

**Max Thümmel**

# **Gestaltungsfreiheit beim Formwechsel**

**Die Reichweite der Mehrheitsmacht bei der  
identitätswahrenden Umwandlung von Unternehmen**



**Nomos**

# Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	21
I. Anlass, Zielsetzung und Ausgangsthese der Untersuchung	21
II. Gefährdungslage beim Formwechsel	26
1. Vorbemerkung	26
2. Gefährdungen für Gesellschafter	26
a) Bestand der mitgliedschaftlichen Rechtsstellung	26
b) Inhalt der mitgliedschaftlichen Rechtsstellung	28
aa) Allgemeine Mitgliedschaftsrechte	28
bb) Besondere Mitgliedschaftsrechte	30
3. Gefährdungen für Gesellschaftsgläubiger	31
a) Bestand der Gläubigerrechte	31
b) Erfüllungsaussichten der Gläubigerrechte	31
4. Zwischenergebnis	32
III. Die verschiedenen Dimensionen der Gestaltungsfreiheit beim Formwechsel	33
1. Formwechselfähige Rechtsträger	33
2. Identität beim Formwechsel	34
3. „Mehrheitsmacht vs. Richtermacht“ – Die materielle Beschlusskontrolle beim Formwechsel	35
a) Vorbemerkung	35
b) Gesetzliche Ausgangslage	36
c) Die materielle Beschlusskontrolle	36
aa) Grundsätzliches	36
bb) Meinungsstand in der Literatur	38
cc) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	39
d) Relevanz der bisherigen Gesellschaftsstruktur	40
4. Europäische Dimension: Der grenzüberschreitende Formwechsel	42
§ 2 Formwechselfähige Rechtsträger	44
I. Gesetzliche Ausgangslage	44
II. Formwechselnde Rechtsträger	45
1. Personenhandelsgesellschaften	45
a) Offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft	45

b) GmbH & Co. KG	45
c) Stiftung & Co. KG	47
d) Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung	47
2. Kapitalgesellschaften	49
a) Im Gesetz genannte Rechtsformen	49
b) Vorgesellschaften	49
aa) Problemaufriss	49
bb) Meinungsbild in der Literatur	50
cc) Eigene Untersuchung	51
(1) Vorbemerkung	51
(2) Fehlende Eintragung als Umwandlungshindernis	51
(3) Entgegenstehen des Analogieverbots	52
(4) Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs des Umwandlungsgesetzes	53
(a) Formwechsel in eine Personenhandels-gesellschaft	54
(b) Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft	54
(c) Formwechsel in eine Vorgesellschaft	55
dd) Ergebnis zu den Vorgesellschaften	55
3. Weitere formwechselfähige Verbandsformen	56
a) Eingetragene Genossenschaften	56
b) Rechtsfähige Vereine	57
c) Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit	57
d) Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts	57
4. Nicht erfasste Rechtsträger	58
a) Überblick	58
b) Insbesondere: Gesellschaft bürgerlichen Rechts	58
III. Rechtsträger neuer Rechtsform	59
1. Gesellschaft bürgerlichen Rechts	59
2. Personenhandels-gesellschaften und Partnerschaftsgesellschaften	60
3. Kapitalgesellschaften und eingetragene Genossenschaften	60
4. Nicht erfasste Rechtsträger	60
IV. Formwechsel aufgelöster Rechtsträger	61
V. Sonderprobleme	62
1. Formwechselfähigkeit der Unternehmerrgesellschaft	62
a) Einleitung	62
b) Problemaufriss	63
c) Meinungsstand in der Literatur	64
aa) Unternehmerrgesellschaft nur Ausgangsrechtsträger	64

bb)	Anwachstumsmodell als Alternative zum Formwechsel	65
cc)	Umfassende Beteiligtenfähigkeit	66
d)	Eigene Untersuchung	66
aa)	Vorbemerkung	66
bb)	Formwechsel zwischen Unternehmergesellschaft und GmbH	67
(1)	Formwechsel in eine GmbH	67
(2)	Formwechsel in eine Unternehmergesellschaft	69
(3)	Zwischenergebnis	70
cc)	Formwechsel mit anderen Gesellschaftsformen	71
(1)	Beteiligung anderer Kapitalgesellschaften	71
(2)	Beteiligung von Personenhandelsgesellschaften	71
(a)	Unternehmergesellschaft als formwechselnder Rechtsträger	72
(b)	Unternehmergesellschaft als Rechtsträger neuer Rechtsform	72
(aa)	Verstoß gegen das Sacheinlageverbot?	72
(bb)	Regelungszweck von § 5a Abs. 2 Satz 2 UmwG	73
(cc)	Regelungszweck von § 197 Satz 1 UmwG	74
(3)	Zwischenergebnis	75
e)	Ergebnis	76
2.	Formwechselfähigkeit der Europäischen Aktiengesellschaft	76
a)	Einleitung	76
b)	Die Europäische Aktiengesellschaft als Rechtsträger neuer Rechtsform	77
c)	Die Europäische Aktiengesellschaft als formwechselnder Rechtsträger	78
aa)	Problemaufriss: Die Reichweite von Art. 66 Abs. 1 Satz 1 SE-VO	78
bb)	Meinungsspektrum in der Literatur	79
(1)	Partielle Regelung	79
(2)	Abschließender Charakter	80
(3)	Formwechsel nur in nationale Aktiengesellschaft möglich	80
cc)	Eigene Untersuchung	81
(1)	Grammatikalische und historische Auslegung	82
(2)	Teleologische und systematische Auslegung	82
(3)	Zwischenergebnis	85

(4) Verfahrensvoraussetzungen für den Formwechsel	85
(a) Argumente für die umfassende Anwendbarkeit von Art. 66 SE-VO	86
(b) Argumente gegen die durchgängige Beachtung von Art. 66 SE-VO	87
dd) Zwischenergebnis	88
d) Ergebnis zur Europäischen Aktiengesellschaft	89
VI. Endergebnis zu den formwechselfähigen Rechtsträgern	89
§3 Identität beim Formwechsel	91
I. Einleitung	91
II. Identität des Rechtsträgers	91
1. Historische Entwicklung und Problemaufriss	91
2. Identitätsthese	92
3. Gegenmeinungen	93
a) Auffassung Zöllners	93
b) Formwechsel als modifizierte Neugründung	94
c) Weitere Stimmen in der Literatur	95
4. Eigene Untersuchung	96
5. Ergebnis zur Rechtsträgeridentität	99
III. Identität der Anteilseigner	99
1. Vorbemerkung	99
2. Problembeschreibung – Insbesondere: Formwechsel mit Beteiligung einer GmbH & Co. KG	100
a) Begriff und Ausgestaltungsformen der GmbH & Co. KG	101
b) Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine GmbH & Co. KG	102
c) Formwechsel einer GmbH & Co. KG in eine Kapitalgesellschaft	103
3. Konsequenzen einer zwingenden Mitgliederidentität für die Gestaltungsfreiheit beim Formwechsel	104
a) Das Treuhandmodell	104
b) Das Anwachsungsmodell	105
c) Kommanditist übernimmt Komplementärstellung	106
4. Möglichkeit einer Diskontinuität der Mitgliedschaftsverhältnisse	106
a) Ansätze in der Literatur	107
aa) Nicht verhältnismäßiger Formwechsel	108
bb) Entsprechende Anwendung der Regeln über die KGaA	109

cc)	Gestattung der Mitgliederdiskontinuität durch § 194 Abs. 1 Nr. 4 UmwG	109
dd)	Aufschiebende Bedingung von Ein- und Austritt	110
ee)	Identität nur der kapitalmäßig beteiligten Gesellschafter	110
ff)	GmbH & Co. KG als eigenständiger umwandlungsfähiger Rechtsträger	110
b)	Ansätze in der Judikatur des BGH	111
aa)	Urteil des BGH vom 17.05.1999 zu § 23 Abs. 1 Nr. 2 LwAnpG	111
bb)	Urteil des BGH vom 09.05.2005 zu § 202 Abs. 1 Nr. 2 UmwG	113
c)	Stellungnahme zu den Begründungsansätzen	115
5.	Eigener Lösungsansatz einer dogmatischen Rechtfertigung	118
a)	Vorbemerkung	118
b)	Bedeutung der Mitgliedschaftsperpetuierung im Umwandlungsrecht	119
c)	Bedeutung der Mitgliedschaftsperpetuierung im Formwechselrecht	122
d)	Bruch mit dem Identitätsdogma beim Formwechsel?	124
e)	Zwischenergebnis: Systemimmanente Disponibilität der Mitgliedschaftsidentität	125
f)	Rechtliche Bedenken	126
aa)	Effektivität des Gläubigerschutzes	126
	(1) Im Umwandlungsrecht	126
	(2) Im Formwechselrecht	129
	(3) Zwischenergebnis	130
bb)	Umwandlungsrechtlicher numerus clausus (§ 1 Abs. 2 UmwG)	130
cc)	Zwingender Charakter der Umwandlungsvorschriften (§ 1 Abs. 3 UmwG)	131
dd)	Gesetzgeberischer Wille	131
6.	Endergebnis zu der Mitgliedschaftsidentität beim Formwechsel	132
7.	Der künftige Formwechsel der GmbH & Co. KG	133
a)	Auswirkungen auf die Gestaltungsfreiheit beim Formwechsel	133
aa)	Beitritt eines Gesellschafters	134
bb)	Austritt eines Gesellschafters	134
cc)	Kombination von Beitritt und Austritt	135
b)	Auswirkungen auf die Dogmatik des Formwechsels	135

§4 Die materielle Beschlusskontrolle beim Formwechsel	136
I. Einleitung	136
1. Die allgemeine Beschlusskontrolle und deren Beschränkungen	136
2. Grundlagen der materiellen Beschlusskontrolle	138
a) Vorbemerkung	138
b) Interessenlage der Beteiligten	139
aa) Gesellschaftermehrheit	139
bb) Minderheitsgesellschafter	140
cc) Gesellschaftsgläubiger	141
dd) Zwischenergebnis	141
c) Vorgaben des Gesetzgebers	142
aa) Formwechsel von Personen-in Kapitalgesellschaften	142
bb) Formwechsel von Kapitalgesellschaften	143
cc) Zur materiellen Beschlusskontrolle	145
d) Bisheriger Meinungsstand in der Literatur	146
3. Gegenstand der Beschlusskontrolle	148
a) Problemstellung	148
b) Eigene Untersuchung	149
4. Grundkonflikt des Formwechselrechts	150
II. Geltung einer „erhöhten“ Treuepflicht beim Formwechsel	151
1. Vorbemerkung	151
2. Das „Freudenberg“-Urteil des BGH	152
a) Sachverhalt	152
b) Entscheidungsgründe	152
3. Meinungsstand in der Literatur	153
a) Vorbemerkung	153
b) Herrschende Literaturmeinung	154
c) Weitere Auffassungen	156
d) Zwischenergebnis	157
4. Rechtliche Würdigung	158
5. Untersuchung der Systemkohärenz im heutigen Formwechselrecht	159
a) Vorbemerkung	159
b) Argumente für eine „erhöhte“ Treuepflicht im Formwechselrecht	160

c)	Argumente gegen die Anwendung der „Freudenberg“-Grundsätze	161
aa)	Unterschiedliche Schutzniveaus im UraWG 1969 und UraWG 1994	161
(1)	Rechtslage zur Zeit der „Freudenberg“-Entscheidung	161
(2)	Heutige Rechtslage	163
(a)	Im Umwandlungsrecht	163
(aa)	Angebot einer angemessenen Barabfindung	163
(bb)	Umfassende Informationspflichten	164
(cc)	Ausgleichsanspruch für zu niedrige Anteilsbemessung	166
(dd)	Gesonderte Zustimmungserfordernisse	167
(ee)	Schadensersatz der Organmitglieder	168
(b)	Im allgemeinen Gesellschaftsrecht	169
(aa)	Entwicklung des Gesellschafterschutzes bei Mehrheitsentscheidungen	169
(bb)	Das „OTTO“-Urteil des BGH	171
(cc)	Rechtliche Würdigung	172
bb)	Zwischenergebnis	174
cc)	Systematische Erwägungen	174
6.	Ergebnis zur „erhöhten“ Treuepflicht	176
III.	Die allgemeine Missbrauchskontrolle beim Formwechsel	177
1.	Vorbemerkung	177
2.	Das BGH-Urteil vom 09.05.2005	177
a)	Sachverhalt	177
b)	Entscheidungsgründe	178
c)	Rechtliche Würdigung der einzelnen Prüfungskriterien	180
aa)	Vorbemerkung	180
bb)	Gleichbehandlungsgrundsatz	180
cc)	Treuepflicht	181
dd)	Prinzip der Mitgliedschaft	182
ee)	Verfolgung von Sondervorteilen	182
ff)	Vertragliche Inhaltskontrolle	183
gg)	Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages	183
d)	Eigene Untersuchung	184
aa)	Zur allgemeinen Missbrauchskontrolle	184
(1)	Vereinbarkeit mit dem Formwechselrecht	184
(2)	Vereinbarkeit mit der Konzeption der allgemeinen Missbrauchskontrolle	185



bb)	Zu den einzelnen Prüfungskriterien	187
	(1) Gleichbehandlungsgrundsatz	187
	(2) Treuepflichten	188
	(a) Grundsätzliches	188
	(b) Relevanz der „Freudenberg“-Grundsätze	189
	(c) Schutzwürdiges Interesse an einer Beibehaltung der Börsennotierung?	190
	(3) Prinzip der Mitgliedschaft	192
	(4) Verfolgung von Sondervorteilen	192
	(5) Vertragliche Inhaltskontrolle und Nichtigkeit	193
cc)	Übertragbarkeit der Ergebnisse	194
3.	Zwischenergebnis zu den materiellen Voraussetzungen eines Formwechsels	195
a)	Allgemein	195
b)	Relevanz des statutarisches Leitbildes	196
c)	Auswirkungen auf den Formwechsel einer Publikumsgesellschaft	197
d)	Offene Fragen	199
4.	Maßgebliches Kontrollkriterium: „Gleichbehandlungsgrundsatz vs. Treuepflicht“	199
a)	These: Primat des Gleichbehandlungsgrundsatzes im heutigen Formwechselrecht	200
b)	Der Gleichbehandlungsgrundsatz in dem BGH-Urteil vom 09.05.2005	201
c)	Historische Entwicklung des Gleichbehandlungsgrundsatzes	202
aa)	Ursprung und Entwicklung in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung	202
bb)	Bedeutung und Weiterentwicklung in der Rechtsprechung des BGH	206
cc)	Stellungnahme zu den Gegenmodellen des Gleichbehandlungsgrundsatzes	208
	(1) Lehre vom sachlichen Grund	208
	(a) Grundsätzliches	208
	(b) Anwendbarkeit auf Formwechsellvorgänge	209
	(2) Verfolgung von Sondervorteilen (§ 243 Abs. 2 AktG)	210
	(3) Die Treuepflicht im heutigen Gesellschafts- und Formwechselrecht	211
	(a) Entwicklung der Treuepflicht	211
	(b) Kritik an einer Überbetonung der Treuepflicht	212

d) Vorrang des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Formwechselrecht	214
aa) Überlagerung der Treuepflicht	214
bb) Vermeidung eines übermäßigen Anfechtungsrisikos	216
cc) Rechtsformübergreifende Geltung	217
e) Verbleibender Anwendungsbereich der Treuepflicht	218
aa) Grundsätzliches	218
bb) Gefahr des Rechtsmissbrauchs durch Formwechsel und squeeze out	219
(1) Problemaufriss	219
(2) Meinungsstand in der Literatur	220
(a) Formwechselbeschluss treuwidrig	220
(b) Kein Treuepflichtverstoß	220
(c) Differenzierende Auffassungen	221
(3) Rechtliche Würdigung	222
(a) Relevanz der Problematik	222
(b) Weitere Argumente für einen Treueverstoß	223
(aa) Umgehung der besonderen Ausschlusskriterien	223
(bb) Widerspruch zu den umwandlungsrechtlichen Grundprinzipien	223
(cc) Übergebührlige Beschneidung des Gesellschafterschutzes	224
(4) Eigene Untersuchung	224
(a) Gesetzliche Anhaltspunkte für eine treuebedingte Sperrfrist	225
(b) Verstoß gegen das Prinzip der Mitgliederidentität	225
(c) Grundsätzliche Systementscheidung des Gesetzgebers	226
(aa) Keine Differenzierung nach Börsennotierung der Gesellschaft	226
(bb) Kompensationsmodell bei Formwechsel und squeeze out	227
(d) Keine Motivkontrolle im Formwechselrecht	230
(e) Praktische Probleme	231
(f) Widerspruch zu der „Linotype“-Entscheidung?	231
(5) Ergebnis	232
cc) Verhinderung von Unbilligkeiten bei Extremabweichungen	233

IV. Schlussfolgerung: Gleichbehandlungsgrundsatz entscheidendes Prüfungskriterium	234
1. Grundsätzliches	234
2. Prüfungsgang und praktische Auswirkungen	235
a) Vorbemerkung	235
b) Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes	236
aa) Materiellrechtliche Ungleichbehandlung der Gesellschafter	236
bb) Vorliegen eines sachlichen Grundes für die Ungleichbehandlung	237
c) Subsidiäre Geltung der Treuepflicht	238
d) Rechtsfolgen eines materiellrechtlichen Verstoßes	239
3. Allgemeine Auswirkungen auf die Gestaltungsmacht beim Formwechsel	240
V. Endergebnis zur materiellen Beschlusskontrolle	241
§ 5 Exkurs: Auswirkungen auf die Gestaltungsfreiheit im Aktienrecht	243
I. Einleitung	243
1. Prinzip der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG)	243
2. Rechtfertigung der herrschenden Meinung	244
3. Kritik an der Satzungsstrenge	244
4. Zwischenfazit: Der 67. Deutsche Juristentag 2008 in Erfurt	246
a) Gutachten von Bayer	246
b) Abstimmungsergebnisse und Ausblick	247
II. Übertragbarkeit der bisherigen Ergebnisse zum Umwandlungsrecht	248
1. Vorbemerkung	248
2. Generelle Vergleichbarkeit zwischen UmwG und AktG	249
3. Historische Vergleichbarkeit der Einschränkung der Gestaltungsspielräume im Aktien- und Umwandlungsrecht	250
a) Entwicklung der Satzungsstrenge im Aktienrecht	250
b) Parallelen zum Umwandlungsrecht	252
c) Übertragbarkeit des umwandlungsrechtlichen Schutzsystems	253
aa) Grundsätzliche Übertragbarkeit aufgrund der bisherigen Ergebnisse	253
bb) Abfindungsmodell mit Abweichungsmöglichkeiten	254
cc) Generelle Einführung eines Abfindungsmodells im Aktienrecht	257

III. Ergebnis	258
§ 6 Der grenzüberschreitende Formwechsel innerhalb der Europäischen Union	260
I. Einleitung	260
II. Bisherige Rechtslage	261
III. Verändertes Verständnis durch die neuere Rechtsprechung des EuGH?	263
1. Vorbemerkung	263
2. Das „SEVIC“-Urteil	264
a) Sachverhalt	264
b) Maßgebliche Urteilsgründe	264
3. Das „Cartesio“-Urteil	265
a) Sachverhalt	265
b) Maßgebliche Urteilsgründe	266
aa) Allgemein zur europäischen Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften	266
bb) Zum grenzüberschreitenden Formwechsel	266
4. Auswirkungen auf die Gestaltungsfreiheit beim EU-Formwechsel	267
a) Allgemein	267
b) Grenzüberschreitender Formwechsel	269
5. Rechtliche Würdigung	271
a) Zulässigkeit des Formwechsels	271
aa) Reichweite der Niederlassungsfreiheit	271
bb) Verhältnis zum grenzüberschreitenden Wegzug	274
b) Beschränkungsmöglichkeiten	275
c) Rechtsformunabhängige Umwandlungsfähigkeit	275
6. Ergebnis zur Zulässigkeit	277
IV. Verfahren des grenzüberschreitenden Formwechsels	277
1. Ausgangslage	277
2. Lösungsmöglichkeiten de lege lata	278
a) Erweiterung des Anwendungsbereichs des Umwandlungsgesetzes	278
aa) Ausdehnung des § 1 Abs. 1 UmwG	278
bb) Analoge Anwendung der §§ 190 ff. UmwG	279
cc) Rechtliche Bewertung	279
b) Entsprechende Anwendung bestehender Vorschriften	280
aa) In Betracht kommende Normen	280

bb) Analogiefähigkeit	281
(1) Planwidrige Regelungslücke	281
(2) Vergleichbare Interessenlage	282
cc) Konsequenzen für die Kautelarpraxis	283
(1) Erforderliche Beschlussmehrheit	283
(2) Zwingendes Abfindungsangebot	283
(3) Anspruch auf Sicherheitsleistung	283
(4) Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes	284
dd) Rechtliche Bewertung der momentanen Rechtslage	284
3. Lösungsmöglichkeiten de lege ferenda	285
a) Entwicklungen auf europäischer Ebene	285
b) Entwicklungen auf nationaler Ebene	286
V. Endergebnis zum grenzüberschreitenden Formwechsel	288
§ 7 Schlussbetrachtung und Ausblick	290
§ 8 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	293
Literaturverzeichnis	297