich der inter-omnes-Wirkung eines stattgebenden Urteils in Betracht zu ziehen. Freilich ist der Beschluß dann nicht auf das Vorliegen von Nichtig-

⁵³⁴ K. Schmidt, ZIP 1989, 1326, auch LG Hamburg, ZIP 1990, 376 = EWiR 1990, 225 (Lauber-Nöll).

⁵³⁵ Ausführlich dazu oben C. II. 3. a) cc).

⁵³⁶ OLG Hamburg, AG 1991, 23, 24.

⁵³⁷ OLG Hamburg, AG 1991, 23, 24.

⁵³⁸ Krieger, EWiR 1989, 1053, 1054; Emmerich, WuB II A. § 294 AktG 1.90 (S. 453 ff.); auch zum späteren Urteil LG Hamburg, ZIP 1990, 376, in dem die Wirkungslosigkeit des Beschlusses noch in Betracht gezogen wurde: Lauber-Nöll, EWiR 1990, 225, 226: „überzeugt nicht“.

⁵³⁹ Für unwirksame Beschlüsse bereits oben C. II. 3 a) dd).

keitsgründen, sondern auf Mängel, die zu seiner Wirkungslosigkeit führen zu untersuchen, denn es geht hier allein um die analoge Anwendung der §§ 249, 246, 248 AktG.

Gegen eine, die Analogie der §§ 241 ff. AktG rechtfertigende Regelungslücke könnte man allerdings einwenden, daß für diese Fallgruppen die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO zur Verfügung steht. Es bestehen zwar große Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen nichtigen und wirkungslosen Beschlüssen - was bereits daran ersichtlich wird, daß der BGH die hier für „wirkungslos“ gehaltenen Beschlüsse stets für nichtig hielt,⁵⁴⁰ und auch das OLG Hamburg in einer Folgeentscheidung⁵⁴¹ das Eingreifen von § 241 Nr. 3 AktG und damit Beschlußnichtigkeit annahm. Um zulässige Klageanträge zu stellen besteht aber die Möglichkeit, rechtlichen Rat einholen oder Haupt- und Hilfsanträge miteinander zu verbinden.⁵⁴²

Eine Regelungslücke liegt aber nicht nur dann vor, wenn überhaupt kein Rechtsschutzinstrument zur Geltendmachung von Beschlußmängeln zur Verfügung steht, sonst wäre die Übertragung der §§ 241 ff. AktG auf das Recht der GmbH nicht möglich gewesen. Vielmehr muß es ausreichen, daß eine Regelung fehlt, die den Besonderheiten des Beschlußmängelrechts ausreichend Rechnung trägt.

Unter diesem Gesichtspunkt wird man eine Regelungslücke ohne größere Probleme bejahen können. Das Beschlußmängelrecht der §§ 241 ff. AktG erfaßt allein anfechtbare und nichtige Beschlüsse. Da sämtliche Gesetzes- oder Satzungsverstöße zumindest zur Anfechtbarkeit des Beschlusses führen, konnte man auch alle Beschlußmängel als vom Beschlußmängelrecht der §§ 241 ff. AktG erfaßt ansehen. Eine Regelung für wirkungslose Beschlüsse war danach auch nicht erforderlich; die Kategorie selbst wurde zumeist gelehrt.⁵⁴³ Wie gezeigt, besteht aber für ihre gesonderte Behandlung durchaus ein Bedürfnis, das Fehlen einer gesetzlichen Regelung ist damit auch planwidrig.

Weiterhin muß die Interessenlage bei Vorliegen eines „wirkungslosen“ Beschlusses die Analogie rechtfertigen. Ein Umwandlungsbeschluß, der gegen den numerus clausus der Umwandlungsformen verstößt, entfaltet genauso wie ein (nicht eingetragener) nichtiger Beschluß keine rechtliche Wirkung. Diese Folge muß mit Wirkung gegenüber allen Gesellschaftern geltend gemacht werden können. Zwar ist an sich keine Vernichtung eines „wirkungslosen“ Beschlusses erforder-

⁵⁴⁰ Siehe oben C. II. 3 a) aa).

⁵⁴¹ OLG Hamburg, ZIP 1990, 1071, 1072 = WuB II A. § 291 AktG 1.91 (S. 249 ff.) (*Priester*) zum selben Sachverhalt wie OLG Hamburg, AG 1991, 23 f. für den Antrag auf Prozeßkostenhilfe.

⁵⁴² Im Extremfall Anfechtbarkeit hilfsweise Nichtigkeit hilfsweise Wirkungslosigkeit OLG Hamburg, ZIP 1990, 1071.

lich, er entfaltet ja selbst nach Eintragung keine Rechtswirkungen. Ein entsprechendes Urteil hätte deshalb allein feststellende Wirkung. Dies ist aber beim Vorliegen von Nichtigkeitsgründen im Sinne von § 241 AktG (bis zu einer Eintragung des Beschlusses) genauso. Zudem sind die §§ 241 ff. AktG nicht nur als Recht für anfechtbare und nichtige Beschlüsse, sondern mit ihren Sondernormen hinsichtlich Gerichtszuständigkeiten, Streitwert und der inter-omnes-Wirkung des stattgebenden Urteils allgemein als Sonderrecht für Beschlußmängelstreitigkeiten anzusehen. Dies rechtfertigt aber, auch die „wirkungslosen“ Beschlüsse diesem Sonderrecht zu unterwerfen.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die „Wirkungslosigkeit“ von Umwandlungsbeschlüssen analog der aktienrechtlichen Nichtigkeitsklage nach § 249 AktG geltend gemacht werden kann, wobei die Monatsfrist des § 195 Abs. 1 UmwG ebenfalls nicht anwendbar ist, da es sich nicht um eine Klage „gegen“ die Wirksamkeit der Umwandlung handelt. Eine Analogie scheidet aber zwangsläufig hinsichtlich solcher Normen aus, die ausschließlich die Nichtigkeit des Beschlusses voraussetzen, also § 241 AktG und die Heilungsnorm § 242 AktG.

5. ERGEBNIS

Umwandlungen, denen kein Umwandlungsbeschluß zugrunde lag oder deren Umwandlungsbeschluß die Umwandlung in eine nicht vom Gesetz vorgesehene Zielrechtsform vorsah, unterfallen nicht den §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG. Dagegen werden auch Formwechsel, die Abweichungen vom Identitätsgrundsatz vorsehen, mit ihrer Eintragung bestandskräftig.

III. VOLLZUG

1. ALLGEMEINES

Neben einem Willensakt der Gesellschafter, der auf den gewünschten Organisationsakt gerichtet ist, setzt die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft stets auch den Vollzug dieses Willens voraus. Dieser kann einmal in der tatsächlichen Ausführung der geplanten Maßnahme - bei der Gründung von Personengesellschaften beispielsweise in der Aufnahme der Geschäftstätigkeit und damit einem Auftreten als Gesellschaft nach außen - oder durch eine Eintragung, die konstitutiv den Eintritt der Rechtsfolgen des Organisationsaktes bewirkt, liegen.

Für den Eintritt der Rechtsfolgen des Formwechsels kommt allein der Vollzug durch Eintragung in Betracht, denn gemäß § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG und § 34 Abs. 1 Nr. 1 LwAnpG bewirkt erst die Eintragung, daß der formwechselnde Rechtsträger in der in dem Umwandlungsbeschluß be-

⁵⁴³ Statt aller Hüffer, AktG, § 241 Rn. 3 m.w.N.; Zöllner in KK AktG¹, § 241 Rn. 26 m.w.N. weitere Nachweise un-

stimmten Rechtsform weiterbesteht. Genauso stellt sich die Rechtslage bei der Gründung und dem Vollzug von Satzungsänderungen⁵⁴⁴ bei Kapitalgesellschaften dar. Zwar kommt bei der Gründung von Kapitalgesellschaften bereits vor Eintragung ein faktischer Vollzug - der zur Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft und dem Entstehen einer sogenannten Vorgesellschaft führt - in Betracht;⁵⁴⁵ dabei handelt es sich aber um eine Besonderheit der Gesellschaftsgründung, bei der die Gesellschaft bereits durch das Auftreten im Geschäftsverkehr eine gewisse Verfestigung erlangt. Auf den Formwechsel von Gesellschaften, der einer Satzungsänderung in diesem Punkt näher steht, können diese Grundsätze jedoch nicht übertragen werden,⁵⁴⁶ da bereits vor Eintragung der Umwandlung eine voll wirksame Gesellschaft besteht. Die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft greifen deshalb nicht nur spätestens, sondern auch frühestens mit der Eintragung der neuen Rechtsform ein.⁵⁴⁷

2. EINTRAGUNG

Für den Eintritt der Rechtsfolgen des Formwechsels ist lediglich die Anmeldung und Eintragung der neuen Rechtsform bzw. - im Sonderfall des § 198 Abs. 2 UmwG - des Rechtsträgers neuer Rechtsform maßgeblich (§§ 198 Abs. 1 UmwG; 31 Abs. 1 LwAnpG).⁵⁴⁸ Darüber hinaus vorgeschriebene Eintragungen - wie die Eintragung nach § 198 Abs. 2 S. 3 UmwG (Eintragung der bevorstehenden Umwandlung im Register des formwechselnden Rechtsträgers bei Änderung der Registerzuständigkeit, die bereits vor Eintragung der neuen Rechtsform zu erfolgen hat - § 198 Abs. 2 S. 5 UmwG) sowie die Eintragung des Umwandlungsvermerks im LPG-Register⁵⁴⁹ nach Eintragung der neuen Rechtsform - dienen dagegen lediglich der Rechtsklarheit und haben keinen Einfluß auf den Eintritt der Umwandlungswirkungen.⁵⁵⁰

3. ANMELDUNG

Da die Eintragung nicht von Amts wegen erfolgt, hat ihr gemäß §§ 198 Abs. 1 UmwG, 31 Abs. 1 S. 1 LwAnpG eine Anmeldung voranzugehen. Wer die Anmeldung vorzunehmen hat, ergibt sich für LPG-Umwandlungen aus § 32 Abs. 2 LwAnpG, für Umwandlungen nach dem Um-

ter C. II. 3 a). cc).

⁵⁴⁴ *Priester* in Scholz, GmbHG, § 53 Rn. 62.

⁵⁴⁵ Für die AG *Röhricht* in GK AktG, § 23 Rn. 208 ff. m.w.N.; für die GmbH *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, § 11 Rn. 21 ff. m.w.N.

⁵⁴⁶ *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, § 11 Rn. 21.

⁵⁴⁷ Für die Verschmelzung BGH, ZIP 1996, 225, 227.

⁵⁴⁸ Für den Fall, daß die Eintragung entgegen § 198 Abs. 2 UmwG zuerst beim bisher zuständigen Register erfolgte, auch *Decher* in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 5.

⁵⁴⁹ Ausführlich dazu *Neixler*, AgrarR 1995, 29, 30; nicht ganz klar ist, welche Eintragung mit dem Umwandlungsvermerk gemeint ist: BGH, AgrarR 1995, 28, 29 bezieht sich auf die Eintragung nach § 31 Abs. 1 S. 3 LwAnpG, während *Schweizer*, LwAnpG, Rn. 260 lediglich auf die Normen der Handelsregisterverordnung von 1937 (§ 43 Abs. Nr. 6 k - abgedruckt bei *Baumbach/Hopt*, HGB, Anhang 4) Bezug nimmt.

wandlungsgesetz abhängig von den an der Umwandlung beteiligten Rechtsformen aus den besonderen Vorschriften zum Formwechsel.⁵⁵¹ Grundsätzlich haben Mängel des Eintragungsverfahrens und der Anmeldung keinen Einfluß darauf, daß mit der Eintragung die Rechtsfolgen der §§ 202 Abs. 1 UmwG, 34 Abs. 1 LwAnpG eintreten; teilweise werden sie durch die Eintragung geheilt, zumindest stehen auch die meisten schwerwiegenden Verfahrensverstöße dem Eintritt der Umwandlungswirkungen nicht entgegen.⁵⁵²

An dieser Stelle ist lediglich auf die Mängel einzugehen, die den Eintritt der Umwandlungsfolgen vereiteln können. Umstritten ist zunächst die Behandlung des Falls, daß eine Anmeldung des Formwechsels überhaupt nicht erfolgte, von einem Unbefugten vorgenommen oder vor Eintragung wieder zurückgenommen wurde. Dazu wird überwiegend vertreten, daß einer trotzdem erfolgten Eintragung keine konstitutive Wirkung zukomme.⁵⁵³ Andere stellen darauf ab, ob die Eintragung vom Willen der Gesellschaft, repräsentiert durch das anmeldebefugte Organ,⁵⁵⁴ getragen wird; dann sollen auch hier die Rechtsfolgen der Umwandlung eintreten.⁵⁵⁵

Die Ansicht, die auf den Willen der Gesellschaft abstellt, vermag nicht zu überzeugen. Der Eintritt der Rechtsfolgen kann nicht von nicht überprüfbaren Merkmalen wie dem Gesellschaftswillen abhängen. Wenn die Anmeldung nicht oder von einer nicht anmeldebefugten Person vorgenommen wurde, so entspricht sie eben gerade nicht dem Willen der Gesellschaft, da diese Willensbildung durch die anmeldebefugten Personen repräsentiert wird. Würden die Umwandlungsfolgen trotzdem eintreten, so bedeutete dies einen Eingriff in die Autonomie der Gesellschaft, zumal keine Pflicht zur Anmeldung der Umwandlung und damit dem Vollzug der Umwandlung besteht. Stellt sich heraus, daß die Anmeldung von der Gesellschaft gewollt war, so kann dieser Wille nur dann beachtlich sein, wenn rechtzeitig vor der Eintragung die Anmeldung von den an-

⁵⁵⁰ Für die Eintragung des Umwandlungsvermerks BGH, AgrarR 1995, 28, 29; zustimmend *Neixler*, AgrarR 1995, 29, 30; auch BGHZ 132, 353, 361 f.: Nichteintragung des Umwandlungsvermerks führe nicht zur Parteifähigkeit einer aufgrund Umwandlung erloschenen LPG; **a.A.** noch *Schweizer*, LwAnpG, Rn. 268.

⁵⁵¹ *Decher* in Lutter, UmwG, § 198 Rn. 8; *Laumann* in G/K/T, UmwG, § 198 Rn. 2.

⁵⁵² *Laumann* in G/K/T, UmwG, § 198 Rn. 2; für die AG-Gründung *Hüffer* in G/H, AktG, § 275 Rn. 9; *ders.*, AktG, § 39 Rn. 15.

⁵⁵³ Für die Eintragung einer Satzungsänderung: *Hüffer*, AktG, § 181 Rn. 28; *Zöllner* in KK AktG¹, § 181 Rn. 54; *Wiedemann* in GK AktG³, § 181 Anm. 8; für Eintragung einer Kapitalerhöhung: *Priester* in Scholz, GmbHG, § 57 Rn. 53; für die fehlerhafte AG-Gründung: *Kraft* in KK AktG, § 23 Rn. 114 ff. und § 275 Rn. 8; *Hüffer*, AktG, § 275 Rn. 6; *ders.* in G/H, AktG, § 275 Rn. 10; *Kraft* in KK AktG, § 275 Rn. 8; inzident auch *Winkler* in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, § 142 Rn. 14 und *Bumiller/Winkler*, FGG, § 142 Anm. 5 wenn sie beim Fehlen des Eintragungsantrags zu rechtsbegründenden Eintragungen die Löschung nach § 142 FGG befürworten.

⁵⁵⁴ Für die Anmeldung der GmbH-Gründung ausdrücklich *Winter* in Scholz, GmbHG, § 7 Rn. 16.

⁵⁵⁵ *Laumann* in G/K/T, UmwG, § 198 Rn. 2; für GmbH-Gründung: *Winter* in Scholz, GmbHG, § 7 Rn. 16; für AG-Gründung: *Wiedemann* in GK AktG³, § 275 Anm. 1; *Hüffer* in G/H, AktG, § 275 Rn. 37, der die Löschung der eingetragenen AG nur zuläßt, wenn der Verfahrensfehler zu einem Ergebnis geführt hat, das dem Willen der Beteiligten auch inhaltlich nicht entspricht; dagegen für die Satzungsänderung *Wiedemann* in GK AktG³, § 181 Anm. 8; RGZ 132, 22, 26 stellt allein darauf ab, ob sich die Eintragung (hier einer Satzungsänderung) mit den gefaßten Beschlüssen deckt, unerheblich sei, wie der Eintrag zustande gekommen sei.

meldebefugten Personen nachgeholt wurde, im Eintragungszeitpunkt also vorliegt. Sonst finden die §§ 34 Abs. 1 LwAnpG, 202 Abs. 1 UmwG keine Anwendung; die Eintragung kann nach § 142 FGG gelöscht werden.⁵⁵⁶

Die Umwandlungswirkungen sollen auch dann nicht eintreten, wenn lediglich ein neuer Rechtsträger angemeldet wird, auf den das Vermögen einer umzuwandelnden Gesellschaft übergehen soll.⁵⁵⁷ In diesem Fall sei der Registerrichter nicht in der Lage, die Nichtigkeit des zugrunde liegenden Beschlusses zu erkennen, für ihn liegt ja nur ein Antrag auf Neueintragung vor. Die daraufhin ergehende Eintragung könne die Rechtsfolge des § 34 Abs. 1 LwAnpG (und entsprechend § 202 Abs. 1 UmwG) nicht bewirken.⁵⁵⁸

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Auch wenn äußerlich die Entstehung einer Gesellschaft durch Neugründung praktisch nicht von einer Umwandlung unterschieden werden kann, ist für die konstitutive Wirkung der Eintragung doch erforderlich, daß für den Registerrichter erkennbar ist, ob eine Umwandlung gewollt ist. Eine sachgerechte Prüfung der Rechtmäßigkeit der Umwandlung ist ihm sonst nicht möglich. Auf Zweifel könnte diese Lösung nur in dem Fall stoßen, daß wirklich eine Umwandlung beschlossen, versehentlich aber nur als Neugründung angemeldet wurde. Wird jetzt die neue Rechtsform eingetragen, spricht an sich nichts dagegen, daß diese Eintragung auch die Rechtsfolgen der (wirklich beschlossenen) Umwandlung auslöst. Die Überprüfung der Umwandlung auf Beschlußmängel ist dem Registerrichter in diesem Fall aber nicht möglich. Allein die (trotz gewisser Parallelen von Formwechsel und Neugründung) zufällige äußerliche Übereinstimmung der Eintragungen von Neugründung und Umwandlung kann nicht dazu führen, daß die Eintragung einer Neugründung die Rechtsfolgen einer Umwandlung bewirken kann.

IV. KEINE ENTGEGENSTEHENDEN INTERESSEN

Von der herrschenden Meinung wird die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft weiterhin davon abhängig gemacht, daß ihr keine gewichtigen Interessen der Allgemeinheit oder bestimmter besonders schutzwürdiger Personen entgegenstehen.⁵⁵⁹

Die üblichen Fallgruppen: Nichtigkeit oder Sittenwidrigkeit des Gesellschaftszwecks bzw. die Beteiligung nicht voll Geschäftsfähiger an der Gesellschaft spielen im Rahmen des Formwech-

⁵⁵⁶ Allgemein für konstitutive Eintragungen ohne Anmeldung: *Winkler* in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, § 142 Rn. 14 und *Bumiller/Winkler*, FGG, § 142 Anm. 5.

⁵⁵⁷ *Lohlein*, EWiR 1996, 711, 712; *Neixler*, AgrarR Sonderheft 10/1993, 25, 26.

⁵⁵⁸ *Lohlein*, EWiR 1996, 711, 712.

⁵⁵⁹ Ausführlich *Kort*, Bestandsschutz, S. 33 ff.; *Schwintowski*, NJW 1988, 937 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 6 III. 3. (S. 156 ff.); *ders.*, AcP 186 (1986), 421, 446; *Brandes*, WM 1994, 569, 570.

sels keine Rolle, da sich Gesellschaftszweck und auch die Beteiligungsverhältnisse durch den Formwechsel nicht ändern.

Zunächst muß man sich aber verdeutlichen, daß die Problemfälle: fehlende Identität des Rechtsträgers oder Verstoß gegen den *numerus clausus* der Umwandlungsformen genauso gut unter dem hier zu behandelnden Punkt: „entgegenstehende Interessen“, behandelt werden könnten.⁵⁶⁰ Daß ein Erörterung bereits im Rahmen des Willensaktes erfolgte, liegt allein daran, daß die Rechtsprechung zur fehlerhaften LPG-Umwandlung nicht ausdrücklich auf die Voraussetzungen der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft Bezug nimmt und das mögliche Entgegenstehen überwiegender Interessen nicht als zusätzlichen Prüfungspunkt erwähnt. Selbst wenn man die „entgegenstehenden Interessen“ aber als eigenständige Kategorie ansieht, müßte man zu dem selben Ergebnis wie oben gelangen, nämlich daß nur Verstöße gegen den *numerus clausus* der Umwandlungsformen, nicht aber Abweichungen vom Identitätsprinzip, der Anwendung der §§ 34 LwAnpG, 202 UmwG entgegenstehen.

Allgemein spricht gegen die Begrenzung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft bei der Anwendung auf den fehlerhaften Formwechsel, daß dieser durch die Registereintragung, also einen staatlichen Konstitutivakt, vollzogen wird. Bei dem vergleichbaren Fall der Gründung von Kapitalgesellschaften ist aber anerkannt, daß es dort lediglich auf das Willenselement und die Eintragung ankommt;⁵⁶¹ weiteren Einschränkungen stehen die §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG entgegen, wonach selbst in dem Fall, daß Satzungsbestimmungen gegen ein Verbotsgesetz verstoßen oder inhaltlich sittenwidrig sind - die Paradebeispiele für das Entgegenstehen überwiegender Interessen -, nur eine *ex nunc*-Auflösung der eingetragenen Gesellschaft in Betracht kommt.

Diese Parallele wird aber im allgemeinen nicht gezogen. So wird bei fehlerhaften Strukturänderungen das mögliche Entgegenstehen überwiegender Interessen teilweise überhaupt nicht problematisiert,⁵⁶² andere gehen darauf ein, ohne jedoch dieses Erfordernis wegen der konstitutiven

⁵⁶⁰ Dazu *Hommelhoff*, ZHR 158 (1994), 11, 16 f.

⁵⁶¹ *Pörnig*, Fehlerhafte Gesellschaft, S. 38 f. m.w.N. und *Schwintowski*, NJW 1988, 937, 940 die auch bei Personengesellschaften die Beschränkung durch die „überwiegenden Interessen“ ablehnen; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 6 III. 3. b) (S. 157 f.); *ders.*, AcP 186 (1986), 421, 448; ausführlich *Paschke*, ZHR 155 (1991), 1, 17 ff.; *Kort*, Bestandsschutz, S. 40 f.

⁵⁶² *Kreuznacht*, Verschmelzungen, S. 60 ff. geht im Rahmen der Voraussetzungen für die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf die fehlerhafte Verschmelzung lediglich auf Organisationsakt und Vollzug durch Eintragung ein; ebenso für fehlerhafte Unternehmensverträge: *Lauber-Nöll*, Unternehmensverträge, S. 75 ff., der Einschränkungen des Anwendungsbereiches der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nur bei fehlender Zustimmung der beteiligten Gesellschaften in Betracht zieht.

Wirkung der Eintragung und der Parallele zur Gründung von Kapitalgesellschaften in Frage zu stellen.⁵⁶³

Die besseren Gründe sprechen dafür, als Voraussetzungen für die Anwendung der §§ 202 UmwG, 34 LwAnpG allein den auf eine Organisation gerichteten Willensakt und dessen Eintragung ausreichen zu lassen.⁵⁶⁴ Unabhängig davon, ob man die §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG mit ihrer Beschränkung von Nichtigkeitsgründen auch auf die aus dem Formwechsel hervorgehende Zielgesellschaft übertragen will,⁵⁶⁵ muß der Eintragung des Formwechsels die selbe konstitutive Wirkung wie der Eintragung einer Kapitalgesellschaftsgründung zukommen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die vorangegangene registergerichtliche Prüfung. Auch wenn der Formwechsel nur bedingt mit der Neugründung einer Gesellschaft vergleichbar ist, tritt durch seine Eintragung eine neue Gesellschaft im Rechtsverkehr auf, deren Wirksamkeit nicht durch mögliche schutzwürdige Interessen in Frage gestellt werden darf. Vielmehr verlangt gerade das Interesse an Rechtssicherheit den möglichst einschränkungslosen Bestandsschutz der Umwandlung.⁵⁶⁶

Bekräftigt wird dieses Ergebnis dadurch, daß Verstöße gegen die Interessen der Allgemeinheit oder Einzelner bereits im allgemeinen Beschlußmängelrecht der §§ 241 ff. AktG berücksichtigt und mit Beschlußnichtigkeit sanktioniert werden. Die §§ 34 LwAnpG, 202 UmwG sollen aber auch auf nichtige Umwandlungen angewandt werden. Die Unterscheidung in anfechtbare und nichtige Umwandlungsbeschlüsse erfolgt gerade nicht. Der Anwendungsbereich der §§ 202 UmwG, 34 LwAnpG wird somit nicht durch mögliche entgegenstehende Interessen der Allgemeinheit oder Einzelner eingeschränkt.

V. ERGEBNIS

Der Anwendungsbereich der §§ 202 UmwG, 34 LwAnpG erfaßt jede eingetragene Umwandlung, wenn sie nur auf einem (wenn auch nichtigen) Beschluß der Gesellschafter beruht, auf eine vom

⁵⁶³ *Zöllner*, AG 1993, 68, 77 für die fehlerhafte Kapitalerhöhung, bei der ein Vorrang schutzwürdiger Interessen aber kaum in Betracht kommen soll; *Hommelhoff*, ZHR 158 (1994), 11, 15 prüft auch bei der fehlerhaften Strukturänderung von Kapitalgesellschaften ausführlich das Vorliegen entgegenstehender Interessen, die die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft ausschließen könnten; als Maßstab dienen ihm dabei die Nichtigkeitsgründe des § 241 AktG; seine Ansicht: die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft seien lediglich bei Anfechtbarkeit oder bloßer Ordnungslosigkeit, nicht aber beim Vorliegen sonstiger Nichtigkeitsgründe anwendbar, läßt sich aber mit § 202 UmwG nicht vereinbaren; dagegen auch *Krieger*, ZHR 158 (1994), 35, 38.

⁵⁶⁴ Allgemein für Strukturänderungen *Kort*, Bestandsschutz, S. 95, ohne jedoch auf mögliche entgegenstehende Interessen einzugehen.

⁵⁶⁵ Dazu später unter F. I. 3.

⁵⁶⁶ So auch für fehlerhafte Beherrschungsverträge *Krieger*, ZHR 158 (1994), 35, 37.

Gesetz vorgesehene Umwandlung gerichtet ist und als Umwandlung zur Eintragung angemeldet wurde.

E. RECHTSFOLGEN

Nachdem der Anwendungsbereich der §§ 34 Abs. 3 LwAnpG, 202 Abs. 3 UmwG konkretisiert wurde, soll jetzt auf die Einzelheiten ihrer Rechtsfolgen eingegangen werden.

I. BEHANDLUNG DER NACH DEN §§ 202 ABS. 3 UMWG, 34 ABS. 3 LWANPG WIRKSAMEN UMWANDLUNGEN/AUSWIRKUNGEN FEHLERHAFTER REGELUNGEN

1. ALLGEMEINES

In § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG bzw. § 34 Abs. 1 Nr. 1 LwAnpG ist nur angeordnet, daß der formwechselnde Rechtsträger in der in dem Umwandlungsbeschluß bestimmten Rechtsform weiter besteht. Selbst nichtige Regelungen können danach den Fortbestand des Rechtsträgers in der neuen Rechtsform nicht verhindern.⁵⁶⁷ Über den Inhalt des Gesellschaftsvertrages der Gesellschaft neuer Rechtsform, beispielsweise die Auswirkungen inhaltlicher Mängel im Gesellschaftsvertrag, sagt das Gesetz nichts.⁵⁶⁸ Hierunter fällt beispielsweise die Frage, ob Gesellschafter, deren Austritt im Rahmen der Umwandlung beschlossen wurde, auch dem Rechtsträger in neuer Rechtsform angehören.

Zu unterscheiden ist zwischen solchen Mängeln des Umwandlungsbeschlusses, die lediglich zu seiner Teilfehlerhaftigkeit führen, und Mängeln, die sich auf den gesamten Umwandlungsbeschluß auswirken. Bedeutung hat diese Unterscheidung in erster Linie für eine mögliche Rückabwicklung fehlerhafter Umwandlungsvorgänge. Beschränkt sich nämlich der Fehler lediglich auf einzelne Teile der Umwandlung, genügt zur Herstellung rechtmäßiger Zustände die Korrektur dieser Teile, ohne daß der Formwechsel selbst angetastet wird. Von der herrschenden Ansicht wird diese Unterscheidung aber nicht vorgenommen, weil sie davon ausgeht, daß eine Rückabwicklung fehlerhafter Umwandlungsvorgänge generell ausscheidet.^{569, 570} Nach den bisherigen

⁵⁶⁷ Für die fehlerhafte Verschmelzung: *Grunewald* in G/H, AktG, § 352a Rn. 14, *dies.* in Lutter, UmwG, § 20 Rn. 75; genauso ist die Rechtslage bei der Gründung von Kapitalgesellschaften: für die AG *Wiedemann* in GK AktG³, § 275 Anm. 2.

⁵⁶⁸ Für die Verschmelzung *Dehmer*, UmwG, § 20 Rn. 99.

⁵⁶⁹ Für fehlerhafte Umwandlungsvorgänge: *Kort*, Bestandsschutz, S. 272: sind einzelne Bestandteile des Organisationsvertrages bei Umwandlungsvorgängen nichtig, so stelle sich - anders als etwa bei fehlerhaften Unternehmensverträgen - nicht die Frage einer Teilnichtigkeit oder Gesamtnichtigkeit unter Modifizierung der Grundsätze von § 139 BGB, sondern die nichtigen oder fehlenden Vertragsteile seien unter Heranziehung des übrigen Vertragsinhaltes und der gesetzlichen Regelungen zu ergänzen, um auf diese Weise dem Vertrag Vollständigkeit zu verleihen; ebenso *Grunewald* in G/H, AktG, § 352a Rn. 14: es sei nicht auf § 139 BGB abzustellen; da die Verschmelzungswirkungen nicht mehr beseitigt werden können, komme es auf einen darauf abzielenden Willen der Verschmelzungspartner nicht mehr an; ebenso *dies.* in Lutter, UmwG, § 20 Rn. 75.

⁵⁷⁰ Den Fall, daß dem Willen der Gesellschafter nicht durch eine ergänzende Vertragsauslegung entsprochen werden konnte, weil ausdrücklich der Ausschluß von Gesellschaftern beschlossen wurde und die (vom Gesetz vorgesehene) Fortsetzung der Mitgliedschaft deshalb im Widerspruch zum Beschluß der Gesellschafter gestanden hätte, nahm der BGH als nicht-identitätswahrenden Formwechsel vom Anwendungsbereich des § 34 Abs. 3 LwAnpG aus.

Ausführungen stehen die §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG als Ausprägung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft einer ex nunc-Abwicklung jedoch nicht entgegen.

2. TEILNICHTIGKEIT

Der Umwandlungsbeschluß ist beispielsweise dann teilnichtig, wenn die in ihm enthaltene Satzung der Gesellschaft neuer Rechtsform rechtswidrige Regelungen enthält. Diesbezüglich bietet sich ein Vergleich mit fehlerhaften Regelungen in Gesellschaftsverträgen bei der Gründung von Gesellschaften an. Zwar enthält der Formwechsel keine Gesellschaftsgründung, eine Änderung der Rechtsform ist aber nur mit einer Änderung der Satzung (im weiteren Sinne)⁵⁷¹ und damit einer Neufestlegung der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten denkbar. Damit sind die Grundsätze, die für die Behandlung von mangelhaften Regelungen in Gesellschaftsverträgen entwickelt wurden auch auf den Rechtsträger neuer Rechtsform anzuwenden.

Sind in der Satzung einer neu gegründeten Gesellschaft Regelungen enthalten, die auf den Bestand der Gesellschaft als solche keinen Einfluß haben, also lediglich zur Teilnichtigkeit der Satzung führen,⁵⁷² ist die Gesellschaft trotz dieser Regelungen rechtmäßig errichtet und daher von Bestand, ohne daß es der Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft bedürfte.⁵⁷³ Diese Grundsätze sind auf den Formwechsel - abgesehen von möglichen prozessualen Abweichungen der Geltendmachung dieser Mängel⁵⁷⁴ - ohne weiteres übertragbar. Auch hier können im Umwandlungsbeschluß mangelhafte Bestimmungen enthalten sein, die lediglich zur Teilnichtigkeit der Satzung der Zielgesellschaft führen. Die Umwandlung selbst ist dann rechtmäßig. Einer Anwendung der §§ 34 Abs. 3 LwAnpG, 202 Abs. 3 UmwG, um der Umwandlung Bestandskraft zu verleihen, bedürfte es gar nicht. Dieser Fall wird relativ häufig vorkommen, da der Umwandlungsbeschluß auf eine Organisationsänderung gerichtet und damit in aller Regel nur teilnichtig ist. Die herrschende Meinung wendet hier § 139 BGB nicht, bzw. umgekehrt an,⁵⁷⁵ im Zweifel ist danach auch bei Vorliegen von nichtigen Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag zu-

⁵⁷¹ Also Statut, Satzung und Gesellschaftsvertrag im engeren Sinne, wobei diese Unterscheidung rein formaler Natur ist, vgl. *Pörnig*, Fehlerhafte Gesellschaft, S. 77 m.w.N.

⁵⁷² Der BGH (BGHZ 138, 371, 376) nimmt eine solche Teilnichtigkeit beispielsweise in dem Fall an, daß die Fortsetzung der Mitgliedschaft in der Gesellschaft neuer Rechtsform davon abhängig gemacht wird, daß man auf einer Mitgliederliste unterschreibt. Diese Regelung sei nichtig.

⁵⁷³ Für die fehlerhaft gegründete Personengesellschaft *Wiesner*, Fehlerhafte Gesellschaft, S. 124; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rn. 78; *Ulmer*, FS Flume, S. 301, 312; *ders.* in MüKo BGB, § 705 Rn. 248 m.w.N.; für einzelne kartellrechtswidrige Satzungsnormen in Kapitalgesellschaften *Kort*, Bestandsschutz, S. 39: betreffender Satzungsänderungsbeschluß sei gemäß § 241 Nr. 3 AktG bzw. analog nichtig. Aus der Nichtigkeit einzelner Satzungsbestimmungen resultiere im übrigen - wie auch ansonsten bei Nichtigkeit einzelner Satzungsbestimmungen - keine Nichtigkeit der eingetragenen Gesellschaft selbst. Das ergebe sich aus einem Umkehrschluß zu §§ 275 AktG, 75 GmbHG.

⁵⁷⁴ Wegen der Besonderheit, daß es sich hier nicht um eine Neugründung, sondern um eine Satzungsänderung handelt und damit die §§ 241 ff. AktG (analog) anwendbar sind.

⁵⁷⁵ Siehe bereits vorn C. II. 3. a) ee).

mindest der Bestand des Organisationsaktes gewollt.⁵⁷⁶ Im folgenden ist zu untersuchen, wie sich Beschlußmängel, die lediglich zur Teilnichtigkeit führen, auf die Umwandlung auswirken.

a) Ohne Auswirkungen auf die Organisationsstruktur der Gesellschaft neuer Rechtsform

Einigkeit herrscht nur darüber, daß § 202 Abs. 3 UmwG nicht zu einer inhaltlichen Heilung von Mängeln führt. Lediglich der Formwechsel selbst soll Bestandskraft erlangen.⁵⁷⁷ Im Regelfall⁵⁷⁸ sind deshalb mangelhafte Bestimmungen trotz der Eintragung der neuen Rechtsform anfechtbar oder nichtig⁵⁷⁹ und wie bei anfänglichen Satzungsmängeln im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu ersetzen.⁵⁸⁰

b) Mit Auswirkungen auf die Organisationsstruktur der Gesellschaft neuer Rechtsform

Beschließen die Gesellschafter die Umwandlung ihrer Gesellschaft, kann der Fall auftreten, daß gerade solche Regelungen nichtig sind, die Einfluß auf die Organisationsstruktur der Gesellschaft haben, so daß die übliche ex tunc-Nichtigkeit nicht richtig paßt. Als Beispiel mag der bereits oben behandelte Fall des nicht-identitätswahrenden Formwechsels dienen. Nach der hier vertretenen Ansicht hindert ein Ausschluß von Gesellschaftern anläßlich der Umwandlung den Eintritt der Umwandlungswirkungen nicht, der Umwandlungsbeschluß ist lediglich als teilnichtig anzusehen, da die Gesellschafter die Umwandlung im Zweifel auch unter Fortsetzung der Mitgliedschaft aller Gesellschafter beschlossen hätten.⁵⁸¹

Wendet man § 139 BGB an, wäre der Gesellschafterausschluß trotz Eintragung der neuen Rechtsform ex tunc nichtig, so daß auch die ausgeschlossenen Gesellschafter an der Gesellschaft neuer Rechtsform beteiligt wären.⁵⁸² Ein automatischer Fortbestand der Gesellschafterstellung trotz entgegenstehenden Umwandlungsbeschlusses kann aber beispielsweise dazu führen, daß die

⁵⁷⁶ So zutreffend v. *Esch*, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, S. 124 f.

⁵⁷⁷ *Meister/Klöcker* in Kallmeyer, UmwG, § 202 Rn. 60.

⁵⁷⁸ Zu möglichen Ausnahmen, wenn die nichtigen Bestimmungen selbst Organisationsakte bilden, sogleich.

⁵⁷⁹ *Laumann* in G/K/T, UmwG, § 202 Rn. 30; *Meister/Klöcker* in Kallmeyer, UmwG, § 202 Rn. 60; für unrichtige Satzungsbestimmungen über den Aufsichtsrat, verbunden mit der Notwendigkeit, neue gesetzeskonforme Bestimmungen zu beschließen *Decher* in Lutter, UmwG, § 203 Rn. 20; für Regelungen in der GmbH-Satzung: *Anton*, GmbHR 1973, 75, 79.

⁵⁸⁰ BGHZ 104, 66, 73; ausführlich *Wiesner*, Fehlerhafte Gesellschaft, S. 124, für die GbR-Gründung: *Ulmer* in MüKo BGB, § 705 Rn. 46 und 147; *ders.*, FS Flume, S. 301, 317; für die OHG: *Koller* in Koller/Roth/Morck, HGB, § 105 Rn. 26; *Emmerich* in Heymann, HGB, § 105 Rn. 87; *Ulmer* in Staub, HGB, § 105 Rn. 342; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 6 I. 2. b) (S. 144); *ders.*, AcP 186 (1986), 421, 443; *ders.* in Schlegelberger, HGB, § 105 Rn. 208; für die fehlerhafte Aktienübernahmeerklärung bei der AG-Gründung *Kraft* in KK AktG, § 23 Rn. 120.

⁵⁸¹ Siehe dazu oben D II. 3. e) bb).

⁵⁸² BGHZ 138, 371, 376 = EWiR 1998, 659, 660 (*Lohlein*, der aber Bedenken äußert); auch OLG Naumburg, AgrarR 1996, 292, 294; OLG Dresden, AgrarR 1999, 261, 262; *K. Schmidt*, ZIP 1998, 181, 186; *Wenzel*, AgrarR 1998, 139, 141: das schlafende Mitglied sei weiter Mitglied; *Streck/Mack/Schwedhelm*, GmbHR 1995, 161, 172; OLG Rostock, AgrarR 1993, 257, 258; anders OLG Rostock, ZIP 1994, 1062, 1065, wonach Gesellschaftern, die sich nicht um die Belange der LPG kümmerten, Bereicherungs- und Schadensersatzansprüche (die im Einzelfall auf Beteiligung an der Neugesellschaft gerichtet sein können) genügen würden; vgl. auch *Neixler*, EWiR 1995, 601 f. zu BGH, ZIP 1995, 422: „LPG kann ein Ausscheiden von Mitgliedern nicht herbeiführen ... jedenfalls steht den Mitgliedern ein auf Beteiligung am formgewechselten Unternehmen gerichteter Schadensersatzanspruch zu“.

in der neuen Rechtsform gefaßten Beschlüsse wegen Nichtladung des nur vermeintlich ausgeschiedenen Gesellschafters gemäß § 241 Nr. 1 AktG (bzw. analog) nichtig wären; also genau die Folgen einträten, die durch die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft vermieden werden sollen. Deshalb ist zu untersuchen, ob auch auf diese Konstellationen die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft anwendbar sind und damit eine bloße ex tunc-Nichtigkeit der entsprechenden Regelung eintritt.⁵⁸³

aa) Anwendbarkeit der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft

Voraussetzung für die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft ist, daß es sich bei der betreffenden Maßnahme um einen sogenannten Organisationsakt handelt, der auf dem Willen der Gesellschafter beruht und durch konstitutive Eintragung oder tatsächlichen Vollzug wirksam geworden ist.

Für das Ausscheiden von Gesellschaftern ist die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft genau wie für den Gesellschafterbeitritt seit langem anerkannt.⁵⁸⁴ Im Falle, daß der Umwandlungsbeschluß lediglich teilnichtig ist, die Wirksamkeit des Formwechsels davon also unberührt bleibt, spricht nichts dagegen, die nichtigen Teile genauso zu behandeln, als ob sie unabhängig von einem Formwechsel beschlossen wurden, d.h. auch auf sie die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft anzuwenden. So betont auch *Wiesner*, daß bei der fehlerhaften Gesellschaft nur die Klauseln ex tunc nichtig sind, die das (schuldrechtliche) Verhältnis der Gesellschafter untereinander regeln oder keinen Ausdruck in der das Schuldverhältnis überlagernden gesellschaftsrechtlichen Organisation gefunden haben.⁵⁸⁵

bb) Willensakt

Die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft setzt einen auf den betreffenden Organisationsakt gerichteten Willen der Beteiligten voraus. So wird für den vorläufig wirksamen Austritt aus Personengesellschaften immer eine Mitwirkung des Betroffenen verlangt⁵⁸⁶ oder doch stillschweigend vorausgesetzt, wenn als Mängel des (freiwilligen) Austritts das Vorliegen von Irrtümern, Täuschung oder Drohung, also Mängel anläßlich eines zurechenbaren, wenn auch fehlerhaften Mitwirkens, aufgezählt werden.⁵⁸⁷ Als einzige Ausnahme wird der Aus-

⁵⁸³ Ausführlich zur Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft bereits oben C. III. 3.; für eine fehlerhafte Vereinbarung über das Ausscheiden eines Gesellschafters einer Personenhandelsgesellschaft BGH, NJW 1969, 1483.

⁵⁸⁴ Siehe bereits vorn C. III. 3. b) cc).

⁵⁸⁵ *Wiesner*, Fehlerhafte Gesellschaft, S. 125.

⁵⁸⁶ *Ulmer* in MüKo BGB, § 705 Rn. 286 i.V.m. 282; *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB, § 105 Rn. 221.

⁵⁸⁷ *Ulmer* in MüKo BGB, § 705 Rn. 286 i.V.m. 282; *Däubler*, BB 1966, 1292 ff.; BGH, NJW 1969, 1483.

schluß aufgrund Urteils nach § 140 HGB zugelassen.⁵⁸⁸ Beim (unfreiwilligen) Ausscheiden aufgrund Beschlusses der übrigen Gesellschafter wird das rechtsgeschäftliche Mitwirken des Betroffenen in seiner Unterwerfung unter die Gesellschaftsvertragsklausel, die den Ausschluß zuläßt, gesehen.⁵⁸⁹ Die einseitige Hinauskündigung eines Gesellschafters ohne jede Mitwirkungshandlung (z.B. Entgegennahme der Abfindung) wird, sofern unwirksam, auch durch Registereintragung nicht wirksam; der Gesellschafter kann dann auf Feststellung seiner Mitgliedschaft klagen, denn es liegt ein unwirksamer, nicht vollzogener fehlerhafter Austritt vor.⁵⁹⁰

Ähnlich stellt sich der Meinungsstand für die Einziehung von GmbH-Anteilen nach § 34 GmbHG dar. Diejenigen, die auf die fehlerhafte Einziehung die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft anwenden,⁵⁹¹ verlangen stets eine Mitwirkung des Betroffenen,⁵⁹² oder setzen diese doch voraus.⁵⁹³ Eine solche Mitwirkung kann auch in der Unterwerfung unter die Klausel im Gesellschaftsvertrag, die die Amortisation zuläßt, liegen.⁵⁹⁴ Jedenfalls solange die Gesellschaft noch im weitesten Sinne aufgrund dieser Ermächtigung - in irriger Annahme eines zur Einziehung berechtigenden Tatbestandes oder fehlerhafter Bewertung dieses Tatbestandes für die Zwangseinziehungsbefugnis - handelt, fehlt es nicht an einem die vorübergehende Bestandskraft deckenden Gesamtzurechnungstatbestand.⁵⁹⁵ Bei einer trotz Fehlens jeglicher Ermächtigung beschlossenen und zwangsweise vollzogenen Ausschließung würde dagegen ein ausreichender Zurechnungstatbestand und damit ein berechtigtes Bestandsschutzinteresse fehlen.⁵⁹⁶

Auf den fehlerhaften Ausschluß von Gesellschaftern anlässlich des Formwechsels übertragen bedeutet das, daß er nur dann nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft vorläufig wirksam ist, wenn der Betroffene in irgendeiner Weise daran mitgewirkt hat. An die Mitwirkung sind allerdings keine strengen Anforderungen zu stellen, da sonst für die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft kaum Raum bliebe.

⁵⁸⁸ *Lieberich*, Fehlerhafte Abänderungen, S. 169.

⁵⁸⁹ *Lieberich*, Fehlerhafte Abänderungen, S. 173, der lediglich zusätzlich darauf hinweist, daß die Gesellschafter der gesellschaftsvertraglichen Regelung zugestimmt haben, aber sonst bereits den Beschluß der übrigen Gesellschafter genügen lassen will.

⁵⁹⁰ *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB, § 105 Rn. 221.

⁵⁹¹ *Niemeier*, ZGR 1990, 314, 345 ff.; *Fingerhut/Schröder*, BB 1997, 1805, 1806 f.; *Ulmer* in *Hachenburg*, GmbHG, § 34 Rn. 46; dies in Betracht ziehend, aber zweifelnd *Westermann* in *Scholz*, GmbHG, § 34 Rn. 56; ganz ablehnend *Rowedder* in *Rowedder*, GmbHG, § 34 Rn. 37, der bei Verletzung von § 34 GmbHG die Einziehung für unwirksam hält und auf die Feststellungsklage verweist; ablehnend auch *Hohner* in *Hachenburg*, GmbHG⁷ § 34 Rn. 64; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 34 Rn. 34.

⁵⁹² *Niemeier*, ZGR 1990, 314, 349 ff.; für die freiwillige Einziehung *Ulmer* in *Hachenburg*, GmbHG, § 34 Rn. 29.

⁵⁹³ *Fingerhut/Schröder*, BB 1997, 1805, 1806.

⁵⁹⁴ *Niemeier*, ZGR 1990, 314, 351.

⁵⁹⁵ *Niemeier*, ZGR 1990, 314, 351.

⁵⁹⁶ *Niemeier*, ZGR 1990, 314, 351.

Beim Formwechsel kommt eine Zustimmung durch Unterwerfung unter eine Klausel im Gesellschaftsvertrag, die den Ausschluß erlaubt, nicht in Betracht. Ausscheiden und Mitwirkung des Betroffenen müssen damit zwangsläufig in einem engen zeitlichen Zusammenhang stehen.

Ausreichend ist beispielsweise die Zustimmung zum Umwandlungsbeschluß, der das Ausscheiden vorsieht. Aber auch die Nichtunterzeichnung einer Mitgliederliste muß genügen, wenn der Gesellschafter wußte, daß die Fortsetzung der Gesellschafterstellung davon abhängt, denn hier setzt der Gesellschafter (wenn auch durch Unterlassen) in gleicher Weise einen Zurechnungsbestand, wie bei der Abgabe einer irrumsbedingten Austrittserklärung. Daß diese Mitwirkung erst nach dem Umwandlungsbeschluß erfolgt, beispielsweise wenn beschlossen wird, daß sich die Beteiligungsverhältnisse an der neuen Rechtsform nach der früheren Beteiligung derjenigen bestimmt, die der Gesellschaft weiter angehören, ist ohne Belang, da die Umwandlungswirkungen erst mit Eintragung der neuen Rechtsform eintreten.

Wirklich problematisch sind lediglich die Fälle, in denen keinerlei Mitwirkung des betroffenen Gesellschafters vorliegt, beispielsweise wenn er über die Umwandlung und den Inhalt des Umwandlungsbeschlusses und damit seinen Ausschluß gar nicht informiert war.

Für die vorläufige Wirksamkeit des Ausscheidens auch im Falle fehlender Mitwirkung des betroffenen Gesellschafters spricht, daß der Formwechsel mit seiner Eintragung zumindest vorläufige Bestandskraft erlangen würde, unabhängig davon, ob wirklich alle Gesellschafter (zumindest fehlerhaft) zugestimmt hätten. Wäre jetzt das Ausscheiden eines Gesellschafters ex tunc unwirksam, würde die Gesellschaft zwar in ihrer Zielrechtsform fortgeführt, die Tätigkeit der Gesellschaft wäre aber stark eingeschränkt, da beispielsweise später gefaßte Beschlüsse wegen Nichtladung des fehlerhaft Ausgeschlossenen nichtig wären.

Die besseren Gründe sprechen aber gegen eine vorläufige Anerkennung des faktisch vollzogenen Ausscheidens von Gesellschaftern, die daran in keiner Weise mitgewirkt haben. Zunächst kann man von der Wirksamkeit des Formwechsels selbst nicht auf die Wirksamkeit seiner Bestandteile schließen. Denn die §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG sollen lediglich zur Wirksamkeit des Organisationsaktes Formwechsels, aber nicht zu einer materiellen Heilung von sachlichen Mängeln führen.⁵⁹⁷ Solange die Geltendmachung solcher Mängel dem Bestand des Formwechsels - wie bei bloßer Teilnichtigkeit - nicht entgegensteht, bestehen gegen die ex tunc-Nichtigkeit dieser Teile keine Bedenken. Daß die (zumindest vorläufige) Bestandskraft des Formwechsels an geringere Anforderungen geknüpft ist als das Ausscheiden von Gesellschaftern

⁵⁹⁷ BT-Drucks. 9/1065, S. 20.

tern, läßt sich damit erklären, daß der Formwechsel ein mehr gesamtgesellschaftlicher Akt ist, der von einem (wenn auch vielleicht fehlerhaften) Beschluß der Gesellschafter, nicht aber der Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters, abhängig ist. Dagegen führt das Ausscheiden einzelner Gesellschafter zu einer mehr individuellen Betroffenheit, so daß dem Schutz des Betroffenen durch ein Mitwirkungserfordernis entsprochen werden muß. Weiterhin kann es für das Ausscheiden von Gesellschaftern keine Rolle spielen, ob es anlässlich eines Formwechsels erfolgt oder nicht. Durch die Verknüpfung mit dem Formwechsel darf das Ausscheiden von Gesellschaftern, das sonst nur bei deren Mitwirkung möglich ist, nicht erleichtert werden.

Im Ergebnis sind die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auch bei Strukturänderungen im Rahmen eines Formwechsels nur dann anwendbar, wenn ein entsprechender Willensakt vorliegt. Maßnahmen, die einzelne Gesellschafter betreffen, sind nur dann (vorläufig) wirksam, wenn der betroffene Gesellschafter an ihnen mitgewirkt hat.

cc) Vollzug

Als Vollzugsakt kommt die Eintragung der neuen Rechtsform in Betracht. Veränderungen im Gesellschafterbestand der Gesellschaft kommen in dieser Eintragung nicht direkt zum Ausdruck. Allerdings besteht der formwechselnde Rechtsträger mit der Eintragung in der im Umwandlungsbeschluß bestimmten Rechtsform weiter (§ 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG), was gleichzeitig eine Diskontinuität der auf die „Gesellschaft“ anwendbaren Rechtsordnung beinhaltet.⁵⁹⁸ Die Einzelheiten dieser Veränderungen können sich aber nur aus dem der Eintragung zugrunde liegenden Umwandlungsbeschluß⁵⁹⁹ und dem darin enthaltenen⁶⁰⁰ Gesellschaftsvertrag (im weiteren Sinne) ergeben. Selbst wenn somit lediglich die neue Rechtsform in das Register eingetragen wird, ist für die Rechtsfolgen der Umwandlung der Umwandlungsbeschluß maßgeblich. In diesem werden aber bereits die genauen Beteiligungsverhältnisse der Gesellschafter am Unternehmen neuer Rechtsform festgesetzt.⁶⁰¹ Beispielsweise muß der Umwandlungsbeschluß bei der Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft angeben, wieviele Aktien oder GmbH-Anteile jeder Gesellschafter der formwechselnden Gesellschaft erhält und welchen Nennbetrag die Aktien oder Geschäftsanteile haben,⁶⁰² wobei es sinnvoll ist, diese Angaben so konkret wie möglich zu machen, so daß möglichst jeder einzelne Gesellschafter mit seiner künftigen Beteiligung aufgeführt wird.⁶⁰³

⁵⁹⁸ Decher in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 8.

⁵⁹⁹ Der der Anmeldung nach § 199 UmwG als wichtigste Anlage beizufügen ist Decher in Lutter, UmwG, § 199 Rn. 1.

⁶⁰⁰ Z.B. §§ 218 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1 UmwG.

⁶⁰¹ § 194 Abs. 1 Nr. 4 UmwG.

⁶⁰² Happ in Lutter, UmwG, § 243 Rn. 8.

⁶⁰³ Es sind aber auch pauschalere Angaben zulässig: Happ in Lutter, UmwG, § 243 Rn. 9.

Ist geplant, daß anlässlich des Formwechsels Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden, so muß dies zwangsläufig im Umwandlungsbeschluß, entweder als Angabe im Sinne des § 194 Abs. 1 Nr. 4 UmwG (§ 26 Abs. 4 LwAnpG) oder im Rahmen des neuen Gesellschaftsvertrages (§§ 218, 243 UmwG) festgesetzt werden. Mit der Eintragung besteht die Gesellschaft dann in der neuen Rechtsform nach Maßgabe des Umwandlungsbeschlusses und demzufolge auch entsprechend der dort festgesetzten Beteiligungsverhältnisse fort. Der Vollzug der Umwandlung beinhaltet somit auch den Vollzug möglicher Veränderungen in den Beteiligungsverhältnissen, wie zum Beispiel das Ausscheiden von Gesellschaftern.

dd) Ergebnis

Struktur- bzw. Organisationsänderungen, die zusammen mit dem Formwechsel erfolgen, können unter den selben Voraussetzungen nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft Bestandskraft erlangen, unter denen sie unabhängig von einer Umwandlung vorläufig wirksam würden.

c) Ergebnis

Der Formwechsel wird grundsätzlich mit dem Inhalt wirksam, mit dem er beschlossen wurde, insbesondere richten sich die Verhältnisse in der Gesellschaft neuer Rechtsform grundsätzlich nach dem Umwandlungsbeschluß. Regelungen, die zur Teilnichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses führen, bleiben aber trotz der Eintragung der neuen Rechtsform nichtig. Etwas anderes gilt nur, wenn die fehlerhaften Regelungen selbst Organisationsänderungen bewirken, beispielsweise den Ein- oder Austritt von Gesellschaftern. Hat hier der betroffene Gesellschafter mitgewirkt, so wird die Organisationsänderung mit Eintragung der neuen Rechtsform gleichfalls vollzogen und erlangt nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft (zumindest vorläufige) Bestandskraft. Sollte demzufolge in einem Umwandlungsbeschluß das Ausscheiden von Gesellschaftern vorgesehen sein, und hat der betroffene Gesellschafter mitgestimmt oder zumindest Kenntnis von dem betreffenden Beschluß und ist nicht gegen ihn vorgegangen, ist der Ausschluß wirksam. Eine automatische Fortsetzung der Mitgliedschaft trotz entgegenstehenden Umwandlungsbeschlusses, wie dies bisher zumeist angenommen wird,⁶⁰⁴ findet nicht statt.⁶⁰⁵

3. GESAMTNICHTIGKEIT

Bei Fassung des Umwandlungsbeschlusses können auch Mängel auftreten, die die Umwandlung im Ganzen erfassen.

⁶⁰⁴ Nachweise unter E. I. 2. b) bb).

⁶⁰⁵ So auch *Hommelhoff/Schubel*, ZIP 1998, 537, 547.

a) Verfahrensverstöße

Mängel, die das Beschlußverfahren betreffen, können sich nicht auf einzelne Teile der Umwandlung beschränken. Das Vorliegen von Nichtigkeitsgründen (beispielsweise Ladungsmängel nach § 241 Nr. 1 AktG) führt somit stets zur Gesamtnichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses. Auf die inhaltlichen Grundlagen der Gesellschaft neuer Rechtsform wirken sich diese Mängel nicht aus. Selbst wenn das Umwandlungsverfahren grob fehlerhaft war, richten sich Rechte und Pflichten der Gesellschafter unproblematisch nach den Vorgaben im Umwandlungsbeschluß.⁶⁰⁶

b) Inhaltsmängel

In Ausnahmefällen kann es vorkommen, daß die nichtige Regelung für die Umwandlung von solcher Bedeutung ist, daß die Gesellschafter die Umwandlung ohne sie nicht beschlossen hätten, diese nichtige Regelung also die gesamte Umwandlung in Frage stellt.

Zwar wendet die herrschende Meinung § 139 BGB auf fehlerhafte Organisationsakte nicht an;⁶⁰⁷ dies heißt aber lediglich, daß es keine Vermutung mehr dafür gibt, daß eine nichtige Regelung zur Nichtigkeit des gesamten Organisationsaktes führt.⁶⁰⁸ Im Einzelfall erscheint es aber nicht ausgeschlossen, daß eine Umwandlung ohne die nichtige Regelung nicht gewollt ist, mit ihr sozusagen steht oder fällt. Auch hier dient der nicht-identitätswahrende Formwechsel als Beispiel, wenn er ausschließlich dazu erfolgte, unliebsame Mitgesellschafter aus der Gesellschaft zu drängen.⁶⁰⁹ Ob Gesamtnichtigkeit der Umwandlung vorliegt, bedarf aber stets gesonderter Prüfung und kann nicht pauschal bei jedem nicht-identitätswahrenden Formwechsel angenommen werden.

Auch in diesem Fall wird aber die Umwandlung mit der Eintragung der neuen Rechtsform wirksam.⁶¹⁰ Im Falle der Gesamtnichtigkeit ist die Anwendung der §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG unverzichtbar, um zum Bestand der fehlerhaften Umwandlung zu gelangen. Genau wie bei der Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf die Gründung einer Ge-

⁶⁰⁶ § 194 UmwG, der beispielsweise beim Formwechsel in eine Körperschaft auch Gesellschaftsvertrag, Satzung bzw. Statut der Gesellschaft in Zielrechtsform enthält (§ 218 UmwG).

⁶⁰⁷ Siehe vorn C. II. 3. a) ee).

⁶⁰⁸ So anschaulich *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rn. 50: § 139 gelte nicht bzw. umgekehrt.

⁶⁰⁹ Gesamtnichtigkeit tritt nach Ansicht des BGH ein, wenn einer Minderheit die Fortsetzung ihrer Mitgliedschaft verweigert wird, da hier nicht angenommen werden könne, daß die Umwandlung auch ohne diesen Teil beschlossen worden wäre (BGHZ 138, 371, 377). Dann soll auch die Registereintragung die Umwandlungsfolgen nicht auslösen können. Dies ist nur damit zu erklären, daß eine Rückabwicklung der Umwandlung nicht für möglich gehalten wird, einer fortbestehenden Mitgliedschaft aber der Wortlaut des Umwandlungsbeschlusses entgegensteht, so daß es zu einer dauerhaften Beeinträchtigung von Gesellschafterrechten gekommen wäre.

⁶¹⁰ Für den vergleichbaren Fall der Kapitalerhöhung, die bei Vorliegen eines fehlerhaften Bezugsrechtsausschlusses nach ganz herrschender Auffassung stets gesamtichtig ist, *Kort*, Bestandsschutz, S. 206 f.

sellschaft, richten sich die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter grundsätzlich nach dem fehlerhaften Gesellschaftsvertrag,⁶¹¹ der im Umwandlungsbeschluß enthalten ist.

Nur die nichtige Regelung selbst bleibt im Regelfall ex tunc nichtig.⁶¹² Eine Ausnahme muß aber für Regelungen, die sich als selbständige Organisationsakte darstellen, gelten. Für die Übertragung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auch auf den Fall, daß die Organisationsänderung anläßlich eines Formwechsels erfolgt, spricht das Identitätsprinzip, wonach sich die Wirkungen des Formwechsels in der Veränderung der Struktur erschöpfen sollen, sich aber beispielsweise nicht auf das Gesellschaftsvermögen oder die Gesellschafter auswirken. Das Unternehmen als solches wird von dem Formwechsel nicht berührt, deshalb sind Änderungen im Gesellschafterbestand, wie Beitritt und Ausscheiden von Gesellschaftern, anläßlich des Formwechsels nicht anders zu behandeln, als solche, die unabhängig von einer Umwandlung erfolgen. Sind sie aufgrund eines Willensaktes der Gesellschafter vollzogen worden, haben sie vorläufig Bestand. Der Formwechsel selbst ist aber „auflösungsreif“, da es ihm an einem wirksamen Umwandlungsbeschluß und damit einer Grundlage fehlt.

c) Ergebnis

Auch fehlerhafte Formwechsel werden grundsätzlich mit dem im Umwandlungsbeschluß niedergelegten Inhalt wirksam. Da die Eintragung nicht zu einer materiellen Heilung von Mängeln führt, bleiben nichtige Regelungen des Umwandlungsbeschlusses bzw. des in ihm enthaltenen Gesellschaftsvertrages der Zielgesellschaft nichtig, ohne daß der vorläufige Bestand des Formwechsels davon berührt wird. Sollten die nichtigen Regelungen eigenständige Organisationsänderungen bewirken, werden sie ebenfalls mit Eintragung der Umwandlung vollzogen und damit nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft vorläufig wirksam. Es kommt dann nur eine ex nunc wirkende Herstellung rechtmäßiger Zustände in Betracht.

⁶¹¹ *Ulmer* in Staub, HGB, § 105 Rn. 359; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rn. 86.

⁶¹² *Laumann* in G/K/T, UmwG, § 202 Rn. 30; für einen nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft vorläufig wirksamen Unternehmensvertrag *Kort*, Bestandsschutz, S. 169: Grundsätzlich seien sämtliche Regeln über den Vertragskonzern anwendbar, in Ausnahmefällen könne aber ein punktueller Ausschluß von einzelnen Rechtsfolgen geboten sein, so etwa bei sittenwidrigen Klauseln in Unternehmensverträgen, aus denen der Bevorteilte keine Rechte herleiten kann; ähnlich für den fehlerhaften Bezugsrechtsausschluß, der stets zur Gesamtnichtigkeit der Kapitalerhöhung führt (S. 207) dahingehend, daß bei einer ex nunc-Abwicklung der fehlerhaften Kapitalerhöhung der rechtswidrige Bezugsrechtsausschluß in besonderer Weise auszugleichen sei; etwas unklar *Koller* in *Koller/Roth/Morck*, HGB, § 105 Rn. 27: an die Stelle einer mangelhaften Bestimmung trete, soweit ausschließlich das Innenverhältnis ... tangiert sei, eine angemessene Regelung; *Emmerich* in *Heymann*, HGB, § 105 Rn. 92 f., nach dem an die Stelle der mangelhaften Bestimmung eine angemessene Regelung trete, wobei den Gerichten ein weiter Ermessensspielraum zustehe; so auch *Ulmer* in Staub, HGB, § 105 Anm. 360 und *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rn. 86.

II. BEHANDLUNG DER UMWANDLUNGEN, DIE NICHT UNTER DIE §§ 34 ABS. 3 LWANPG, 202 ABS. 3 UMWG FALLEN

Weiterhin ist zu untersuchen, was mit den Umwandlungen geschieht, die - trotz ihrer Eintragung im Register - nicht unter die §§ 34 Abs. 3 LwAnpG, 202 Abs. 3 UmwG fallen, beispielsweise, weil ein Umwandlungsbeschluß nicht gefaßt wurde, die Umwandlung gegen den numerus clausus der Umwandlungsformen verstieß oder aber keine Anmeldung zur Eintragung der neuen Rechtsform vorlag.

1. EX TUNC-NICHTIGKEIT

Unproblematisch ist, daß die Gesellschaft in der Ausgangsrechtsform fortbesteht. Die Eintragung allein konnte nicht die Rechtsfolgen der §§ 34 Abs. 1 LwAnpG, 202 Abs. 1 UmwG auslösen, der Formwechsel ist ex tunc nichtig.⁶¹³ Dies hat für Umwandlungen nach dem LwAnpG zur Folge, daß sich die LPGen, die sich nicht bis zum 31.12.1991 umgewandelt hatten, nach § 69 Abs. 3 LwAnpG kraft Gesetzes in Liquidation befinden bzw. befanden.⁶¹⁴

2. NEBENEINANDERBESTEHEN VON AUSGANGS- UND ZIELGESELLSCHAFT?

Damit stellt sich die Frage, ob die Eintragung der neuen Rechtsform neben der LPG in Liquidation auch eine neue Gesellschaft in der Zielrechtsform zur Entstehung gebracht hat. Die Eintragung der Umwandlung, die lediglich aus der Eintragung der Zielrechtsform besteht, ist nämlich äußerlich nicht von der Eintragung einer Neugründung zu unterscheiden.⁶¹⁵ Auf diese äußerliche Übereinstimmung ist es wohl zurückzuführen, daß von einer verbreiteten Auffassung angenommen wird, daß auch durch eine gescheiterte Umwandlung, etwa wenn es gänzlich an einem auf einen Formwechsel gerichteten Willensakt der Gesellschafter fehlt, wegen der §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG zumindest eine Gesellschaft in der Zielrechtsform entstanden sei.⁶¹⁶ Insbesondere der BGH geht bei fehlgeschlagenen Umwandlungen nach dem LwAnpG stets von steckengebliebenen Sachgründungen aus; die Zielgesellschaft sei danach von Bestand, aber nicht mit dem

⁶¹³ A.A. *Kort*, Bestandsschutz, S. 297, der auch hier von der vorläufigen Bestandskraft nach den §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG ausgeht.

⁶¹⁴ Ebenso *Kort* in Umwandlungsrecht, S. 194, 213.

⁶¹⁵ *Schweizer*, LwAnpG, Rn. 268, der die Konstitutivwirkung der Eintragung dann nur auf das Entstehen des Verbandes erstrecken will; *Schweizer* geht aber (unzutreffend) davon aus, daß die Registerwirkung nur eintrete, wenn auch ein Umwandlungsvermerk eingetragen ist.

⁶¹⁶ *Götz/Schrezenmaier*, AgrarR Sonderheft 10/1993, 21, 24 zumindest bei Wahl der falschen Rechtsform wird ein Bestandsschutz der neuen Gesellschaft - unabhängig von der gewählten Zielrechtsform - in Anlehnung an die §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG, 94 ff. GenG bejaht, ein Vermögensübergang von der alten auf die neue Gesellschaft aber abgelehnt; *Vossius* in Widmann/Mayer, UmwG, § 202 Rn. 183, der die neue Gesellschaft im Interesse des Verkehrs an Rechtssicherheit für fortbestehend hält, einen Vermögensübergang vom formwechselnden auf den neuen Rechtsträger aber wegen der Fehler der Umwandlung abgelehnt; *Kort*, Bestandsschutz, S. 296; für Entstehen der Zielgesellschaft auch bei numerus clausus Verstoß: *Wenzel*, AgrarR 1998, 139, 142 mit Bezug auf BGHZ 137, 134; *K. Schmidt*, ZIP 1998, 181, 185; inzident auch *Schubel*, ZIP 1998, 1386; für den fehlerhaften Formwechsel in die GmbH nach altem UmwG die Anwendung der §§ 75-77 GmbHG befürwortend *Priester* in Scholz,

Vermögen der Ausgangsgesellschaft ausgestattet; die Eintragung des Nachfolgeunternehmens entfalte nicht die ihr sonst zukommende Transportfunktion.⁶¹⁷ Die Zielgesellschaft bestünde dann neben der LPG in Liquidation.

Dieses Ergebnis überzeugt aber lediglich für die Fälle, in denen ausdrücklich eine Umwandlung durch Neugründung beschlossen wurde und zu diesem Zweck eine neue Gesellschaft gegründet, angemeldet und eingetragen wurde.⁶¹⁸ In diesen Fällen handelt es sich aber eben nicht um einen fehlerhaften Formwechsel, weil begrifflich schon kein Formwechsel sondern eine Neugründung vorliegt.

Zur Überprüfung der Ansicht, die die Zielgesellschaft auch im Falle des fehlgeschlagenen Formwechsels⁶¹⁹ für wirksam hält, soll zunächst der Meinungsstand zu Umwandlungen im Rahmen der Umstrukturierung der volkseigenen Wirtschaft der ehemaligen DDR und nach altem Umwandlungsrecht aufgezeigt und systematische Überlegungen angestellt werden. Daran anschließend wird auf einige Einzelargumente eingegangen.

a) Meinungsstand zu fehlgeschlagenen Umwandlungen bei der Umstrukturierung der volkseigenen Wirtschaft der ehemaligen DDR

aa) Allgemeines

Es existieren zwar eine Reihe gerichtlicher Entscheidungen zu fehlerhaften Umwandlungen nach dem THG und SpTrUG. Die Frage, ob aus einer fehlgeschlagenen Umwandlung zumindest die Zielgesellschaft entsteht, wurde aber nie ausdrücklich beantwortet. Dennoch war den Entscheidungen mittelbar zu entnehmen, daß die Zielgesellschaften für wirksam gehalten wurden.⁶²⁰ Insbesondere traten anläßlich der Umstrukturierung volkseigener Wirtschaftseinheiten der ehemaligen DDR zwei Fallgruppen fehlgeschlagener Umwandlungen auf. Dies waren einmal Umwandlungen von volkseigenen Unternehmen, die vom Anwendungsbereich des Treuhandgesetzes

GmbHG⁷, Anh. Umw, § 46 UmwG Rn. 6, wo aber keine Unterscheidung in fehlerhafte und fehlgeschlagene Umwandlungen erfolgt.

⁶¹⁷ So ausdrücklich BGHZ 138, 371, 375 (Umwandlung war hier aber wirksam); BGH, ZIP 1999, 840, 842; BGH, ZIP 1998, 1207, 1208; inzident BGHZ 137, 134, 138: die Beklagte GmbH & Co. KG, die nicht aus der Umwandlung der LPG hervorgegangen sein soll, wird als „anderes Unternehmen“ angesehen; bekräftigend *Wenzel*, AgrarR 1998, 139, 142; zustimmend *Lohlein*, EWiR 1998, 135, 136.

⁶¹⁸ Z.B. BGH, ZIP 1998, 1207 (Gründung einer AG für eine übertragende Umwandlung); BGH, ZIP 1999, 840, 842 (übertragende Umwandlung auf eine AG).

⁶¹⁹ Z.B. BGHZ 137, 134 fehlgeschlagene Teilung einer LPG, die als Formwechsel, der gegen den numerus clausus verstieß, angesehen wurde.

⁶²⁰ BGH, WM 1995, 349, 350; BGH, NL-BzAR 1999, 244; BGH, ZIP 1999, 840, 841; OLG Rostock, WM 1995, 1721; LG Berlin, ZIP 1992, 141; KG, ZIP 1993, 872; unklar VG Berlin, VIZ 1995, 672, 674: „Der Rechtsnachfolger des VEB ... ist ... nicht ... Eigentümer ... geworden, da der VEB nicht ... umgewandelt worden ist“.

(THG) vom 17. Juni 1990⁶²¹ ausgenommen waren und daher der gesetzlichen Grundlage entbehrten,⁶²² andererseits Spaltungen von Unternehmen, für die bis zum Inkrafttreten des sogenannten Spaltungsgesetzes⁶²³ keine gesetzliche Grundlage bestand.⁶²⁴

bb) Umwandlungen ohne gesetzliche Grundlage

Die Umwandlung von volkseigenen Wirtschaftseinheiten erfolgte gemäß § 11 THG kraft Gesetzes zum 1. Juli 1990; ihre Eintragung als Kapitalgesellschaft im Aufbau (i.A.) nach § 13 ff. THG hatte allein deklaratorische Wirkung. Es herrschte weitgehend Einigkeit darüber, daß beim Fehlen der gesetzlichen Grundlage der Umwandlung - Hauptfall war, daß die betreffende Wirtschaftseinheit durch den Ausnahmetatbestand § 11 Abs. 3 THG von der Umwandlung ausgenommen war - lediglich eine Scheingesellschaft entstanden ist.⁶²⁵ In diesem Fall war also nicht nur die Umwandlung selbst gescheitert, auch die Kapitalgesellschaft i.A. war trotz ihrer Eintragung nicht wirksam entstanden und damit löschungsreif.⁶²⁶ Wurden allerdings die für eine rechtsgeschäftliche Gründung erforderlichen Maßnahmen nachgeholt und der Zusatz i.A. gelöscht (dies war erforderlich, um der gesetzlichen Auflösung nach § 22 THG zu entgehen), wurden auch die Gesellschaften, die durch Umwandlungen ohne gesetzliche Grundlage entstanden sind, für fehlerhaft, aber wirksam entstanden, angesehen.⁶²⁷

cc) Spaltungen ohne gesetzliche Grundlage

Für die Spaltung von volkseigenen Wirtschaftseinheiten stellte sich die Rechtslage folgendermaßen dar: Im Gegensatz zur Umwandlung nach dem THG wurden diese Spaltungen ebenso wie der hier zu behandelnde Formwechsel auf rechtsgeschäftlicher Grundlage durchgeführt. Vor Inkrafttreten des SpTrUG existierte für die Spaltung dieser Unternehmen keine Rechtsgrundlage. Trotzdem durchgeführte Spaltungen verstießen demgemäß gegen den *numerus clausus* der Um-

⁶²¹ GBl. DDR I S. 300 ff.

⁶²² Siehe oben D. II. 4. d) aa).

⁶²³ Gesetz über die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen (SpTrUG) v. 5. April 1991, BGBl. I S. 854.

⁶²⁴ Siehe oben D. II. 4. d) aa).

⁶²⁵ AG Charlottenburg, ZIP 1992, 520, zustimmend *Neye*, EWiR 1992, 387, 388; *Gutbrod*, GmbHR 1993, 622, 629; *Busche* in RVI, B 200 TreuhG § 15 Rn. 3 und § 11 Rn. 18a ff.; *Horn*, Wirtschaftsrecht, § 16 Rn. 14 (S. 723 f.); LG Magdeburg, Entscheidung v. 9.6.1993 - 8 O 1259/92 (unveröffentlicht/juris); **a.A.** aber unzutreffend KG, VIZ 1993, 113 das die bloß deklaratorische Eintragung der gesetzlichen Umwandlung nach § 15 THG mit der konstitutiven Eintragung der Gründung einer Kapitalgesellschaft gleichsetzt; zustimmend *Stute*, VIZ 1994, 381, 384, der die Umwandlung aufgrund nichtigen Beschlusses mit der Umwandlung ohne gesetzliche Grundlage gleichsetzt und damit zu dem Ergebnis kommt, daß auch Umwandlungen ohne gesetzliche Grundlage nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft wirksam sind. Dies überzeugt nicht. Zwar wird der Umwandlungsbeschluß durch die gesetzliche Umwandlung ersetzt, jedoch setzt die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft stets eine gesetzliche Grundlage voraus. Liegt diese nicht vor, sind auch auf rechtsgeschäftliche Umwandlungen die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nicht anwendbar; ablehnend auch *Neye*, EWiR 1993, 397, 398; offen gelassen VG Berlin, VIZ 1995, 672.

⁶²⁶ AG Charlottenburg, ZIP 1992, 520, 521; *Busche* in RVI, B 200 TreuhG § 15 Rn. 3 und § 11 Rn. 18a ff.; *Horn*, Wirtschaftsrecht, § 16 Rn. 15 (S. 723 f.).

⁶²⁷ *Gutbrod*, GmbHR 1993, 622, 629; *Stute*, VIZ 1994, 381, 382; OLG Rostock, OLG-NL 1997, 247, 250.

wandlungsformen. Diese Spaltungen waren trotz ihrer Eintragung wirkungslos, die partielle Gesamtrechtsnachfolge gescheitert.⁶²⁸ Trotzdem ging die ganz herrschende Ansicht davon aus, daß zumindest die Zielgesellschaften entstanden waren.⁶²⁹ Dies ergibt sich daraus, daß § 12 SpTrUG, der zur „Heilung“ dieser notleidenden Spaltungen geschaffen wurde, nach herrschender Ansicht lediglich einen Vermögensübergang anordnet.⁶³⁰ Dies ist aber nur ausreichend, wenn die Zielgesellschaft bereits besteht.⁶³¹

dd) Übertragbarkeit auf den Formwechsel und Kritik

Sowohl bei Umwandlungen nach dem THG ab Löschung des Zusatzes „i.A.“ als auch bei den Spaltungen nach dem SpTrUG hält die herrschende Ansicht die eingetragene Zielgesellschaft für wirksam, auch wenn die Umwandlung selbst gescheitert ist.

Für die Spaltungen nach dem SpTrUG wird dies dadurch verständlich, daß es sich bei den Spaltungen um übertragende Umwandlungen handelt, die sich durch Neugründung und Vermögensübertragung vollziehen. Deshalb konnte man annehmen, jede Spaltung enthalte auch eine Neugründung, die selbst bei Scheitern der Umwandlung wirksam wurde.

Für die Umwandlungen nach dem THG ist aber umstritten, ob es sich um identitätswahrende oder übertragende Umwandlungen handelt.⁶³² Geht man von einer identitätswahrenden Umwandlung aus, läßt sich der Bestand der Zielgesellschaft nicht mit einer darin enthaltenen Neugründung begründen, die eingetragene Zielgesellschaft wäre nicht wirksam, sondern lediglich eine Scheingesellschaft. Hält man die Umwandlung dagegen für übertragend, kommt man zu dem Ergebnis, daß die Umwandlung wegen der in ihr enthaltenen Neugründung auch zum Entstehen der Zielgesellschaft geführt hätte.

Bei genauer Betrachtung kann das Entstehen einer Zielgesellschaft aber nicht davon abhängen, ob die Umwandlung übertragend oder formwechselnd erfolgt. Wie unter E II. 2. c) dargestellt, war die Umwandlung früher nur deshalb übertragend ausgestaltet, weil man sich nicht erklären konnte, wie ein Unternehmen durch bloße Strukturänderung aus einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft (oder umgekehrt) umgewandelt werden sollte. Nachdem diese Bedenken überwun-

⁶²⁸ Siehe oben D II. 4. d) bb) (2).

⁶²⁹ Haritz in RVI, B 230 SpTrUG § 12 Rn. 2; Horn, Wirtschaftsrecht, § 16 Rn. 15 (S. 724); Weimar, DtZ 1991, 182, 184; Mayer, DB 1991, 1609, 1614 mit Hinweis auf die amtliche Begründung zu § 12 SpTrUG; die auf § 275 AktG, § 75 GmbHG verweist; Schubert, INF 1991, 438, 440; LG Berlin, NZG 1999, 411.

⁶³⁰ Haritz in RVI, B 230 SpTrUG § 12 Rn. 6; Gutbrod, GmbHR 1993, 622, 630; Horn, Wirtschaftsrecht, § 16 Rn. 15 (S. 724); Kübler, FS Merz, S. 333, 348; ausführlich aber a.A. Heiss, Spaltungen, S. 201 ff. die die durch rechtsgrundlagenlose Spaltungen entstandenen Gesellschaften als bloße Scheingesellschaften einordnet. Dabei geht sie zwar zutreffend davon aus, daß die entsprechenden Spaltungen keine Rechtsfolgen auslösen und auch nicht nach den in den §§ 275 AktG, 75 GmbHG niedergelegten Grundsätzen (die ihre Grenzen beim Vorliegen sogenannter Kardinalsfehler finden) wirksam sind; dies genügt aber noch nicht, um auch Nichtentstehen der Zielgesellschaft zu begründen.

⁶³¹ Nicht genügend ist dafür die Begründung von Gutbrod, GmbHR 1993, 622, 630, daß der Gesetzgeber die Prüfung der Gesellschaftsgründung nicht dem Handelsregister aufgeben wollte.

⁶³² Zum Meinungsstand statt aller Busche in RVI, B 200 TreuhG § 11 Rn. 2 ff.

den waren, wurde die Umwandlung unter Beteiligung lediglich eines Rechtsträgers als formwechselnd angesehen. Das bedeutet aber nicht, daß beide dogmatischen Konstruktionen zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen. Insbesondere kann nicht argumentiert werden, daß bei fehlgeschlagener übertragender Umwandlung nur eines Rechtsträgers die Zielgesellschaft entsteht, bei der formwechselnden Umwandlung hingegen nicht. Für die Umwandlungen ist in beiden Fällen allein charakteristisch, daß (nur) ein Rechtsträger seine Rechtsform ändert. Davon ausgehend muß die Frage untersucht werden, ob bei Scheitern der Umwandlung eine Zielgesellschaft entsteht. Die dogmatische Einordnung der Umwandlung kann dafür nicht maßgebend sein.

Kritisch ist auch anzumerken, daß die Ansichten, die die Zielgesellschaften trotz gescheiterter Umwandlung für wirksam halten, dies stets allein mit dem Rechtsgedanken der §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG oder allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen begründen.⁶³³ Die aufgrund der fehlgeschlagenen Umwandlung eingetragene Kapitalgesellschaft wurde einer fehlerhaft neu gegründeten und eingetragenen Kapitalgesellschaft gleichgestellt.⁶³⁴ Insbesondere für Umwandlungen nach dem THG wurde die Nachholung der Gründungshandlungen wie ein selbständiger Gründungsakt behandelt, dessen Fehlerhaftigkeit den Bestand der eingetragenen Gesellschaft unberührt läßt. Daran ist unbestreitbar, daß die Löschung des Zusatzes „i.A.“ die selbe Wirkung hat, wie die Eintragung einer Neugründung⁶³⁵ und daß das Nachholen der Gründungshandlungen die ursprünglich gesetzliche zu einer rechtsgeschäftlichen Umwandlung macht, die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft also grundsätzlich anwendbar wären. Im vorliegenden Fall ist die Umwandlung selbst aber gescheitert; die §§ 202 UmwG, 34 LwAnpG und damit die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft gerade nicht anwendbar.

Die Autoren, die den Bestand der Zielgesellschaft trotzdem befürworten, äußern sich allerdings nicht dazu, worauf diese Bestandskraft beruhen soll. Es fehlen Ausführungen dazu, ob der fehlerhafte Umwandlungsbeschluß auch einen rechtsgeschäftlichen Gründungsakt enthält. Soweit ersichtlich wurde diese Frage bisher nicht aufgeworfen.⁶³⁶ Ebenso fehlen fundierte Ausführungen dazu, ob im Falle des Scheiterns einer Umwandlung der selbe Bestandsschutz erforderlich ist, wie bei einer fehlerhaften Gesellschaftsneugründung.

Bereits aus diesem Grund ist die Ansicht, auch bei fehlgeschlagener Umwandlung käme die Zielgesellschaft zur Entstehung, angreifbar. Überzeugender ist dagegen die Ansicht von *Manuela*

⁶³³ Für aus fehlerhaften Spaltungen hervorgegangene Gesellschaften: *Horn*, Wirtschaftsrecht, S. 724; *Weimar*, DtZ 1991, 182, 184; *Mayer*, DB 1991, 1609, 1614; *Schubert*, INF 1991, 438, 440; *Kübler*, FS Merz, S. 333, 344.

⁶³⁴ OLG Rostock, OLG-NL 1997, 247, 250.

⁶³⁵ *Gutbrod*, GmbHR 1993, 622, 629; OLG Rostock, OLG-NL 1997, 247, 250.

Heiss,⁶³⁷ die aufgrund von Spaltungen ohne rechtliche Grundlage „entstandene“ Gesellschaften lediglich als Scheingesellschaften ansieht. Nach ihrer Ansicht ist die „Heilungsnorm“ des § 12 SpTrUG im Gegensatz zur ganz herrschenden Ansicht als umfassende „Heilungsnorm“, die für die Umwandlung auch die nötige rechtliche Grundlage liefert, anzusehen. Nur bei dieser Auslegung könne § 12 SpTrUG die vom Gesetzgeber beabsichtigte „Heilung“ bewirken. Mit Inkrafttreten des SpTrUG wurden diese Scheingesellschaften, die auf einem gegen den *numerus clausus* der Umwandlungsformen verstoßenden Spaltungsvorgang beruhten, wirksam und erlangten das Vermögen der Ausgangsgesellschaft.

ee) Ergebnis

Zielgesellschaften, die aus fehlerhaften Umwandlungen der volkseigenen Wirtschaft hervorgegangen sind, wurden allgemein für wirksam gehalten. Die Besonderheit, daß es sich in diesen Fällen nicht um (fehlerhafte) Neugründungen, sondern Umwandlungen handelte, wurde dabei nicht problematisiert.

b) Älterer Meinungsstand und Übertragbarkeit auf den Formwechsel

Bereits früher, insbesondere vor Einführung einer „Heilungsnorm“ wurde die Problematik fehlergeschlagener Umwandlungen erörtert.

Nach dem AktG von 1965, das in den §§ 362 ff. die identitätswahrende⁶³⁸ Umwandlung von Aktiengesellschaft in GmbH regelte, war man sich einig, daß bei Unwirksamkeit oder Nichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses die Gesellschaft in ihrer Ausgangsrechtsform - der Aktiengesellschaft - fortbestehen müsse,⁶³⁹ auch wenn teilweise ein zeitweiliger Bestand der GmbH angenommen wurde.⁶⁴⁰ Ein Nebeneinander von Aktiengesellschaft und GmbH wurde dort nicht in Erwägung gezogen.

⁶³⁶ OLG Rostock, OLG-NL 1997, 247, 250 problematisiert bei der gesetzlichen Umwandlung nach dem THG zwar das Vorliegen eines Gesellschaftsvertrages; nach Löschung des Zusatzes „i.A.“ wird die Ziel-GmbH aber ohne weitere Begründung einer neu gegründeten GmbH gleich gestellt.

⁶³⁷ *Heiss*, Spaltungen, S. 205 f.

⁶³⁸ *Semler/Grunewald* in G/H AktG, §§ 362 ff. Rn. 2.

⁶³⁹ *Kuhn* (zum AktG 1937), WM 1956, 970, 975; *Meyer-Landrut* in GK AktG³ § 372 Anm. 4; *Godin/Wilhelmi*, AktG, § 369 Anm. 26; *Semler/Grunewald* in G/H, AktG, § 372 Rn. 2; *Baumbach/Hueck*, AktG¹², § 265 Anm. 2; bei Durchdringen der Anfechtungsklage eines Umwandlungsbeschlusses würde offensichtlich, daß dieser nichtig ist und die Aktiengesellschaft (hier Ausgangsgesellschaft) noch weiterbesteht: *Barz*, JW 1937, 2276, 2277; genauso für den umgekehrten Fall der Umwandlung einer GmbH in die AG: *Zimmermann* in Rowedder, GmbHG, Anhang § 77 Rn. 41: die Unwirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses habe zur Folge, daß die Gesellschaft nicht AG geworden sei, sondern als GmbH weiterbestehe; strittig war aber die Anwendung des § 275 AktG auf die nichtige aber eingetragene Umwandlung: bejahend: *Meyer-Landrut* in GK AktG³, § 376 Anm. 9, dagegen *Zimmermann* in Rowedder, GmbHG, Anhang § 77 Rn. 41.

⁶⁴⁰ *Semler/Grunewald* in G/H, AktG, § 372 Rn. 15; *Meyer-Landrut* in GK³, AktG, § 372 Anm. 4; *Baumbach/Hueck*, AktG¹², § 265 Anm. 2.

Im Gegensatz dazu waren die Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz von 1969⁶⁴¹ zum größten Teil als übertragende Umwandlungen ausgestaltet.⁶⁴² Die Rechtsform wurde dadurch gewechselt, daß eine neue Gesellschaft errichtet werden mußte und das Vermögen der alten auf die neue Gesellschaft kraft Gesamtrechtsnachfolge überging.⁶⁴³ Bei nichtiger Umwandlung (beispielsweise einer Personenhandelsgesellschaft durch Übertragung des Vermögens auf eine GmbH nach den §§ 46 ff. UmwG) wurde der Vermögensübergang von der Ausgangs- auf die Zielgesellschaft abgelehnt und die neue Gesellschaft lediglich als vermögenslose Hülse, aber zumindest als bestehend, angesehen.⁶⁴⁴ Da das Vermögen der Personenhandelsgesellschaft aber weder ohne Rechtssubjekt bestehen noch völlig entfallen kann, mußte die Personenhandelsgesellschaft nach dieser Lösung fortbestehen. Von anderer Seite wurde dagegen auch bei Eintragung der nichtigen Umwandlung ein Vermögensübergang bejaht.⁶⁴⁵ Trotz Nichtigkeit der Umwandlung würden durch die Eintragung ihre Rechtsfolgen vollständig eintreten. Die Personenhandelsgesellschaft wäre erloschen.

Zur Beantwortung der Frage, ob die Zielgesellschaft trotz gescheiterter Umwandlung entsteht, ist es nicht möglich, sich einfach für die eine oder andere Ansicht zu entscheiden. Zwar entspricht die zweitgenannte Lösung, die die Umwandlung samt „Vermögensübergang“ für fehlerhaft, aber wirksam hält, der heutigen Regelung des § 202 Abs. 3 UmwG und auch die Anwendung der Grundsätze über fehlerhafte Strukturänderungen würde zur (vorläufigen) Wirksamkeit der gesamten Strukturänderung - einschließlich des „Vermögensübergangs“ - führen. Die Problematik besteht aber gerade darin, daß im hier interessierenden Fall, die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft mangels gesetzlicher Grundlage für die Umwandlung nicht eingreifen. Diese Konstellation wurde früher aber - soweit ersichtlich - nicht behandelt. Obige Ansichten beschäftigten sich allein mit der Frage, ob „normal“ rechtswidrige, aber auf einer Rechtsgrundlage beruhende eingetragene Umwandlungen Bestandsschutz genießen. Für die hier zu erörternde Fragestellung ist dies aber unergiebig. Interessant ist allein, daß für den Fall, daß die Umwandlung scheitert, auch das Nebeneinander von Ausgangs- und Zielgesellschaft in Erwägung gezogen wurde.⁶⁴⁶

⁶⁴¹ BGBl. I S. 2081.

⁶⁴² *Schilling*, UmwG, Einführung, Rn. 5 f.; dabei war bereits im Rahmen des Gesetzte zur Ergänzung der handelsrechtlichen Vorschriften über die Änderung der Unternehmensform, das das UmwG von 1956 änderte, wegen steuerlicher Nachteile der übertragenden Umwandlung angeregt worden, auch für die Umwandlung von Personenhandelsgesellschaften und Unternehmen von Einzelkaufleuten den Weg der formwechselnden Umwandlung zu eröffnen. Dies wurde aber abgelehnt, weil die Identität des Rechtsträgers des Vermögens bei Gesamthandseigentum der Personenhandelsgesellschaften oder Einzelkaufleuten nicht erfüllt wäre *Caspers*, WM 1969, Sonderbeilage Nr. 3 S. 3, 5.

⁶⁴³ *Schilling*, UmwG, Einführung, Rn. 10.

⁶⁴⁴ *Mayer* in Widmann/Mayer, UmwG¹³, § 46 Rn. 892.4.

⁶⁴⁵ *Priester* in Scholz, GmbHG⁷, Anh. Umw, § 46 UmwG Rn. 8.

⁶⁴⁶ *Mayer* in Widmann/Mayer, UmwG¹³, § 46 Rn. 892.4.

c) Struktur des Formwechsels und Folgerungen

Maßgebende Frage für die Anwendbarkeit der §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG auf die eingetragenen Zielgesellschaften der Umwandlung ist, ob ein Formwechsel zugleich eine Neugründung beinhaltet. Die Lösung dieser Frage ergibt sich aus einer Analyse des Formwechsels als einheitlichem Umwandlungsvorgang.

Die ersten Regelungen, die mit dem heutigen Formwechsel vergleichbar waren, enthielt das GmbHG in der Urfassung von 1892, in dem in den §§ 80 ff. die Umwandlung der Aktiengesellschaft auf die GmbH zugelassen war. Diese Regelung ging auf die bereits vorher bekannte Möglichkeit der Verschmelzung (Art. 215 Abs. 2, 247 ADHGB von 1861)⁶⁴⁷ von Aktiengesellschaften zurück.⁶⁴⁸ Leitgedanke dabei war, daß bei Zulässigkeit der Verschmelzung zur Neubildung, also der Umwandlung mehrerer Gesellschaften in eine neu zu gründende Gesellschaft, auch die Umwandlung nur einer Gesellschaft in eine neu zu gründende Gesellschaft möglich sein muß. Folglich wurden auf diese Umwandlung die selben Grundsätze angewandt, wie auf die Verschmelzung: Kernstück war die Vermögensübertragung von der alten auf die neu gegründete Gesellschaft. Dieses Modell der übertragenden Umwandlung bestimmte auch die Regelungen des Umwandlungsgesetzes von 1934 für die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften, und nach der Änderung von 1969 auch für die Umwandlung in umgekehrter Richtung von der Personenhandelsgesellschaft in die Kapitalgesellschaft.⁶⁴⁹

Wegen ihrer „Abstammung“ von der Verschmelzung, wurde die Umwandlung einer Gesellschaftsform in eine andere immer als Neugründung mit späterer Vermögensübertragung angesehen. Diese Konstruktion war erforderlich, um zu erklären, wie eine Gesellschaft untergehen, ihr Vermögen sowie sämtliche Rechtsverhältnisse aber in einer anderen Gesellschaft weiterbestehen konnte. Im Ergebnis handelte es sich aber hierbei lediglich um eine Hilfskonstruktion, um die Veränderung der Organisationsstruktur einer Gesellschaft, die eigentliches Ziel einer Umwandlung ist, zu erklären. Denn Unternehmen, die eine Umwandlung vornehmen wollen, haben kein Interesse daran, ihr Vermögen zu übertragen; dieses und sämtliche rechtlichen Beziehungen des Unternehmens nach außen sollen vielmehr unverändert bleiben; gewollt ist lediglich die Umstrukturierung des Unternehmens durch Übernahme einer anderen gesellschaftlichen Organisationsform. Demzufolge wurde später auch die formwechselnde Umwandlung gesetzlich geregelt, bei der die Konstruktion von Neugründung und Vermögensübergang aufgegeben wurde und allein der beschlossene Wechsel der Rechtsform eintritt. Regelungen über einen Vermögensüber-

⁶⁴⁷ Abgedruckt bei *Makower/Meyer*, HGB, S. 145, 161.

⁶⁴⁸ *K. Schmidt*, AcP 191 (1991), 496, 503.

⁶⁴⁹ *K. Schmidt*, AcP 191 (1991), 496, 506.

gang finden sich dort nicht mehr.⁶⁵⁰ Nachdem diese Art der Umwandlung zunächst nur für die Umwandlung von juristischen Personen in juristische Personen anderer Rechtsform⁶⁵¹ zugelassen wurde, steht sie seit Inkrafttreten des Umwandlungsgesetzes vom 1.1.1995 auch für Umwandlungen von Personenhandelsgesellschaften in Kapitalgesellschaften und umgekehrt zur Verfügung. Als Rechtsträger neuer Rechtsform kommt sogar die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Betracht (§ 191 Abs. 2 UmwG).

Gleichzeitig wird deutlich, daß sich der Gesetzgeber von der Konstruktion der übertragenden Umwandlung - Neugründung mit anschließender Vermögensübertragung - verabschiedet hat. Der Formwechsel ist als ein „Strukturübergang“ zu verstehen, bei dem die Vermögensverhältnisse, Mitgliederbestand und Rechtsbeziehungen zu Dritten unverändert bleiben. Deshalb verbietet sich aber eine Zerlegung in Neugründung zuzüglich Vermögensübertragung. Zwar kann dieser Vergleich zur Verdeutlichung des Umwandlungsvorgangs herangezogen werden; da die Organisationsstruktur, die das Kernstück der Gesellschaft bildet, geändert wurde, besteht in der Tat eine neue Gesellschaft, die mit dem Vermögen der Ausgangsgesellschaft wirtschaftet. Bei diesem Vergleich dürfen aber Neugründung und Vermögensübergang nicht als zwei getrennte Akte angesehen werden, da es sich eben nur um einen Formwechsel handelt.

Mit diesem modernen Verständnis vom identitätswahrenden Formwechsel ist es aber unvereinbar, im Falle einer fehlgeschlagenen Umwandlung zu dem Ergebnis zu gelangen, daß die mangels Rechtsgrundlage nicht umgewandelte Altgesellschaft und die eingetragene Neugesellschaft nebeneinander bestehen können. Ein Formwechsel ist entweder im ganzen wirksam oder unwirksam. Dies allein entspricht dem Identitätserfordernis, wonach eben ein und derselbe Rechtsträger nur eine neue Rechtsform erlangt.

Greifen die §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG ein, so entsteht die neue Gesellschaft kraft konstitutiver Eintragung auch bei nichtigem Umwandlungsakt.⁶⁵² Zwangsläufig erlischt die Ausgangsgesellschaft und auch ein „Vermögensübergang“⁶⁵³ erfolgt.⁶⁵⁴ Daraus folgt aber, daß

⁶⁵⁰ Erstmals für den Wechsel zwischen KGaA und AG in Art. 206a des ADHGB aus dem Jahre 1884, dann §§ 332, 334 HGB in der Fassung bis zum 30.1.1937; später auch für den Wechsel zwischen AG und GmbH (AktG von 1937) *Ganßmüller*, GmbHR 1957, 81, 83; *K. Schmidt*, AcP 191 (1991), 495, 507; ausführlich *Meyer-Landrut* in GK AktG³, Vorbemerkung § 362.

⁶⁵¹ Z.B. §§ 362 ff. AktG 1965.

⁶⁵² *Götz/Schrezenmaier*, AgrarR Sonderheft 10/1993, 21, 24; *Wenzel*, AgrarR 1998, 139, 142; *Kort* in Umwandlungsrecht, S. 194, 207: die einmal eingetragene Körperschaft könne nur nach den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG, 94 ff. GenG abgewickelt werden; das gelte unabhängig davon, ob sie durch Neugründung oder durch Rechtsformwechsel entstanden sei.

⁶⁵³ Mit Abschaffung der errichtenden Umwandlung und damit des Vermögensübergangs, handelt es sich hier nur noch um ein Modell.

beim Nichteingreifen der §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG und damit Fortbestehen der Gesellschaft in ihrer ursprünglichen Rechtsform nicht nur der „Vermögensübergang“ scheitert, sondern auch die Zielgesellschaft nicht entstehen kann.

d) Die Zielgesellschaft als „weiterentwickelte Vorgesellschaft“

Für den vom BGH am 7.11.1997 entschiedenen Fall,⁶⁵⁵ begründete *K. Schmidt* das Nebeneinander von LPG und Zielgesellschaft damit, daß im Falle der Verschmelzung oder Spaltung zur Neugründung bereits durch den Plan bzw. Vertrag eine Vorgesellschaft entstehe. Die Eintragung der neuen Gesellschaft bewirke nur noch den Vermögensübergang, der im Falle der fehlgeschlagenen Umwandlung ausbleibe, so daß die Zielgesellschaft als durch Sachgründung, aber nur vermeintlich mit dem LPG-Vermögen ausgestattet, anzusehen sei.⁶⁵⁶

Bereits der Ausgangspunkt - Entstehung einer Vorgesellschaft vor Eintragung - stößt auf Zweifel. Zwar wird auch im Rahmen der Verschmelzung zur Neugründung vertreten, daß bereits vor Eintragung der Verschmelzung eine Vorgesellschaft entstehe,⁶⁵⁷ Haftungsfolgen sollen sich daraus aber nicht ergeben können, da nicht in deren Namen gehandelt würde.⁶⁵⁸ Damit scheint jedoch für die Konstruktion einer Vorgesellschaft kein Bedarf zu bestehen. Zudem betont *K. Schmidt* zutreffend, daß beim Formwechsel, anders als bei Verschmelzung oder Spaltung keine Vorgesellschaft entstehe.⁶⁵⁹ Der vorliegende Fall - Teilung einer LPG in eine GmbH und & Co. KG - wird vom BGH aber gerade als verdeckter Formwechsel behandelt.

An dieser Stelle soll allerdings nicht die Entstehung von Vorgesellschaften im Rahmen von Umwandlungsvorgängen generell untersucht werden. Für die fehlgeschlagene identitätswahrende Umwandlung läßt sich der Bestand der eingetragenen „Zielgesellschaft“ jedenfalls nicht mit dem vorherigen Entstehen einer Vorgesellschaft begründen.

Die Vorgesellschaft bildet eine Vorstufe zur voll wirksamen Gesellschaft. Ob diese Zielgesellschaft auch durch einen extrem mangelhaften, weil beispielsweise gegen den *numerus clausus*

⁶⁵⁴ BGHZ 132, 353, 361; zustimmend *Drygala*, WuB II N. § 34 LwAnpG 1.96 (S. 1297, 1299); *Nies* in RVI, B 500 LwAnpG § 34 Rn. 15; *Neixler*, AgrarR Sonderheft 10/1993, 25; bereits zum alten Umwandlungsrecht, allerdings für die übertragende Umwandlung: *Schilling*, UmwG, Einführung Rn. 10; *Priester* in Scholz, GmbHG⁷, Anh. Umw, § 46 UmwG Rn. 8; a.A. *Mayer* in Widmann/Mayer, UmwG¹³, § 46 Rn. 892.4: ein Vermögensübergang konnte nicht stattfinden.

⁶⁵⁵ BGHZ 137, 134: unzulässige Umwandlung einer LPG in eine GmbH & Co. KG, die durch Teilung in die Komplementär GmbH und die KG verdeckt werden sollte.

⁶⁵⁶ *K. Schmidt*, ZIP 1998, 181, 184; zum Entstehen einer Vorgesellschaft bei einer rechtmäßigen Umwandlung nach dem THG: *Jannot*, WuB II N. § 11 THG 1.98 (S. 335, 336); für fehlerhafte Spaltungen auch *Gutbrod*, GmbHR 1993, 622, 628.

⁶⁵⁷ Ebenso für die Umwandlung nach der UmwVO, wenn man davon ausgeht, daß es sich hier um eine übertragende Umwandlung handelt *Busche* in RVI, B 200 TreuhG Vor § 1 Rn. 5: „Nebeneinander von Kombinat und Kapital-Vorgesellschaft“.

⁶⁵⁸ *Lutter* in Lutter, UmwG, § 4 Rn. 17.

⁶⁵⁹ *K. Schmidt*, ZIP 1998, 181, 183; so auch BGH, ZIP 1999, 489, 490, falls man die Umwandlung nach dem THG als formwechselnde Umwandlung ansieht.

der Umwandlungsmöglichkeiten verstoßenden Umwandlungsbeschluß entstehen kann, ist noch nicht geklärt. Einer Vorgesellschaft kann aber keine größere Rechtsbeständigkeit zukommen als der eigentlichen Zielgesellschaft. Sollte es Mängel geben, die der Entstehung der Zielgesellschaft entgegenstehen, würden diese auch das Entstehen einer Vorgesellschaft verhindern.⁶⁶⁰ Vom Entstehen einer Vorgesellschaft auf den Bestand der Zielgesellschaft zu schließen, ist danach dogmatisch nicht überzeugend.⁶⁶¹

e) Vorliegen der Voraussetzungen für eine neben der Umwandlung vorliegende Neugründung?

Die Neugründung einer Gesellschaft setzt stets den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages, also einen auf Gründung einer Gesellschaft gerichteten Willensakt, voraus.⁶⁶² Mängel der Gründung können (bei Körperschaften) zwar durch Eintragung „geheilt“ werden (§§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG), ohne Gesellschaftsvertrag kann aber auch die Eintragung keine Gesellschaftsgründung bewirken. Ein Umwandlungsbeschluß ist aber auf Umwandlung, nicht auf Gründung einer Gesellschaft gerichtet und kann damit den für die Errichtung einer Gesellschaft erforderlichen Willensakt nicht ersetzen. Die Gesellschafter, die die Umwandlung ihres Unternehmens anstreben, haben an einer Gesellschaftsgründung kein Interesse, wenn dieses nicht auch mit dem Vermögen der Ausgangsgesellschaft ausgestattet ist. Ob eine fehlgeschlagene identitätswahrende Umwandlung in eine übertragende Umwandlung umgedeutet werden kann, soll hier nicht vertieft werden.⁶⁶³ Eine Umdeutung scheint nur dann möglich, wenn das Ziel - Weiterbestehen des Unternehmens in neuer Rechtsform mit gleichzeitiger Auflösung der Ausgangsgesellschaft und Übertragung aller Aktiva und Passiva - auch erreicht werden kann, denn sonst könnte hier eine bloße Neugründung unter Fortbestand der Ausgangsgesellschaft eintreten, die von den Gesellschaftern nicht gewollt ist.

Abgesehen davon, daß ein fehlerhafter Formwechsel grundsätzlich keine Neugründung beinhaltet, auf die die §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG anwendbar wären, fehlt es auch an einer vergleichbaren Interessenlage zwischen Neugründung und Formwechsel, die für die analoge Anwendung der §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG unverzichtbar ist. Die §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG wollen die Gläubiger der im Rechtsverkehr aufgetretenen eingetragenen Gesellschaft davor schützen, daß sie bei einer fehlerhaften Gründung einer Schar möglicherweise zahlungsunfähiger Gesellschafter gegenüber stehen. Deshalb soll der Bestand dieser fehlerhaft gegründeten

⁶⁶⁰ Anders angeblich, wenn die Umwandlung in eine vom Gesetz vorgesehene Rechtsform erfolgt: BGH, ZIP 1999, 489, 490, der das Entstehen einer Vor-GmbH in Betracht zieht; für die Spaltung auch *Gutbrod*, GmbHR 1993, 622, 628.

⁶⁶¹ So aber *K. Schmidt*, ZIP 1998, 181, 183.

⁶⁶² Für die AG *Hüffer*, AktG, § 2 Rn. 3; für die GmbH *Rittner/Schmidt-Leithoff* in Rowedder, GmbHG, § 2 Rn. 49.

Gesellschaft weitestgehend gewährleistet sein und eine Rückabwicklung nur ex nunc und auch nur in den enumerativ aufgeführten Fällen möglich sein. Im Falle des Formwechsels ändert dagegen das Unternehmen lediglich seine Struktur. Mit Eintragung des Unternehmens in der Zielrechtsform ist dieses Träger von Rechten und Pflichten der Ausgangsgesellschaft. Ist die Umwandlung mangels Anwendbarkeit der §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG fehlgeschlagen und damit ex tunc nichtig, steht den Gläubigern die Gesellschaft in ihrer Ausgangsrechtsform als Schuldner zur Verfügung. Eine Gläubigergefährdung, wie sie bei einer fehlerhaften Neugründung auftreten kann, besteht hier nicht. Aus fehlgeschlagenen Formwechseln geht somit keine Gesellschaft in der Zielrechtsform hervor.

f) Konsequenzen des Abweichens von der herrschenden Ansicht

Es ist festzuhalten, daß die herrschende Ansicht, die trotz ex tunc nichtiger Umwandlung die Gesellschaft in der Zielrechtsform für bestandskräftig hält, nicht überzeugen kann.

Trotzdem soll kurz darauf eingegangen werden, warum diese Ansicht soviel Zuspruch findet.

Zunächst gab es bisher keinen Grund, sich mit der möglichen Bestandskraft der Zielgesellschaft ausführlich zu beschäftigen. In den Rechtsstreitigkeiten ging es ausschließlich um die Frage, ob die eingetragene Gesellschaft Rechtsnachfolgerin der Ausgangsgesellschaft geworden ist. Dies wurde je nach Sachlage bejaht oder verneint. Es bestand aber kein Bedürfnis danach, zusätzlich den Bestand der Zielgesellschaft in Zweifel zu ziehen, wenn doch nach den Entscheidungen feststand, daß zumindest die Ausgangsgesellschaft immer noch mit ihrem Vermögen fortbestand.

Interessen der Gesellschafter wurden durch den Bestand der Zielgesellschaft kaum betroffen. Schließlich wollten die Gesellschafter wirklich als Gesellschafter tätig werden und die Satzung, die sie sich im Rahmen der Umwandlung gaben, könnte auch eine von ihnen gewünschte Satzung für eine neu gegründete Gesellschaft darstellen. Die Eintragung der Umwandlung ist äußerlich ebenfalls nicht von einer Neugründung zu unterscheiden, da nur der Rechtsträger in neuer Rechtsform eingetragen wird. Schließlich sind auch Gläubigerinteressen nicht tangiert, da der Registerrichter vor der Eintragung des Unternehmens in Zielrechtsform die Einhaltung der Gründungsvorschriften, die auch für das Umwandlungsverfahren eingehalten werden müssen (§ 197 UmwG), überprüft.

Kurz gesagt: Der Bestand der „Zielgesellschaft“, schadet niemandem. Sein Nutzen ist zwar ohne Kapitalausstattung nur gering, zumindest eröffnet er die Möglichkeit, über Konstruktionen doch noch den „Vermögensübergang“ auf die Zielgesellschaft zu bewirken, ohne dazu nochmals eine

⁶⁶³ Dazu *Schubel*, ZIP 1998, 1386, 1388 m.w.N.; ablehnend der BGH, zuletzt ZIP 1999, 840, 841 f. m.w.N.

Gesellschaft gründen zu müssen. Die Rechtsprechung hat diese Versuche bisher aber zumindest für den Formwechsel nach dem LwAnpG nicht anerkannt.⁶⁶⁴

In einem Urteil des BGH wurde aber doch deutlich, daß die Lösung der herrschenden Ansicht auch Schwachstellen hat. Dort wurde entschieden, daß die Abfindung, die eine „Zielgesellschaft“ einem ausgeschiedenen LPG-Mitglied gezahlt hatte, zur ungerechtfertigten Bereicherung des Empfängers geführt habe, da die „Zielgesellschaft“ mangels Rechtsnachfolge nicht in die Rechtsstellung der Ausgangsgesellschaft eingerückt und damit auch nicht für die Zahlung von Abfindungen zuständig war.⁶⁶⁵ Zwar handelte es sich hier um eine übertragende Umwandlung auf eine separat von sieben Gesellschaftern neu gegründete Aktiengesellschaft, bei der die direkte Anwendung des § 275 AktG zwingend ist. Vergleichbare Fälle können aber durchaus auch im Rahmen fehlgeschlagener formwechselnder Umwandlungen auftreten. Auch hier müßte die herrschende Ansicht zu dem Ergebnis kommen, daß die bestehende Zielgesellschaft nicht Rechtsnachfolgerin der Ausgangsgesellschaft ist, den Gläubigern der Zielgesellschaft vielmehr eine vermögenslose Gesellschaft gegenübersteht. Andererseits könnte die Zielgesellschaft Zahlungen, die für die Ausgangsgesellschaft geleistet wurden (beispielsweise Abfindungen ausgeschiedener LPG-Mitglieder) von den Empfängern kondizieren.

Nach hier vertretener Ansicht besteht hingegen die Zielgesellschaft nicht. Vielmehr ist die noch bestehende Ausgangsgesellschaft (LPG i.L.) im Rechtsverkehr als Gesellschaft in neuer Rechtsform aufgetreten. Vergleichbar der Haftung einer GbR, die sich im Rechtsverkehr wie eine KG geriert (Scheinkaufmann) und entsprechend des erzeugten Rechtsscheins haftet,⁶⁶⁶ könnte man die Haftung der LPG i.L. entsprechend ihrem Auftreten als Zielgesellschaft in Betracht ziehen. Damit wird dem Identitätsprinzip des Formwechsels Rechnung getragen, da eben nur ein Rechtsträger besteht und haftet. Eine vermögenslose Zielgesellschaft besteht daneben nicht. Gleichzeitig wird den Gläubigerinteressen Rechnung getragen. Ist die Ausgangsgesellschaft in einer neuen Rechtsform im Rechtsverkehr aufgetreten, wird auch nur sie durch die getätigten Geschäfte berechtigt und verpflichtet.⁶⁶⁷ Dies resultiert daraus, daß eben nur ein Unternehmen im Rechtsverkehr auftrat. Es ist nicht befriedigend, wenn beispielsweise Abfindungszahlungen des umzuwandelnden Unternehmens, die von der vermögenslosen „Zielgesellschaft“ aus dem Vermögen der Ausgangsgesellschaft geleistet wurden, von einer nach herrschender Ansicht bestehenden Zielgesellschaft zurückverlangt werden können und die Gläubiger dann an die Ausgangsgesellschaft verwiesen werden. Dies wäre aber das Ergebnis der herrschenden Ansicht. Tat-

⁶⁶⁴ Zuletzt BGH, NL-BzAR 1999, 244; BGH, ZIP 1999, 840, 842 m.w.N. zum bisherigen Streitstand.

⁶⁶⁵ BGH, NL-BzAR 1999, 244; BGH, ZIP 1999, 840, 842.

⁶⁶⁶ K. Schmidt, Handelsrecht, § 10 VIII (S. 323 ff.).

⁶⁶⁷ Für das Auftreten einer GbR als OHG: K. Schmidt in Schlegelberger, HGB, § 105 Rn. 230 und § 123 Rn. 23 m.w.N.: die Schein-Handelsgesellschaft wird gegenüber Gutgläubigen wie eine OHG bzw. KG behandelt; ableh-

sächlich handelt es sich jedoch nur um ein und den selben Rechtsträger. Tritt die Ausgangsgesellschaft in ihrer Zielrechtsform auf, kann sie sich im nachhinein nicht auf die fehlende Rechtsnachfolge berufen. In der Regel werden Vertragspartner mit dem betreffenden Unternehmen kontrahieren wollen, unabhängig von dessen Rechtsform. Möglichen Gläubigerbenachteiligungen (beispielsweise wenn die Zielgesellschafter unbeschränkt; die Ausgangsgesellschafter aber nur beschränkt haften würden), kann durch eine Rechtsscheinhaftung begegnet werden.

g) Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß Umwandlungen, die nicht unter die §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG fallen ex tunc nichtig sind. Das betroffene Unternehmen besteht in seiner Ausgangsrechtsform - betroffene LPGen als LPG in Liquidation - fort. Aus dieser fehlgeschlagenen Umwandlung geht - wenn nicht ausdrücklich eine übertragende Umwandlung beschlossen und in deren Vollzug eine Unternehmensneugründung angemeldet und eingetragen wurde - keine Gesellschaft in der gewünschten Zielrechtsform hervor.

nend *Koller* in *Koller/Roth/Mork*, HGB, § 105 Rn. 29: ein Vertrag mit der BGB-Gesellschaft komme nicht zustande; so auch ausführlich *Wagner/Sommer*, WM 1995, 561, 562 ff.

F. ABWICKLUNG FEHLERHAFTER FORMWECHSEL

Nachdem Anwendungsbereich und Rechtsfolgen von § 202 Abs. 3 UmwG präzisiert wurden, soll im folgenden darauf eingegangen werden, ob und unter welchen Voraussetzungen ein fehlerhafter Formwechsel rückabgewickelt werden kann.

I. BEI ANWENDBARKEIT DES § 202 UMWG

Zunächst sollen dabei diejenigen Formwechsel betrachtet werden, auf die § 202 Abs. 3 UmwG anwendbar ist, die also mit ihrer Eintragung insoweit Bestandskraft erlangen, daß sie zumindest nicht mehr für die Vergangenheit rückabgewickelt werden können.

1. ENDGÜLTIGE BESTANDSKRAFT DES FORMWECHSELS DURCH EINTRAGUNG DER GESELLSCHAFT NEUER RECHTSFORM NACH § 202 ABS. 3 UMWG ?

Umstritten ist, ob § 202 Abs. 3 UmwG in seinen Rechtsfolgen noch über die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft hinausgeht und dem fehlerhaften Formwechsel dauerhaft Bestandsschutz verleiht oder allein die ex tunc-Abwicklung des Formwechsels ausgeschlossen wird.

Nachdem der Meinungsstand dazu bereits oben dargestellt wurde,⁶⁶⁸ soll im folgenden auf die Hauptargumente für und gegen eine endgültige Bestandskraft eingegangen werden. Neben Äußerungen, die sich speziell auf § 202 Abs. 3 UmwG beziehen, ist auch auf Literatur zu den anderen Umwandlungsarten zurückzugreifen, für die mit § 202 Abs. 3 UmwG vergleichbare Regelungen bestehen.

a) Wortlaut des § 202 Abs. 3 UmwG

„Mängel des Formwechsels lassen die Wirkungen der Eintragung der neuen Rechtsform oder des Rechtsträgers neuer Rechtsform in das Register unberührt“.

Auffällig ist, daß der Gesetzgeber nicht von einer „Heilung“ spricht, wie dies beispielsweise bezüglich der Formmängel in § 202 Abs. 1 Nr. 3 UmwG der Fall ist. Dies zeigt, daß zumindest von einer echten materiellen Heilung (wie in § 202 Abs. 1 Nr. 3 UmwG für Beurkundungsmängel angeordnet) nicht die Rede sein kann.⁶⁶⁹ Wäre eine solche gewollt, hätten auch sprachliche Aspekte einer entsprechend deutlichen Formulierung nicht entgegengestanden. Denn zwischen der echten Heilungsnorm § 202 Abs. 1 Nr. 3 UmwG und § 202 Abs. 3 UmwG ist Abs. 2 eingeschoben, so daß es nicht zu einer Doppelung von „geheilt“ gekommen wäre.

⁶⁶⁸ Siehe oben A. IV. 1. und 2.

⁶⁶⁹ Noch zu § 201 Abs. 1 Nr. 3 RefE *Bork*, ZGR 1993, 343, 355; *Schmid*, ZGR 1997, 493, 510 ff.; für die Spaltung *Heiss*, Spaltung, S. 86; inzident für die Verschmelzung *Bork* in Lutter, UmwG, § 16 Rn. 32.

Die Vertreter der herrschenden Ansicht, die eine Rückabwicklung der eingetragenen Strukturänderung nicht in Betracht ziehen, begründen die abweichende Formulierung damit, daß Schadensersatzansprüche gegen die Verantwortlichen (im Gegensatz zu § 202 Abs. 1 Nr. 3 UmwG) auch nach Eintragung der Umwandlung bestehen bleiben sollten.⁶⁷⁰ Daß diese Ansprüche bestehen, ist zwar richtig,⁶⁷¹ trifft aber bei einer „echten“ Heilung von Mängeln ebenso zu. Das mögliche Bestehen von Schadensersatzansprüchen rechtfertigt damit nicht die unklare Formulierung des § 202 Abs. 3 UmwG.⁶⁷² Es liegt daher näher, den unterschiedlichen Formulierungen in § 202 UmwG auch unterschiedliche Bedeutung beizumessen. Der Wortlaut des § 202 Abs. 3 UmwG spricht danach gegen eine Heilung, wie sie in § 202 Abs. 1 Nr. 3 UmwG vorgesehen ist und steht einer möglichen Rückabwicklung der Umwandlung ex nunc nicht entgegen.⁶⁷³

b) Systematik

Auch systematische Überlegungen können zur Klärung der Reichweite von § 202 Abs. 3 UmwG herangezogen werden.

aa) Verhältnis zu § 202 Abs. 1 Nr. 3 UmwG

Würde § 202 Abs. 3 UmwG zur „Heilung“ sämtlicher Mängel des Formwechsels führen, hätte es der Regelung des § 202 Abs. 1 Nr. 3 UmwG gar nicht bedurft, da auch diese Heilung an die Registereintragung anknüpft und Formmängel bereits von § 202 Abs. 3 UmwG als umfassenderer „Heilungsnorm“ erfaßt wären.⁶⁷⁴

bb) Verhältnis zu den §§ 241 ff. AktG

Geht man - wie die herrschende Ansicht - davon aus, daß die fehlerhafte Strukturänderung ab ihrer Eintragung unumkehrbar ist, ergibt sich das Problem der Diskrepanz von materieller Rechtslage (nämlich Rechtswidrigkeit der Umwandlung) und der prozessualen Unmöglichkeit, diese Fehlerhaftigkeit geltend zu machen.⁶⁷⁵ Insbesondere beim Vorliegen von Nichtigkeitsgründen im Sinne des § 241 AktG bleibt ein Umwandlungsbeschluß trotz seiner Registereintragung nichtig, eine materielle Heilung tritt frühestens nach drei Jahren (§ 242 Abs. 2 AktG) ein; denn von einer

⁶⁷⁰ Zu § 352a AktG a.F. *Heckschen*, Verschmelzung, S. 62; Stellungnahme des Bundesrates in BT-Drucks. 9/1065, S. 30; mißverständlich *Decher* in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 28, der mit dem Bestehenbleiben von Schadensersatzansprüchen bei Beurkundungsmängeln gerade die unterschiedliche Formulierung in § 202 Abs. 3 UmwG begründen will.

⁶⁷¹ BT-Drucks. 9/1065, S. 20; *Neixler*, AgrarR Sonderheft 10/1993, 25; *Hommelhoff/Schubel*, ZIP 1998, 537, 544; *Hillmann* in Umwandlungsrecht, S. 187, 192.

⁶⁷² So bereits für § 352a AktG a.F. *Grunewald* in G/H, AktG, § 352a Rn. 4; *dies.* in Lutter, UmwG, § 20 Rn. 65.

⁶⁷³ *Kreuznacht*, Verschmelzungen, S. 49.

⁶⁷⁴ *Veil*, Umwandlung, S. 164; *ders.*, ZIP 1996, 1065, 1068; *Schmid*, ZGR 1997, 493, 503 zum vergleichbaren Verhältnis von § 20 Abs. 2 und § 20 Abs. 1 Nr. 4 UmwG.

⁶⁷⁵ *A.A. Kort* in Umwandlungsrecht, S. 194, 205; *Hommelhoff*, ZHR 158 (1994), 11, 17, die einen Fehlerfolgegleichlauf von Beschluß und Strukturänderung annehmen, so daß Mängel der zugrunde liegenden Beschlüsse auch nur noch eingeschränkt geltend gemacht werden können.

Heilung der der Umwandlung zugrunde liegenden Rechtsakte hat der Gesetzgeber ausdrücklich abgesehen.⁶⁷⁶

cc) Verhältnis zu § 28 UmwG (Klagegegner)

§ 28 UmwG regelt im Verschmelzungsrecht, daß „nach Eintragung der Verschmelzung ... eine Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses eines übertragenden Rechtsträgers gegen den übernehmenden Rechtsträger zu richten“ ist.

Für den Formwechsel bedurfte es zwar keiner § 28 UmwG entsprechenden Norm,⁶⁷⁷ da an diesem nur eine Gesellschaft beteiligt ist und der Klagegegner somit feststeht. Da aber die Frage nach der Heilung der Umwandlung durch Eintragung bei Verschmelzung und Formwechsel einheitlich zu beantworten ist, kann der Meinungsstand zu § 28 UmwG herangezogen werden.

Sollte eine Rückabwicklung ausscheiden, wäre einer Klage nach Eintragung des neuen Rechtsträgers oder auch der Fortführung einer Anfechtungsklage nach Eintragung der Boden entzogen.⁶⁷⁸ Und selbst wenn eine Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage von einem Unbedenklichkeitsbeschuß nach § 16 Abs. 3 UmwG nicht berührt wird und somit auch noch nach Eintragung der Umwandlung fortgeführt werden kann,⁶⁷⁹ wäre zumindest die Erhebung einer solchen Klage, nach Eintragung der Umwandlung unergiebig. Vom Gesetz sind diese Klagemöglichkeiten aber vorgesehen.⁶⁸⁰

Dementsprechend haben die Befürworter endgültiger Bestandskraft ihre Probleme, für nach der Eintragung erhobene Klagen ein Rechtsschutzbedürfnis zu konstruieren. Da eine Rückabwicklung ihrer Ansicht nach selbst bei Erfolg der Klage ausscheidet, kann sich das Rechtsschutzbedürfnis nur daraus ergeben, daß die Klage zur Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses dient.⁶⁸¹ Der diesbezügliche Verweis auf § 16 Abs. 3 S. 6⁶⁸² UmwG als Schadensersatzanspruch greift aber nur für Klagen, die bereits bei Eintragung erhoben waren,⁶⁸³ denn er bezieht sich nach seiner systematischen Stellung nur auf den Fall, daß die Eintragung trotz anhängiger Klage aufgrund eines Unbedenklichkeitsbeschlusses erfolgte; für den Fall der nach Eintragung erhobenen Klage kann § 16 Abs. 3 S. 6 UmwG allerdings nicht zur Begründung eines Rechtsschutzbedürfnisses herangezogen werden, da dieser Anspruch hier gar nicht besteht. Gerade diesen Fall regelt aber § 28 UmwG seinem Wortlaut nach. Hier könnte höchstens der Schadensersatzanspruch nach § 205 Abs. 1 S. 1 UmwG (bzw. für die Verschmelzung § 25 Abs. 1 S. 1 UmwG) herangezogen

⁶⁷⁶ Für § 352a AktG a.F.: BT-Drucks. 9/1065, S. 20.

⁶⁷⁷ Laumann in G/K/T, UmwG, § 195 Rn. 4 verweisen nur auf § 14 UmwG (Klagefrist).

⁶⁷⁸ Schmid, ZGR 1997, 493, 502; Kiem, AG 1992, 430, 433.

⁶⁷⁹ Decher, AG 1997, 388, 395.

⁶⁸⁰ Bereits zu § 352a AktG a.F. Martens, AG 1986, 57, 62.

⁶⁸¹ Grunewald in Lutter, UmwG, § 28 Rn. 3; Kort, Bestandsschutz, S. 267.

⁶⁸² Grunewald in Lutter, UmwG, § 28 Rn. 5; dies. (für § 352 AktG a.F.) in G/H, AktG § 352 Rn. 9; Bernel in G/K/T, UmwG, § 16 Rn. 70; Marsch-Barner in Kallmeyer, UmwG, § 16 Rn. 51.

⁶⁸³ Insoweit zutreffend Grunewald in Lutter, UmwG, § 28 Rn. 3.

werden. Um diesen Anspruch durchzusetzen, bedarf es aber keiner vorherigen Feststellung, daß der Umwandlungsbeschluß fehlerhaft war.⁶⁸⁴

Auch die Gesetzesentstehung spricht für die Möglichkeit der Rückabwicklung.⁶⁸⁵ In der Begründung zu § 28 UmwG wird nur auf dessen Übereinstimmung mit § 352 AktG a.F. hingewiesen.⁶⁸⁶ Dort wurde ein Bedürfnis nach Erhebung oder Fortführung einer Klage auf Feststellung der Nichtigkeit angenommen. Nach altem Recht waren aber unstreitig die Geltendmachung der Nichtigkeit und die Anfechtungsklage zulässig⁶⁸⁷ und die Verschmelzung daraufhin rückabzuwickeln.⁶⁸⁸ Auch mit der Einfügung des § 352a AktG,⁶⁸⁹ der nach herrschender Ansicht die Endgültigkeit der eingetragenen Verschmelzung vorschreiben soll, wurde an § 352 AktG a.F. nichts geändert. Selbst § 28 UmwG orientiert sich an § 352 AktG a.F.

Dieser Widerspruch wird nach der Stellungnahme des Bundesrates zu § 352a AktG a.F. dadurch vermieden, daß § 352a AktG a.F. Schadensersatzansprüche unberührt ließ; weshalb Klagen gegen die Verschmelzung auch zulässig blieben, wenn die Verschmelzung selbst davon unberührt bleiben sollte.⁶⁹⁰ Erforderlich wäre aber eine solche Klage zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen nicht, weshalb der Anwendungsbereich von § 28 UmwG nach der herrschenden Ansicht sehr gering wäre.

Überzeugender ist das Argument, daß der Beschluß auch noch nach Eintragung der Umwandlung rechtswidrig⁶⁹¹ und damit angreifbar bleibt, sofern die Klagefrist⁶⁹² noch nicht abgelaufen ist. Dies kann vorkommen, wenn die Umwandlung (ausnahmsweise) bereits vor Ablauf der Klagefrist eingetragen wurde.⁶⁹³

Auch § 16 Abs. 3 S. 6 UmwG geht davon aus, daß sich die Klage noch nach Eintragung der Umwandlung als begründet erweisen kann. Es mangelt ihr damit nicht am Rechtsschutzbedürf-

⁶⁸⁴ Für Klage gegen Verschmelzung, um Schadensersatzansprüche durchzusetzen: *Grunewald* in G/H, AktG, § 352 Rn. 6; *Döss*, Verschmelzung, S. 43, der eingetragene Verschmelzungen für irreversibel hält und das Feststellungsinteresse für Klagen gegen Verschmelzungsbeschlüsse mit der Verlängerung der Klagefrist des § 242 Abs. 2 S. 2 AktG begründet.

⁶⁸⁵ Tendenziell *Kreuznacht*, Verschmelzungen, S. 73 f., 77.

⁶⁸⁶ Abgedruckt bei *Ganske*, Umwandlungsrecht, S. 82.

⁶⁸⁷ Gesetzesbegründung bei *Kropff*, AktG, S. 465; *Schilling* in GK AktG³, § 352 Anm. 3.

⁶⁸⁸ *Schilling*, in GK AktG³, § 352 Anm. 12 m.w.N.

⁶⁸⁹ Durch Art. 1 Nr. 16 des Gesetzes zur Durchführung der Dritten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (Verschmelzungsrichtlinie-Gesetz) vom 25.10.1982 BGBl. I S. 1425, 1429.

⁶⁹⁰ BT-Drucks. 9/1065, S. 30.

⁶⁹¹ *Bermel* in G/K/T, UmwG, § 28 Rn. 6.

⁶⁹² Nach hier vertretener Ansicht bezieht sich die Monatsfrist nach § 195 Abs. 1 UmwG nur auf Anfechtungsgründe.

⁶⁹³ *Dehmer*, UmwG, § 28 Rn. 4; *Marsch-Barner* in Kallmeyer, UmwG, § 28 Rn. 5.

nis. Das spricht dafür, daß ein stattgebendes Urteil über die Feststellung des Beschlußmangels hinaus weitere Folgen, eben die Rückabwicklung der fehlerhaften Umwandlung bewirken kann, die Umwandlung somit mit ihrer Eintragung nicht endgültig bestandskräftig wird.

dd) Ergebnis

Systematische Argumente sprechen eher gegen eine endgültige Bestandskraft eingetragener, aber fehlerhafter Formwechsel.

c) Gesetzesbegründung

In der Gesetzesbegründung zu § 352a AktG a.F.⁶⁹⁴ - der Vorgängerregelung der §§ 202 Abs. 3 und 20 Abs. 2 UmwG - wurde formuliert, daß eine „Entschmelzung“ auf große praktische und rechtliche Schwierigkeiten stoße, so daß die Wirksamkeit der Verschmelzung nach der Eintragung nicht mehr fraglich sein könne.⁶⁹⁵

Bereits diese Prämisse wird von Teilen der Literatur bestritten.⁶⁹⁶ Bezüglich der fehlerhaften Verschmelzung wird die Möglichkeit der Rückabwicklung mit der Einführung der Spaltung als Entflechtungsinstrument begründet,⁶⁹⁷ die auf freiwilliger Basis auch möglich sei.⁶⁹⁸ Zumindest seien aber die Probleme bei der Rückabwicklung eines Formwechsels bedeutend geringer als bei einer Entschmelzung, da hier z.B. keine Vermögensvermischung stattfindet.⁶⁹⁹

Weiterhin geht die Gesetzesbegründung davon aus, daß die Vorschrift nicht die Rechtshandlungen als solche betrifft, also insbesondere nicht die Hauptversammlungsbeschlüsse heilt. Die Heilung sachlicher Mängel vorzusehen, würde einen zu weitgehenden und durch die Richtlinie nicht gebotenen Eingriff in allgemeine Grundsätze des Zivilrechts bedeuten. Solche sachlichen Mängel der die Verschmelzung vorbereitenden Rechtshandlungen könnten nur zu Ansprüchen gegen diejenigen Personen führen, die für sie verantwortlich sind. Auf die Wirksamkeit einer

⁶⁹⁴ Auf den in der Gesetzesbegründung zu § 202 (bei *Ganske*, Umwandlungsrecht, S. 202), auch ausdrücklich verwiesen wird.

⁶⁹⁵ BT-Drucks. 9/1065 S. 20.

⁶⁹⁶ *DAV*, WM 1993, Sonderbeilage Nr. 2, S. 3, 5 (Rn. 10); *Hirte*, DB 1993, 77, 78; *Veil*, ZIP 1996, 1065, 1068; *ders.* differenzierend, Umwandlung, S. 165: Rückgängigmachung des Rechtsformwechsels sei gegenüber Entschmelzung mit wesentlich geringeren Schwierigkeiten verbunden; *ders.*, ZIP 1998, 361, 365: zumindest bei der Rückabwicklung fehlerhafter Ausgliederungen auf eine neu zu gründende Gesellschaft (Ausgründung) stellten sich keine entsprechenden Probleme; *Weiler*, Anfechtungsrecht, S. 192 ff.; *Kort* in Umwandlungsrecht, S. 194, 207; *ders.*, Bestandsschutz, S. 268.

⁶⁹⁷ *Timm*, DB 1990, 1221, 1222; *Kiem*, AG 1992, 430, 432.

⁶⁹⁸ Zu § 352a AktG a.F. *Heckschen*, Verschmelzung, S. 62.

⁶⁹⁹ *Veil*, ZIP 1996, 1065, 1069; *Schweizer*, LwAnpG, Rn. 271; auch *Schöne*, GmbHR 1995, 325, 327 ff., der für eine der jeweiligen Rechtsform angepaßte Auslegung des Umwandlungsgesetzes plädiert.

einmal eingetragenen Verschmelzung und ihre Rechtsfolgen hätten sie dagegen keinen Einfluß.⁷⁰⁰

Eine Auslegung, die sich am Willen des Gesetzgebers orientiert kann aber nur dann überzeugen, wenn dieser zutreffende Umstände zugrunde gelegt hat. Vorliegend wurde davon ausgegangen, daß die Ansprüche gegen die Verantwortlichen für fehlerhafte Umwandlungen ausreichen, um die endgültige Bestandskraft fehlerhafter Umwandlungen zu rechtfertigen. Kommt man aber zu dem Ergebnis, daß durch fehlerhafte Umwandlungen Verhältnisse geschaffen werden, die sich nicht hinreichend durch Ansprüche gegen die Verantwortlichen ausgleichen lassen, wird man den Willen des Gesetzgebers zurücktreten lassen. Der Wille des Gesetzgebers würde dadurch nicht konterkariert, vielmehr hätte man zu überlegen, wie sich der Gesetzgeber entschieden hätte, wenn ihm die wahren Umstände bewußt gewesen wären.

Es kommt somit darauf an, ob der Rechtsschutz gegen fehlerhafte Umwandlungen auch dann ausreichend ist, wenn der einmal eingetragene Formwechsel irreversibel ist, insbesondere ob die Ansprüche gegen diejenigen Personen, die für die sachlichen Mängel der Umwandlung verantwortlich sind, hinreichend sind.

aa) Anspruchsgrundlage

Als Anspruchsgrundlage kommt zunächst §§ 205 Abs. 1, 25 Abs. 1 S. 1 UmwG in Betracht, wonach Mitglieder des Vertretungs- und Aufsichtsorgans als Gesamtschuldner für Schäden des Rechtsträgers, seiner Anteilshaber und Gläubiger durch den Formwechsel haften. Diese Haftung ist allerdings verschuldensabhängig (§ 205 Abs. 1 S. 2 mit Verweis auf § 25 Abs. 1 S. 2 UmwG) und greift nicht ein, wenn das Organmitglied seine Sorgfaltspflicht bei der Prüfung der Vermögenslage der Rechtsträger und beim Abschluß des Verschmelzungsvertrages beachtet hat. Für den Formwechsel bleibt hier kaum noch ein Anwendungsbereich, der Anspruch ist praktisch wertlos.⁷⁰¹

Als Beispiel wird die Fassung eines „Geheimbeschlusses“ genannt, also eines Umwandlungsbeschlusses, der unter Verstoß von Einberufungsvorschriften oder in ähnlicher Weise initiiert wird, ohne daß alle Gesellschafter davon wußten, so daß die Geltendmachung der Mängel und damit die Verhinderung der Eintragung mangels Kenntnis faktisch ausgeschlossen ist.⁷⁰² Hier entfällt

⁷⁰⁰ BT-Drucks. 9/1065, S. 20.

⁷⁰¹ *Schöne*, DB 1995, 1317, 1320 für den Fall eines anlässlich des Formwechsels ausgeschlossenen Gesellschafters.

⁷⁰² Siehe zu „Geheimbeschlüssen“ bereits oben C. II. 4. a) aa) (3) und D II. 2.

eine Ersatzpflicht gemäß § 205 Abs. 1 i.V.m. § 25 Abs. 1 S. 2 UmwG bei Beachtung der Sorgfalt bei der Prüfung der Vermögenslage des Rechtsträgers.⁷⁰³

Aussichtsreicher ist da schon die verschuldensunabhängige⁷⁰⁴ Haftung des Rechtsträgers, der trotz Anhängigkeit einer Klage durch Erwirkung eines Unbedenklichkeitsbeschlusses die Eintragung der Umwandlung erreicht hat (§ 16 Abs. 3 S. 6 UmwG i.V.m. § 198 Abs. 3 UmwG), wenn sich die Klage später als begründet erweist. Doch auch dieser Anspruch ist auf den Sonderfall der Durchführung eines Unbedenklichkeitsverfahrens beschränkt. Er versagt beispielsweise wenn die Eintragung aufgrund einer unzutreffenden Negativerklärung erfolgte oder der Umwandlungsbeschluß trotz Vorliegens eines Nichtigkeitsgrundes versehentlich eingetragen wurde. Doch selbst, wenn ein Anspruch dem Grunde nach gegeben wäre, bleibt zu prüfen, ob er auch dem Umfang nach einen geeigneten Ausgleich für eine bestandskräftige Umwandlung gewähren kann.

bb) Naturalrestitution

Aus §§ 249 ff. BGB ergibt sich, daß Schadensersatz grundsätzlich in natura zu leisten ist. Dies wird teilweise auch für Ansprüche aus § 16 Abs. 3 S. 6 UmwG vertreten.⁷⁰⁵ Daraus ergäbe sich die Verpflichtung zur Rückabwicklung der Umwandlung. Dagegen bestehen bereits deshalb erhebliche Bedenken, weil es widersprüchlich ist, einerseits die dauerhafte Bestandskraft der eingetragenen Umwandlung zu befürworten, andererseits über Schadensersatzansprüche doch zu einer ex nunc Rückabwicklung zu gelangen.⁷⁰⁶

Darüber hinaus bestehen unüberwindliche Probleme bei der Durchsetzung. Denn selbst wenn ein Mehrheitsaktionär im Rahmen eines Schadensersatzprozesses zur Wiederherstellung des alten Zustandes verurteilt werden sollte, ersetzt dies zwar seine Stimmabgabe bei einem Rückabwicklungsbeschluß (als Beispiel sei ein Spaltungsbeschluß genannt), damit ist aber eine möglicherweise notwendige Einstimmigkeit noch nicht erreicht.⁷⁰⁷

Weiterhin könnte dieser Anspruch nur mittels Leistungsklage, deren Urteil lediglich inter-partes-Wirkung entfaltet, durchgesetzt werden. Eine Rückabwicklung läßt sich aber nur inter-omnes erreichen.

⁷⁰³ *Schöne*, DB 1995, 1317, 1319.

⁷⁰⁴ *Bork* in Lutter, UmwG, § 16 Rn. 33.

⁷⁰⁵ *Kiem*, AG 1992, 430, 432, allerdings ohne nähere Erläuterung, wie dieser Anspruch durchgesetzt werden kann und wie sich der Rückabwicklungsanspruch eines einzelnen auf die Rechtsstellung der übrigen Gesellschafter, die ja durch die Rückabwicklung auch betroffen werden, auswirkt; *Pfeifer* in Umwandlungsrecht, S. 214, 215; **a.A.** *Bork* in Lutter, UmwG, § 16 Rn. 34; *Hillmann* in Umwandlungsrecht, S. 187, 191; *Bermel* in G/K/T, UmwG, § 20 Rn. 62.

⁷⁰⁶ *Kort*, Bestandsschutz, S. 278 f.

⁷⁰⁷ *Schöne*, DB 1995, 1317, 1321; ähnlich *Döss*, Verschmelzung, S. 93: ein Schadensersatzanspruch zur Entschmelzung sei nur durchsetzbar, wenn der Anspruchsgegner einen beherrschenden Einfluß ausübt.

Demzufolge kann eine Rückabwicklung fehlerhafter Umwandlungen durch Schadensersatzansprüche nicht erreicht werden,⁷⁰⁸ womit ein Schadensersatzanspruch relativ wertlos ist.⁷⁰⁹

Die bestehenden Ansprüche reichen somit nicht aus, um eine Rückabwicklung der Umwandlung ex nunc, wie sie für die Verschmelzung als sogenannte Entschmelzung diskutiert wird,⁷¹⁰ zu bewirken. Allein die rechtlich nicht durchsetzbare Möglichkeit, die Umwandlung freiwillig rückabzuwickeln,⁷¹¹ kann dem Interesse der Gesellschafter an der Wiederherstellung des Ausgangszustandes, also dem Weiterbestehen des Unternehmens in der Ausgangsrechtsform, nicht gerecht werden.

cc) Geldersatz

Damit verbleibt für die Vertreter, die eine Abwicklung der einmal eingetragenen Umwandlung ablehnen allein ein Geldersatzanspruch.⁷¹² Dies wird auch mit § 16 Abs. 3 S. 6 UmwG, der über § 198 Abs. 3 UmwG auch auf den Formwechsel anwendbar ist, begründet.⁷¹³ Danach kann als Schadensersatz für eine rechtswidrige Verschmelzung „nicht die Beseitigung der Wirkung der Eintragung der Verschmelzung ... verlangt werden“. Naturalrestitution würde den Grundsatz der Endgültigkeit der Eintragung gemäß § 202 Abs. 3 UmwG wieder aufheben.⁷¹⁴

Bloße Zahlungsansprüche als Ausgleich für die fehlerhafte Umwandlung werden aber von den Gegnern der endgültigen Bestandskraft als völlig unangemessen („Steine statt Brot“) angesehen.⁷¹⁵ Zwar könnten damit Vermögensschäden ausgeglichen werden; das Interesse der Gesellschafter, die sich gegen die rechtswidrige Umwandlung wehren, gehe aber auf Rückabwicklung der Umwandlung.⁷¹⁶ Dieses Interesse läßt sich einerseits der Höhe nach kaum in einem Geldanspruch erfassen,⁷¹⁷ andererseits wird der Geldanspruch nicht dem Ziel, die alten Organisationsstrukturen wiederherzustellen, gerecht. Diesen Einwänden sind auch mögliche Ansprüche aus

⁷⁰⁸ *Bork* in Lutter, UmwG, § 16 Rn. 34; *Bermel* in G/K/T, UmwG, § 16 Rn. 72 und § 20 Rn. 62; *Dehmer*, UmwG, § 16 Rn. 59.

⁷⁰⁹ *Bork* in Lutter, UmwG, § 16 Rn. 34.

⁷¹⁰ *Schöne*, DB 1995, 1317, 1321; für § 352a *Köhler*, ZGR 1985, 307, 324.

⁷¹¹ *Köhler*, ZGR 1985, 307, 325 diskutiert dies für eine freiwillige Entschmelzung zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen.

⁷¹² *Dehmer*, UmwG, § 16 Rn. 59; *Bermel* in G/K/T, UmwG, § 16 Rn. 72; *Marsch-Barner* in Kallmeyer, UmwG, § 16 Rn. 54.

⁷¹³ *Bermel* in G/K/T, UmwG, § 16 Rn. 72.

⁷¹⁴ *Decher* in Lutter, UmwG, § 198 Rn. 42.

⁷¹⁵ *Schöne*, DB 1995, 1317, 1320; *Hirte*, DB 1993, 77, 78.

⁷¹⁶ *Weiler*, Anfechtungsrecht, S. 195 f.: für Verfahrensfehler: eine bloß materielle Entschädigung hieße den Fehler zu sanktionieren, dies würde der Funktion der Verfahrensrechte nicht gerecht; für die Verschmelzung nach § 352a AktG a.F. schon *Martens*, AG 1986, 57, 63.

⁷¹⁷ *Martens*, AG 1986, 57, 63: Schadensersatz habe kaum Bedeutung, da ein Schaden kaum feststellbar sei; auch *Schmid*, ZGR 1997, 493, 503.

Amtshaftung (gegen den eintragenden Registerrichter) oder Treuepflichtverletzung, die beide nur auf Geldersatz gerichtet sind,⁷¹⁸ ausgesetzt.

dd) Ergebnis

Schadensersatzansprüche können keinen ausreichenden Ausgleich für eine bestandsfeste Umwandlung bilden. Der Gesetzgeber ging aber offenbar davon aus, daß der Schutz benachteiligter Gesellschafter bereits dadurch erreicht ist, daß eine Heilung sachlicher Mängel der der Umwandlung zugrunde liegenden Beschlüsse nicht erfolgt. Diese Prämisse trifft jedoch nicht zu, womit die Gesetzesbegründung als in sich widersprüchlich angesehen werden muß. Damit kann der gesetzgeberische Wille, der eingetragenen Umwandlung dauerhaften Bestandsschutz zu gewähren, nicht als verbindlich angesehen werden.⁷¹⁹

d) Verhältnis zum Grundgesetz

Gegen die Endgültigkeit einer einmal eingetragenen Umwandlung könnte man weiterhin Art. 9 Abs. 1 und 14 GG heranziehen, die insbesondere bei Ausschlüssen von Gesellschaftern aus der Gesellschaft verletzt sein können.⁷²⁰ Davon geht offenbar auch die Rechtsprechung aus, wenn sie, um dem entgegenzuwirken, Umwandlungen, bei denen Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, vom Anwendungsbereich des - mit § 202 UmwG vergleichbaren - § 34 LwAnpG ausnimmt, was die ex tunc-Nichtigkeit dieser Umwandlungen zur Folge hat.

Nach der hier vertretenen Ansicht unterfallen aber auch nicht-identitätswahrende Umwandlungen oder Umwandlungen unter Verstoß gegen Einberufungsvorschriften dem § 202 UmwG.⁷²¹ Damit ist jedoch nicht zwangsläufig eine Beeinträchtigung von Eigentumsrechten verbunden, denn die §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG dienen lediglich dem Erhalt der Strukturänderung an sich; ein im Zusammenhang mit der Umwandlung erfolgter Ausschluß aus der Gesellschaft wäre somit in den meisten Fällen als selbständiger fehlerhafter Teil der Umwandlung korrigierbar. Beeinträchtigungen des Eigentums oder der Vereinigungsfreiheit können aber dann eintreten, wenn eine isolierte Korrektur rechtswidriger Zustände unabhängig von der bestandskräftigen Umwandlung nicht möglich ist. Zu denken ist an den Fall, daß sich ein Gesellschafter aufgrund einer irreversiblen Umwandlung unter Verletzung der Einberufungsvorschriften plötzlich in einer neuen Rechtsform wiederfindet („Geheimbeschluß“) oder die Umwandlung gerade zum Zwecke des Ausschlusses unliebsamer Gesellschafter vorgenommen wurde (Identitätsverstoß, bei dem

⁷¹⁸ *Schöne*, DB 1995, 1317, 1320.

⁷¹⁹ Im Ergebnis auch *Kreuznacht*, Verschmelzungen, S. 49, der bereits eine eindeutige Entscheidung gegen eine Entschmelzung vermißt.

⁷²⁰ *Martens*, AG 1986, 57, 63 Fn. 45; *Schmid*, ZGR 1997, 493, 506; *Laumann* in *G/K/T*, UmwG, § 190 Rn. 16.

⁷²¹ Siehe oben D II. 3.

eine Abtrennung des Ausschlusses von der eigentlichen Umwandlung nicht möglich ist und der deshalb zur Gesamtnichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses führt).

In diesen Fällen, in denen der Umwandlungsbeschluß gesamtnichtig ist, kann nur die Rückabwicklung der Umwandlung zur Wiederherstellung rechtmäßiger Verhältnisse führen.

e) Europarechtliche Vorgaben

Auch die europarechtlichen Vorgaben der Fusionsrichtlinie, in deren Umsetzung⁷²² § 352a AktG a.F. ins Aktiengesetz eingefügt wurde, stehen der Rückabwicklung einer einmal eingetragenen Umwandlung nicht entgegen.⁷²³ So sieht Art. 22 der Verschmelzungsrichtlinie⁷²⁴ vor, daß die Mitgliedstaaten die Nichtigkeit der Verschmelzung unter bestimmten Maßgaben regeln können. Die Nichtigkeit einer nach Art. 17 der Fusionsrichtlinie wirksam gewordenen Verschmelzung⁷²⁵ kann danach nur durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden (Art. 22 Abs. 1 lit. a), sie muß darauf beruhen, daß der Beschluß der Hauptversammlung nach innerstaatlichem Recht nichtig oder anfechtbar ist (Art. 22 Abs. 1 lit. b, 3. Alt)⁷²⁶ und kann nach Ablauf von sechs Monaten nach Wirksamwerden gegenüber demjenigen, der sich auf die Nichtigkeit beruft, nicht mehr mittels „Nichtigkeitsklage“⁷²⁷ geltend gemacht werden (Art. 22 Abs. 1 lit. c⁷²⁸). Als Rechtsfolge besagt Art. 22 Abs. 1 lit. g lediglich, daß die gerichtliche Entscheidung für sich allein nicht die Wirksamkeit der Verpflichtungen, die vor der Offenlegung der gerichtlichen Entscheidung, jedoch nach dem in Artikel 17 bezeichneten Zeitpunkt (also Eintragung), zu Lasten oder zugunsten der übernehmenden Gesellschaft entstanden sind, berührt. Damit verbietet sich lediglich eine ex tunc-Rückabwicklung der „neuen“ Gesellschaft und genaugenommen selbst dies nur im Außenverhältnis. Im Gegenschluß kann man vielmehr folgern, daß im übrigen die üblichen Nichtigkeitsfolgen eintreten und damit zumindest eine Rückabwicklung der fehlerhaften Verschmelzung für die Zukunft möglich bleibt. Dafür spricht auch die Gesetzesbegründung zu § 352a AktG a.F.⁷²⁹ in der ausdrücklich darauf abgestellt wurde, daß eine Heilung sachlicher Mängel einen zu weitgehenden und durch die Richtlinie nicht gebotenen Eingriff in allgemeine Grundsätze des Zivilrechts bedeuten würde. Das heißt, daß § 352a AktG a.F. nicht über die euro-

⁷²² Gesetz zur Durchführung der Dritten Richtlinie v. 25. Oktober 1982, BGBl. I S. 1425 ff.

⁷²³ Ausführlich für die Spaltung und die sehr ähnlichen europarechtlichen Vorgaben der Spaltungsrichtlinie *Wirth*, Spaltungen, S. 256 f.; für die Verschmelzung *Kiem*, Eintragung, S. 162 f.

⁷²⁴ Dritte Richtlinie v. 9. Oktober 1978 (78/855/EWG), abgedruckt bei *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, S. 131 ff.

⁷²⁵ In Art. 17 der Fusionsrichtlinie wird die Bestimmung dieses Zeitpunktes der Regelung der Mitgliedsstaaten überlassen, für den Formwechsel ist somit die Eintragung maßgeblich.

⁷²⁶ Die anderen Gründe: Fehlen einer vorbeugenden gerichtlichen oder verwaltungsmäßigen Kontrolle oder einer öffentlichen Beurkundung sind für das deutsche Recht ohne Bedeutung, da ein Vorverfahren ausdrücklich vorgesehen ist und die Registereintragung die fehlende Beurkundung heilt, für die vergleichbare Situation im Spaltungsrecht *Wirth*, Spaltungen, S. 257.

⁷²⁷ Diese Klage ist nicht mit der Klage nach § 249 AktG zu verwechseln, vielmehr ist damit allgemein eine Klage gemeint, die zur Rückabwicklung einer fehlerhaften Umwandlung führen kann.

⁷²⁸ Ebenso bereits der ursprüngliche Vorschlag v. 27.7.1970 Art. 18 Abs. 1 lit. c abgedruckt in BR-Drucks. 394/70.

parechtlichen Vorgaben hinausgehen sollte. Dort ist aber über die oben ausgeführten Vorgaben hinaus keine Begrenzung der Nichtigkeitsfolgen, insbesondere keine dauerhafte Bestandskraft der Umwandlung mit ihrer Eintragung angeordnet.

f) Stellungnahme

Zusammenfassend ist feststellen, daß sich § 202 Abs. 3 UmwG in das Recht der fehlerhaften Gesellschaft bzw. dessen Weiterführung der Lehre von der fehlerhaften Strukturänderung einfügt,⁷³⁰ aber keinen darüber hinausgehenden Bestandsschutz der fehlerhaften Umwandlung anordnet. Es handelt sich nur um die gesetzliche Festschreibung dessen, was nach allgemeinen Grundsätzen auch schon gilt, daß nämlich eine einmal vollzogene Strukturänderung nicht mit Wirkung ex tunc rückabgewickelt werden kann. Eine Herstellung des Ausgangszustandes mit Wirkung ex nunc ist dadurch nicht ausgeschlossen, denn § 202 Abs. 3 UmwG sagt nur, daß die Wirkungen der Eintragung - also der Eintritt der Rechtsfolgen im Eintragungszeitpunkt - von Mängeln des Formwechsels unberührt bleiben. Diese Auslegung wird auch systematischen Aspekten besser gerecht. Indem man vom Dogma der endgültigen Bestandskraft abrückt, besteht auch die Möglichkeit, die verschiedenen Umwandlungsmängel differenziert zu behandeln; denn auch die Gegner der endgültigen Bestandskraft der Umwandlung betonen, daß nicht jeder Mangel der Umwandlung zu deren Rückabwicklung führen muß.⁷³¹ § 202 Abs. 3 UmwG verlangt danach nur, die fehlerhaft umgewandelte Gesellschaft bis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung des Mangels als wirksam zu behandeln.⁷³² Die Aufrechterhaltung einer fehlerhaften Maßnahme für die Zukunft läßt sich mit § 202 Abs. 3 UmwG, § 34 Abs. 3 LwAnpG nicht begründen und paßt im übrigen nicht zu den Wertungen des gesetzlichen Beschlußmängelrechts.⁷³³

2. ENDGÜLTIGE BESTANDSKRAFT DER UMWANDLUNG DURCH §§ 198 ABS. 3, 16 ABS. 3 S. 6 UMWG

Aus der Formulierung in § 16 Abs. 3 S. 6 UmwG: „als Ersatz ... kann nicht die Beseitigung der Wirkungen der Eintragung der Verschmelzung ... verlangt werden“, schließt die herrschende An-

⁷²⁹ BT-Drucks. 9/1065 S. 20; *Martens*, AG 1986, 57, 63.

⁷³⁰ *K. Schmidt*, ZIP 1998, 181, 184; *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 6 IV. 5. (S. 165); *ders.* für die fehlerhafte Verschmelzung ausführlich, AG 1991, 131, 135; *ders.*, ZGR 1991, 373, 375; zustimmend *Veil*, Umwandlung, S. 166; *Schmid*, ZGR 1997, 493, 515.

⁷³¹ Für die Entschmelzung *Schmid*, ZGR 1997, 493, 514; *Martens*, AG 1986, 57, 65.

⁷³² *Veil*, ZIP 1996, 1065, 1068; *a.A. Kort* in Umwandlungsrecht, S. 194, 208; *ders.*, Bestandsschutz, S. 275, der zwar von einem grundsätzlich endgültigen Bestand der Umwandlung ausgeht, im Gegenzug aber Ausnahmen vom Anwendungsbereich des § 202 Abs. 3 UmwG zuläßt, in denen die Umwandlung auch lediglich ex nunc rückabgewickelt werden kann und damit zu ähnlichen Ergebnissen wie hier gelangt.

⁷³³ Diskussionsbericht zu den Referaten *Hommelhoff* und *Krieger*, ZHR 158 (1994), 56; auch *Martens*, AG 1986, 57, 63: wesentliches Anliegen von § 352a AktG sei die Rückwirkung von Mängeln zu verhindern, aber nicht einen rechtswidrigen Zustand zu perpetuieren.

sicht, daß die Verschmelzung mit ihrer Eintragung irreversibel sei.⁷³⁴ Über § 198 Abs. 3 UmwG hätte dies auch für den Formwechsel zu gelten. Diese Schlußfolgerung ist allerdings nicht unbestritten.

Kritiker der Irreversibilität der Umwandlung argumentieren, daß die Registersperre durch den Unbedenklichkeitsbeschluß aufgrund einer bloßen Interessenabwägung ohne Rechtmäßigkeitsprüfung der Umwandlung überwunden werden könne, was aber nur möglich sein dürfe, wenn die Eintragung nicht zu einer endgültigen Bestandskraft der Umwandlung führe.⁷³⁵ Ansonsten hätte es eines strengen Eintragungsverbot bedurft.⁷³⁶ Dagegen weise das Unbedenklichkeitsverfahren des § 16 Abs. 3 UmwG typische Wesenszüge eines Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes auf.⁷³⁷ Es sei aber miteinander unvereinbar, einerseits die Vorteile eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens als schnelles summarisches Sicherungsverfahren in Anspruch zu nehmen, andererseits in Überschreitung der Grenzen dieses Verfahrens solche Wirkungen herbeizuführen, wie sonst nur im ordentlichen Verfahren.⁷³⁸

Schmid weist weiterhin auf die Rechtsprechung zum Unbedenklichkeitsbeschluß nach § 16 Abs. 3 S. 2 UmwG hin.⁷³⁹ Ein solcher kann unter anderem ergehen, wenn die Klage gegen den Umwandlungsbeschluß unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist. Daß die Klage unzulässig ist, wird kaum vorkommen. Das zweite Merkmal sei von Literatur und Rechtsprechung eng ausgelegt,⁷⁴⁰ nämlich nur bejaht worden, wenn der Klage ihre Erfolglosigkeit sozusagen „auf die Stirn geschrieben“ stehe. Im Regelfall könne die Eintragung dann nur aufgrund der Interessenabwägung des § 16 Abs. 3 S. 2, 3. Alt. i.V.m. § 198 Abs. 3 UmwG erfolgen. Damit sei das Unbedenklichkeitsverfahren aber ein stumpfes Schwert gegen die sogenannten „räuberischen“ Aktionäre und würde seinem Zweck nicht gerecht.⁷⁴¹ Hält man dagegen eine Rückabwicklung für möglich, stünde einer erleichterten Eintragung nichts im Wege. Dementsprechend ging der *Handelsrechtsausschuß des Deutschen Anwaltsvereins* davon aus, daß die Lockerung der Register-

⁷³⁴ *Bork* in Lutter, UmwG, § 16 Rn. 34; *Marsch-Barner* in Kallmeyer, UmwG, § 16 Rn. 52 f.; *Kreuznacht*, Verschmelzungen, S. 138; ähnlich *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 6 IV. 5. (S. 166); genau entgegengesetzt zum Referentenentwurf des UmwG: bei Durchlaufen eines Unbedenklichkeitsverfahrens könne § 20 Abs. 2 UmwG nicht gelten und damit wäre einzig hier eine Rückabwicklung der eingetragenen Umwandlung möglich: *Bork*, ZGR 1993, 343, 365; *Hommelhoff*, ZGR 1990, 447, 471; *Hirte*, DB 1993, 77, 78.

⁷³⁵ *Schmid*, ZGR 1997, 493, 505.

⁷³⁶ *Hirte*, DB 1993, 77, 79.

⁷³⁷ *Schmid*, ZGR 1997, 493, 505.

⁷³⁸ *Schmid*, ZGR 1997, 493, 505.

⁷³⁹ *Schmid*, ZGR 1997, 493, 508.

⁷⁴⁰ Z.B. OLG Frankfurt, DB 1998, 1222 = EWiR 1998, 665 (*Bayer*); OLG Frankfurt, DB 1997, 1911: offensichtliche Unbegründetheit einer Klage sei nur dann gegeben, wenn sie für das Prozeßgericht ohne weiteres erkennbar ist, es also ohne schwierige rechtliche Überlegungen zu der Überzeugung kommt, daß die Klage zweifelsfrei unbegründet ist; *Bork* in Lutter, UmwG, § 16 Rn. 19.

⁷⁴¹ Ausführlich *Schmid*, ZGR 1997, 493, 509.

sperre möglich erscheine, da die Rückumwandlung ja trotz § 20 Abs. 2 UmwG (der inhaltlich § 202 Abs. 3 UmwG entspricht) erfolgen könne.⁷⁴²

Dieser Kritik ist zuzugeben, daß die Irreversibilität der Umwandlung sowohl den Interessen umwandlungswilliger als auch widerstrebender Gesellschafter nicht voll gerecht werden kann. Umwandlungsgegner könnten die Eintragung - und damit endgültige Bestandskraft der Umwandlung - selbst bei Vorliegen der gerügten Mängel nicht verhindern. Die Befürworter der Umwandlung haben im Rahmen der Interessenabwägung nach § 16 Abs. 3 UmwG einen gewissen Nachteil zu tragen, da die Irreversibilität der Umwandlung die Interessen des klagenden Gesellschafters aufwertet.

Als Alternative wird vorgeschlagen, daß die Eintragung nicht zur endgültigen Bestandskraft der Umwandlung führen solle. Das „Postulat der Irreversibilität“ sei aufzugeben, was dazu führen würde, daß § 16 Abs. 3 UmwG nicht mehr restriktiv anzuwenden wäre, sondern die Eintragung immer dann vorgenommen werden könne, wenn für das Unternehmen wirklich gewichtige wirtschaftliche Nachteile auf dem Spiel stehen.⁷⁴³

Dieser Vorschlag ist zunächst am Wortlaut des § 16 Abs. 3 S. 6 UmwG zu messen, wonach als „Ersatz des Schadens nicht die Beseitigung der Wirkungen der Eintragung der Verschmelzung im Register“ verlangt werden kann. Nach teilweiser Ansicht ist die Formulierung so zu verstehen, daß sie nur eine Entschmelzung auf dem Wege des Schadensersatzes ausschließe.⁷⁴⁴ Das ergibt sich aber bereits aus der bloßen inter partes Wirkung von Urteilen, die aufgrund von Schadensersatzklagen ergehen; § 16 Abs. 3 UmwG hätte dann keinen eigenen Regelungsgehalt.

Das selbe gilt, wenn man in § 16 Abs. 3 UmwG allein ein Verbot der Rückabwicklung ex tunc sehen würde. Streng genommen ist die „Wirkung der Eintragung der Verschmelzung im Register“ zwar allein der Eintritt der Rechtsfolgen im Eintragungszeitpunkt, eine zukünftige Rückabwicklung bliebe möglich. Die Rückabwicklung mit ex tunc- Wirkung wird aber schon durch § 202 Abs. 3 UmwG ausgeschlossen. § 16 Abs. 3 S. 6 UmwG käme daneben keine Bedeutung zu.

Gegen die Degradierung des § 16 Abs. 3 S. 6 UmwG zu einer bloßen Klarstellungsnorm spricht bereits dessen Regierungsbegründung in der es heißt, daß er eine auf Beseitigung der Wirkungen

⁷⁴² DAV, WM 1993, Sonderbeilage Nr. 2, S. 3, 5 (Rn. 9); Weiler, Anfechtungsrecht, S. 198: starre Rechtsfolgenregelung erweist sich ... als Hemmschuh einer erleichterteren Überwindung der Registersperre.

⁷⁴³ Schmid, ZGR 1997, 493, 509 f.

⁷⁴⁴ Schmid, ZGR 1997, 493, 510; ähnlich Veil, ZIP 1998, 361, 366, der die Rückabwicklungsmöglichkeit befürwortet und § 16 Abs. 3 S. 6 UmwG so ausgelegt, daß er lediglich die Einzelklagebefugnis zur Rückabwicklung aus-

der Eintragung der Verschmelzung im Register gerichtete Rückgängigmachung der Umwandlung ausschließt, da die Herstellung eines status quo ante schon tatsächlich nicht möglich ist und eine Spaltung zwar grundsätzlich denkbar wäre, jedoch dem Interesse der übrigen Anteilsinhaber regelmäßig zuwiderlaufen dürfte.⁷⁴⁵ Noch deutlicher hätte man ein Rückabwicklungsverbot kaum ausdrücken können.

Die Konzeption des § 16 Abs. 3 UmwG ermöglicht aber auch inhaltlich einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen von Befürwortern und Gegnern der Umwandlung⁷⁴⁶:

Bei der Beschlußfassung über die Umwandlung erfolgt zunächst eine rein quantitative Gewichtung der Interessen, da die erforderlichen Beschlußmehrheiten erreicht werden müssen. Die notarielle Beurkundung nach § 193 Abs. 2 UmwG gewährleistet ein ordnungsgemäßes Beschlußverfahren. Bis zu diesem Zeitpunkt werden die Gesellschafterinteressen gleichmäßig berücksichtigt. Wird der Beschluß im weiteren Verfahren angefochten, bestünde ohne § 16 Abs. 3 UmwG für eine - häufig verschwindend geringe - Minderheit die Möglichkeit, die Umwandlung für Monate zu blockieren, da die Eintragung nach §§ 198 Abs. 3, 16 Abs. 2 UmwG erst vorgenommen werden darf, wenn die Vertretungsorgane erklärt haben, daß der Eintragung eine Klage gegen den Umwandlungsbeschluß nicht entgegensteht. Dadurch werden die Machtverhältnisse zugunsten der klagenden Minderheit verschoben. Umwandlungsvorgänge sind aber nur dann erfolgreich, wenn die beabsichtigten Rationalisierungsmöglichkeiten schnell zur Verfügung stehen, sie also zügig umgesetzt werden.⁷⁴⁷

Genau diesen Konflikt regelt § 16 Abs. 3 UmwG, indem er der Beschlußmängelklage zwar aufschiebende Wirkung einräumt, an die Stelle einer umfassenden Rechtmäßigkeitsprüfung der Umwandlung aber eine Verhältnismäßigkeitsprüfung setzt. Danach hat das Interesse der Minderheit, die Umwandlung zu verhindern, dann zurückzutreten, wenn die Klage unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist, oder wenn das alsbaldige Wirksamwerden der Umwandlung „nach freier Überzeugung des Gerichts unter Berücksichtigung der Schwere der mit der Klage geltend gemachten Rechtsverletzungen zur Abwendung der vom Antragsteller dargelegten wesentlichen Nachteile ... vorrangig erscheint“. Kommt das Gericht dabei zu der Entscheidung, daß die Eintragung der Umwandlung vorrangig ist, bleibt den klagenden Gesellschaftern die Möglichkeit, die Beschlußmängelklage weiter zu verfolgen und bei begründeter Klage Schadensersatz zu verlangen (§ 16 Abs. 3 S. 6 UmwG).

schließt, was aber eine objektiv-rechtliche Verpflichtung zu erneutem [heilenden] Beschluß oder zur Einführung der ursprünglichen Strukturen nicht ausschließt; siehe bereits vorn F. I. 1. c) bb).

⁷⁴⁵ BT-Drucks. 12/6699, S. 90.

⁷⁴⁶ Vgl. *Bayer*, Jahrestagung, S. 35, 48 ff. mit dem Vorschlag, dieses Modell auch auf sonstige Struktur- und Satzungsänderungen zu erstrecken.

⁷⁴⁷ *Schiessl*, Jahrestagung, S. 57, 63.

Dagegen würde eine langfristige Blockademöglichkeit für klagende Gesellschafter dazu führen, daß sie nicht nur die Umwandlung auf ihre Rechtmäßigkeit prüfen lassen könnten, sondern die Umwandlung selbst verhindern, schlimmstenfalls die gesamte umwandlungswillige Gesellschaft in den Ruin treiben könnten.

Der Zweck des § 16 Abs. 3 UmwG würde aber verfehlt, wenn man die geschaffene Rechtssicherheit durch eine spätere Rückabwicklung der Umwandlung wieder vernichtet. Der Gesetzgeber hat das Recht auf umfassende Rechtmäßigkeitskontrolle durch ein Recht auf ordnungsgemäße Interessenabwägung und Schadensersatzansprüche ersetzt, nicht hingegen ein Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes hinzugefügt. Das wird schon dadurch erkennbar, daß das Prozeßgericht über den Unbedenklichkeitsbeschluß entscheidet.

Daraus folgt zugleich, daß die Umwandlung nur bei Durchlaufen des in § 16 Abs. 3 UmwG geregelten Verfahrens zu endgültigen Verhältnissen führen kann. Wurde die Umwandlung eingetragen, ohne daß eine Interessenabwägung vorgenommen wurde, ist der endgültige Bestand der Umwandlung nicht zu rechtfertigen. Das sind die Fälle, in denen die Eintragung ohne oder aufgrund eines falschen Negativattestes (§ 16 Abs. 2 S. 1 UmwG) erfolgte.

3. ENDGÜLTIGE BESTANDSKRAFT DES FORMWECHSELS DURCH DIE SPERRWIRKUNG DER §§ 275 FF. AKTG, 75 FF. GMBHG?

a) Problemstellung

Einer Rückabwicklung fehlerhafter, aber eingetragener Umwandlungen könnten weiterhin die §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG, die enumerativ aufzählen, wann eingetragene Kapitalgesellschaften wieder gelöscht und damit aus dem Rechtsleben entfernt werden können, entgegenstehen.

Da, wie unter E. II. 2. gezeigt, die formwechselnde Gesellschaft nur in der Ausgangs- oder der Zielrechtsform bestehen kann, führt die Anwendung der §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG dazu, daß die Gesellschaft in der Zielrechtsform bestehen bleibt; eine Rückabwicklung damit ausscheidet. Mängel der Umwandlung selbst wären damit weitgehend unbeachtlich. Allein solche Mängel des Umwandlungsbeschlusses, die sich auf die Satzung der Zielgesellschaft auswirken, könnten den Bestand der Zielgesellschaft und damit die Umwandlung beeinflussen.

Damit wären eingetragene fehlerhafte Umwandlungsvorgänge in den meisten Fällen dauerhaft bestandskräftig.

b) Anwendbarkeit der §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG auf Gesellschaften, die aus Umwandlungen hervorgegangen sind

(aa) Meinungsstand

Die Anwendbarkeit der §§ 275 ff. AktG auf Zielgesellschaften von Umwandlungen wurde bereits früher diskutiert.

Vor Einführung des § 352a AktG a.F., der nach herrschender Ansicht zur endgültigen Bestandskraft der eingetragenen Umwandlung führt, war umstritten, ob § 275 AktG auf die Zielgesellschaft Anwendung findet, die Zielgesellschaft also bei groben Satzungsmängeln für nichtig erklärt und liquidiert werden konnte. Für übertragende Umwandlungen, insbesondere die Verschmelzung zur Neugründung herrschte die Ansicht vor, daß für das Entstehen der Zielgesellschaft die allgemeinen Gründungsvorschriften und damit - beispielsweise bei der Umwandlung in eine Aktiengesellschaft - auch § 275 AktG Anwendung findet.⁷⁴⁸ Dagegen wurde bei der formwechselnden Umwandlung - beispielsweise der Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft - die Anwendung des § 275 AktG mit der Begründung abgelehnt, daß beim Vorliegen von Mängeln im Sinne von § 275 AktG der Umwandlungsbeschluß nichtig sei, aber nicht die Gesellschaft selbst. Sie bestehe als GmbH fort, wie sonst, wenn ein fehlerhafter Umwandlungsbeschluß gefaßt wurde. Die Anwendung von § 275 AktG würde dagegen zur Auflösung führen,⁷⁴⁹ was für nicht sachgerecht gehalten wurde. Eine andere Auffassung hielt die Auflösung bei Vorliegen eines Mangels im Sinne von § 275 AktG für zulässig⁷⁵⁰ ging aber nicht darauf ein, ob § 275 AktG auch abschließend ist. Ansonsten wurde § 275 AktG teilweise herangezogen, um die vorläufige Wirksamkeit eingetragener Umwandlungen zu begründen,⁷⁵¹ wofür seit der Einfügung von § 352a AktG a.F. bzw. § 202 Abs. 3 UmwG kein Bedürfnis mehr besteht.

Nach Inkrafttreten des § 352a AktG, beschränkte sich die Diskussion darauf, ob bei bestandskräftiger Umwandlung die Zielgesellschaft trotzdem nach § 275 AktG vernichtet werden kann.⁷⁵² Teilweise wird aber auch umgekehrt gefragt, ob die Beschränkung der Nichtigkeitsgründe in § 275 AktG eine Rückabwicklung in anderen Fällen ausschließt.⁷⁵³

⁷⁴⁸ Kraft in KK AktG, § 353 Anm. 38; Godin/Wilhelmi, AktG, § 353 Anm. 12; Baumbach/Hueck, AktG, § 353 Anm. 15; a.A. Schilling in GK AktG³, § 353 Anm. 30, der darauf hinweist, daß auch eine Verschmelzung zur Neugründung nicht mit einer Neugründung gleich gesetzt werden könne.

⁷⁴⁹ Godin/Wilhelmi, AktG, § 376 Anm. 13.

⁷⁵⁰ Meyer-Landrut in GK AktG³, § 376 Anm. 9.

⁷⁵¹ Semler/Grunewald in G/H, AktG, § 372 Rn. 15.

⁷⁵² Ablehnend Hüffer, AktG, § 275 Rn. 7; ders. in G/H, AktG, § 275 Rn. 13; dagegen die Anwendbarkeit von § 275 AktG bejahend: Kraft in KK AktG, § 275 Rn. 13; Grunewald in G/H, AktG, § 353 Rn. 36, die trotz bestandskräftiger Umwandlung die Auflösung der AG nach § 275, 277 AktG zulassen.

⁷⁵³ Bejahend: Kort in Umwandlungsrecht, S. 194, 207; ders., Bestandsschutz, S. 268.

(bb) Stellungnahme

Zunächst ist festzuhalten, daß in einem fehlerhaften Formwechsel keine Neugründung enthalten ist, die §§ 275 ff. AktG demzufolge nicht direkt anwendbar sind.⁷⁵⁴

Die Ansicht, daß die §§ 275 ff. AktG trotzdem bei Vorliegen von Satzungsängeln im Sinne des § 275 AktG auf die Zielgesellschaft anwendbar seien, ist nur damit zu erklären, daß die Umwandlung nach herrschender Ansicht mit Eintragung der Zielgesellschaft endgültig ist; eine Verichtung der Zielgesellschaft durch Rückabwicklung der Umwandlung damit ausscheidet. Somit bilden die §§ 275 ff. AktG die einzige Möglichkeit, eine grob fehlerhafte Gesellschaft aus dem Rechtsleben zu entfernen. Deshalb wird die Anwendbarkeit der §§ 275 ff. AktG auch zumeist im Hinblick auf eine „zusätzliche“ Anwendbarkeit, etwa, wenn die Rückabwicklung nach § 202 Abs. 3 UmwG ausgeschlossen ist, behandelt.

Rückt man hingegen von der herrschenden Ansicht ab und sieht § 202 Abs. 3 UmwG lediglich als Ausprägung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft an, stünde dieser einer Rückabwicklung nicht entgegen. Dann besteht aber für die Anwendung der §§ 275 ff. AktG kein Bedürfnis. Mängel, die nach § 275 AktG Bedeutung erlangen könnten, führen stets auch zu Mängeln im Umwandlungsbeschluß. Diese sind aber vorrangig mit den §§ 241 ff. AktG anzugreifen. Es fehlt somit an einer die Analogie rechtfertigenden Regelungslücke.

Darüber hinaus weicht die Interessenlage bei einer fehlerhaft gegründeten Kapitalgesellschaft von der durch fehlerhafte Umwandlung entstandenen Gesellschaft ab. Während bei erster eine Liquidation nach § 277 AktG die angemessene Reaktion auf das Vorliegen grober Satzungsängeln ist - sozusagen der *actus contrarius* der Gründung -, wäre für die fehlerhafte Umwandlung die Rückumwandlung in die Ausgangsrechtsform die angemessene Möglichkeit, um den Mangel zu korrigieren.

Weiterhin dient die Einschränkung der Nichtigkeitsgründe in § 275 AktG der Rechtssicherheit. Die Auflösung einer bestehenden Kapitalgesellschaft soll weitgehend ausgeschlossen werden, damit für Gläubiger die Schuldnerposition der Gesellschaft erhalten bleibt.⁷⁵⁵ Gesellschaften, die aus Umwandlungen hervorgegangen sind, bedürfen aber nicht dieses starken Bestandsschutzes, da eine Rückumwandlung fehlerhafter Formwechsel nicht die Auflösung der Gesellschaft, sondern lediglich einen erneuten Formwechsel zurück in die Ausgangsrechtsform zur Folge hat. Ebenso wie Gläubiger beim Formwechsel dadurch geschützt sind, daß praktisch nur eine Organi-

⁷⁵⁴ Siehe oben E. II. 2.

⁷⁵⁵ Hüffer, AktG, § 275 Rn. 2.

sations- aber keine Vermögensänderung des Vertragspartners erfolgt, verschlechtert sich ihre Position auch durch eine Rückabwicklung des Formwechsels nicht.

Gegen eine Sperrwirkung der §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG spricht auch, daß dieser Bestandschutz nur bei Kapitalgesellschaften als Zielrechtsformen eingreifen würde. Rechtsträger neuer Rechtsform können aber gemäß § 191 Abs. 2 UmwG auch die GbR und Personenhandelsgesellschaften sein. Man käme dann zu dem Ergebnis, daß sich die Rückumwandlung von fehlerhaften Umwandlungen für Kapital- und Personengesellschaften unterschiedlich gestalten würde. Erfolgte die Umwandlung in eine Personenhandelsgesellschaft, stünde ihr eine Sperrwirkung nach §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG nicht entgegen, während Formwechsel in Kapitalgesellschaften mit ihrer Eintragung doch praktisch irreversibel wären. Dabei geht die Konzeption des Umwandlungsgesetzes von einer weitgehenden Gleichbehandlung der unterschiedlichen Rechtsformen aus.

Es kann auch nicht überzeugen, wenn die erhöhte Bestandskraft der Umwandlung damit begründet wird, daß auf die Zielgesellschaft die §§ 275 ff. AktG Anwendung finden.⁷⁵⁶ Man kann zwar fragen, ob bei bestandsfester Umwandlung wenigstens eine Auflösung der Zielgesellschaft nach den §§ 275 ff. AktG in Betracht kommt. Von der Bestandskraft der §§ 275 ff. AktG aber auf die Endgültigkeit der Umwandlung zu schließen, verdreht die Problematik. Die §§ 275 ff. AktG beziehen sich nämlich auf durch Gründung entstandene Unternehmen, bei denen keine vorrangigen Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen.

Umwandlungsmängel werden dagegen ebenso wie Mängel bei Satzungsänderungen mit den §§ 241 ff. AktG als vorrangigem Rechtsbehelf geltend gemacht.⁷⁵⁷ Nur wenn dies ausnahmsweise ausscheidet - etwa nach Durchlaufen des § 16 Abs. 3-Verfahrens könnte man die Auflösung nach § 275 ff. AktG zulassen.⁷⁵⁸ Dies könnte man damit begründen, daß die Rechtsordnung Gesellschaften mit den in § 275 AktG aufgeführten Mängeln nicht duldet und es keine Rolle spielt, ob die Gesellschaft durch Neugründung oder Umwandlung entstanden ist.⁷⁵⁹ Wird dagegen vorgebracht, daß bei endgültiger Bestandskraft der Umwandlung für eine Auflösung der Gesellschaft kein Raum ist, wird übersehen, daß durchaus ein Bedürfnis für die Aufrechterhaltung einer Um-

⁷⁵⁶ So aber *Kort* in Umwandlungsrecht, S. 194, 207; *ders.*, Bestandsschutz, S. 268; *Wenzel*, AgrarR 1998, 139, 142.

⁷⁵⁷ *Casper*, Heilung, S. 92 m.w.N. in Fn. 28 lehnt die Anwendung der §§ 275 ff. AktG auf fehlerhafte Satzungsänderungen ab und wendet allein die §§ 241, 249 AktG an, denn selbst wenn eine Satzungsänderung nichtig ist, bestehe die wirksame Regelung in der ursprünglichen Satzung fort, so daß eine Auflösung nicht gerechtfertigt sei; auch *Hüffer*, AktG, § 275 Rn. 13 m.w.N.

⁷⁵⁸ Vgl. auch *Sirotski*, VIZ 1994, 628 ff., 631, wonach die Nichtigkeitsklage nur in Betracht komme, wenn ihre Voraussetzungen tatsächlich vorliegen und sie nicht durch die spezialgesetzliche Regelung § 34 Abs. 3 LwAnpG ausgeschlossen ist.

⁷⁵⁹ In dieser Hinsicht zutreffend *Kort*, Bestandsschutz, S. 268; wohl auch *Nies* in RVI, B 500 LwAnpG § 34 Rn. 12, wenn er die Vernichtung der Zielgesellschaft durch Nichtigkeitsklage zulassen will.

wandlung bestehen kann - allein schon, weil nach einem gewissen Zeitablauf nicht mehr erkennbar ist, ob ein Unternehmen durch Umwandlung oder Neugründung entstanden ist; daß aber kein Bedürfnis dafür besteht, Gesellschaften mit groben Satzungsmängeln entgegen §§ 275 ff. AktG im Rechtsverkehr zu belassen.

Daraus kann man aber nicht umgekehrt folgern, daß die §§ 275 ff. AktG einer Rückabwicklung der fehlerhaften Umwandlung entgegensteht.⁷⁶⁰

(cc) Ergebnis

Auch die §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG stehen einer Rückabwicklung fehlerhafter Formwechsel nicht entgegen.

4. ART UND WEISE DER RÜCKABWICKLUNG

Nachdem gezeigt wurde, daß eine Rückabwicklung außer nach Durchlaufen des § 16 Abs. 3-Verfahrens grundsätzlich möglich ist,⁷⁶¹ soll im folgenden untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen und nach welchem Verfahren eine Rückabwicklung erfolgen kann.

⁷⁶⁰ Im Ergebnis auch *Kreuznacht*, Verschmelzungen, S. 118 ff., der § 275 AktG als Instrument zur Rückabwicklung fehlerhafter Verschmelzungen behandelt, aber keine Beschränkung auf Fälle vornimmt, in denen ein Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 275 AktG vorliegt; ähnlich *Schweizer*, LwAnpG, Rn. 273 ff., der die §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG zwar für anwendbar hält, die Umwandlungsbeschlüsse werden aber nach seiner Meinung meist aus anderen Gründen nichtig sein, weshalb die entstehende Rechtsform auflösungsreif sei.

⁷⁶¹ Zusammenfassend zum Meinungsstand zur Rückabwicklung fehlerhafter Umwandlungen: **allgemein für fehlerhafte Umstrukturierungen: Rückabwicklung bejahend:** *Hommelhoff*, ZGR 1993, 452, 469; *ders.*, ZHR 158 (1994), 11, 29; *K. Schmidt*, ZGR 1991, 373, 391 ff.; *ders.*, ZIP 1998, 181, 187; **ablehnend:** *Kort* in Umwandlungsrecht, S. 194, 205; *Casper*, Heilung, S. 288; **offen gelassen:** *K. Schmidt*, DB 1995, 1849, 1851; *Feddersen/Kiem*, ZIP 1994, 1078, 1084; **für fehlerhafte Formwechsel: eine Rückabwicklung bejahend** für § 34 Abs. 3 LwAnpG: *Schweizer*, LwAnpG, Rn. 276; offen gelassen *Nies* in RVI, B 500 LwAnpG § 34 Rn. 12, der zwar die Vernichtung der Zielgesellschaft durch Nichtigkeitsklage zuläßt, damit aber wohl nur das Verfahren nach §§ 275 ff. AktG (analog) zulassen will; für § 202 Abs. 3 UmwG: *Laumann* in G/K/T, UmwG, § 202 Rn. 29; für Fälle der fehlerhaften Ladung und unrichtigen Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses; **eine Rückabwicklung ablehnend** allgemein: *Kort*, Bestandsschutz, S. 268; für § 34 Abs. 3 LwAnpG: *Hommelhoff/Schubel*, ZIP 1998, 537, 544; *Hillmann* in Umwandlungsrecht, S. 187, 192; *Wenzel*, AgrarR 1998, 139, 143; *Neixler*, AgrarR Sonderheft 10/1993, 25; *Hagen*, FS Notariat, S. 261, 267; für § 202 Abs. 3 UmwG: *Bayer*, EWiR 1998, 469, 470; *Meister/Klöcker* in Kallmeyer, UmwG, § 202 Rn. 59; *Decher* in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 30; **für die fehlerhafte Verschmelzung: eine Rückabwicklung bejahend:** für § 352a AktG a.F.: *Timm*, DB 1990, 1221, 1222; *Martens*, AG 1986, 57, 65; *Kiem*, Eintragung, S. 170 ff.; für § 20 Abs. 2 UmwG: *Schöne*, DB 1995, 1317, 1321; *Schmid*, ZGR 1997, 493, 512; *ders.*, ZIP 1998, 1057, 1059; *Martens*, AG 1986, 57, 63; *Kiem*, AG 1992, 430, 433; *Kreuznacht*, Verschmelzungen, S. 48 ff. m.w.N.; *DAV*, WM 1993, Sonderbeilage Nr. 2, S. 3, 5 (Rn. 9); **eine Rückabwicklung ablehnend:** für § 352a AktG a.F.: *Priester*, NJW 1983, 1459, 1465; *Krieger*, ZHR 158 (1994), 35, 46; *Kort*, ZGR 1994, 291, 310 f.; *ders.*, Bestandsschutz, S. 264 f.; *Döss*, Verschmelzung, S. 43; *Decher*, AG 1997, 388, 395; *Heckschen*, Verschmelzung, S. 62: nur noch auf freiwilliger Basis; *Grunewald*, Kölner Umwandlungsrechtstage, S. 19, 56; für § 20 Abs. 2 UmwG: *Bork*, Kölner Umwandlungsrechtstage, S. 216, 267 (aber kritisch); *Dehmer*, UmwG, § 20 Rn. 98; *Marsch-Barner* in Kallmeyer, UmwG, § 20 Rn. 47; *Bermel* in G/K/T, UmwG, § 20 Rn. 60; *Grunewald* in Lutter, UmwG, § 20 Rn. 65; *Streck/Mack/Schwedhelm*, GmbHR 1995, 161, 167: nur wirtschaftliche Rückabwicklung der Verschmelzung, die sich nachträglich als unzweckmäßig erweist.

a) Meinungsstand

Heranzuziehen ist zunächst der Meinungsstand zur Rückabwicklung anderer Strukturänderungen, auf die die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft angewendet werden, wobei eine Beschränkung auf Strukturänderungen durch Gesellschafterbeschluß in Kapitalgesellschaften erfolgen soll.⁷⁶² Insgesamt sind die Stimmen im Schrifttum eher spärlich und keineswegs einheitlich, was daran liegt, daß die herrschende Ansicht die Rückabwicklung fehlerhafter Umwandlungen ablehnt.

Nach *Kort*,⁷⁶³ wird ein fehlerhafter Formwechsel dergestalt rückabgewickelt, daß es mit Abschluß der Beschlußmängelklage zu einer Rückkehr des Rechtsträgers ex lege in den status quo ante, also zu einem erneuten Formwechsel in die ursprüngliche Rechtsform kommt. Dies soll aber seiner Ansicht nach nur für solche Umwandlungen gelten, die (wegen der von ihm im Anschluß an den BGH vorgenommenen teleologischen Reduktion von § 202 Abs. 3 UmwG) ausnahmsweise nicht bestandskräftig sind.

Häufiger wird die Rückabwicklung fehlerhafter Verschmelzungen behandelt. Die Ansichten gehen aber bezüglich des Verfahrens einer Entschmelzung weit auseinander. Als Instrumentarium werden die Spaltung,⁷⁶⁴ und vor deren Bereitstellung durch das UmwG die Ausgliederung,⁷⁶⁵ als *actus contrarius* herangezogen.⁷⁶⁶ Probleme bereitet aber deren prozessuale Durchsetzung, da eine Spaltung/Ausgliederung nur mittels Gesellschafterbeschluß und der erforderlichen Mehrheit durchgesetzt werden kann,⁷⁶⁷ woran eine Minderheit bei der Durchsetzung einer Entschmelzung scheitern wird. Andere sehen die Entschmelzung als Konsequenz eines durchdringenden Anfechtungsurteils an,⁷⁶⁸ womit eine zusätzliche Durchsetzung mittels Gesellschafterbeschlusses obsolet wäre. Davon geht wohl auch *Martens* aus,⁷⁶⁹ wenn er vertritt, daß bei einem irreparablen

⁷⁶² Das Verfahren zur Rückabwicklung fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse im Personengesellschaftsrecht ist auf die hier zu erörternde Problematik nicht übertragbar, da diese - beispielsweise bei der Gründung oder dem fehlerhaften Aus- oder Beitritt - nicht auf einem zugrunde liegenden Gesellschafterbeschluß beruhen.

⁷⁶³ Umwandlungsrecht, S. 194, 212; *ders.*, Bestandsschutz, S. 296.

⁷⁶⁴ *Schöne*, DB 1995, 1317, 1321; *Schmid*, ZGR 1997, 493, 518.

⁷⁶⁵ *Martens*, AG 1986, 57, 65; *Kiem*, Eintragung, S. 170 ff.

⁷⁶⁶ Ähnlich für den umgekehrten Fall der Spaltung: Abwicklung erfolgt durch den umgekehrten Prozeß der Verschmelzung *Heiss*, Spaltungen, S. 87; noch differenzierter für die verschiedenen Arten der Spaltung *Wirth*, Spaltungen, S. 270 ff. m.w.N.

⁷⁶⁷ *Schöne*, DB 1995, 1317, 1321; *Kiem*, Eintragung, S. 177; *Martens*, AG 1986, 57, 65; *Kreuznacht*, Verschmelzungen, S. 111; *Schmid*, ZGR 1997, 493, 518.

⁷⁶⁸ *Kiem*, Eintragung, S. 170 ff.; wohl auch *Timm*, DB 1990, 1221, 1222: der eine Rückabwicklung nach erfolgreicher Anfechtungsklage in Betracht zieht; ähnlich *Lutter*, ZGR 1993, 392, 408, der allerdings von rückwirkender Selbständigkeit der fusionierten Gesellschaften ausgeht; für die Spaltung *Wirth*, Spaltungen, S. 257: Spaltung kann durch Urteil wieder rückgängig gemacht werden.

⁷⁶⁹ AG 1986, 57, 65.

Verschmelzungsmangel direkt auf Entschmelzung geklagt werden könne. Daneben wird ein Entschmelzungsanspruch, der sich an die §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG anlehnt, vorgeschlagen.⁷⁷⁰

Anderer Ansicht nach soll ein Rückabwicklungsanspruch als quasinegatorischer Anspruch analog § 1004 BGB bestehen,⁷⁷¹ der rechtstechnisch als Folgenbeseitigungsanspruch und prozeduraler Annex zur Anfechtungsklage zu qualifizieren sei.⁷⁷² Da aber für die Rückabwicklung grundsätzlich das Geschäftsführungsorgan zuständig ist, wird vorgeschlagen, dem Gesellschafter ein (Leistungs-) Klagerecht auf Herstellung rechtmäßiger Zustände zuzubilligen.⁷⁷³

Daneben werden noch andere Ansichten vertreten.⁷⁷⁴

Auch auf die fehlerhafte Einziehung von GmbH-Anteilen (§ 34 GmbHG) werden die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft verschiedentlich angewandt. Nach einer Ansicht soll der ausgeschiedene Gesellschafter, seine Gesellschafterposition aufgrund des erfolgreichen Anfechtungsurteils wiedererlangen.⁷⁷⁵ Nach anderer Ansicht wird der Wiederaufnahmeanspruch des Ausgeschlossenen mittels Gestaltungsurteil analog §§ 133, 140 HGB durchgesetzt.⁷⁷⁶

Für die fehlerhafte Kapitalerhöhung - als Kapitalmaßnahme, auf die ebenfalls die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft angewandt werden - treten die rechtmäßigen Zustände, also die Bilanzierung der Grundkapitalziffer mit dem vor Durchführung der fehlerhaften Kapitalerhöhung gültigen niedrigeren Stand, automatisch ab Eintritt der Rechtskraft des Anfechtungsurteils ein.⁷⁷⁷

Es bedarf darüber hinaus keiner weiteren Rechtsakte.⁷⁷⁸

⁷⁷⁰ K. Schmidt, ZGR 1991, 373, 393; Kreuznacht, Verschmelzung, S. 132.

⁷⁷¹ Schmid, ZGR 1997, 493, 511 f.; in Betracht ziehend: K. Schmidt, AG 1991, 131, 134; ausdrücklich offen gelassen Feddersen/Kiem, ZIP 1994, 1078, 1084; ablehnend Kreuznacht, Verschmelzung, S. 116 m.w.N.; Döss, Verschmelzung, S. 104 ff. insbesondere für Ansprüche von Gesellschaftern einer übertragenden Gesellschaft.

⁷⁷² Schmid, ZGR 1997, 493, 511; Weiler, Anfechtungsrecht S. 192.

⁷⁷³ Schmid, ZGR 1997, 493, 511, 517 f.

⁷⁷⁴ Schuldrechtliche Verpflichtung zur Rückabwicklung vollzogener Strukturmaßnahmen (Hirte, DB 1993, 77, 79); Möglichkeit des Klägers, die Unwirksamkeit des Verschmelzungs- oder sonstigen Umstrukturierungsbeschlusses weiter zu verfolgen und im Falle seines Obsiegens die beteiligten Gesellschaften zu veranlassen, die bereits vollzogene Umstrukturierung rückabzuwickeln (Hommelhoff, ZGR 1993, 452, 469); Strukturänderungsbeschluss könne vom Prozeßgericht durch dessen Anfechtungsurteil nur zukunftsbezogen mit der Folge kassiert werden, daß die herbeigeführte Umstrukturierung mit ex nunc-Wirkung beseitigt werden müsse (Hommelhoff, ZHR 158 (1994), 11, 30); Rückabwicklung als Naturalrestitution des Schadensersatzanspruchs nach § 16 Abs. 3 UmwG (Kiem, AG 1992, 430, 432); dagegen Schmid, ZGR 1997, 493, 511; Verpflichtung der Gesellschaft für Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände zu sorgen (Schmid, ZIP 1998, 1057, 1059); (für die Ausgliederung) objektiv-rechtliche Verpflichtung der Gesellschaft, die ursprünglichen Strukturen wieder einzuführen (Veil, ZIP 1998, 361, 366).

⁷⁷⁵ Fingerhut/Schröder, BB 1997, 1805, 1807.

⁷⁷⁶ Niemeier, ZGR 1990, 314, 353 ff., der zwar ein rechtssicheres Verfahren für die Wiederaufnahme fordert, die Anfechtungsklage aber wegen ihrer Rückwirkung (§ 248 AktG) ablehnt.

⁷⁷⁷ Hüffer, AktG, § 248 Rn. 7a; Zöllner, AG 1993, 68, 75; Zöllner/Winter, ZHR 158 (1994), 59, 60; Kort, ZGR 1994, 291, 312; ders., Bestandsschutz, S. 211.

⁷⁷⁸ Zöllner/Winter, ZHR 158 (1994), 59, 60; Zöllner, AG 1993, 68, 75.

Etwas anderes gilt für die Rückabwicklung fehlerhafter Unternehmensverträge. Dort kommt eine automatische Rückabwicklung aufgrund erfolgreicher Anfechtung eines der Zustimmungsbeschlüsse der beteiligten Gesellschaften nicht in Betracht, da dadurch noch nicht der, die Gesellschaften verknüpfende Unternehmensvertrag vernichtet wird. Dieser kann nach Fortfall eines der Zustimmungsbeschlüsse aber aus wichtigem Grund nach § 297 Abs. 1 S. 1 AktG gekündigt werden.⁷⁷⁹

b) Eigener Lösungsansatz zur Rückabwicklung fehlerhafter Formwechsel

aa) Ermittlung der Rechtsgrundlage

Es herrscht weitgehend Einigkeit darüber, daß fehlerhafte Strukturänderungen durch einen sogenannten *actus contrarius* rückabzuwickeln seien; für die Verschmelzung bietet das neue Umwandlungsgesetz dafür das Instrument der Spaltung an.⁷⁸⁰ Die Durchsetzung der erneuten Strukturänderung wird aber zumeist als problematisch angesehen, weil dafür ein Beschluß erforderlich sei.⁷⁸¹ Dieser Trugschluß resultiert daraus, daß bei der Rückabwicklung nicht hinreichend berücksichtigt wird, daß es sich nicht um eine neue selbständige Umstrukturierung handelt, sondern daß die Rückabwicklung nur notwendige Folge der Fehlerhaftigkeit der ersten Umwandlung ist.⁷⁸² Die Rückabwicklung folgt aus der Vernichtung der fehlerhaften Umwandlung; denn dann besteht das Unternehmen in seiner Ausgangsstruktur fort. Dagegen handelt es sich nicht um eine erneute, sozusagen zweite Umwandlung, mit der die Rechtsfolgen der ersten, fehlerhaften Umwandlung rückgängig gemacht werden und die demzufolge auch den üblichen Anforderungen einer Strukturänderung entsprechen müßte.

Daraus ergibt sich, daß eine Rückabwicklung die vollständige Beseitigung des ersten Formwechsels voraussetzt. Da er seine Grundlage im Umwandlungsbeschluß hat, ist dieser zu vernichten und zwar mit Wirkung *inter-omnes*. Ein lediglich *inter-partes*-wirkendes Urteil, beispielsweise aufgrund einer Schadensersatzklage,⁷⁸³ ist dafür nicht ausreichend, da von der Rückabwicklung der Umwandlung alle Gesellschafter betroffen sind. Auch kann nur die Vernichtung des Um-

⁷⁷⁹ *Ulmer*, BB 1989, 10, 17; *Rehbinder*, FS Fleck, S. 264 f.; *Kleindiek*, ZIP 1988, 613, 625; *Krieger*, ZHR 158 (1994), 35, 41.

⁷⁸⁰ *Schmid*, ZGR 1997, 493, 518.

⁷⁸¹ Siehe bereits oben F. I. 1. e) bb).

⁷⁸² Zur ähnlichen Problematik der Auflösung einer fehlerhaften Personengesellschaft zutreffend *Gursky*, *Ausscheiden*, S. 92 ff.; der die Auflösung als umgestaltete Anfechtungsklage und nicht als eigentliche Kündigung im Sinne des § 723 BGB ansieht.

⁷⁸³ Siehe oben F. I. 1. e) bb).

wandlungsbeschlusses dessen materielle Heilung durch Zeitablauf nach § 242 Abs. 2 AktG (gegebenenfalls analog) verhindern.⁷⁸⁴

Das Erfordernis eines Urteils ergibt sich daraus, daß die Wirkungen der konstitutiven Eintragung der Gesellschaft neuer Rechtsform beseitigt werden müssen.

Im folgenden wird deshalb zunächst das allgemeine Beschlußmängelrecht auf seine Geeignetheit zur Rückabwicklung des fehlerhaften Formwechsels untersucht. Dabei ist wieder eine Trennung nach der Rechtsform des formwechselnden Rechtsträgers erforderlich.

(I) Kapitalgesellschaften

(a) Grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 241 ff. AktG (analog) nach Eintragung des Formwechsels

Im Kapitalgesellschaftsrecht sind die §§ 241 ff. AktG (gegebenenfalls analog) zur Geltendmachung von Beschlußmängeln anwendbar.⁷⁸⁵ Das gilt auch für fehlerhafte Umwandlungsbeschlüsse als Unterfall der fehlerhaften Satzungsänderungsbeschlüsse.⁷⁸⁶ Im Rahmen der Untersuchung der Rechtslage vor Eintragung des fehlerhaften Formwechsels wurde bereits ausführlich auf die Geltendmachung von Beschlußmängeln eingegangen.⁷⁸⁷

(b) Rechtsschutzbedürfnis für Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklage

Problematisch ist, ob für Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen auch noch nach Eintragung der Gesellschaft in neuer Rechtsform ein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Bei Gestaltungsclagen liegt ein Rechtsschutzbedürfnis immer schon insoweit vor, als eben nur ein Urteil gestalten kann.⁷⁸⁸ Das Rechtsschutzbedürfnis könnte hier aber fehlen, wenn man davon ausgeht, daß Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklagen im Sinne der §§ 241 ff. AktG immer nur zur ex tunc wirkenden Vernichtung von Beschlüssen herangezogen werden können; der Umwandlungsbeschluß aber von dem vorläufig wirksamen Formwechsel so stark beeinflußt wird, daß auch er vorläufig wirksam ist und nur mit ex nunc-Wirkung vernichtet werden kann.⁷⁸⁹ Dann könnten Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage das Rechtsschutzziel der §§ 241 ff. AktG nicht mehr erreichen.

⁷⁸⁴ § 242 Abs. 2 S. 2 AktG: Verlängerung der Frist bei Rechtshängigkeit einer Nichtigkeitsfeststellungsklage; Ausschluß der Heilung bei durchdringendem Anfechtungsurteil (Umkehrschluß zu § 242 Abs. 2 i.V.m. § 241 Nr. 5 AktG); auch *Döss*, Verschmelzung, S. 45.

⁷⁸⁵ *Casper*, Heilung, S. 92.

⁷⁸⁶ *Kort* in Umwandlungsrecht, S. 194, 196; für Umwandlungen nach dem LwAnpG: *Hommelhoff/Schubel*, ZIP 1998, 537, 543; *Hillmann* in Umwandlungsrecht, S. 187, 188.

⁷⁸⁷ Siehe oben C. II.

⁷⁸⁸ *Hartmann* in Baumbach, ZPO, Grundz. § 253, Rn. 43.

⁷⁸⁹ So *Niemeier*, ZGR 1990, 314, 344 für den der fehlerhaften Einziehung von GmbH-Anteilen zugrunde liegenden Beschluß, der deshalb für die Wiederaufnahme des Gesellschafters eine ex nunc wirkende Aufnahme durch Gestaltungsurteil analog §§ 133, 140 HGB vorschlägt (S. 355); *Kort* in Umwandlungsrecht, S. 194, 205;

Die bloße ex nunc-Nichtigkeit von Beschlüssen eingetragener Umwandlungen wird mit einem Fehlerfolgenreisgleichlauf von Strukturänderung und dem zugrunde liegenden Beschluß begründet. Eine Trennung von Beschluß und Strukturänderung mit der Folge, daß der Beschluß ex tunc nichtig bliebe und die eigentliche Strukturänderung trotzdem vorläufig wirksam werden könnte, würde dem Gesellschafterschutz, der gerade in den §§ 241 ff. AktG angeordnet ist, zuwider laufen.⁷⁹⁰ Daraus folge, daß nichtige Beschlüsse auch keine Grundlage für die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft bilden könnten.⁷⁹¹ Lediglich auf ordnungsnichtige oder bloß anfechtbare Beschlüsse könnten diese Grundsätze angewandt werden. Wegen der Einheit von Beschluß und Strukturänderung könne aber bei der Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auch das Anfechtungsurteil nicht zurückwirken, da sonst auch die Strukturänderung zwangsläufig so rückabgewickelt werden müßte, als habe sie nie stattgefunden.⁷⁹² Damit wäre aber für den vorläufigen Bestand der fehlerhaften Strukturänderung kein Raum.⁷⁹³ Deshalb wird die ex tunc-Wirkung des rechtskräftigen Anfechtungsurteils dahingehend modifiziert, daß die betroffene Gesellschaft die Möglichkeit erhalten soll, durch Bereinigung der Beschlußlage oder geordnete Rückabwicklung entsprechend zu reagieren.⁷⁹⁴ Dies wird durch bloße ex nunc-Wirkung des Anfechtungsurteils erreicht.

Für diese Modifizierung des Beschlußmängelrechts besteht aber spätestens seit Inkrafttreten des neuen Umwandlungsgesetzes kein Bedürfnis mehr. Der Gesetzgeber hat sich - zumindest für die Umwandlungsvorgänge - für eine Trennung von Beschluß und Strukturänderung entschieden, wenn er anordnete, daß Mängel des Umwandlungsvorgangs die Wirksamkeit der Umwandlung selbst unberührt lassen. Ein Fehlerfolgenreisgleichlauf ist gerade nicht beabsichtigt und der (vorläufige) Bestand der Strukturänderung verlangt keinen zugrunde liegenden (vorläufig) wirksamen Beschluß.⁷⁹⁵ Dieser wird vielmehr durch die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft (z.B. § 202 Abs. 3 UmwG) ersetzt. Für den (vorläufigen) Bestand des fehlerhaften Formwechsels genügt der fehlerhafte, aber durch die Eintragung vollzogene Willensakt der Gesellschafter. Eine Abkehr von der ex tunc-Nichtigkeit nichtiger oder angefochtener Beschlüsse ist damit nicht erforderlich.

Kreuznacht, Verschmelzungen, S. 76; wohl auch für den fehlerhaften Kapitalerhöhungsbeschluß *Zöllner/Winter*, ZHR 158 (1994), 59, 60: „mangelnder Rückwirkung des Anfechtungsurteils“; Nachweise für den Zustimmungsbeschluß zum Unternehmensvertrag bei *Kleindiek*, ZIP 1988, 613, 615; anders aber (ex tunc-Wirkung des Nichtigkeitsurteils) *Zöllner*, AG 1993, 68, 71; *Weiler*, Anfechtungsrecht, S. 186; *Rehbinder*, FS Fleck, 253, 265.

⁷⁹⁰ So noch kurz vor Inkrafttreten des UmwG *Hommelhoff*, ZHR 158 (1994), 11, 15.

⁷⁹¹ *Hommelhoff*, ZHR 158 (1994), 11, 20.

⁷⁹² *Hommelhoff*, ZHR 158 (1994), 11, 25.

⁷⁹³ *Hommelhoff*, ZHR 158 (1994), 11, 25.

⁷⁹⁴ *Hommelhoff*, ZHR 158 (1994), 11, 28.

⁷⁹⁵ Zutreffend (allerdings für den einem fehlerhaften Unternehmensvertrag zugrunde liegenden Beschluß) *Rehbinder*, FS Fleck, S. 253, 265.

Die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf die Strukturänderung führt somit nicht zu einer Modifizierung der ex tunc-Nichtigkeit des Beschlusses. Es überzeugt auch nicht, daß eine fehlerhafte Strukturänderung rückabgewickelt werden soll, wenn ihr ein wirksamer Beschluß zugrunde liegt, bzw. der Beschluß, dessen Rechtmäßigkeit sich nach dem Beschlußzeitpunkt bestimmt, bis zur Rechtskraft des Beschlußmängelurteils wirksam sein soll.

Es ist somit daran festzuhalten, daß ein nichtiger oder wirksam angefochtener Umwandlungsbeschluß ex tunc nichtig ist. Einer Korrektur der §§ 241 ff. AktG bedarf es nicht.⁷⁹⁶ Dafür spricht auch, daß § 202 Abs. 3 UmwG eben keine Heilung des Umwandlungsbeschlusses bewirkt.⁷⁹⁷ Es läßt sich zwar nicht leugnen, daß diese Nichtigkeit keine direkten Auswirkungen auf die eigentliche Strukturänderung hat,⁷⁹⁸ da die fehlende Beschlußwirksamkeit eben durch die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft ersetzt wird. Wenn es aber keinen Unterschied macht, ob der Beschluß ex nunc oder ex tunc wirksam ist, besteht eben kein Bedürfnis nach einem Abweichen von den gesetzlichen Rechtsfolgen.

Insbesondere spricht § 28 UmwG für die Möglichkeit, eine Beschlußmängelklage auch nach Eintragung der Umwandlung zu erheben oder fortzusetzen. Es geht bei der Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage nicht um die eigentliche Vernichtung des Formwechsels, sondern nur des diesem zugrunde liegenden Beschlusses. Dann muß es möglich sein, dessen (trotz einer möglicherweise endgültigen Bestandskraft des Formwechsels fortbestehende) Rechtswidrigkeit mittels inter-omnes-wirkender Klage geltend zu machen.⁷⁹⁹ Das Urteil würde auch Gestaltungswirkung haben, da es den Umwandlungsbeschluß vernichtet und der Umwandlung ihre Grundlage entzieht. Daß dies wegen § 202 Abs. 3 UmwG nicht rückwirkend erfolgen kann, steht einer Gestaltungswirkung der Klage nicht entgegen.⁸⁰⁰ Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen sind somit auch noch nach Eintragung der Gesellschaft in neuer Rechtsform zulässig.⁸⁰¹

(c) Erzielung der gewünschten Rechtsfolge durch die §§ 241 ff. AktG

Die §§ 241 ff. AktG sind nur dann ein geeignetes Rechtsschutzmittel zur Rückabwicklung fehlerhafter Formwechsel wenn die auf sie hin ergehenden Entscheidungen den Formwechsel inter-

⁷⁹⁶ So aber *Niemeier*, ZGR 1990, 314, 348.

⁷⁹⁷ *Decher* in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 27.

⁷⁹⁸ Mittelbar entfällt nur der Beschluß als die rechtliche Grundlage der Satzungsänderung.

⁷⁹⁹ *Bermel* in G/K/T, UmwG, § 28 Rn. 6.

⁸⁰⁰ So auch *Kort*, ZGR 1994, 291, 312 und 319, der auf die fehlerhafte Kapitalerhöhung die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft anwendet, die Anfechtung aber zuläßt, das daraufhin ergehende Urteil sei Gestaltungsurteil.

⁸⁰¹ Selbst der Ablauf der Anfechtungsfrist würde nach § 195 Abs. 1 UmwG, der wie § 246 AktG eine materielle Frist enthält, nicht zur Unzulässigkeit, sondern nur zur Unbegründetheit der Klage führen, siehe *Decher* in Lutter, UmwG, § 195 Rn. 6; *Hüffer*, AktG, § 246 Rn. 20.

omnes und mit Wirkung ex nunc vernichten können, so daß die Gesellschaft in ihrer ursprünglichen Rechtsform weiter besteht.

(aa) Inter omnes-Wirkung

Mit Rechtskraft des auf die Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage hin ergehenden Urteils, entfällt der der Umwandlung zugrunde liegende Umwandlungsbeschluß. Gemäß § 248 Abs. 1 S. 1 AktG (für Nichtigkeitsklagen i.V.m. § 249 Abs. 1 AktG) wirkt dieses Urteil für und gegen alle Aktionäre sowie die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats auch wenn sie nicht Partei sind.

(bb) Ex nunc-Wirkung

Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen vernichten den Umwandlungsbeschluß zwar mit Wirkung ex tunc. Durch § 202 Abs. 3 UmwG wird diese Rückwirkung aber zur ex nunc-Rückabwicklung des fehlerhaften Formwechsels modifiziert. In der Zeit zwischen Beschlußfassung und rechtskräftigem Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsurteil bilden die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft die Grundlage für den Formwechsel. Ab Rechtskraft des Beschlußmängelurteils können aber auch die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft keine Grundlage mehr für den Formwechsel bilden. Sie dienen eben nur der vorläufigen Anerkennung rechtswidriger Zustände, können sich aber nicht gegenüber einem rechtskräftigen Urteil behaupten.

Es kommt damit automatisch, allerdings mit Wirkung ex nunc,⁸⁰² zur Rückumwandlung als actus contrarius des ersten, fehlerhaften Formwechsels. Die Gesellschaft besteht in ihrer Ausgangsrechtsform fort. Es treten keine mit der „Entschmelzung“ fehlerhaft verschmolzener Unternehmen vergleichbaren Probleme auf, so daß es einer gesonderten, erst ex nunc wirkenden Klage,⁸⁰³ zur Rückabwicklung nicht bedarf.⁸⁰⁴

Dagegen spricht auch nicht, daß bei der Abwicklung fehlerhaft gegründeter Personengesellschaften Willensmängel nicht mehr durch Berufung auf Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit, sondern nur noch durch Auflösung aus wichtigem Grund nach Maßgabe der §§ 133 ff. HGB geltend gemacht werden können. Damit wird einmal erreicht, daß die Gesellschaft durch Urteil aufgelöst wird, daß es bezüglich der Fehlerhaftigkeit der Gesellschaft auf den gegenwärtigen Zustand ankommt⁸⁰⁵ und daß die Folge rückwirkender Nichtigkeit gemäß § 142 BGB verhindert wird.⁸⁰⁶

⁸⁰² Das verkennt *Niemeier*, ZGR 1990, 314, 355, wenn er bei der fehlerhaften Einziehung von GmbH-Anteilen die ex tunc wirkenden Beschlußmängelklagen ablehnt, weil damit auch eine rückwirkende Wiedereinsetzung des Entrechteten verbunden wäre.

⁸⁰³ Für die Verschmelzung *Kreuznacht*, Verschmelzungen, S. 116 ff.

⁸⁰⁴ Auch *Kort*, Bestandsschutz, S. 297 allerdings nur für die ausnahmsweise aufgrund einer vorgenommenen teleologischen Reduktion des § 202 Abs. 3 UmwG nicht bestandsfesten Umwandlungsvorgänge, (nach hier vertretener Ansicht sind diese ex tunc nichtig); ebenso für die Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit der vollzogenen Kapitalerhöhung *Zöllner*, AG 1993, 68, 75.

⁸⁰⁵ RG, DR 1943, 1221, 1223.

Diese Rechtsfolgen können aber auch durch Klage nach den §§ 241 ff. AktG erreicht werden. Auch hier wird die Fehlerhaftigkeit des Formwechsels durch Urteil festgestellt. Die bloße ex nunc-Rückabwicklung wird durch die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft in Gestalt des § 202 Abs. 3 UmwG erreicht und die Frage, ob es für die Rückabwicklung der fehlerhaften Strukturänderung auf die Mängel im Beschluß- oder Urteilszeitpunkt ankommt, kann ebenfalls im Rahmen der Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft ausreichend berücksichtigt werden. Dazu bedarf es keines zusätzlichen oder gesonderten, inter omnes, ex nunc und durch Urteil wirkenden Verfahrens.⁸⁰⁷

(d) Ergebnis

Das Beschlußmängelrecht der §§ 241 ff. AktG bildet mit gewissen Modifikationen eine taugliche Rechtsgrundlage für die Rückabwicklung fehlerhafter Formwechsel von Kapitalgesellschaften.

(2) Personengesellschaften

Mit dem Umwandlungsgesetz von 1994 wurde nun auch Personenhandelsgesellschaften die Möglichkeit der formwechselnden Umwandlung eingeräumt. Hier bereitet die Suche nach einer Rechtsgrundlage für die Rückabwicklung fehlerhafter Formwechsel größere Probleme. Genau wie bei den Kapitalgesellschaften muß die Vernichtung des Umwandlungsbeschlusses den Ausgangspunkt bilden, denn solange dieser unangegriffen ist, bildet er eine Rechtsgrundlage für den Formwechsel. Zudem besteht durch § 195 Abs. 1 UmwG neben der Klagefrist auch ein Klageerfordernis um Umwandlungsmängel geltend zu machen, denn Personen- und Kapitalgesellschaften werden gleich behandelt. Die einfache Berufung auf die Nichtigkeit des Beschlusses könnte der eingetragenen Umwandlung nicht ihre Wirksamkeit nehmen.⁸⁰⁸

Damit stellt sich die Frage, wie in Personengesellschaften Beschlußmängel geltend zu machen sind,⁸⁰⁹ insbesondere, ob auch hier die Möglichkeit besteht, durch die Vernichtung des Um-

⁸⁰⁶ RG, DR 1943, 1221, 1222.

⁸⁰⁷ Auch bei Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft werden die zugrunde liegenden Beschlüsse mit Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage angegriffen: für den fehlerhaften Unternehmensvertrag: *Kleindiek*, ZIP 1988, S. 613, 618; für die Verschmelzung: *Kiem*, Eintragung, S. 178; *Hommelhoff*, ZGR 1993, 452, 468; *Timm*, DB 1990, 1221, 1222; *Schweizer*, LwAnpG, Rn. 270; *Martens*, AG 1986, 57, 63, der aber trotz des Urteils Bestandskraft der Verschmelzung annimmt, aber eine [wohl zusätzliche] Entschmelzung fordert; für das fehlerhafte Ausscheiden von Gesellschaftern: *Niemeier*, ZGR 1990, 314, 347, der aber für den Wiedereintritt des ausgeschiedenen Gesellschafters die §§ 133, 140 HGB anwenden will.

⁸⁰⁸ Für Kapitalgesellschaften: ab Eintragung von einzutragenden Beschlüssen sei man zur klageweisen Geltendmachung ihrer Mängel verpflichtet *Zöllner* in KK AktG¹, § 242 Rn. 3; zum Klageerfordernis im Personengesellschaftsrecht ausführlich, *Schmitt*, Beschlußmängelrecht, S. 201 ff.

⁸⁰⁹ Zum Meinungsstand ausführlich *Schmitt*, Beschlußmängelrecht, S. 5 und 150 ff. m.w.N. und *Rettmann*, Rechtmäßigkeitskontrolle, S. 42 ff.

wandlungsbeschlusses inter-omnes zur Rückabwicklung des Formwechsels mit Wirkung ex nunc zu gelangen.

(a) Inter-omnes-wirkende Vernichtung des Umwandlungsbeschlusses

Eine gesetzliche Regelung zur Geltendmachung von Beschlußmängeln besteht im Personengesellschaftsrecht im Gegensatz zum Kapitalgesellschaftsrecht nicht. Mangels gesetzlicher Regelung ist nach ganz herrschender Meinung nur die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO anwendbar,⁸¹⁰ die lediglich inter-partes-Wirkung entfaltet. Es fehlt aber an einer mit § 248 Abs. 1 S. 1 AktG vergleichbaren Anordnung einer inter-omnes-Wirkung von Beschlußmängelurteilen.⁸¹¹

Trotzdem herrscht weitgehende Einigkeit dahingehend, daß aus Rechtssicherheitsgründen auch im Personengesellschaftsrecht ein Bedürfnis danach besteht, Beschlußmängel mit Wirkung für und gegen alle Gesellschafter geltend zu machen.⁸¹²

Dies erfolgt nach herrschender Ansicht durch Klageerhebung gegen sämtliche widersprechenden Gesellschafter, oder nach einer im Vordringen befindliche Ansicht durch analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG, oder zumindest der inter-omnes-Wirkung des § 248 Abs. 1 S. 1 AktG.⁸¹³

Dieser Ansicht soll sich wie bereits oben⁸¹⁴ angeschlossen werden.⁸¹⁵

Im Ergebnis führen aber beide Ansichten praktisch dazu, daß auch im Personengesellschaftsrecht Beschlußmängel mit Wirkung für und gegen alle Gesellschafter geltend gemacht werden. Häufig wird gesellschaftsvertraglich sowieso die Klage gegen die Gesellschaft und damit inter-omnes-wirkend zugelassen.⁸¹⁶

(b) Ex nunc-wirkende Rückabwicklung als Rechtsfolge

Bejaht man die analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG, ergeben sich keine Unterschiede zur Rechtslage bei den Kapitalgesellschaften. Hält man die allgemeine Feststellungsklage für die statthafte Klageart, so entfaltet auch das Feststellungsurteil Rückwirkung, wobei sich dies bereits daraus ergibt, daß die Feststellung der Fehlerhaftigkeit schon begrifflich zurück wirkt.⁸¹⁷ § 202

⁸¹⁰ Siehe oben C. II. 3. b); BGH, BB 1992, 595; OLG Köln, WiB 1994, 435.

⁸¹¹ Lüke/Blenske, ZGR 1998, 253, 257; Ebbing, NZG, 281, 284.

⁸¹² siehe oben C. II. 3. b) aa).

⁸¹³ Schmitt, Beschlußmängelrecht, S. 189; K. Schmidt in Schlegelberger, HGB, § 124 Rn. 32; ders., ZHR 162 (1998), 265, 285; ders., FS Stimpel, 217, 240 f.; tendenziell zustimmend, de lege lata aber ablehnend Rettmann, Rechtmäßigkeitskontrolle, S. 45 f.

⁸¹⁴ Siehe C. II. 3. b) cc).

⁸¹⁵ Ausdrücklich gegen ein Sonderrecht der Strukturbeschlüsse innerhalb des Rechts der mangelhaften Personengesellschafterbeschlüsse Hommelhoff, ZGR 1990, 447, 460, der aber umgekehrt die Grundsätze der h.M. auch auf Strukturbeschlüsse überträgt.

⁸¹⁶ Vgl. OLG Frankfurt a.M., DB 1993, 2172.

⁸¹⁷ Schmitt, Beschlußmängelrecht, S. 183 f.

Abs. 3 UmwG modifiziert aber auch für formwechselnde Personengesellschaften die Rückwirkung, so daß die Rückabwicklung lediglich ex nunc erfolgen kann.

(c) Ergebnis

Im Personengesellschaftsrecht kann die Rückabwicklung des fehlerhaften Formwechsels analog §§ 241 ff. AktG mittels inter omnes und ex nunc wirkender Beschlußmängelklage geltend gemacht werden. Die herrschende Ansicht käme aber auch mit der Anwendung der allgemeinen Feststellungsklage über Konstruktionen zu keinem anderen Ergebnis.

(3) Ergebnis

Es kann somit festgehalten werden, daß das Beschlußmängelrecht nicht nur zur Vernichtung des Umwandlungsbeschlusses geeignet ist, sondern darüber hinaus zur Rückabwicklung des fehlerhaften Formwechsels führt. Durch das inter-omnes-wirkende Beschlußmängelurteil⁸¹⁸ wird die Gesellschaft ex nunc wieder in ihre ursprüngliche Rechtsform überführt. Einer besonderen Rückabwicklungsklage bedarf es nicht.

bb) Voraussetzungen für die Rückabwicklung

Auch die Voraussetzungen für die Rückabwicklung richten sich grundsätzlich nach dem allgemeinen Beschlußmängelrecht, da die Rückabwicklung Folge der Vernichtung des Umwandlungsbeschlusses ist. Es können sich aber Abweichungen dahingehend ergeben, daß zusätzlich Grundsätze zu beachten sind, die sonst nur auf die Abwicklung fehlerhafter Gesellschaften angewandt werden.

(1) Vorliegen eines Mangels

Beschlußmängelklagen setzen zwangsläufig einen Beschlußmangel voraus. Welche Mängel hier auftreten können, wurde bereits an anderer Stelle behandelt.⁸¹⁹ Eine Beschränkung der maßgeblichen Mängel gemäß der §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG ist nicht vorzunehmen.⁸²⁰ Ob darüber hinaus eine Trennung zwischen beachtlichen und unbeachtlichen Mängeln erfolgen muß, wird in der ohnehin spärlichen Literatur zur Rückabwicklung fehlerhafter Umwandlungsvorgänge unterschiedlich beurteilt.

⁸¹⁸ Mangels inter omnes-Wirkung sind Schadensersatzansprüche nicht zur Beseitigung des Umwandlungsbeschlusses und damit zwangsläufig auch nicht zur Rückabwicklung der Umwandlung geeignet.

⁸¹⁹ C. II. 3.

⁸²⁰ Dazu bereits oben F. I. 3.; einschränkend *Kreuznacht*, Verschmelzungen, S. 133, der eine Entschmelzung nicht bei jedem Mangel im Verschmelzungsverfahren zulassen will, da diese mit den gesetzlichen Wertungen der §§ 275 AktG, 75 GmbHG nicht vereinbar wäre.

Einerseits wird eine Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Mängeln als zur Abgrenzung nicht geeignet abgelehnt, da auch formelle Mängel sehr schwerwiegend sein können.⁸²¹ Von anderer Seite wird darauf abgestellt, ob eine materielle Heilung des Mangels möglich ist. Könnte der Mangel dadurch behoben werden, komme eine Rückabwicklung nicht mehr in Betracht;⁸²² ist ein Mangel dagegen irreparabel, also auch durch einen nachträglichen Beschluß nicht zu beseitigen, sei die Verschmelzung durch actus contrarius rückabzuwickeln.⁸²³ Ähnlich hält *Schmid* eine Reparatur von Beschlußmängeln grundsätzlich für vorrangig; eine Differenzierung nach Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründen aber nicht für tauglich, da selbst Nichtigkeitsgründe nach § 242 Abs. 2 AktG geheilt werden können.⁸²⁴ Statt dessen differenziert er nach der Art des in Frage stehenden Mangels und hält bei der Verletzung von Minderheitsinsbesondere Informationsrechten eine Heilung durch Neuvernahme der rechtswidrigen Maßnahme für vorrangig.⁸²⁵ Diese soll der klagende Aktionär durch eine Leistungsklage analog § 1004 BGB erreichen können.⁸²⁶ Beim Vorliegen materieller Fehler könne der Betroffene Aktionär eine Entschmelzung erzwingen.⁸²⁷ Einschränkungen werden weiterhin dahingehend vorgenommen, daß der einzelne Gesellschafter auch aus seiner Treuepflicht zu einem Ausscheiden gegen Abfindung verpflichtet sein könne, wenn objektive Gründe für die Fortführung der Gesellschaft sprächen.⁸²⁸

Diese Ansichten überzeugen jedoch allesamt nicht. Es trifft zwar zu, daß nicht jeder Umwandlungsmangel auch zur Rückabwicklung des Formwechsels führen kann. Die Unterscheidung in beachtliche und unbeachtliche Mängel muß sich aber am allgemeinen Beschlußmängelrecht orientieren. Nur wenn der Umwandlungsbeschluß noch vernichtet werden kann, kommt auch eine Rückabwicklung des Formwechsels in Betracht; ansonsten muß er wie fehlerfrei und damit als taugliche und dauerhafte Grundlage für den Formwechsel angesehen werden.

Die Lösungen von *Martens* und *Schmid* führen zu kaum lösbaren Abgrenzungsproblemen und Belastungen des Gesellschafters, der beispielsweise Heilungsmöglichkeiten bezüglich des Umwandlungsbeschlusses berücksichtigen soll. Einerseits wird ihm dazu das erforderliche (Hintergrund-) Wissen fehlen, andererseits ist ihm kaum zuzumuten, zu entscheiden, ob er auf Heilung des Mangels oder direkt auf Rückabwicklung klagen soll. Insbesondere kann er nicht dafür zuständig gemacht werden, erneut eine Gesellschafterversammlung für eine mögliche Mängelhei-

⁸²¹ *Martens*, AG 1986, 57, 64.

⁸²² Für die Verschmelzung *Martens*, AG 1986, 57, 65; *K. Schmidt*, AG 1991, 131, 137.

⁸²³ *Martens*, AG 1986, 57, 64.

⁸²⁴ ZGR 1997, 493, 516.

⁸²⁵ ZGR 1997, 493, 516.

⁸²⁶ ZGR 1997, 493, 517.

⁸²⁷ ZGR 1997, 493, 517.

lung einzuberufen.⁸²⁹ Zwar kann die unbedingt erforderliche⁸³⁰ Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände auch durch Heilung von Mängeln erfolgen; dies kann aber nicht Aufgabe des klagenden Gesellschafters sein.

Dagegen ermöglicht das allgemeine Beschlußmängelrecht durch seine Unterscheidung in anfechtbare und nichtige Beschlüsse eine ausreichende Differenzierung zwischen verschiedenen Mängeln, sei es durch unterschiedliche Präklusionsfristen oder die Möglichkeit, auf Mängel durch Bestätigung (§ 244 AktG) zu reagieren. Auch im Rahmen der §§ 241 ff. AktG erfolgt eine Unterteilung in beachtliche und unbeachtliche Mängel, allerdings nicht losgelöst vom Umwandlungsbeschluß wie von *Martens* und *Schmid* befürwortet. Es ist auch bei Anwendung der §§ 241 ff. AktG möglich, das Klagerecht bei mißbräuchlichen⁸³¹ oder treuwidrigen⁸³² Anfechtungsklagen einzuschränken. Dabei handelt es sich aber nicht um Besonderheiten bei der Rückabwicklung fehlerhafter Umwandlungen, sondern lediglich um die Anwendung des allgemeinen Beschlußmängelrechts.⁸³³

Eine darüber hinausgehende pauschale Beschränkung der für eine Rückabwicklung relevanten Mängel - beispielsweise auf Nichtigkeitsgründe - scheidet damit aus.⁸³⁴ Wurden Mängel nicht bis zur Entscheidung über die Beschlußmängelklage geheilt, kann dem klagenden Gesellschafter ein Zuwarten auf eine mögliche spätere Herstellung rechtmäßiger Zustände nicht zugemutet werden.

(2) Keine bloße Teilnichtigkeit

Zur Rückabwicklung des fehlerhaften Formwechsels führt nur ein Mangel, der zur Gesamtnichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses, sei es wegen des Vorliegens eines Nichtigkeitsgrundes im Sinne von § 241 Nr. 1-4 AktG oder aufgrund Anfechtungsurteils nach § 241 Nr. 5 AktG, führt. Dabei sind aber die Besonderheiten zu beachten, die daraus resultieren, daß der Formwechsel starke Auswirkungen auf die Organisationsstruktur des Unternehmens hat und damit Mängel des Umwandlungsbeschlusses im Regelfall nur dessen Teilnichtigkeit zur Folge haben. § 139 BGB wird hier sozusagen umgekehrt angewandt.⁸³⁵

⁸²⁸ *Weiler*, Anfechtungsrecht, S. 189 ff.; *Hommelhoff*, ZHR 158 (1994), 11, 28; *Wiesner*, Fehlerhafte Gesellschaft, S. 126; kritisch *Schmid*, ZGR 1997, 493, 516; ablehnend auch *Kreuznacht*, S. 89 ff.; *K. Schmid*, AG 1991, 131, 137.

⁸²⁹ Nach *Martens*, AG 1986, 57, 65 soll dies aber erforderlich sein.

⁸³⁰ *Schmid*, ZGR 1997, 493, 515.

⁸³¹ *Hüffer*, AktG, § 245 Rn. 22 ff.; *Zöllner* in KK AktG¹, § 245 Rn. 76 ff.; *Hirte*, DB 1993, 77 ff.; *ders.*, DB 1988, 1469; *Götz*, DB 1989, 261 ff.; *Timm*, Aktionärsverhalten, S. 3; *Bokelmann*, BB 1972, 733 ff.; *Hommelhoff/Timm*, AG 1989, 168 ff.; *Wardenbach*, ZGR 1992, 563; *Boujong*, FS Kellermann, S. 1 ff.; Beispiele bei *Kiem*, Eintragung, S. 20 ff.

⁸³² Siehe dazu *Zöllner*, Reformbedarf, S. 158 f.; *Henze*, BB 1996, 489 ff.; *K. Schmidt* in GK AktG, § 245 Rn. 52; *Marsch-Barner*, ZHR 157 (1993), 172 ff.; *Werner*, FS Semler, S. 419, 426 ff.

⁸³³ Im Ergebnis auch *Kreuznacht*, Verschmelzungen, S. 135 f.; für die fehlerhafte Kapitalerhöhung *Zöllner*, AG 1993, 68, 75, der ein Anfechtungsurteil für die Rückabwicklung genügen läßt.

⁸³⁴ Auch *Kreuznacht*, Verschmelzungen, S. 135 f.

⁸³⁵ Siehe oben C. II. 3. a) ee).

Sobald sich die Nichtigkeit lediglich auf einzelne Teile, beispielsweise Regelungen im neuen Gesellschaftsvertrag der Zielgesellschaft beschränkt, ist anzunehmen, daß die Gesellschafter die Umwandlung auch ohne die fehlerhafte Regelung beschlossen hätten. Dann ist eine Rückabwicklung des Formwechsels aber nicht erforderlich, vielmehr genügt die - später zu erörternde - Korrektur der fehlerhaften Teile.

Gesamtnichtigkeit ist danach einmal denkbar, wenn die Umwandlung ohne den fehlerhaften Teil nicht zustande gekommen wäre, was aber nicht nach § 139 BGB vermutet werden kann. In Betracht kommt der Fall, daß eine Umwandlung nur zum Zwecke des Ausschlusses unliebsamer Gesellschafter erfolgt ist.⁸³⁶

Aber auch die Verletzung von Verfahrensvorschriften - beispielsweise der Ladungsvorschriften, deren Nichteinhaltung zur Nichtigkeit nach § 241 Nr. 1 AktG führt - erfaßt stets den gesamten Umwandlungsbeschluß.

(3) Keine Präklusion

Der Mangel darf weiterhin nicht präkludiert sein.

(a) Anfechtungsgründe

Zwar ist die Monatsfrist des § 195 Abs. 1 UmwG entgegen der herrschenden Ansicht lediglich als Frist zur Geltendmachung von Anfechtungsgründen anzusehen.⁸³⁷ Da die Nichtigkeitsgründe aber in § 241 AktG enumerativ aufgeführt sind und damit die meisten Verstöße gegen Gesetz oder Gesellschaftsvertrag lediglich zur Anfechtbarkeit des Beschlusses führen, müssen die meisten Mängel innerhalb der Monatsfrist geltend gemacht werden. Die Eintragung der Umwandlung erfolgt aber wegen der bei der Anmeldung abzugebenden „Negativklärung“ - der Erklärung, daß eine Klage gegen die Umwandlung nicht oder nicht fristgemäß erhoben, abgewiesen, oder zurückgenommen wurde (§ 198 Abs. 3 i.V.m. § 16 Abs. 2 UmwG) - regelmäßig erst nach Ablauf der Monatsfrist.⁸³⁸

Daraus folgt, daß eine Rückabwicklung wegen des Vorliegens von Anfechtungsgründen praktisch nur in den von *Kreuznacht* herausgearbeiteten Fällen möglich ist, in denen die Eintragung

⁸³⁶ BGHZ 138, 371, 377; *Schmid*, ZGR 1997, 493, 517; siehe bereits oben D. II. 3. a).

⁸³⁷ Siehe oben C. II. 4. c).

⁸³⁸ *Bork* in Lutter, UmwG, § 16 Rn. 11.

erfolgt ist, obwohl die Anfechtungsfrist noch nicht abgelaufen war oder die Anfechtbarkeit rechtzeitig klageweise geltend gemacht wurde.⁸³⁹

(b) Nichtigkeitsgründe

Da die Geltendmachung der in § 241 AktG aufgezählten Nichtigkeitsgründe nicht der Monatsfrist des § 195 Abs. 1 UmwG unterliegt,⁸⁴⁰ wird ihr Vorliegen den Hauptanwendungsfall der Rückabwicklung fehlerhafter Formwechsel bilden.

(c) Besonderheiten bei einer Personenhandelsgesellschaft als formwechselndem Rechtsträger

Schwierigkeiten ergeben sich bei der Bestimmung der Mängel, die bei formwechselnden Personenhandelsgesellschaften zur Rückabwicklung führen können. Ein Beschlußmängelrecht ist für sie nicht statuiert, vielmehr führen nach herrschender Ansicht alle Mängel zur Nichtigkeit des betreffenden Beschlusses. Die Unterscheidung in anfechtbare und nichtige Beschlüsse wird nicht getroffen und eine Frist zur Geltendmachung von Mängeln wird auch nicht anerkannt. Dieser Grundsatz wird allerdings nicht streng durchgehalten. So wird auch im Personengesellschaftsrecht verlangt, daß minder schwerere Mängel rechtzeitig geltend gemacht werden.⁸⁴¹ Da durch das Umwandlungsgesetz auch für Personengesellschaften die klageweise Geltendmachung von Mängeln des Umwandlungsbeschlusses vorgeschrieben und damit ein Klageerfordernis aufgestellt ist,⁸⁴² hat sich das Beschlußmängelrecht von Personen- und Kapitalgesellschaften bereits stark angenähert. Im Hinblick darauf, daß der Formwechsel für Personen- und Kapitalgesellschaften gleichermaßen im Umwandlungsgesetz geregelt ist, bietet sich für die Personengesellschaften auch eine Übernahme der §§ 241 ff. AktG zur Unterscheidung zwischen Mängeln, die innerhalb der Monatsfrist und solchen, die auch noch darüber hinaus geltend gemacht werden können, an.⁸⁴³

(d) Präklusion von Mängeln bei der Umwandlung von LPGen

Für die Umwandlungen nach dem Landwirtschaftsanpassungsgesetz bestand die Besonderheit, daß ein Beschlußmängelrecht fehlte und damit auch keine Fristen zur Geltendmachung möglicher Beschlußmängel bestanden.⁸⁴⁴ Als der BGH am 2.3.1995⁸⁴⁵ das aktienrechtliche Beschlußmängelrecht analog anwandte, führte das dazu, daß praktisch sämtliche Mängel, die anlässlich

⁸³⁹ *Kreuznacht*, Verschmelzungen, S. 135.

⁸⁴⁰ Siehe oben C. II. 4. c).

⁸⁴¹ Siehe oben C. II. 3. b) aa); *K. Schmidt*, FS Stimpel, S. 217, 242.

⁸⁴² § 195 Abs. 1 UmwG, unabhängig davon, ob man davon alle oder lediglich die kassatorischen Klagearten erfaßt ansieht; ein Klageerfordernis in der Allgemeinheit noch ablehnend *Schmitt*, Beschlußmängelrecht, S. 236.

⁸⁴³ Für die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft bereits *Köster*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, S. 138 ff.; zur Übertragung der §§ 241 ff. AktG auf die Personengesellschaften bereits oben C. II. 3. b) cc).

⁸⁴⁴ Siehe vorn B. V.

⁸⁴⁵ BGH, AgrarR 1995, 240; *Hommelhoff/Schubel*, ZIP 1998, 537, 543.

von LPG-Umwandlungen aufgetreten waren, innerhalb eines Monats präkludiert waren, obwohl für sie weder Klageerfordernis noch -frist statuiert waren. Dadurch war praktisch ausgeschlossen, daß bei der Umwandlung aufgetretene Mängel rechtzeitig klageweise geltend gemacht wurden.⁸⁴⁶ Es erfolgte keine behutsame Bestimmung einer angemessenen Frist, wie *Schweizer* sie sich noch gewünscht hatte.⁸⁴⁷ Damit wurde die Problematik angegriffener Umwandlungen auf die Frage verlagert, welche Mängel lediglich zur Anfechtbarkeit führten (und damit präkludiert waren) und welche Nichtigkeit zur Folge hatten.⁸⁴⁸

Zur Lösung des Problems wurde von *Hommelhoff/Schubel*⁸⁴⁹ vorgeschlagen, daß die Anfechtungsfrist erst dann zu laufen beginnen soll, wenn die Genossen die effektive Möglichkeit hatten, sich in Kenntnis der Grundsatz-Urteile für ein gerichtliches Vorgehen gegen die Beschlüsse zu entscheiden, für die LPGen somit erst am 1. Januar 1996. Daneben sollten flexible Mechanismen, wie der Verlust des Anfechtungsrechts bei Zustimmung zum rechtswidrigen Beschluß, Anwendung finden.⁸⁵⁰

Diesem Lösungsansatz ist grundsätzlich zuzustimmen. Die Anwendung der §§ 241 ff. AktG durch die Rechtsprechung ist zwar durchaus zu begrüßen, die Übernahme der kurzen Anfechtungsfrist des § 246 Abs. 1 AktG ohne gesetzliche Grundlage stellt aber eine unangemessene Rechtsschutzverkürzung für dissentierende Gesellschafter dar. Doch selbst wenn man diesen im Anschluß an *Hommelhoff/Schubel* noch nach Übertragung der §§ 241 ff. AktG auf die LPG ein Anfechtungsrecht zubilligen wollte, ist durchaus fraglich, ob ein erfolgreiches Beschlußmängelurteil noch die Rückabwicklung der fehlerhaften Umwandlung bewirkt, da die LPGen zum 1.1.1992 kraft Gesetzes⁸⁵¹ ins Liquidationsstadium überführt worden sind. Im übrigen sind keine Fälle bekannt geworden, in denen Gesellschafter erfolgreich gegen einen Umwandlungsbeschluß von LPGen vorgegangen sind. Es kamen lediglich Fälle vor, in denen festgestellt wurde, daß Umwandlungen fehlgeschlagen sind, also trotz Eintragung der Zielrechtsform eine Umwandlung nicht erfolgt war.

(e) Ergebnis

Um eine Rückabwicklung zu bewirken, müssen Mängel die zur Anfechtbarkeit des Umwandlungsbeschlusses führen, innerhalb von einem Monat nach Beschlußfassung klageweise geltend gemacht werden. Dies gilt sowohl für Kapital- als auch Personengesellschaften als formwech-

⁸⁴⁶ *Hommelhoff/Schubel*, ZIP 1998, 537, 543; *Hillmann* in Umwandlungsrecht, S. 187, 190.

⁸⁴⁷ *Schweizer*, LwAnpG, Rn. 257.

⁸⁴⁸ Dazu *Hagen*, FS Notariat, S. 261, 266.

⁸⁴⁹ *Hommelhoff/Schubel*, ZIP 1998, 537, 543.

⁸⁵⁰ *Hommelhoff/Schubel*, ZIP 1998, 537, 543.

selnde Rechtsträger. Auf Umwandlungen nach dem Landwirtschaftsanpassungsgesetz finden ebenfalls die §§ 241 ff. AktG analoge Anwendung, jedoch mit der Maßgabe, daß die Klagefrist erst mit der Kenntnismöglichkeit von der Fristgebundenheit der Klagen beginnt.

(4) Keine Heilung des Umwandlungsbeschlusses

Die Vernichtung des Umwandlungsbeschlusses und damit auch die Rückabwicklung scheidet aus, wenn der Mangel geheilt wurde. Der materiellen Heilung⁸⁵² anfechtbarer Umwandlungsbeschlüsse nach § 244 AktG (analog) dürfte allerdings kaum Bedeutung zukommen, da Anfechtungsgründe nach § 195 Abs. 1 UmwG nur innerhalb eines Monats geltend gemacht werden können und bis dahin die Eintragung der Zielrechtsform und damit auch das Erfordernis einer Rückabwicklung praktisch ausscheidet. Eine Ausnahme bilden die Fälle der Eintragung vor Ablauf der Monatsfrist, aufgrund falscher Negativerklärung oder fehlerhaftem Unbedenklichkeitsverfahren.⁸⁵³ Erfolgte hier eine Bestätigung, durch erneute Beschlußfassung, ist der Beschlußmangel geheilt, eine Anfechtungsklage wäre unbegründet.⁸⁵⁴ Weiterhin kommt eine Heilung des Umwandlungsbeschlusses nach § 242 Abs. 2 AktG (analog) in Betracht.⁸⁵⁵ Dieser Heilung steht auch nicht entgegen, daß beim Formwechsel die Gesellschaft in neuer Rechtsform - nicht dagegen der Beschluß selbst - ins Register eingetragen wird.⁸⁵⁶ Nach Ablauf von drei Jahren ab Eintragung der Zielrechtsform werden Mängel des Umwandlungsbeschlusses rückwirkend⁸⁵⁷ geheilt, eine Rückabwicklung scheidet aus.

(5) Weitere Einschränkungen der Rückabwicklung

(a) Dogmatische Einordnung

Ist der Umwandlungsbeschluß auch im Zeitpunkt der Beschlußmängelklage noch vernichtbar - was wegen Präklusionsfristen und der möglichen Heilung von Mängeln nur selten vorkommen wird - wird das Gericht ihn durch Urteil für nichtig erklären. Damit entfällt die Grundlage des Formwechsels. Da § 202 Abs. 3 UmwG nur zur vorläufigen Anerkennung fehlerhafter Zustände führt, findet mit Rechtskraft des erfolgreichen Beschlußmängelurteils ein erneuter Formwechsel in die Ausgangsrechtsform statt. Es fragt sich jedoch, ob wegen dieser weitreichenden Folge weitere Einschränkungen vorzunehmen sind.

⁸⁵¹ § 69 Abs. 3 LwAnpG.

⁸⁵² Hüffer, AktG, § 244 Rn. 5.

⁸⁵³ Siehe oben F. I. 4. b) bb) (3) (a).

⁸⁵⁴ Hüffer, AktG, § 244 Rn. 5; zur Bestätigung fehlerhafter Verschmelzungsbeschlüsse Kiem, Eintragung, S. 78 f.

⁸⁵⁵ Hommelhoff/Schubel, ZIP 1998, 537, 544; a.A. die Anwendbarkeit von § 242 Abs. 2 AktG ablehnend: Casper, Heilung, S. 92, da die Umwandlung bereits mit Eintragung der Umwandlung endgültig bestandskräftig werde, bedürfe es der Analogie zu § 242 Abs. 2 AktG nicht; ebenso Dehmer, UmwG, § 14 Rn. 7; Laumann in G/K/T, UmwG, § 193 Rn. 29.

⁸⁵⁶ Bernel in G/K/T, UmwG, § 20 Rn. 56.

Schwierigkeiten ergeben sich aus der dogmatischen Einordnung solcher Einschränkungen. Da festgestellt wurde, daß die erfolgreiche Beschlußmängelklage automatisch zur Rückabwicklung des Formwechsels führt, scheint für einen darüber hinausgehenden Bestandsschutz der Umwandlung kein Raum zu sein. Bei der Vernichtung eines Umwandlungsbeschlusses besteht aber die Besonderheit, daß gleichzeitig die vorläufig wirksame Strukturänderung mit ex nunc- Wirkung entfällt. Die Aufhebung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft unterliegt aber strengeren Voraussetzungen, als die Vernichtung eines „normalen“ Beschlusses. Voraussetzung ist stets, daß der Fehler im Zeitpunkt des Rückabwicklungsbegehrens noch fort dauert und nicht durch zwischenzeitliche Heilung beseitigt wurde.⁸⁵⁸

Im gerichtlichen Verfahren wirft dies keine besonderen Schwierigkeiten auf. Bei Beschlußmängelklagen ist zwar stets von der Rechtslage im Beschlußzeitpunkt auszugehen, im Rahmen der richterlichen Prüfung werden aber auch mögliche Änderungen, beispielsweise die spätere Heilung des Mangels nach den §§ 244, 242 Abs. 2 AktG berücksichtigt. In gleicher Weise sind bei der Urteilsfindung die Besonderheiten des Formwechsels als Strukturänderung zu berücksichtigen. Sollte bei Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft eine Rückabwicklung ausnahmsweise trotz Vorliegens eines Beschlußmangels ausscheiden, ist die Beschlußmängelklage nicht etwa wegen Fehlens des Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig, der zugrunde liegende Beschluß ist ja tatsächlich rechtswidrig.⁸⁵⁹ Das Urteil kann aber ausnahmsweise nicht zur Rückabwicklung des Formwechsels führen. Begründen läßt sich dieses Ergebnis auch mit der Regelung in § 242 Abs. 2 AktG. Wird ein Beschluß danach materiell geheilt, entfällt für die Beschlußmängelklage trotzdem nicht das Rechtsschutzbedürfnis, die Klage ist dann lediglich als unbegründet abzuweisen.

(b) Ausschluß der Rückabwicklung bei fehlerhafter LPG-Umwandlung

Bei einer Rückabwicklung fehlerhafter Umwandlungen von LPGen stellt sich die Frage, ob diese auch dann noch möglich ist, wenn mit dem 1.1.1992 die Rechtsform der LPG praktisch verschwunden ist und alle bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht umgewandelten LPGen in das Auflösungsstadium überführt wurden. Denn die Umwandlung in eine nicht zur Verfügung stehende Rechtsform ist nicht möglich, so daß ein *actus contrarius* ausscheiden muß.

Selbst unter der Prämisse, daß die Überführung in eine LPG in Liquidation möglich bleibt - begründet werden könnte das damit, daß eine fehlerhaft umgewandelte LPG nicht schützenswerter

⁸⁵⁷ K. Schmidt in GK AktG, § 249 Rn. 12; Hüffer, AktG, § 242 Rn. 7.

⁸⁵⁸ Emmerich in Heymann, HGB, § 105 Rn. 94.

⁸⁵⁹ Bernel in G/K/T, UmwG, § 28 Rn. 6; im Ergebnis auch BGHZ 132, 353, 357, wonach der Umwandlungsbeschluß aufzuheben war, die Umwandlung selbst war hingegen wirksam (S. 361) [allerdings abweichend von der hier vertretenen Ansicht nach § 202 UmwG].

ist als eine nicht rechtzeitig umgewandelte - würde das dazu führen, daß ein lebendes Unternehmen in das Auflösungsstadium überführt würde. Für nicht bis zum 31.12.1991 umgewandelte Unternehmen mag dies durch die Überlegung gerechtfertigt sein, daß die betroffenen Gesellschaften nicht mehr lebensfähig sind. Für fehlerhaft umgewandelte Unternehmen wäre diese Konsequenz aber unangemessen. In den §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG, 94 ff. GenG sind die Gründe, aus denen ein lebendes Unternehmen ins Auflösungsstadium überführt werden kann, enumerativ aufgeführt. Da eine Rückumwandlung einer früheren LPG zu deren Überführung ins Liquidationsstadium führt, ist sie nur bei Vorliegen der in §§ 275 ff. AktG genannten Mängel gerechtfertigt.

Damit scheidet eine Rückumwandlung fehlerhafter LPG-Umwandlungen nach dem 31.12.1991 aus.

(c) Ausschluß der Rückabwicklung aufgrund europarechtlicher Vorgaben

Auch wenn Nichtigkeitsgründe noch über die Monatsfrist des § 195 UmwG hinaus geltend gemacht werden können, könnten sich Einschränkungen aus europarechtlichen Vorgaben, genauer der Fusionsrichtlinie (78/855/EWG)⁸⁶⁰, die zur Einführung des § 325a AktG a.F.⁸⁶¹, der Vorgängerregelung der §§ 20 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG führte, ergeben.

Die Fusionsrichtlinie enthält in Artikel 22 ein Modell zur Rückabwicklung fehlerhafter Verschmelzungen. Danach können die Mitgliedstaaten die Nichtigkeit der Verschmelzung nur gerichtlich aussprechen, wenn festgestellt wird, daß der zugrunde liegende Beschluß nach innerstaatlichem Recht nichtig ist. Diese Nichtigkeitsklage kann aber nicht mehr erhoben werden, wenn eine Frist von sechs Monaten verstrichen ist, nachdem die Verschmelzung demjenigen gegenüber wirksam geworden ist, der sich auf ihre Nichtigkeit beruft (Art. 22 Abs. 1 lit c).

Im deutschen Recht wurde diese Sechsmonatsfrist nicht übernommen. Vielmehr galt auch nach Einfügung des § 352a AktG a.F. aufgrund der Fusionsrichtlinie das normale Beschlußmängelrecht, das Anfechtungsklagen innerhalb eines Monats, Nichtigkeitsklagen dagegen bis zur materiellen Heilung der Nichtigkeitsgründe (§ 242 Abs. 2 AktG - drei Jahre ab Eintragung) zuließ. Eine Anwendung der sechsmonatigen Frist wurde soweit ersichtlich nicht in Betracht gezogen,

⁸⁶⁰ Abgedruckt bei *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, S. 131 ff.; dazu *Döll*, Die Bank, S. 35 ff.; *Grauel*, DB 1978, 2016 ff.

⁸⁶¹ Eingefügt durch Art. 1 Nr. 16 des Gesetzes zur Durchführung der Dritten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts v. 25.10.1982 BGBl. I S. 1425 ff.

da die herrschende Ansicht die Verschmelzung mit ihrer Eintragung für endgültig bestandsfest hielt.⁸⁶²

Auch unter Geltung des neuen Umwandlungsgesetzes, in dem lediglich die Monatsfrist der §§ 14 Abs. 1, 195 Abs. 1 UmwG enthalten ist, besteht für die herrschende Ansicht kein Bedürfnis für die Anwendung der europarechtlichen Sechsmonatsfrist, da sie alle Klagearten von der Monatsfrist des § 195 Abs. 1 UmwG erfaßt ansieht. Wie oben gezeigt, besteht dafür aber kein Bedürfnis. Eine Befristung der Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen beschneidet die Rechtsschutzmöglichkeiten der Gesellschafter übermäßig⁸⁶³ und ist vom Gesetz nicht zwingend angeordnet.

Obwohl die Sechsmonatsfrist der Verschmelzungsrichtlinie nicht explizit ins Umwandlungsgesetz aufgenommen wurde, ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber die Fusionsrichtlinie ordnungsgemäß umsetzen wollte. Zudem sind die Regelungen des Umwandlungsgesetzes - hier § 20 Abs. 3 UmwG - richtlinienkonform⁸⁶⁴ auszulegen. Daraus ergibt sich, daß die Rückabwicklung fehlerhafter Verschmelzungen nur zulässig ist, wenn der Mangel innerhalb von sechs Monaten nach Eintragung der Verschmelzung⁸⁶⁵ geltend gemacht wurde.⁸⁶⁶

Für den Formwechsel kann nichts anderes gelten. Selbst wenn dessen Rückabwicklung mit weniger Problemen verbunden ist, sind nach der Konzeption des Umwandlungsgesetzes sämtliche Umwandlungsarten bezüglich der Geltendmachung von Mängeln gleich zu behandeln.⁸⁶⁷ Das Umwandlungsgesetz regelt die Klagemöglichkeiten gegen rechtswidrige Umwandlungen für sämtliche Umwandlungsarten einheitlich, indem es auf die Regelungen zur Verschmelzung verweist oder sie fast wörtlich wiederholt (z.B. für den Formwechsel §§ 195, 198 Abs. 3 UmwG). Die Vorschriften über die Verschmelzung gehen ihrerseits auf die europarechtliche „Verschmelzungsrichtlinie“⁸⁶⁸ zurück. Die dort für die Rückabwicklung fehlerhafter Verschmelzungen bestimmte Sechsmonatsfrist ist deshalb auch auf die Rückabwicklung fehlerhafter Formwechsel anzuwenden.

Hinzuweisen ist noch darauf, daß es sich nicht um eine Befristung der Beschlußmängelklagen handelt. Da der europäische Gesetzgeber das Verschmelzungsrecht für alle Mitgliedstaaten einheitlich regeln mußte und dabei nicht jeweils auf das nationale Recht bezug nehmen konnte, ord-

⁸⁶² Siehe oben A. IV. 3.; *Ganske*, DB 1981, 1551, 1557 sprach sich bereits im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens für einen Ausschluß der Nichtigkeit der Verschmelzung aus.

⁸⁶³ *Paschke*, ZHR 155 (1991), 1, 15.

⁸⁶⁴ *Lutter* in *Lutter*, UmwG, Einleitung, Rn. 20 ff.

⁸⁶⁵ Artikel 17 der Richtlinie stellt bezüglich des Wirksamwerdens der Verschmelzung auf innerstaatliches Recht ab.

⁸⁶⁶ Auch *Kreuznacht*, Verschmelzungen, S. 143 f.

⁸⁶⁷ Vgl. *Lutter* in *Lutter*, UmwG, Einleitung Rn. 30.

nete er an, daß die „Nichtigkeitsklage“ nach Ablauf der Sechsmonatsfrist ab Eintragung nicht mehr erhoben werden kann. Damit ist aber allein die „Rückabwicklungsklage“ gemeint. Eine Modifizierung des allgemeinen Beschlußmängelrechts ist damit nicht verbunden. Daß im deutschen Recht die Rückabwicklung gerade durch Beschlußmängelklage erreicht werden kann, ist eher zufällig.

Die Rückabwicklung fehlerhafter Umwandlungen scheidet somit aus, wenn der relevante Mangel nicht innerhalb von sechs Monaten nach Eintragung der Umwandlung klageweise geltend gemacht wurde.

(d) Ausschluß der Rückabwicklung wenn Formwechsel im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung materiell rechtmäßig ist

Nach mittlerweile herrschender Ansicht in der Literatur genügt für die Rückabwicklung fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse nicht mehr jeder Mangel des Gesellschaftsverhältnisses, vielmehr muß der Mangel noch im Zeitpunkt des Rückabwicklungsbegehrens fortwirken.⁸⁶⁹ Die Rechtsprechung geht hingegen davon aus, daß jeder Mangel per se ein Grund zur Rückabwicklung der fehlerhaften Gesellschaft sei, die Berufung auf die Fehlerhaftigkeit dürfe aber nicht gegen Treu und Glauben verstoßen.⁸⁷⁰

Die Relevanz dieses Problems ist nicht sonderlich groß, da im Regelfall die Mängel, die zur Fehlerhaftigkeit der Strukturänderung führten, fort dauern werden.⁸⁷¹ Im Fall des fehlerhaften Formwechsels kommt hinzu, daß eine Rückabwicklung die Fehlerhaftigkeit des Umwandlungsbeschlusses voraussetzt. Sollte es zwischen Beschluß und Entscheidung über die Beschlußmängelklage zu einer Mängelheilung kommen, wird dies bereits durch die §§ 242 Abs. 2, 244 AktG berücksichtigt.

Anlaß für diese Fragestellung sind die Fälle der fehlerhaften LPG-Umwandlung, in denen eine nicht vom LwAnpG vorgesehene Zielrechtsform gewählt wurde, und die damit gegen den nume-

⁸⁶⁸ Dritte Richtlinie v. 9. Oktober 1978 (78/855/EWG), abgedruckt bei *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, S. 131 ff.

⁸⁶⁹ Für die fehlerhafte Umwandlung *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 6 IV. 5. (S. 165); *ders.*, AcP 186 (1986), 421, 442; *ders.*, AG 1991, 131, 137; *ders.* (für die fehlerhafte OHG-Gründung) in Schlegelberger, HGB, § 105 Rn. 217; *Schmid*, ZGR 1997, 493, 515; für die Verschmelzung *Weiler*, Anfechtungsrecht, S. 189 ff. m.w.N. und *Kreuznacht*, S. 87 ff.; für den fehlerhaften Unternehmensvertrag: *Kleindiek*, ZIP 1988, 613, 625; für die fehlerhafte Spaltung: *Heiss*, Spaltung, S. 87: es komme auf Fehlerhaftigkeit in der Gegenwart an.

⁸⁷⁰ BGHZ 3, 285; 47, 293, 300; weitere Nachweise bei *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB, § 105 Rn. 217 ff. m.w.N.

⁸⁷¹ *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB, § 105 Rn. 217.

rus clausus der Umwandlungsformen verstießen.⁸⁷² Der zugrunde liegende Umwandlungsbeschuß war nach Rechtsprechung des BGH nichtig, und bezüglich der Wirksamkeit des Formwechsels selbst wurde nach dem Eintragungszeitpunkt differenziert.

Erfolgte die Eintragung zu einem Zeitpunkt, zu dem die Umwandlungsart (aufgrund der Gesetzesnovelle) zugelassen war, traten die Rechtsfolgen der Umwandlung ein, obwohl die Gesetzesnovelle keine Rückwirkung und damit keine Heilung bezüglich des Umwandlungsbeschlusses entfaltete. Dieser Rechtsprechung ist, wie oben gezeigt,⁸⁷³ auch zuzustimmen. Dabei überzeugt die Begründung des BGH allerdings wenig, wenn er sagt, daß das Gesetz für die Wirksamkeit der Umwandlung nicht auf den Beschlußzeitpunkt, sondern auf die registerrechtliche Eintragung⁸⁷⁴ abstellt.

Richtig ist vielmehr, daß die §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG Ausprägungen der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft sind. Deren Eingreifen richtet sich nach dem Vollzugszeitpunkt der Strukturänderung, also deren Eintragung. Ist die Umwandlung in diesem Zeitpunkt (wegen einer zwischenzeitlichen Gesetzesänderung) materiell rechtmäßig, wird die Strukturänderung wirksam. Darüber hinaus ist auch kein Grund mehr ersichtlich, ihre Bestandskraft für die Zukunft einzuschränken. Damit liegt aber einer der seltenen Fälle vor, in denen ein anfänglich fehlerhaftes Gesellschaftsverhältnis (das mangels Rückwirkung der Gesetzesänderung auch nicht geheilt wurde) im Zeitpunkt des Rückabwicklungsbegehrens nicht mehr mangelhaft ist. Hier wäre es aber unsachgemäß, eine Rückabwicklung zu verlangen. Denn hätten die Gesellschafter die Umwandlung nach der Gesetzesänderung beschlossen, wäre die Umwandlung fehlerfrei und mit ihrer Eintragung endgültig bestandsfest geworden. Der vorliegende Fall kann aber nicht anders behandelt werden, denn solange die Gesellschafter die Eintragung weiter betreiben, dauert ihr Wille zur Umwandlung auch über die Gesetzesänderung hinaus an. Bei lebensnaher Betrachtung würden Gesellschafter auch bei Kenntnis der Gesetzesänderung keinen erneuten Beschluß fassen, da jetzt nur zulässig wurde, was bereits beschlossen worden ist.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß eine Rückabwicklung fehlerhafter Umwandlungen dann ausscheidet, wenn der Umwandlung selbst im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung

⁸⁷² BGHZ 137, 134, 139; 132, 353, 361.

⁸⁷³ Siehe oben D. II. 4. e) ee).

⁸⁷⁴ BGHZ 132, 353, 361.

kein Mangel mehr anhaftet. Dies kann insbesondere bei zwischenzeitlich eingetretenen Gesetzesänderungen der Fall sein.⁸⁷⁵

e) Einschränkung der Rückabwicklung wegen Unverhältnismäßigkeit

Die Rückabwicklung eines fehlerhaften Formwechsels scheidet aus, wenn vor seiner Eintragung das Unbedenklichkeitsverfahren des § 16 Abs. 3 UmwG durchlaufen wurde.⁸⁷⁶ Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, daß das Interesse am zügigen Vollzug der Umwandlung das Interesse an einer umfassenden und langwierigen Rechtsmäßigkeitprüfung überwiegt, steht § 16 Abs. 3 S. 6 UmwG einer Rückumwandlung entgegen. Damit stellt sich die Frage, ob die Rückabwicklung auch dann ausscheidet, wenn die Fehler, die bei der Umwandlung unterlaufen sind, die Eintragung bei Durchlaufen des Unbedenklichkeitsverfahrens nicht verhindert hätten. Sieht man in § 16 Abs. 3 UmwG nämlich eine Ausprägung des allgemeinen Prinzips, daß eine Beschlußmängelklage erfolglos bleibt, wenn sie unverhältnismäßig ist, muß diese Einschränkung auch dann gelten, wenn das Verfahren nicht durchlaufen wurde. Die Beschlußmängelklage wäre unverhältnismäßig und unbegründet.⁸⁷⁷

Das Gesetz geht indes nicht so weit, denn auch wenn die Eintragung vorrangig ist und ein Unbedenklichkeitsbeschluß ergeht, kann die Klage dennoch begründet sein (§ 16 Abs. 3 S. 6 UmwG).⁸⁷⁸ Daraus folgen allerdings nur Schadensersatzpflichten des umgewandelten Unternehmens.

Dennoch sind die Parallelen des Unbedenklichkeitsverfahrens zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unübersehbar. Im Rahmen des § 16 Abs. 3 UmwG erfolgt eine reine Interessenabwägung. Danach ist das Eintragungsinteresse dann vorrangig, wenn die Klage unzulässig oder offensichtlich unbegründet, im Ergebnis also erfolglos ist, oder eine Interessenabwägung den Vorrang von Eintragung, Vollzug und endgültigem Bestand der Umwandlung ergibt. Überwiegt das Vollzugsinteresse das Aufschubinteresse, muß auch die Rückumwandlung als unverhältnismäßig angesehen werden. Die Beschlußmängelklage ist zwar begründet, das Rückabwicklungsbegehren gleichwohl unbegründet, weil unverhältnismäßig.

Für die Frage, ob eine Rückabwicklung unverhältnismäßig ist, kann es aber keine Rolle spielen, ob diese Feststellung im Unbedenklichkeitsverfahren getroffen wurde oder nicht. Sind die mit einer Beschlußmängelklage gerügten Mängel so gering, daß sie die Eintragung bei Durchlaufen des „§ 16 Abs. 3-Verfahrens“ nicht verhindert hätte, können sie auch im Nachhinein nicht zur Rückabwicklung der vollzogenen Umwandlung führen.

⁸⁷⁵ Für die fehlerhafte Kapitalerhöhung: *Wiedemann* in GK AktG³, § 189 Rn. 37 nach dem ein endgültiger Bestandschutz von organisatorischen Gesamtakten jedenfalls dann in Betracht kommt, wenn sich die Sach- und Rechtslage zwischenzeitlich so entwickelt hat, daß der Fehler gegenstandslos wurde.

⁸⁷⁶ Vgl. F. I. 2.

⁸⁷⁷ *Bayer*, Jahrestagung, S. 35, 51.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß die Rückabwicklung einer eingetragenen Umwandlung auch ausscheidet, wenn ein Unbedenklichkeitsverfahren zwar nicht durchlaufen wurde, die gerügten Mängel einer Eintragung aufgrund Unbedenklichkeitsbeschlusses aber nicht entgegen gestanden hätten.

(6) Zur Rückabwicklung Berechtigte

Da die Rückabwicklung durch die Vernichtung des Umwandlungsbeschlusses erfolgt, hängt die Rückabwicklungsbefugnis von den §§ 241 ff. AktG ab. Nicht an der Gesellschaft beteiligte Dritte können die Rückabwicklung somit nicht betreiben.⁸⁷⁹ Dies gilt auch wenn formwechsellender Rechtsträger eine Personengesellschaft war, da nur die Klagen von Gesellschaftern den Umwandlungsbeschluß mit Wirkung inter-omnes (§ 248 Abs. 1 S. 1 AktG analog) beseitigen können.

cc) Ergebnis

Es wurde gezeigt, daß fehlerhafte Umwandlungen in Einzelfällen auch noch nach ihrer Registereintragung rückabwickelbar sind. Als Instrument dient dafür das normale Beschlußmängelrecht, das zur inter-omnes-wirkenden Vernichtung des Umwandlungsbeschlusses führt. Daneben setzt die Rückabwicklung voraus, daß der geltend gemachte Mangel noch im Zeitpunkt des Rückabwicklungsbegehrens vorhanden ist, die entsprechende Ausgangszielrechtsform zur Verfügung steht und die Rückabwicklung innerhalb von sechs Monaten ab Eintragung der Zielgesellschaft geltend gemacht wurde.

dd) Rückabwicklung aufgrund von Amtslöschung

Weiterhin stellt sich die Frage, ob auch die Amtslöschung der Gesellschaft in der Zielrechtsform zur Rückabwicklung einer fehlerhaften Umwandlung führen kann.

Da die Umwandlung auf einem Beschluß beruht, bildet § 144 Abs. 2 FGG die passende Anspruchsgrundlage.⁸⁸⁰ Die Löschung stellt einen gestaltenden Staatsakt, ähnlich dem Nichtigkeitsurteil nach § 249 AktG dar,⁸⁸¹ die den Beschluß rückwirkend⁸⁸² mit inter-omnes-Wirkung vernichtet.⁸⁸³ Damit hat die Amtslöschung dieselben Rechtsfolgen wie die Nichtigkeitsklage nach §

⁸⁷⁸ Kritisch Bayer, Jahrestagung, S. 35, 51.

⁸⁷⁹ BGH, ZIP 1999, 23, 24; *Schöne*, DB 1995, 1317, 1321.

⁸⁸⁰ *Winkler* in Keidel/Kunze/Winkler, FGG, § 144 Rn. 17 ff.; *Kiem*, Eintragung, S. 285; *a.A. Neixler*, AgrarR Sonderheft 10/1993, 25, 27, der die §§ 144 Abs. 1, 147 Abs. 2 FGG für die Amtslöschung von aus LPGen hervorgegangenen Genossenschaften für maßgebend hält, da der Umwandlungsbeschluß selbst nicht ins Register eingetragen wird; diese Amtslöschung käme aber nur bei gravierenden Satzungsmängeln, nicht aber aufgrund von Umwandlungsmängeln in Betracht. Dabei wird übersehen, daß es sich trotz Eintragung der neuen Rechtsform in erster Linie um eine Strukturänderung aufgrund Beschlusses, nicht aber um eine Neugründung handelt.

⁸⁸¹ *K. Schmidt* in GK AktG, § 241 Rn. 76; *ders.* in Scholz, GmbHG, § 45 Rn. 83.

⁸⁸² *Hüffer* in G/H, AktG, § 241 Rn. 67.

⁸⁸³ *K. Schmidt* in GK AktG, § 241 Rn. 98.

249 AktG⁸⁸⁴ und wäre grundsätzlich zur Vernichtung des Umwandlungsbeschlusses und damit einer Rückabwicklung geeignet. Voraussetzung der Löschung ist, daß der Umwandlungsbeschuß durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint.

Da die herrschende Ansicht aber davon ausgeht, daß die Umwandlung mit Eintragung der neuen Rechtsform endgültige Bestandskraft erlangt, scheidet nach ihrer Ansicht auch eine Amtslöschung aus.⁸⁸⁵ Dagegen vertritt *Kiem* für die Verschmelzung, daß wegen § 352a AktG a.F. die Vernichtung des Umwandlungsbeschlusses die Verschmelzung selbst nicht beeinträchtigt, eine Amtslöschung aber trotz des § 352a AktG a.F. möglich sei, da selbst die Heilung nichtiger Beschlüsse eine Amtslöschung nicht ausschließe.⁸⁸⁶ Vom Standpunkt aus, daß die Verschmelzung mit ihrer Eintragung wirksam wird und auch die erfolgreiche Vernichtung des Umwandlungsbeschlusses daran nichts ändert, erscheint diese Schlußfolgerung allerdings zweifelhaft. Zwar kann ein fehlerhafter Beschluß trotz seiner materiellen Heilung nach § 242 Abs. 2 S. 1 AktG noch von Amts wegen gelöscht werden (§ 242 Abs. 2 S. 3 AktG). Die Löschung hat aber keine weitergehenden Wirkungen als die Beschlußvernichtung durch Beschlußmängelurteil. Wenn die Verschmelzung gemäß § 352a AktG a.F. von der Vernichtung des Verschmelzungsbeschlusses unberührt bleiben soll, muß konsequenter Weise auch die Amtslöschung fehlerhafter aber eingetragener Umwandlungen ausscheiden.

Vom hier vertretenen Standpunkt aus, wonach ein eingetragener Formwechsels durch Vernichtung des ihm zugrunde liegenden Umwandlungsbeschlusses wieder rückabgewickelt wird, spielt es keine Rolle, ob die Rückabwicklung durch Beschlußmängelklage oder durch Amtslöschung ausgelöst wird.

Auch die Amtslöschung kann aber - ebenso wie die erfolgreiche Beschlußmängelklage - nur zur Rückabwicklung der Umwandlung ex nunc führen. Die Amtslöschung eines Beschlusses nach § 242 Abs. 2 S. 3 AktG kann sich zwar gegenüber der Heilung eines „normalen“ Gesellschafterbeschlusses (§ 242 Abs. 2 S. 1 AktG) durchsetzen, aber keine weiterreichenden Wirkungen als die Beschlußvernichtung auslösen. Die §§ 352a AktG a.F., 202 Abs. 2 UmwG gelten somit auch hier.

⁸⁸⁴ *K. Schmidt* in GK AktG, § 241 Rn. 108; *Hüffer* in G/H, AktG, § 241 Rn. 73.

⁸⁸⁵ *Meister/Klöcker* in Kallmeyer, UmwG, § 202 Rn. 59; *Vossius* in Widmann/Mayer, UmwG, § 202 Rn. 183 (allerdings für die Löschung des neuen Rechtsträgers nach § 141 FGG); erstaunlicherweise auch *K. Schmidt* in GK AktG, § 241 Rn. 87, obwohl er grundsätzlich eine Rückabwicklung fehlerhafter Umwandlungen zuläßt.

⁸⁸⁶ *Kiem*, Eintragung, S. 287.

Die Amtslöschung des Umwandlungsbeschlusses (genau genommen der Eintragung der Gesellschaft in Zielrechtsform) ist danach grundsätzlich auch noch nach Eintragung möglich.⁸⁸⁷ Sie scheidet aus, wenn die Rückabwicklung aufgrund der europarechtlichen Vorgaben ausgeschlossen ist, also nach Ablauf der Sechsmonatsfrist ab Eintragung der Zielgesellschaft.⁸⁸⁸

ee) Rückabwicklung bei bloßer Teilnichtigkeit

Wie oben bereits gezeigt wurde,⁸⁸⁹ führt nicht jeder Mangel des Umwandlungsbeschlusses zu dessen Gesamtnichtigkeit. Statt dessen kann ein Umwandlungsbeschuß auch lediglich teilfehlerhaft sein,⁸⁹⁰ beispielsweise wenn der Gesellschaftsvertrag der Zielgesellschaft (über den auch durch den Umwandlungsbeschuß entschieden wird)⁸⁹¹ mangelhaft ist.⁸⁹² Grundsätzlich ist auf Gesellschafterbeschlüsse § 139 BGB anwendbar.⁸⁹³ Betrifft der Beschuß aber die Organisation der Gesellschaft, ist grundsätzlich von bloßer Teilanfechtbarkeit oder Teilnichtigkeit auszugehen, § 139 BGB damit sozusagen umzukehren.⁸⁹⁴ Inhaltliche Mängel eines Umwandlungsbeschlusses führen somit grundsätzlich nicht zu dessen Gesamtnichtigkeit.^{895,896}

Die §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG führen nicht zu einer inhaltlichen Heilung von Mängeln, sondern lediglich der Formwechsel selbst soll Bestandskraft erlangen.⁸⁹⁷ Das gilt auch für Mängel, die der Gesellschaft bereits vor der Umwandlung anhafteten.⁸⁹⁸ Und auch die Wirksamkeit von Beschlüssen, die nur zusammen mit dem Umwandlungsbeschuß gefaßt worden sind, jedoch nicht dessen Bestandteil bilden, wird von der Eintragung nicht berührt.⁸⁹⁹ Deshalb können Satzungsmängel und Beschußmängel, die zu Satzungsmängeln führten, ohne weiteres nach den insoweit einschlägigen Vorschriften angegriffen werden.⁹⁰⁰

⁸⁸⁷ Bork, ZGR 1993, 343, 355; zu den Voraussetzungen der Amtslöschung ausführlich Casper, Heilung, S. 234 ff.

⁸⁸⁸ Siehe oben F. I. 4. b) bb) (5) (c).

⁸⁸⁹ Siehe oben C. II. 3. a) ee).

⁸⁹⁰ Für teilnichtige Hauptversammlungsbeschlüsse: BGH, WM 1988, 377 = WuB II A. § 241 AktG 1.88 (S. 835) (Hellwege).

⁸⁹¹ Decher in Lutter, UmwG, § 194 Rn. 28.

⁸⁹² Für teilfehlerhafte Umwandlungsbeschlüsse z.B. BGHZ 138, 371, 376 f. für eine Klausel, die die Mitgliedschaft im neuen Rechtsträger auf solche Mitglieder beschränkt, welche die Satzung unterzeichnet haben; OLG Rostock, AgrarR 1993, 257, 258: wonach die Bestimmung im Umwandlungsbeschuß, wonach sieben Mitglieder, die gegen die Umwandlung stimmten, ausscheiden, die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses im übrigen unberührt lassen.

⁸⁹³ Siehe oben C. II. 3. a) ee).

⁸⁹⁴ Siehe oben C. II. 3. a) ee).

⁸⁹⁵ Siehe oben C. II. 3. a) ee).

⁸⁹⁶ Würde man - entgegen der hier vertretenen Ansicht - auf die Zielgesellschaft die §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG anwenden, ergäbe sich bereits hieraus, daß nichtige Teile nicht die Gesamtnichtigkeit des Gesellschaftsvertrages bewirken; so auch LG Bonn, AG 1991, 114, 116 für den Gesellschaftsvertrag einer aus Umwandlung hervorgegangenen GmbH.

⁸⁹⁷ Meister/Klöcker in Kallmeyer, UmwG, § 202 Rn. 60.

⁸⁹⁸ Decher in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 31.

⁸⁹⁹ Decher in Lutter, UmwG, § 202 Rn. 32.

Während fehlerhafte Regelungen im Gesellschaftsvertrag neu gegründeter Gesellschaften im Prozeß nur mittels allgemeiner Feststellungsklage nach § 256 ZPO geltend gemacht werden können,⁹⁰¹ lassen sich sämtliche inhaltlichen Mängel der Umwandlung auf den Umwandlungsbeschluß zurückführen. Rechtsschutzmittel ist deshalb - ebenso wie bei Mängeln, die den gesamten Umwandlungsbeschluß betreffen - das allgemeine Beschlußmängelrecht.

(1) Ex tunc fehlerhafte Regelungen

Gegen den Umwandlungsbeschluß ist Teilanfechtungs- oder -nichtigkeitsklage zu erheben.⁹⁰²

Für nicht zur Klage nach §§ 241 ff. AktG Berechtigte kommt nur die allgemeine Feststellungsklage in Betracht. Für rechtswidrige Regelungen die im Umwandlungsbeschluß enthalten sind und den Gesellschaftsvertrag der Zielgesellschaft betreffen gilt, daß sie nach der gerichtlichen Feststellung des Mangels unter Heranziehung des übrigen Vertragsinhaltes und der gesetzlichen Regelungen zu ergänzen sind.⁹⁰³ Insoweit bestehen keine Unterschiede zu fehlerhaften Satzungsänderungen.⁹⁰⁴

(2) Ex nunc fehlerhafte Regelungen

Mängel von Regelungen, die aufgrund ihres Vollzuges nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft (vorläufig) wirksam geworden sind,⁹⁰⁵ sind ebenfalls mittels Beschlußmängelklage, also Teilanfechtungs- oder -nichtigkeitsklage geltend zu machen. Wie bereits oben im Rahmen der Rückabwicklung des gesamten Formwechsels gezeigt, ist es nicht erforderlich für diese Fälle der Rückabwicklung fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse gesonderte Klagearten zu entwickeln. Das Beschlußmängelrecht ermöglicht die inter-omnes-wirkende Vernichtung des Umwandlungsbeschlusses bzw. einzelner rechtswidriger Teile und erfährt eben aufgrund der Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft⁹⁰⁶ die Modifizierung, daß die auf dem Beschluß beruhende Strukturänderung lediglich mit Wirkung ex nunc rückabgewickelt wird. So sind beispielsweise Gesellschafter, die anlässlich des Formwechsels aus der Gesellschaft

⁹⁰⁰ Laumann in G/K/T, UmwG, § 202 Rn. 30; Meister/Klöcker in Kallmeyer, § 202 Rn. 60.

⁹⁰¹ Siehe oben E. I. 2. a), zeitlich uneingeschränkt für anfängliche Satzungsänderungen, da § 242 Abs. 2 AktG nur auf Beschlüsse und damit nachträgliche Satzungsänderungen anwendbar ist Stein, ZGR 1994, 472, 474; für § 275 AktG: Wiedemann in GK AktG³, § 275 Anm. 2; Hüffer in G/H, AktG, § 275 Rn. 33; Kraft in KK AktG, § 275 Rn. 11.

⁹⁰² Meister/Klöcker in Kallmeyer, UmwG, § 202 Rn. 60; siehe auch oben C. II. 3. a) ee).

⁹⁰³ Siehe oben E. I. 2. a); für fehlerhafte Verschmelzungsverträge Grunewald in G/H, AktG, § 352 AktG Rn. 14 und in Lutter, UmwG, § 20 Rn. 76: ergänzende Vertragsauslegung; Dehmer, UmwG, § 20 Rn. 100.

⁹⁰⁴ Hüffer, AktG, § 181 Rn. 26.

⁹⁰⁵ Siehe oben E. I. 2. b).

⁹⁰⁶ §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG greifen hier nicht ein, da sich diese auf den Formwechsel als Ganzes beziehen, es vorliegend aber um die (vorläufige) Wirksamkeit einzelner rechtswidriger Teile des Formwechsels geht.

fehlerhaft (aber vorläufig wirksam)⁹⁰⁷ ausgetreten oder auch direkt ausgeschlossen wurden mit Rechtskraft des stattgebenden Beschlußmängelurteils wieder an der Gesellschaft beteiligt.

(3) Heilung nichtiger Regelungen?

Unklar ist, ob nichtige Regelungen des Gesellschaftsvertrages der Zielrechtsform einer Heilung zugänglich sind. Während die Geltendmachung anfänglicher Satzungsmängel zeitlich unbegrenzt durch allgemeine Feststellungsklage⁹⁰⁸ möglich ist,⁹⁰⁹ gilt für Satzungsänderungen, die stets durch Beschluß erfolgen, § 242 Abs. 2 AktG (bzw. analog), nach dem drei Jahre nach Eintragung der Satzungsänderung die Heilung eintreten kann.⁹¹⁰

Wie dieser Widerspruch aufzulösen ist, ist noch völlig offen. *Stein* hat in diesem Zusammenhang den beachtlichen Vorschlag gemacht, die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft sozusagen umgekehrt anzuwenden und fehlerhafte Strukturänderungen lediglich als vorläufig wirksam zu behandeln, bei Feststellung ihrer Mangelhaftigkeit aber eine Korrektur zuzulassen und damit § 242 Abs. 2 AktG nicht anzuwenden.⁹¹¹

Bereits im Aufgreifen dieser Problematik wird deutlich, daß die §§ 241 ff. AktG doch in erster Linie „normale“ Beschlüsse, also punktuell wirkende Maßnahmen erfassen, bei ihrer Übertragung auf Satzungsänderungen - als Akte mit Langzeitwirkung - aber zu zweifelhaften Lösungen führen können.

Es wird noch komplizierter, wenn man die Übertragung des § 242 Abs. 2 AktG auf fehlerhafte Satzungsregelungen von Zielgesellschaften untersucht. Diese sind nämlich einerseits durch die Umwandlung, also eine besondere Form der Satzungsänderung zustande gekommen. Wegen des Umwandlungsbeschlusses wäre § 242 Abs. 2 AktG (analog) anzuwenden. Gleichzeitig könnte man die Zielgesellschaft aber auch als neu gegründete Gesellschaft ansehen; Mängel der Satzung wären dann zeitlich unbeschränkt geltend zu machen.

Die besseren Gründe sprechen für die Anwendung von § 242 Abs. 2 AktG, denn der Formwechsel steht einer bloßen Satzungsänderung viel näher, als einer Gesellschaftsneugründung, insbesondere bildet ein Gesellschafterbeschuß seine Grundlage. Dieser unterfällt aber der Heilung des

⁹⁰⁷ Siehe oben E. I. 2. b).

⁹⁰⁸ Mangels „Gründungsbeschlusses“ gibt es hier keinen vorrangigen Rechtsbehelf.

⁹⁰⁹ *Stein*, ZGR 1994, 472, 473 m.w.N.

⁹¹⁰ *A.A. Stein*, ZGR 1994, 472, 483.

⁹¹¹ *Stein*, ZGR 1994, 472, 485 m.w.N. zum Meinungsstand; ähnlich zweifelnd an der Heilungsmöglichkeit für fehlerhafte Bestimmungen in Unternehmensverträgen OLG Hamburg, ZIP 1990, 1071, 1072 und die entsprechende Anmerkung von *Priester*, WuB II A. § 291 AktG 1.91 (S. 249, 250).

§ 242 Abs. 2 AktG. De lege ferenda ist hier aber durchaus eine Beschränkung der Heilungswirkung für rechtswidrige Satzungsänderungen mit Langzeitwirkung in Betracht zu ziehen.

5. ERGEBNIS

Umwandlungen, die nach den §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG vorläufig wirksam werden, können grundsätzlich rückabgewickelt werden. Die Rückumwandlung bestimmt sich dabei nach dem aufgetretenen Mangel. Instrument der Abwicklung ist das allgemeine Beschlußmängelrecht. Da die Beschlußvernichtung zugleich ein fehlerhaftes Gesellschaftsverhältnis ex nunc beseitigt, sind die Besonderheiten, die für die Rückabwicklung fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse gelten, zu beachten. Wirkt sich der Mangel nur auf einzelne Teile der Umwandlung aus, werden nur diese korrigiert.

II. UNANWENDBARKEIT DES § 202 UMWG

Zuletzt sollen die Fälle näher beleuchtet werden, in denen die neue Rechtsform der Gesellschaft zwar ins Register eingetragen wurde, die Umwandlung aber mit so groben Mängeln behaftet war, daß diese Eintragung den Eintritt der Umwandlungswirkungen nicht herbeiführen konnte.

1. RECHTSFOLGEN DER UNWIRKSAMKEIT DER UMWANDLUNG

Da bei Nichteingreifen der §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG die Rechtsfolgen der Umwandlung nicht eingetreten sind, ist die Ausgangsgesellschaft weiterhin Eigentümerin ihrer Vermögensgegenstände und hat gegen die vermeintliche Rechtsnachfolgerin, wenn man sie als von der Ausgangsgesellschaft verschiedene Gesellschaft ansieht, Ansprüche gemäß §§ 812, 985 BGB.⁹¹²

2. RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN GEGEN „NICHTFORMWECHSEL“

a) Rechtsprechung

Die meisten Entscheidungen zu der Frage, ob die Eintragung der Zielrechtsform die Umwandlungswirkungen herbeiführt, wurden durch inzidente Feststellungen,⁹¹³ beispielsweise im Rahmen von Abfindungsstreitigkeiten ausgeschiedener Gesellschafter, getroffen.⁹¹⁴ In einigen Fällen

⁹¹² Für die fehlerhafte Spaltung: *Heiss*, Spaltung, S. 207: alle Rechtsgeschäfte sind dem ursprünglichen Unternehmen zuzurechnen; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹³, Anhang Verschmelzung § 31 KapErhG Rn. 4 für fehlgeschlagene GmbH-Verschmelzungen nach altem Umwandlungsrecht; **a.A.** aber unzutreffend *Kort* in Umwandlungsrecht, S. 194, 212, der selbst bei teleologischer Reduktion der §§ 34 Abs. 3 LwAnpG, 202 Abs. 3 UmwG von einer lediglich ex nunc wirkenden Rückabwicklung ausgeht.

⁹¹³ BGHZ 132, 353; 138, 371; BGH, ZIP 1998, 1207; BezG Cottbus, AgrarR 1993, 25; BezG Cottbus, AgrarR 1993, 216; BGH, ZIP 1995, 422; Brandenburgisches OLG, OLG-NL 1996, 186; LG Dresden, AgrarR 1998, 118; BGH, WM 1997, 2040.

⁹¹⁴ BGHZ 132, 353; 138, 371.

wurde aber auch direkt mittels allgemeiner Feststellungsklage gegen die Umwandlung vorgegangen. Diese Klagen richteten sich regelmäßig gegen die vermeintlich aus einer Umwandlung hervorgegangene Zielgesellschaft und betrafen die Frage, ob diese Rechtsnachfolgerin der umzuwandelnden Gesellschaft geworden ist. Die Rechtsprechung hat dafür die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO für zulässig erklärt.⁹¹⁵ Obwohl es sich nicht um ein Rechtsverhältnis zwischen den klagenden Parteien handle, sei die allgemeine Feststellungsklage zulässig, wenn dies zugleich für die Rechtsbeziehungen der Parteien von Bedeutung sei.⁹¹⁶

b) Stellungnahme

aa) Klagemöglichkeiten gesellschaftsfremder Dritter

Hinsichtlich Klagen von nicht nach § 245 AktG zur Anfechtung bzw. nach § 249 AktG zur Nichtigkeitsklage befugten Personen ist die Zulassung der allgemeinen Feststellungsklage mit keinerlei Problemen verbunden, da ihnen kein der allgemeinen Feststellungsklage vorrangiger Rechtsbehelf zur Verfügung steht.⁹¹⁷

bb) Klagemöglichkeiten von Gesellschaftern

Gesellschaftern ist die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO in der Regel verwehrt, wenn sie Beschlußmängel mittels Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage geltend machen könnten.⁹¹⁸ Grund dafür ist, daß Beschlußmängelurteile eine weitergehende Wirkung entfalten, als bloße Feststellungsurteile und für letztere damit zumeist das Rechtsschutzinteresse fehlt.

Die Rechtsprechung differenziert jedoch nicht danach, ob der Feststellungskläger eine vorrangige Beschlußmängelklage erheben könnte;⁹¹⁹ den Tatbeständen der entsprechenden Entscheidungen fehlen zumeist auch diesbezügliche Angaben, insbesondere der Zeitpunkt, in dem die Mitgliedschaft beendet wurde.⁹²⁰ Vielmehr wurde festgestellt, daß auch die für die Strukturänderung von LPGen in Betracht kommenden Beschlußmängelklagen gewöhnliche Feststellungsklagen grund-

⁹¹⁵ BGHZ 137, 134, 137; BGH, ZIP 1998, 1245: für Zwischenfeststellungsklage zur Durchsetzung vermögensrechtlicher Ansprüche; Brandenburgisches OLG, NZG 1999, 219, 221; BGH, ZIP 1999, 840.

⁹¹⁶ BGHZ 137, 134, 136; zustimmend Brandenburgisches OLG, NZG 1999, 219, 221.

⁹¹⁷ OLG Naumburg, AG 1998, 430: zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Feststellungsklagen neben Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage bei besonderem Feststellungsinteresse.

⁹¹⁸ K. Schmidt in GK AktG, § 249 Rn. 36; ebenso Schilling in GK AktG³, § 249 Anm. 2; Godin/Wilhelmi, AktG, § 249 Anm. 5; Hüffer, AktG, § 249 Rn. 12; Zöllner in KK AktG¹, § 249 Rn. 3; für die e.G. mit Verweis auf die allgemeine Meinung zu § 249 AktG: BGHZ 70, 384, 388; siehe bereits oben C. II. 3. a) aa).

⁹¹⁹ Für klagende Gesellschafter hängt das davon ab, ob sie im Beschlußzeitpunkt und zumindest noch bei Erhebung der Klage an der Gesellschaft beteiligt sind (Zöllner in KK AktG¹, § 245 Rn. 17).

⁹²⁰ BGHZ 137, 134 enthält zwar Angaben dazu, wann die Kläger aus der Gesellschaft ausschieden, aber nicht zum Zeitpunkt der Klageerhebung.

sätzlich nicht ausschließen.⁹²¹ Insbesondere könne durch eine Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage nicht geklärt werden, ob im Falle der Rechtswidrigkeit oder Nichtigkeit der angefochtenen Beschlüsse die Strukturänderung gleichwohl Bestand hat.⁹²²

Vom Standpunkt der Rechtsprechung ausgehend ist dieses Ergebnis konsequent. Solange die Zielrechtsform nicht ins Register eingetragen ist, kann gegen den Umwandlungsbeschluß nur mittels Beschlußmängelklagen - d.h. Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen - vorgegangen werden, da die Rechtsprechung eine Kategorie „wirkungsloser“ Beschlüsse im Rahmen des Umwandlungsrechts nicht anerkennt. Ist die Eintragung jedoch erfolgt, können rechtswidrige Umwandlungen entweder nach den §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG (zumindest vorläufig) wirksam geworden sein, oder aber ihre Folgen sind aufgrund extremer Mängel der Umwandlung gar nicht eingetreten; die Umwandlung ist ex tunc nichtig. Zwischen beiden Alternativen können Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen als reguläre Beschlußmängelklagen nicht unterscheiden, denn der Umwandlungsbeschluß ist in beiden Fällen rechtswidrig. Deshalb könnte eine Beschlußmängelklage dem Klägerinteresse auf Klärung der Frage, ob die Umwandlungswirkungen eingetreten sind, nicht gerecht werden. Wie bereits *Wenzel*⁹²³ darlegte, ist die Frage

„ob eine Umwandlung gescheitert ist, d.h. die LPG mangels Eintritts der Umwandlungswirkung des ... § 34 Abs. 1 LwAnpG 1991 als Liquidationsgenossenschaft fortbesteht, ... eine Frage des materiellen Rechts und nicht des Prozeßrechts. Der Fortbestand der LPG setzt auch nicht die Erhebung und den erfolgreichen Abschluß einer Beschlußmängelklage voraus, ... , denn die Entscheidung über die Gültigkeit des Umwandlungsbeschlusses ist für die Frage des Eintritts der Umwandlungswirkung nach ... § 34 Abs. 1 LwAnpG 1991 nicht vorgreiflich.“

Für die Zulässigkeit der allgemeinen Feststellungsklage spricht auch, daß der Vorrang der Beschlußmängelklage nicht ausnahmslos gilt.⁹²⁴ Aktienrechtliche Gründe stehen nämlich der Erhebung einer allgemeinen Feststellungsklage dann nicht entgegen, wenn es an einem nach jenen Vorschriften angreifbaren Beschluß überhaupt fehlt. Vorliegend fehlt es zwar nicht an einem Umwandlungsbeschluß, das Rechtsschutzinteresse des Klägers ist aber nicht (allein) auf die Vernichtung des Beschlusses gerichtet, weil die Umwandlung trotzdem (vorläufig) wirksam gewor-

⁹²¹ BGHZ 137, 134, 138; ebenso Brandenburgisches OLG, NZG 1999, 220, wobei hier ausdrücklich erwähnt wurde, daß der Kläger zumindest noch mittelbar über einen Treuhandkommanditisten an der Beklagten Gesellschaft beteiligt war; zustimmend hinsichtlich der Zulässigkeit der allgemeinen Feststellungsklage die Revision: BGH, ZIP 1999, 1126; inzident auch BGH, WM 1999, 1510, 1511 (anders noch die Vorinstanz Brandenburgisches OLG, NZG 1999, 222, 223, die ausdrücklich offen gelassen hatte, ob die allgemeine Feststellungsklage zulässig sei).

⁹²² BGHZ 137, 134, 138; Brandenburgisches OLG, NZG 1999, 219, 221; zustimmend Revisionsentscheidung BGH, ZIP 1999, 1126, 1127; zustimmend BGH, WM 1999, 1510, 1511.

⁹²³ *Wenzel*, AgrarR 1998, 139, 142.

den sein kann. Diese Frage kann aber nicht mittels Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage geklärt werden. Eine direkte Konkurrenz zwischen Beschlußmängel- und allgemeiner Feststellungsklage besteht danach gar nicht.

Auch ist allgemein anerkannt, daß ein Gesellschafter eine positive Beschlußfeststellungsklage erheben kann,⁹²⁵ wenn ein Beschluß wirksam gefaßt, aber fälschlicherweise das Gegenteil festgestellt wurde. In diesem Fall nützt dem Gesellschafter die Vernichtung der unrichtigen Feststellung wenig, denn dann würde - mangels Feststellung - ein wirksamer Beschluß fehlen und könnte nur neu gefaßt werden. Aus diesem Grund kann der Gesellschafter auf Feststellung des wirklich Beschlossenen klagen.

Ähnlich ist es im vorliegenden Fall: Selbst wenn der „Umwandlungsbeschluß“ bestandskräftig würde, könnte er nicht die Umwandlung der Gesellschaft bewirken, sei es - wie beim Verstoß gegen den *numerus clausus* der Umwandlungsformen - daß die für die Umwandlung erforderliche gesetzliche Grundlage fehlt,⁹²⁶ sei es, daß ein Umwandlungsbeschluß gar nicht vorliegt. Da der Beschluß in diesen Fällen keine Wirkungen entfaltet, bedarf es einer Beschlußmängelklage gar nicht. Ein nach der Rechtsprechung ausschließlich mögliches Anfechtungs- oder Nichtigkeitsurteil könnte auch lediglich den Mangel des Umwandlungsbeschlusses feststellen. Ob die Umwandlungswirkungen eingetreten sind und damit lediglich eine *ex nunc*-Nichtigkeit der Umwandlung denkbar ist, oder ob die §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG nicht greifen, die Umwandlung also *ex tunc* nichtig ist, ist damit noch nicht gesagt. Zur Klärung dieser Frage, kommt vom Ausgangspunkt der Rechtsprechung nur die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO in Betracht.

Geht man hingegen davon aus, daß Beschlüsse, die trotz ihrer Registereintragung nicht die Umwandlung bewirken, als „wirkungslose“ Beschlüsse anderen Regeln unterliegen und ihre „Wirkungslosigkeit“ auch gerichtlich festgestellt werden kann,⁹²⁷ ergeben sich Unterschiede. Denn wenn das Gericht die „Wirkungslosigkeit“ des Umwandlungsbeschlusses feststellt, folgt daraus, daß selbst die Registereintragung nicht zum Eintritt der Rechtsfolgen der Umwandlung führt. Während der BGH wegen der diesbezüglichen „Blindheit“ von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage nur die allgemeine Feststellungsklage zuläßt, erübrigt sich dies, wenn man analog §§ 249,

⁹²⁴ BGHZ 137, 134, 137 mit Verweis auf BGHZ 83, 122, 126 f.

⁹²⁵ BGHZ 76, 191, 198 f.; *Zöllner* in KK AktG¹, § 249 Rn. 35; *Hüffer*, AktG, § 246 Rn. 42 m.w.N.

⁹²⁶ Dies könnte man für den Fall annehmen, daß die übertragende Auflösung einer LPG mit Übertragung des Vermögens auf eine (mit nur vier Gesellschaftern) neu gegründete Gesellschaft, statt des Zusammenschlusses mit gleichzeitiger identitätswahrender Umwandlung beschlossen wurde (BGH, WM 1999, 1510).

⁹²⁷ Siehe oben D. II. 4. e) ff).

246-248 AktG eine Klage auf Erklärung der „Wirkungslosigkeit“ zuläßt. Das heißt nicht, daß die „Wirkungslosigkeit“ ausschließlich analog §§ 249, 246-248 AktG geltend gemacht werden muß. Vielmehr ist die anderweitige Geltendmachung der „Wirkungslosigkeit“, beispielsweise mittels allgemeiner Feststellungsklage nach § 256 ZPO nicht ausgeschlossen (§ 249 Abs. 1 S. 2 AktG analog).

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß zur Feststellung, ob die Umwandlungswirkungen eingetreten sind, die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO grundsätzlich ein geeignetes Mittel ist. Die nach der Rechtsprechung gegen den Umwandlungsbeschluß allein zulässigen Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen sind dazu ungeeignet und verdrängen die allgemeine Feststellungsklage nicht. Insbesondere ist die allgemeine Feststellungsklage die einzige Klage, der nicht die Frist des § 195 Abs. 1 UmwG - die nach ganz herrschender Meinung sowohl für Anfechtungs- als auch Nichtigkeitsklagen gilt - entgegen gehalten werden kann.

Nach hier vertretener Ansicht, muß die Unterscheidung in wirksame und wirkungslose Umwandlungen aber bereits beim Umwandlungsbeschluß ansetzen. Ist die „Wirkungslosigkeit“ gerichtlich festgestellt, bedarf es einer allgemeinen Feststellungsklage nicht mehr.

3. BEFRISTUNG DER KLAGEMÖGLICHKEIT

Umstritten war, ob die Dreijahresfrist der §§ 275 Abs. 3, 242 Abs. 2 AktG auf die allgemeine Feststellungsklage zur Klärung, ob die Umwandlungswirkungen eingetreten sind, analog anzuwenden ist. Vom Brandenburgischen OLG⁹²⁸ wurde die analoge Anwendung des § 275 Abs. 3 AktG allein mit dem Interesse an Rechtssicherheit und der Übereinstimmung mit der in § 275 Abs. 3 AktG zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Wertung begründet.⁹²⁹ Auf die Revision hin, lehnte der BGH eine Befristung aber ab.⁹³⁰ Begründet wurde dies damit, daß die Klageziele der Klage nach § 275 AktG und der hier interessierenden Identitätsfeststellungsklage nicht vergleichbar sind. Während es sich bei erster um eine Gestaltungsklage handelt, durch die eine rechtlich existente Gesellschaft ex nunc aufgelöst wird, und bei deren Verfristung nach § 275 Abs. 3 AktG keine Veränderung des Rechtszustandes eintritt, geht es bei der Identitätsfeststellungsklage allein darum, ob die Umwandlung fehlgeschlagen ist. Würde man diese Klage befristen, so hätte der Fristablauf eine Veränderung des bisher bestehenden Rechtszustandes zur Folge. Die Umwandlung würde dadurch wirksam und die LPG in Liquidation würde erlöschen.

⁹²⁸ NZG 1999, 219.

⁹²⁹ Brandenburgisches OLG, NZG 1999, 219, 221; im Ergebnis zustimmend, aber mit anderer Begründung: *Zeidler*, NZG 1999, 222: die Bestandskraft eines Gesellschafterbeschlusses kann nicht durch zeitlich unbegrenzte Möglichkeit einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO unterlaufen werden.

Für die analoge Anwendung des § 242 Abs. 2 AktG sei ebenfalls kein Raum, da die Feststellungsklage nicht die Erhebung einer Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage voraussetze, sondern sich allein nach § 34 Abs. 3 LwAnpG bemesse.⁹³¹

Daß nach der Rechtsprechung die Berufung auf den Nichteintritt der Umwandlungswirkungen zeitlich unbeschränkt zulässig ist, kann man auch daran erkennen, daß sie im Rahmen der inzidenten Überprüfung von Umwandlungen⁹³² keine zeitlichen Einschränkungen vornimmt.

Im Ergebnis ist der Rechtsprechung zuzustimmen. Ist die Umwandlung trotz ihrer Eintragung fehlgeschlagen, können die Umwandlungsfolgen nicht mehr eintreten und folglich auch nicht durch den Ablauf einer Frist bestandskräftig werden. Auch § 242 Abs. 2 AktG, der eine materielle Änderung der Rechtslage bewirkt, kann daran nichts ändern. Denn obwohl ein mangelhafter Beschluß gemäß § 242 Abs. 2 AktG nach Ablauf von drei Jahren materiell rechtmäßig wird, kann dadurch nicht eine fehlende gesetzliche Grundlage ersetzt werden. Dies verkennt *Zeidler*.⁹³³ Die Unanwendbarkeit des Dreijahresfrist kann man auch damit begründen, daß der Umwandlungsbeschluß eben nicht nichtig, sondern „wirkungslos“ war,⁹³⁴ so daß § 242 Abs. 2 AktG, der nur auf die Heilung nichtiger Beschlüsse Bezug nimmt, nicht anwendbar ist.

Eine Befristung ergibt sich für „Nichtformwechsel“ auch nicht aus der Verschmelzungsrichtlinie,⁹³⁵ da deren Einschränkungen hinsichtlich der Rückabwicklung ersichtlich auf solche Umstrukturierungen bezogen sind, die durch Eintragung wirksam wurden.

Festzuhalten ist, daß die Wirksamkeit einer Umwandlung mittels allgemeiner Feststellungsklage und - entgegen der Rechtsprechung - zusätzlich analog §§ 249, 246-248 AktG mittels Klage auf Feststellung der „Wirkungslosigkeit“ unbefristet⁹³⁶ überprüft werden kann.

⁹³⁰ ZIP 1999, 1126, 1127; ebenso BGH, WM 1999, 1510, 1511; zustimmend *Bayer/Hoffmann*, EWiR 1999, 1019, 1020; offen gelassen noch Vorinstanz Brandenburgisches OLG, NZG 1999, 222, 223.

⁹³¹ BGHZ 138, 371, 375 f.

⁹³² Nachweise unter F. II. 2. a).

⁹³³ NZG 1999, 222.

⁹³⁴ Siehe oben D. II. 4. e) ff).

⁹³⁵ Siehe oben F. I. 4. b) bb) (5) (c).

⁹³⁶ Inzident bereits BGHZ 137, 134, 138: Klage unterfällt nicht den für Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen gegen rechtswidrige Beschlüsse der LPG geltenden Ausschlußfristen, denn sie hängt in ihrer Beurteilung nicht von der Gültigkeit der gefaßten Beschlüsse ab; im Ergebnis ebenso BGHZ 138, 371, 375 f.; *Wenzel*, AgrarR 1998, 139, 143; auch *Casper*, Heilung, S. 296 für eingetragene „Scheinbeschlüsse“, eine analoge Anwendung des § 242 AktG scheidet hier aus; ebenso *Siegmann*, DNotZ 1996, 684, 688.

4. SONDERFALL: UMWANDLUNGEN, DIE ERST NACH IHRER EINTRAGUNG GESETZLICH ZULÄSSIG WURDEN

Hier ist noch auf die Konstellation einzugehen, daß eine Umwandlung erfolgte, deren gewählte Zielrechtsform zwar im Zeitpunkt der Registereintragung noch nicht zulässig war, die aber später durch Gesetzesänderung zugelassen wurde.⁹³⁷ Wie bereits unter D. II. 4. gezeigt, ist der Formwechsel mangels gesetzlicher Grundlage mit seiner Eintragung nicht wirksam geworden. Es handelte sich um einen „wirkungslosen“ Umwandlungsbeschluß. §§ 34 Abs. 3 LwAnpG, 202 Abs. 3 UmwG waren nicht anwendbar. Nach Ansicht des BGH änderte auch die Gesetzesnovelle nichts daran.⁹³⁸

Mit Inkrafttreten der Gesetzesänderung und Zulassung der Zielrechtsform, entsprach diese Umwandlung der materiellen Rechtslage: eingetragen war eine Umwandlung in eine (jetzt) zulässige Rechtsform. Wurde die Umwandlung vorher nicht angegriffen, besteht scheinbar kein Bedürfnis dafür, sie als unbeachtlich einzuordnen, mit der Folge, daß die Gesellschaft unerkannt in ihrer Ausgangsrechtsform fortbestehen würde. Vielmehr wäre die Umwandlung dauerhaft bestandsfest, da ihr mit Inkrafttreten der Gesetzesänderung kein Mangel mehr anhaftet. Erforderlich ist aber, daß die Umwandlung überhaupt wirksam wurde, wobei als Zeitpunkt nur der Eintritt der Gesetzesänderung in Betracht kommt.⁹³⁹

Von *Geßler*⁹⁴⁰ wurde bereits die dauerhafte Bestandskraft fehlerhafter Unternehmensverträge in Betracht gezogen, wenn durch Gesetzesänderung⁹⁴¹ der Abschluß von Unternehmensverträgen zugelassen wurde. War der Unternehmensvertrag vor der Änderung fehlerhaft, aber über die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft wirksam, erwog *Geßler*, daß er nach der Gesetzesänderung auch dauerhaft wirksam sei.

Der Unterschied zum hier interessierenden Fall besteht allerdings darin, daß Umwandlungen, die noch im Eintragungszeitpunkt gegen den *numerus clausus* der Umwandlungsformen verstießen, nicht einmal vorläufig wirksam sind. Im von *Geßler* behandelten Fall führt die Gesetzesänderung zu einer dauerhaften Wirksamkeit des - zunächst nur nach den Grundsätzen über die fehlerhafte

⁹³⁷ BGHZ 137, 134 ff. verdeckter Formwechsel in eine GmbH & Co. KG, wobei die Eintragung vor Inkrafttreten der LwAnpG-Novelle erfolgte und zu diesem Zeitpunkt allein die e.G. als Zielrechtsform zulässig war.

⁹³⁸ BGHZ 137, 134, 140.

⁹³⁹ So Thüringer OLG Urt. v. 5.12.1996 LWU 113/96 (nicht veröffentlicht): „Sinn und Zweck des § 34 Abs. 3 LwAnpG gebieten es aber auch in diesem Falle, daß die Heilungswirkung spätestens mit Inkrafttreten der Gesetzesänderung wirksam wird. ... Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Formwechsels müssen nach der Eintragung auch hier spätestens dann abgeschnitten sein, wenn die vorgesehene Rechtsform durch das Gesetz ausdrücklich vorgesehen wird.“; a.A. Revisionsentscheidung BGHZ 137, 134, 139.

⁹⁴⁰ *Geßler*, DB 1965, 1691, 1694 f.

⁹⁴¹ Neufassung des Aktienrechts mit dem 1.1.1966.

Gesellschaft vorläufig - wirksamen Unternehmensvertrages, während sie hier gleichzeitig Eintritt der Umwandlungswirkungen und deren Bestand bewirken könnte.

Zur Lösung dieser Frage ist zunächst auf die Entscheidung des BGH einzugehen,⁹⁴² bei der der Umwandlungsbeschluß zwar „wirkungslos“ war, die Zielrechtsform aber bereits vor Eintragung der Umwandlung zulässig wurde.

Dort wurde das Wirksamwerden des Formwechsels (trotz „Wirkungslosigkeit“ des Beschlusses) damit begründet, daß der Umwandlungswille der Gesellschaft, auch noch im Zeitpunkt der Gesetzesänderung andauert. Obwohl die Gesetzesänderung nicht zurückwirkte und den Beschluß heilte, war der Beschluß im Eintragungszeitpunkt auf eine zulässige Zielrechtsform gerichtet und § 34 Abs. 3 LwAnpG als Ausprägung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft fand Anwendung. Wegen seiner materiellen Rechtmäßigkeit war der Formwechsel auch dauerhaft wirksam.

Für den „Nichtformwechsel“ kommt ebenfalls nur ein Wirksamwerden nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft in Betracht, da der Umwandlungsbeschluß rechtswidrig war. Mit Inkrafttreten der Gesetzesänderung liegt aber ein Willensakt der Gesellschafter vor, der auf die Umwandlung in eine gesetzlich vorgesehene Zielrechtsform gerichtet ist.

Die erforderliche Vollzugshandlung ist in der bereits vorliegenden Registereintragung zu sehen, denn es wäre bloßer Formalismus, eine erneute, inhaltsgleiche Eintragung nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung zu verlangen.

Die Umwandlung wird zwar noch nicht mit ihrer Eintragung, aber mit Inkrafttreten der gesetzlichen Grundlage wirksam. Da dann kein Verstoß gegen den numerus clausus der Umwandlungsformen mehr vorliegt, ist sie auch dauerhaft bestandsfest.

Dies gilt aber nicht, wenn die Umwandlung vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung klageweise angegriffen wurde, da damit der für den Eintritt der Rechtsfolgen unverzichtbare Willensakt zur Umwandlung entfällt.

Im Ergebnis sind damit auch die Umwandlungen dauerhaft wirksam, die zwar im Umwandlungszeitpunkt gegen den numerus clausus der Umwandlungsformen verstießen, aber noch vor klageweiser Geltendmachung dieses Mangels durch Gesetzesänderung zulässig wurden.

⁹⁴² Siehe oben C. II. 4. e) cc) und F. I. 4. b) bb) (5) (d).

G. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

I. ERGEBNIS DER VORLIEGENDEN UNTERSUCHUNG

Der Formwechsel stellt einen Sonderfall der Umstrukturierung von Unternehmen dar. Sein Kernstück ist der Umwandlungsbeschluß, der auch die Quelle für mögliche Mängel der Umwandlung bildet. Deshalb spielt das Beschlußmängelrecht bei der Behandlung fehlerhafter Umwandlungen eine besondere Rolle.

Da der Formwechsel für Personen- und Kapitalgesellschaften im wesentlichen gleich ausgestaltet ist, muß für beide auch ein einheitliches Beschlußmängelrecht gelten. Zu diesem Zweck sind auf die Personengesellschaften die §§ 241 ff. AktG mit ihrer unterschiedlichen Behandlung von anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen analog anzuwenden. Nichtigkeitsgründe können somit unabhängig von der Rechtsform des formwechselnden Rechtsträgers auch über die Monatsfrist des § 195 UmwG hinaus klageweise mit inter omnes Wirkung geltend gemacht werden. Dadurch wird ermöglicht, daß die Frist in § 195 UmwG ebenso wie § 246 Abs. 1 AktG ausgelegt werden kann und nur Anfechtungsklagen erfaßt.

Mit seiner Registereintragung wird der Formwechsel wirksam. § 202 Abs. 3 UmwG, der dem Formwechsel selbst beim Vorliegen von Umwandlungsmängeln Bestandskraft verleiht, ist dabei als Ausprägung der Grundsätze über die fehlerhafte Strukturänderung anzusehen, mit der Folge, daß sich die Rechtsfolgen fehlerhafter Formwechsel maßgeblich nach diesen Grundsätzen bestimmen.

Einzige Voraussetzungen für den Eintritt der Umwandlungsfolgen sind deshalb das Vorliegen eines - wenn auch fehlerhaften - Umwandlungsbeschlusses, einer im Eintragungszeitpunkt vorliegenden gesetzlichen Grundlage, die die Umwandlung des formwechselnden Rechtsträgers in die gewünschte Rechtsform ermöglicht und der Vollzug der Umwandlung. Die Eintragung der Umwandlung führt aber nicht zu einer materiellen Heilung von Umwandlungsmängeln, so daß eine Rückabwicklung des fehlerhaften Formwechsels trotz § 202 Abs. 3 UmwG möglich bleibt.

Sollte allerdings vor Eintragung der Umwandlung das Unbedenklichkeitsverfahren des § 16 Abs. 3 UmwG durchlaufen worden sein, ist der Formwechsel dauerhaft bestandsfest. Das Recht des Gesellschafters von rechtswidrigen Maßnahmen verschont zu bleiben, wandelt sich in ein Recht auf angemessene Berücksichtigung seiner Interessen im Rahmen der Entscheidung über die Eintragung der Umwandlung.

Die Rückabwicklung des fehlerhaften Formwechsels erfolgt durch inter-omnes-wirkende Vernichtung des ihm zugrunde liegenden Umwandlungsbeschlusses. Mit durchdringender Beschlußmängelklage wird die Gesellschaft ex nunc in ihre Ausgangsrechtsform überführt. Zusätz-

lich müssen aber die Besonderheiten bei der Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft beachtet werden, das heißt beispielsweise, daß der Mangel der Umwandlung noch im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung anhaften muß.

In Ausnahmefällen bleibt die Eintragung des Formwechsels ohne Rechtsfolgen, so wenn überhaupt kein Umwandlungsbeschluß gefaßt wurde oder dieser gegen den *numerus clausus* der Umwandlungsformen verstößt, das heißt wenn das Gesetz die Umwandlung der Ausgangsrechtsform in die gewünschte Zielrechtsform auch im Eintragungszeitpunkt nicht zuläßt. Im letztgenannten Fall liegt ein „wirkungsloser“ Beschluß vor, dessen Fehlerhaftigkeit durch unbefristete Klage auf Feststellung der Wirkungslosigkeit analog der Nichtigkeitsklage gemäß §§ 241, 246 AktG geltend gemacht werden kann.

Scheitert der Formwechsel trotz seiner Eintragung, bleibt die Gesellschaft in ihrer Ausgangsrechtsform bestehen. Auch die gewünschte und eingetragene Zielgesellschaft entsteht nicht, vielmehr handelt es sich bei ihr um eine bloße Scheingesellschaft.

II. ABWEICHUNGEN VON DER RECHTSPRECHUNG DES BGH UND DER HERRSCHENDEN ANSICHT DER LITERATUR

1. DOGMATISCHE UNTERSCHIEDE

Abweichungen zur allgemeinen Ansicht in der Literatur bestehen hinsichtlich des auf Umwandlungsbeschlüsse anwendbaren Beschlußmängelrechts und der Auslegung des § 195 Abs. 1 UmwG. Die Übertragung des aktienrechtlichen Beschlußmängelrechts der §§ 241 ff. AktG auf die Personengesellschaften ermöglicht die vom Umwandlungsgesetz vorgesehene Gleichbehandlung von Personen- und Kapitalgesellschaften ohne für Umwandlungsbeschlüsse ein gesondertes Beschlußmängelrecht zu entwickeln. Die Auslegung des § 195 Abs. 1 UmwG durch die allgemeine Ansicht in der Literatur dahingehend, daß er sämtliche Klagen gegen Umwandlungsbeschlüsse auf einen Monat befristet, führt dagegen zu einem schwerwiegenden und nicht erforderlichen Einschnitt in das allgemeine Beschlußmängelrecht. Dagegen können nach richtiger Ansicht Mängel des Umwandlungsbeschlusses, die zu seiner Nichtigkeit führen, auch noch nach Ablauf der Monatsfrist geltend gemacht werden. Damit entfällt das Bedürfnis für Ausnahmen von § 195 Abs. 1 UmwG, beispielsweise für sogenannte „Geheimbeschlüsse“.

Auch die Behandlung der gegen den *numerus clausus* der Umwandlungsformen verstoßenden Beschlüsse unterscheidet sich von der Ansicht in Literatur und Rechtsprechung. Ihre dogmatische Einordnung zu den „wirkungslosen Beschlüssen“ als Beschlußkategorie *sui generis* erlaubt,

sie anderen Regelungen zu unterstellen, als anfechtbare und nichtige Beschlüsse. Dagegen führt die Ansicht des BGH, der diese Beschlüsse als nichtig ansieht, zu Unstimmigkeiten. Anders als bei „normalen“ nichtigen Beschlüssen soll ihre Eintragung nämlich nicht zum Eintritt der Umwandlungsfolgen führen, und auch die Heilungsnorm des § 242 Abs. 2 AktG soll auf sie nicht anwendbar sein.

Die hier befürwortete Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Strukturänderung auf den fehlerhaften Formwechsel wurde vom BGH bisher nicht anerkannt. Sie liefert eine dogmatische Grundlage dafür, daß es für den Eintritt der Umwandlungsfolgen nicht allein auf den Beschluß, sondern auch auf die Rechtslage im Zeitpunkt der Eintragung des Formwechsels ankommen kann. Als Beispiel ist der Fall zu erwähnen, daß eine Gesellschaft die Umwandlung in eine Rechtsform beschließt, die erst nach Beschlußfassung aber noch vor Eintragung der Umwandlung vom Gesetz zugelassen wird. Ohne eine Bezugnahme auf die Grundsätze über die fehlerhafte Strukturänderung, die an den Zeitpunkt anknüpfen, in dem die Strukturänderung vollzogen wird, läßt sich die Wirksamkeit der Umwandlung - die auch vom BGH bejaht wird - nicht begründen.

Anders als nach Ansicht des BGH werden auch Formwechsel, die einen Austritt oder sogar Ausschluß von Gesellschaftern anläßlich der Umwandlung vorsehen und damit gegen das Identitätsprinzip verstoßen, mit ihrer Registereintragung wirksam, denn der Formwechsel verhält sich hinsichtlich Vermögens- und Personalbestand der Gesellschaft neutral. Dagegen nimmt der BGH mitgliederverdrängende Umwandlungen vom Anwendungsbereich des § 202 UmwG aus, da der Formwechsel nur die gesetzlichen Rechtsfolgen - das heißt Fortbestand der Gesellschaft mit sämtlichen Gesellschaftern - auslösen könne. Beschließen die Gesellschafter etwas anderes, liege begrifflich kein Formwechsel vor. Nach hier vertretener Ansicht gilt das Identitätserfordernis aber nicht uneingeschränkt, vielmehr sind Veränderungen im Gesellschafterbestand zulässig. Beschließen die Gesellschafter den Austritt bzw. Ausschluß von Gesellschaftern, besteht die Zielgesellschaft mit ihrer Eintragung mit dem veränderten Mitgliederbestand fort; eine Diskrepanz zwischen Umwandlungsbeschluß und eintretenden Rechtsfolgen besteht nicht. Selbst bei rechtswidrigem Ausschluß von Gesellschaftern wird dieser zunächst wirksam, denn im Vollzug des Formwechsels liegt zugleich der Vollzug des Gesellschafterausschlusses, der dann nur für die Zukunft korrigiert werden kann.

2. WIRTSCHAFTLICHE UNTERSCHIEDE

Rechtsprechung und herrschende Ansicht in der Literatur kommen im wesentlichen zu gleichen Ergebnissen wie die hier vertretene Ansicht.

Selbst wenn man entgegen der herrschenden Ansicht in der Literatur die Rückabwicklung fehlerhafter Formwechsel im Grundsatz zuläßt, wird ihr Anwendungsbereich durch verschiedene Korrektive wieder einschränkt. Sie scheidet beispielsweise aus, wenn die Mängel des Umwandlungsbeschlusses präkludiert oder geheilt wurden oder die Eintragung aufgrund des Unbedenklichkeitsverfahrens nach § 16 Abs. 3 UmwG erfolgte.

Auch die Rechtsprechung berücksichtigt für den Eintritt der Umwandlungsfolgen den Zeitpunkt der Eintragung und hält Umwandlungen, die erst zwischen Beschlußfassung und Eintragung gesetzlich zugelassen werden - zutreffend - für wirksam. Umwandlungen, die auch bei Eintragung vom Gesetz nicht vorgesehen sind, versagt sie jegliche Rechtsfolgen und läßt zu, daß der Umwandlungsmangel zeitlich unbeschränkt geltend gemacht werden kann. Insofern ergeben sich im Ergebnis keine Unterschiede zur hier vertretenen Lösung.

Abweichend von der Rechtsprechung des BGH werden aber auch nicht identiätswahrende Umwandlungen mit ihrer Eintragung wirksam, was zur Folge hat, daß Ausnahmen vom Anwendungsbereich der §§ 34 Abs. 3 LwAnpG, 202 Abs. 3 UmwG auf ein Mindestmaß eingeschränkt werden. Liegt jedoch eine der Ausnahmen vor, beispielsweise bei einem Verstoß gegen den numerus clausus der Umwandlungsformen, scheitert nicht nur die Umwandlung, sondern es entsteht auch keine Gesellschaft in der Zielrechtsform. Die eingetragene Gesellschaft ist vielmehr eine bloße Scheingesellschaft und wieder aus dem Register zu löschen.

Selbständigkeitserklärung

Ich erkläre, daß ich die vorliegende Arbeit selbständig und nur unter Verwendung der angegebenen Hilfsmittel und Literatur angefertigt habe.

Jena, 23.03.2000

Randi Thum

Lebenslauf

Randi Thum, geb. Hoffmann

06.06.1973 in Erfurt geboren

1980-1990 Besuch der POS in Erfurt

1990-1992 Besuch von EOS/ Gymnasium in Erfurt

1992 Ablegen des Abiturs

1992-1997 Studium der Rechtswissenschaft an der FSU Jena

18.3.1997 Ablegen des 1. Juristischen Staatsexamens an der FSU Jena

1997-1999 Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an der FSU Jena

seit 1.1.2000 Ausbildung als Rechtsreferendarin am Landgericht Gera

Jena, 11.08.2000

Randi Thum