

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Band 244

Eigene Anteile bei Formwechsel

Eine Untersuchung von eigenen Anteilen
bei Kapitalgesellschaften unter Einschluss
der Einheits-GmbH & Co. KG

Von

Niclas Poot



Duncker & Humblot · Berlin

NICLAS POOT

Eigene Anteile bei Formwechsel

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Jens Koch, Köln

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler †

Band 244

Eigene Anteile bei Formwechsel

Eine Untersuchung von eigenen Anteilen bei
Kapitalgesellschaften unter Einschluss
der Einheits-GmbH & Co. KG

Von

Niclas Poot



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität zu Köln
hat diese Arbeit im Jahr 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 1614-7626
ISBN 978-3-428-19317-2 (Print)
ISBN 978-3-428-59317-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Für meine Mutter

Vorwort

Die vorliegende Arbeit lag der Juristischen Fakultät der Universität zu Köln im Herbst 2023 als Dissertation vor. Das Manuskript ist auf dem Stand von Juni 2024.

Ein besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Klaus Peter Berger, der die Arbeit mit großem Interesse und Engagement betreut und viele wertvolle Anregungen gegeben hat.

Ein großer Dank gebührt ferner Prof. Dr. Jens Koch für die überaus zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Danken möchte ich zudem den Herausgebern der Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht für die Aufnahme dieser Arbeit in Ihre Schriftenreihe.

Diese Arbeit wurde mit dem Förderpreis der Heinz-Ansmann-Stiftung ausgezeichnet, die im Rahmen dessen einen großzügigen Druckkostenzuschuss gewährt hat. Auch hierfür möchte ich mich ausdrücklich bedanken.

Dieses Buch hätte es in dieser Form wohl nicht gegeben, wenn ich nicht von großartigen Kollegen umgeben gewesen wäre, die mir stets sowohl mit juristischem als auch persönlichem Rat zur Seite standen. Explizit möchte ich mich bei Dr. Niclas Groß, Benedikt Fischer und Felix Denkinger für den produktiven Austausch und ein stets offenes Ohr bedanken.

Der größte Dank gilt jedoch meiner tollen Familie. Ich weiß euch alle sehr zu schätzen! Danke an meine Mutter, die immer für mich da ist und mich seit nun bald 30 Jahren durch mein Leben begleitet. Danke an Joli, ohne die ich mir ein Leben mittlerweile nicht mehr vorstellen könnte. Euch ist diese Arbeit gewidmet.

Köln, im Sommer 2024

Niclas Poot

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
A. Gegenstand der Untersuchung	17
B. Gang der Darstellung	19
<i>1. Kapitel</i>	
Der Erwerb eigener Anteile und dessen Rechtsfolgen	21
A. Rechtsnatur des Anteilserwerbs	21
B. Gründe für den Erwerb eigener Anteile	24
I. Gründe für den Erwerb eigener Aktien	24
1. Aktienrückkauf als Instrument des Finanzmanagements	24
2. Aktienrückkauf als Instrument der Beeinflussung der Beteiligungsstruktur	26
II. Gründe für den Erwerb eigener Geschäftsanteile	27
III. Abgrenzung zu alternativen Rückübertragungsformen	29
1. Kaduzierung	29
2. Abandon	30
3. Einziehung	32
C. Der Erwerb eigener Anteile	34
I. Historische Bedeutung des Erwerbs eigener Anteile	34
1. Entwicklung des Erwerbs eigener Geschäftsanteile	34
2. Entwicklung des Erwerbs eigener Aktien	35
3. Historische Folgen unregulierten Erwerbs eigener Aktien auf die deutsche Wirtschaft	38
II. Dogmatik des Erwerbs eigener Anteile	42
1. Dem Erwerb eigener Anteile zugrunde liegende Wertungen	43
a) Finanzverfassung	43
b) Wahrung des Kompetenzgefüges	44
2. Originärer Erwerb	45
a) Das Selbstzeichnungsverbot	45
b) Das Verbot des originären Erwerbs bei der GmbH	46
aa) Originärer Erwerb bei Gründung	47
bb) Originärer Erwerb bei Kapitalerhöhung	47
cc) Schlussfolgerung des allgemeinen Verbots originären Erwerbs	51

c)	Rechtsfolge eines unzulässigen originären Erwerbs	52
d)	Verbot der Umgehungsgeschäfte	53
3.	Derivativer Erwerb	53
a)	Derivativer Erwerb eigener Aktien	54
aa)	Konzeption als Erwerbsverbot	54
bb)	Keine Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses	55
b)	Derivativer Erwerb eigener Geschäftsanteile	57
c)	Gebot der hypothetischen Rücklagenbildung	59
aa)	Hypothetische Rücklagenbildung als Mittel der Kapital- erhaltung	59
bb)	„Zeitpunktstreit“	60
d)	Höchstgrenze des Erwerbs	64
aa)	10%-Grenze bei der AG	64
bb)	Grenze der Kein-Mann-GmbH	64
e)	Rechtsfolge	65
aa)	Ausstehende Einlage	66
(1)	Ausstehende Einlage eigener Geschäftsanteile	66
(2)	Ausstehende Einlage eigener Aktien	69
bb)	Vollständig eingezahlte Einlage	70
4.	Mittelbare Selbstbeteiligungen zwischen Kapitalgesellschaften	71
a)	Mittelbare Selbstbeteiligungen im AktG	71
aa)	Mittelbarer originärer Erwerb	72
bb)	Mittelbarer derivativer Erwerb	74
b)	Mittelbare Selbstbeteiligungen bei der GmbH	76
aa)	Mittelbarer originärer Erwerb	76
bb)	Mittelbarer derivativer Erwerb	77
cc)	Keine Anwendung der Erfordernisse der Abhängigkeit und des Mehrheitsbesitzes	79
(1)	Erfordernis der Mehrheitsbeteiligung	79
(2)	Erfordernis der Abhängigkeit	81
III.	Durch eigene Anteile vermittelte Rechte	82
1.	Vermögensrechte	83
2.	Verwaltungsrechte	85
IV.	Erwerbskompetenz	87
1.	Erwerbskompetenz bei der GmbH	87
a)	Erforderlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses	87
b)	Andienungsrecht der Gesellschafter	89
2.	Erwerbskompetenz bei der AG	91
3.	Erwerbskompetenz bei mittelbaren Selbstbeteiligungen	92
D.	Das Schicksal eigener Anteile nach Erwerb	93
I.	Zulässiger Erwerb eigener Anteile	93
II.	Unzulässiger Erwerb eigener Anteile	94

1. Voll eingezahlte Einlage	95
a) Rückabwicklungspflicht	95
b) Veräußerungspflicht	97
c) Verhältnis von Rückabwicklungs- und Veräußerungspflicht	98
2. Ausstehende Einlage	100
3. Geschäftsleiterhaftung	101
4. Erbringung ausstehender Einlageforderungen bei dinglich wirksamem Erwerb von mittelbaren eigenen Anteilen	102
a) Keine Mehrleistungspflicht	103
b) Haftung des Geschäftsführungsorgans	104
aa) Herrschende Meinung im Hinblick auf § 56 Abs. 2 AktG	105
bb) Übertragbarkeit auf den derivativen Erwerb bei ausstehender Einlage	105
cc) Übertragbarkeit auf den Erwerb von Anteilen einer GmbH als Muttergesellschaft	105
E. Die Weiterveräußerung eigener Anteile	106
I. Bezugsrecht	106
1. Bezugsrecht bei der AG	106
2. Bezugsrecht bei der GmbH	108
II. Kompetenzverteilung	109
1. Kompetenzverteilung bei der GmbH	109
2. Kompetenzverteilung bei der AG	110
F. Zusammenfassende Darstellung	111

2. Kapitel

Zulässigkeit des Formwechsels bei Bestehen eigener Anteile 113

A. Kein Entgegenstehen von Regelungen des UmwG	113
I. Das Identitätsprinzip beim Formwechsel	114
1. Entwicklung des Identitätsprinzips vor Inkrafttreten des Umwand- lungsgesetzes von 1994	115
2. Meinungsstand zum Identitätsprinzip	117
a) Strenge Identitätstheorie	118
b) Funktionales Verständnis des Identitätsprinzips	119
c) Identität als Wertungsprinzip	120
d) Gemäßigte Identitätstheorie	121
e) Formwechsel als modifizierte Neugründung	122
f) Stellungnahme	123
aa) Trennung von Rechtsträger und Rechtsform	123
bb) Identitätsbegriff	125
cc) Anwendbarkeit der Gründungsvorschriften	127
dd) Behandlung als Vermögensübertragung in §§ 14, 25 UmwStG	128

g) Zwischenergebnis zum Identitätsprinzip	129
3. Mitgliederidentität	130
4. Beteiligungsidentität	132
5. Identität der Mitgliedschaft	133
6. Folgerungen für eigene Anteile im Formwechsel	133
II. Umkehrschluss aus dem Fehlen von Regelungen im Formwechselrecht	134
B. Kein Entgegenstehen der Gründungsvorschriften bei ausstehender Einlage	136
I. Unmittelbare Selbstbeteiligungen	136
1. Keine generelle Volleinzahlungspflicht	137
2. Exkurs: Volleinzahlungsgebot bei Formwechsel einer Personenhandels- gesellschaft	137
3. Übertragung auf ausstehende Einlagen eigener Anteile	139
II. Mittelbare Selbstbeteiligungen	142
C. Kein Entgegenstehen der Erwerbsverbote betreffend eigene Anteile	143
I. Verbot des originären Erwerbs	143
1. Erwerbsverbot bei unmittelbar gehaltenen eigenen Anteilen	143
2. Erwerbsverbot bei mittelbar gehaltenen eigenen Anteilen	143
3. § 56 AktG als Gründungsvorschrift	145
II. Verbot des derivativen Erwerbs	146
1. Erwerbsverbot bei unmittelbar gehaltenen eigenen Anteilen	146
2. Erwerbsverbot bei mittelbar gehaltenen eigenen Anteilen	147
D. Zusammenfassende Darstellung	147

3. Kapitel

Behandlung eigener Anteile nach Formwechsel	150
A. Unklarheiten im Hinblick auf die Behandlung eigener Anteile nach Form- wechsel	150
I. Ausgangslage	150
II. Zu klärende Rechtsfragen	151
1. Wirksamkeit oder Nichtigkeit des schuldrechtlichen Erwerbgsge- schäfts?	151
2. Wirksamkeit oder Nichtigkeit des dinglichen Erwerbgschäfts?	152
3. Veräußerungspflicht, Rückabwicklungspflicht oder Behaltendürfen? ..	152
B. Anzuwendendes Recht bei unmittelbaren Selbstbeteiligungen	153
I. Bestehende Lösungsansätze	153
1. System von Heckschen/Weitbrecht	154
2. System von Schaper	155
II. Untersuchung und Fortentwicklung der Systeme	157
1. Allgemeine Anforderungen an ein Lösungssystem	157
a) Wertungskonformität	157

b) Voraussetzungen einer Analogie	159
2. Wirksamkeit des schuldrechtlichen Erwerbsgeschäftes	160
a) Kritik an den bereits bestehenden Systemen	160
b) Stellungnahme	161
aa) Nichtigkeit ab Formwechsel	162
bb) Heilung ab Formwechsel	165
(1) Keine einheitliche Betrachtung	165
(2) Rechtsgrundlage der Heilung	166
(a) Verstoß gegen einen Erwerbstatbestand gemäß § 71 Abs. 1 AktG	167
(b) Verstoß gegen die 10%-Grenze	170
(3) Entscheidungsmöglichkeiten der Gesellschafterver- sammlung	170
3. Wirksamkeit des dinglichen Erwerbsgeschäftes	172
a) Zeitpunkt der Nichtigkeit gemäß § 134 BGB	173
b) Ausreichender Schutz der schuldrechtlichen Nichtigkeit	174
4. Veräußerungspflicht	177
a) Formwechsel von einer GmbH in eine AG	177
aa) Vorliegen der Voraussetzungen einer Analogiebildung	178
bb) Anknüpfungspunkt einer Veräußerungspflicht	179
(1) Keine Regelungslücke bei hypothetischem Verstoß gegen § 71 Abs. 2 S. 1 AktG	180
(2) Keine Regelungslücke bei hypothetischem Verstoß gegen § 71 Abs. 1 AktG	181
(3) Keine Umgehungsgefahr bei einem Ermächtigungsbe- schluss der Gesellschafterversammlung	184
(4) Vergleichbarkeit mit den Fällen der „Altbestände“	185
cc) Anwendbarkeit des § 71c Abs. 2 AktG bei Überschreiten der 10%-Grenze	185
dd) Zwischenergebnis	187
b) Formwechsel von einer AG in eine GmbH	187
aa) Ausstehende Einlage	188
(1) Kein Fortwirken der Veräußerungspflicht	188
(2) Keine Analogie zu § 71c AktG	188
bb) Vollständig eingezahlte Einlage	190
5. Zusammenfassende Darstellung der herausgearbeiteten eigenen Ansicht	191
a) Wirksamkeit oder Nichtigkeit des schuldrechtlichen Erwerbs- geschäftes?	191
b) Wirksamkeit oder Nichtigkeit des dinglichen Erwerbsgeschäftes?	192
c) Veräußerungspflicht, Rückabwicklungspflicht oder Behalten- dürfen?	192
C. Anzuwendendes Recht bei mittelbaren Selbstbeteiligungen	193

I.	Formwechsel von einer GmbH in eine AG	193
1.	Festlegung des Prüfungsmaßstabes gemäß § 71d S. 2 Hs. 1 AktG . . .	194
a)	Differenzierung zwischen Erwerb und Besitz	195
b)	Lösungsansatz im vergleichbaren Fall der nachträglichen Konzer- nierung	197
c)	Folgerungen für den Fall mittelbarer Selbstbeteiligungen bei Formwechsel	199
aa)	Unterscheidung zwischen faktischem und Vertragskonzern . .	200
(1)	Faktischer Konzern	201
(2)	Vertragskonzern	202
bb)	Schlussfolgerung für die Auslegung des „Besitzes“	203
2.	Wirksamkeit des schuldrechtlichen Erwerbsgeschäftes	203
a)	Keine Nichtigkeit des wirksamen Erwerbsgeschäftes	203
b)	Ausnahme: Heilung des nichtigen Erwerbsgeschäftes	204
3.	Wirksamkeit des dinglichen Erwerbsgeschäftes	205
4.	Veräußerungspflicht	205
a)	Unzulässiger Besitz	205
b)	Zulässiger Besitz	206
c)	Verhältnis und Erfüllung von Veräußerungs- und Rückabwick- lungspflicht	207
II.	Formwechsel von einer AG in eine GmbH	208
1.	Verstoß gegen §§ 71d S. 2, 71 Abs. 1 und/oder Abs. 2 S. 1 AktG . . .	209
2.	Verstoß gegen §§ 71d S. 2, 71 Abs. 2 S. 2, 3 AktG	210
3.	Mangelnde Mehrheitsbeteiligung bei hypothetischem Verstoß gegen §§ 71d S. 2, 71 Abs. 1, 2 AktG	211
a)	Keine Nichtigkeit ab Formwechsel	211
b)	Veräußerungspflicht ab Formwechsel	212
4.	Verstoß gegen §§ 71d S. 2, 71 Abs. 1, 2 AktG im reinen Vertrags- konzern	214
D.	Zusammenfassende Darstellung	215

4. Kapitel

Eigene Anteile bei Formwechsel im Fall der Einheits-GmbH & Co. KG 218

A.	Die Einheits-GmbH & Co. KG als Fall eigener Anteile	219
B.	Die Begründung der Einheits-GmbH & Co. KG	223
I.	Vergleich der Haftungsregime von Personengesellschaft und Kapital- gesellschaft und deren Verknüpfung	223
II.	Derivativer Erwerb der wechselseitigen Beteiligung	225
1.	Begründung gemäß des Übertragungsmodells	226
a)	Beurteilung nach § 30 GmbHG	226
aa)	Möglichkeiten der Kapitalgefährdung der Komplementär- GmbH	226

bb) Feststellung der Notwendigkeit von Rückstellungen bei drohender Inanspruchnahme	229
b) Beurteilung nach § 33 Abs. 1, 2 GmbHG	230
aa) Vollständig geleistete Einlage	231
bb) Ausstehende Einlage	232
c) Beurteilung nach § 172 Abs. 4 HGB	234
d) Rechtsfolgen der unterschiedlichen Verstöße	235
2. Begründung gemäß des Beteiligungsmodells	236
a) Unzulässigkeit bei Gefährdung des Stammkapitals	236
b) Keine Haftung der übrigen Kommanditisten	238
III. Originärer Erwerb von Geschäftsanteilen der Komplementärin	239
IV. Durch eigene Anteile vermittelte Rechte	240
1. Vermögensrechte	240
2. Verwaltungsrechte	240
a) Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung der GmbH	240
b) Exkurs: Behandlung von Beteiligungen an der Komplementär-GmbH von unter 100%	240
c) Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung der Kommanditgesellschaft	241
C. Die Zulässigkeit des Formwechsels der beteiligten Rechtsträger bei der Einheits-GmbH & Co. KG	242
I. Zulässigkeit des Formwechsels der Komplementär-GmbH	243
1. Formwechsel in eine AG	243
a) Die Begründung einer Einheits-AG & Co. KG	243
aa) Anwendung der §§ 57, 62 AktG	243
bb) Anwendung der §§ 71 ff. AktG	246
(1) Keine Anwendbarkeit gemäß § 71d S. 2 AktG	247
(2) Besonderheit im Fall der Einheits-AG & Co. KG	248
cc) Rechtsfolge	250
b) Schlussfolgerungen für den Formwechsel	251
2. Formwechsel in eine Personengesellschaft	252
a) Zulässigkeit einer doppelstöckigen Personengesellschaft	253
aa) Unzulässigkeit des unmittelbaren Erwerbs eigener Anteile bei Personengesellschaften	253
bb) Anerkennung der Zulässigkeit einer doppelstöckigen Personengesellschaft	254
cc) Keine Änderung durch § 711 Abs. 1 S. 2 BGB	255
dd) Kein Ruhen der Stimmrechte	257
b) Mögliche Formwechselhindernisse	257
aa) Vorliegen der Gründungsvoraussetzungen	257
(1) Kein Formwechsel von Ein-Personen-Kapitalgesellschaften	258
(2) Notwendigkeit zwei persönlich haftender Gesellschafter	258

bb) Geschäftsanteile mit ausstehender Einlage	259
cc) Unmittelbare eigene Anteile der Komplementärin	260
c) Schlussfolgerungen für den Formwechsel	261
II. Zulässigkeit des Formwechsels der Kommanditgesellschaft	262
1. Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft	262
a) Komplementärin hat keinen Kapitalanteil eingebracht	263
b) Komplementärin hat einen Kapitalanteil eingebracht	264
aa) Kein Entgegenstehen der Gründungsvorschriften	264
(1) Notwendige Mindesteinzahlung	264
(2) Bestimmung der Höhe der erbrachten Einlage nach Formwechsel	265
bb) Kein Entgegenstehen der Erwerbsverbote	267
2. Formwechsel in eine OHG	269
D. Die Behandlung eigener Anteile nach Formwechsel	270
I. Bei Formwechsel der Komplementär-GmbH	271
1. Formwechsel in eine AG	271
a) Wirksamkeit des schuldrechtlichen Erwerbsgeschäftes	271
b) Rückabwicklungspflicht/Veräußerungspflicht	274
2. Formwechsel in eine OHG	274
II. Bei Formwechsel der KG	276
1. Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft	276
a) Formwechsel in eine AG	276
b) Formwechsel in eine GmbH	278
2. Formwechsel in eine OHG	280
E. Zusammenfassende Darstellung	282
Fazit	285
Literaturverzeichnis	288
Entscheidungsverzeichnis	311
Sachverzeichnis	313

Einleitung

A. Gegenstand der Untersuchung

Bei eigenen Anteilen handelt es sich um das Phänomen, das Gesellschaften die von ihnen ausgegebenen Anteile selbst erwerben. Es geht um die Mitgliedschaft und mithin die Beteiligung eines Verbandes an sich selbst. Dies ist grundsätzlich den Rechtsformen möglich, denen eine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt und deren Mitgliedschaft vom Verband abstrahiert ist.¹ Halten diese Verbände ihre eigenen Anteile unmittelbar selbst, so ist von unmittelbaren eigenen Anteilen die Rede. Ein ähnliches Ergebnis wird erzielt, wenn eine Tochtergesellschaft die Anteile ihrer Muttergesellschaft erwirbt. In diesem Fall ist von mittelbaren eigenen Anteilen die Rede.

Das Recht der eigenen Anteile ist seit Existenz der Kapitalgesellschaften in Deutschland Gegenstand reger Diskussionen. Bereits die Urfassung des GmbHG von 1892² enthielt in § 33 GmbHG eine Regelung betreffend eigene Geschäftsanteile. Auch das Recht eigener Aktien erfuhr bereits früh, namentlich in Art. 215 Abs. 3 des Bundesgesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften von 1870³, eine erste Regelung. Obgleich es sich hierbei zunächst um ein Erwerbsverbot handelte, sollte das Recht eigener Aktien noch eine sehr bewegte Gesetzeshistorie sowie eine wenig ruhmreiche Rolle in der deutschen Bankenkrise 1931 durchlaufen.⁴ Während anfangs die dogmatisch paradoxe Frage der Mitgliedschaft an sich selbst im Mittelpunkt stand,⁵ tritt diese vor dem Hintergrund der heute wohl anerkannten vollständigen Verselbstständigung der juristischen Person von

¹ Gies, Eigene Anteile im Personengesellschaftsrecht, S. 106 ff., 372.

² Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 10. Mai 1892, RGBl. S. 477, 486.

³ Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 11. Juni 1870, RGBl. S. 375 ff.

⁴ Ausführlich S. 35 ff.

⁵ So beispielsweise v. Hofmannsthal, in: Zentralblatt für Handelsrecht 1928, 401: „Ein juristisches Gebilde von ungeheuerlicher Art: eine Gesellschaft, die sich selbst besitzt.“; ausführlich zur Entwicklung des Meinungsstandes hinsichtlich dieser Frage Bednarz, Der Ermächtigungsbeschluß der Hauptversammlung zum Erwerb eigener Aktien, S. 54 ff.

ihren Mitgliedern in den Hintergrund.⁶ Nunmehr geht es um Fragen des Kapitalschutzes und der Kompetenzverteilung. Praktisch kommen eigene Anteile etwa zur Ausschüttung überschüssigen Kapitals, zur Umstrukturierung, zur Vermeidung oder der Vorbereitung einer Einziehung oder zur Ausgabe an Mitarbeiter (beispielsweise im Start-Up-Kontext) vor.⁷ Hohner bemerkte bereits 1979, dass in der Praxis „ebenso wie im Leben der AG [ohne den Erwerb eigener Anteile] auch kaum auszukommen“ sei.⁸

Eine ähnlich umstrittene Materie stellt der identitätswahrende Formwechsel dar, welcher in seiner jetzigen, rechtsformübergreifenden Form erstmals 1994 Gesetz wurde.⁹ Exemplarisch hierfür ist die Reichweite der Mitgliederidentität, die bis vor Kurzem Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung war.¹⁰ Trotz des umfangreichen Regelungsinhaltes (§§ 190–304 UmwG) schweigt das Gesetz – anders als die Regelungen zur Verschmelzung (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 UmwG) und zur Spaltung (§ 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 UmwG) – zum Umgang mit eigenen Anteilen im Falle eines Formwechsels. Es kann daher kaum verwundern, dass bei einem Aufeinandertreffen dieser beiden kontrovers diskutierten Rechtsinstitute offene Fragen und Rechtsunsicherheiten verbleiben. Hierzu zählen insbesondere die zentralen Fragen danach, ob das Bestehen eigener Anteile bei einer Gesellschaft einem Formwechsel entgegensteht und – falls nicht – wie eigene Anteile nach Formwechsel zu behandeln sind. In diesem Zusammenhang wurde angemerkt, dass sich etwaige Probleme rechtsicher durch die Einziehung oder Veräußerung der eigenen Anteile vor Formwechsel umgehen ließen.¹¹ Gleiches trifft wohl auf die Volleinzahlung ausstehender Einlagen vor Formwechsel allein der Vorsicht halber zu. Falls solche Vorsichtsmaßnahmen aber entbehrlich sein sollten, wären diese bloßes „überflüssiges juristisches Geräusch“¹², dass durch den Formwechsel entstände und durch das Prinzip des identitätswahrenden Formwechsels gerade vermieden werden sollte. Diese Fragen sind höchstrichterlich nicht geklärt und fanden nur vereinzelt Eingang in die Literatur. Erste Auseinandersetzun-

⁶ Gies, *Eigene Anteile im Personengesellschaftsrecht*, S. 106 ff., 372; durch die Normierung des § 71 AktG hätten sich praktische Konsequenzen dieser Frage aufgelöst, *Johannsen-Roth*, *Der Erwerb eigener Aktien*, S. 11.

⁷ Näher S. 24 ff.

⁸ Hohner, in: Hachenburg, 7. Auflage 1979, § 33, Rn. 1.

⁹ Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts (UmwBerG) vom 28.10.1994, BGBl. I 1994 S. 3210; näher zur historischen Entwicklung, S. 115 ff.

¹⁰ BGH ZIP 2005, 1318; OLG Oldenburg GmbHR 2020, 327, 328.

¹¹ Kamp, in: GmbHR 2018, 513.

¹² Formulierung erstmals bei Junck, in: *JherJb* 77 (1927), 297, 306 im Zusammenhang mit der damals notwendigen Auflösung der Gesellschaft bei Formwechsel; dies aufgreifend Zöllner, in: FS Claussen, *Umstrukturierbarkeit der Gesellschaftsformen*, S. 423, 425.

gen mit dieser Thematik stammen vom Deutschen Notarinstitut¹³, Schulz¹⁴, Heckschen/Weitbrecht¹⁵, Schaper¹⁶ und Priester¹⁷. Diese Arbeit hat sich zum Ziel gesetzt, der Frage der Behandlung eigener Anteile bei Formwechsel erstmalig im Rahmen einer Monografie ganzheitlich nachzugehen, offene Rechtsfragen systematisch zu beantworten und der Praxis so eine rechtssichere Handhabung des Formwechsels bei Bestehen eigener Anteile zu ermöglichen.

Gemäß § 191 UmwG sind beinahe alle Rechtsformen einem Formwechsel zugänglich. Die Formwechselkonstellationen, in denen eigene Anteile eine Rolle spielen können, sind mithin vielzählig.¹⁸ Diese Zahl potenziert sich, wenn man, wie in dieser Arbeit geschehen, mittelbare eigene Anteile in die Untersuchung miteinbezieht. Auf all diese Fälle einzugehen, würde den Rahmen dieser Monografie sprengen. Um den Umfang angemessen zu beschränken, wird im Folgenden der Formwechsel der GmbH in die AG und umgekehrt bei Bestehen unmittelbarer und mittelbarer eigener Anteile untersucht. Andere Kapitalgesellschaften bleiben hierbei außen vor. Abschließend wird eine praxisrelevante Sonderkonstellation der wechselseitigen Beteiligung, die Einheits-GmbH & Co. KG, im Hinblick auf die Frage untersucht, ob diese Kombination aus Kapital- und Personengesellschaft mit dem Recht der eigenen Anteile vereinbar ist und wie der Formwechsel der beteiligten Rechtsträger zu beurteilen ist. Im Rahmen dessen wird in gebotener Kürze auf die Rechtslage eigener Anteile bei Personengesellschaften eingegangen. Um eine terminologisch abstrakte Ebene zu schaffen, wird im Verlaufe dieser Arbeit der Begriff der eigenen „Anteile“ immer dann verwendet, wenn rechtsformneutrale Aussagen getroffen werden sollen. In konkreteren Fällen wird von eigenen Geschäftsanteilen oder eigenen Aktien die Rede sein.

B. Gang der Darstellung

Um die erforderliche dogmatische Grundlage für den Umgang mit eigenen Anteilen zu schaffen, wird im 1. Kapitel der Erwerb eigener Anteile und dessen Rechtsfolgen abseits des Formwechsels bei der GmbH und der AG untersucht. Hierfür werden zunächst die Rechtsnatur des Anteilserwerbs (A.) und die Gründe für den Erwerb (B.) beleuchtet, um anschließend die konkreten

¹³ DNotI, Gutachten UmwR 1996/97, Nr. 51, S. 368.

¹⁴ Schulz, in: ZIP 2015, 510.

¹⁵ Heckschen/Weitbrecht, in: ZIP 2017, 1297; Heckschen, in: FS Crezelius, Mittelbare eigene Anteile beim Formwechsel, S. 157.

¹⁶ Schaper, in: ZGR 2018, 126.

¹⁷ Priester, in: FS Heidel, Eigene Anteile beim Formwechsel, S. 343.

¹⁸ Siehe zu den möglichen Konstellationen des Formwechsels Vossius, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 191, Rn. 20, Tabelle 1.