

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

<b>Einleitung</b>	17
A. Gegenstand der Untersuchung .....	17
B. Gang der Darstellung .....	19
<i>1. Kapitel</i>	
<b>Der Erwerb eigener Anteile und dessen Rechtsfolgen</b>	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 Kapitalerhaltung .....	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 Umwandlungsgesetzes 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 Personenhandelsgesellschaft .....	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*

<b>Behandlung eigener Anteile nach Formwechsel</b>	150
A. Unklarheiten im Hinblick auf die Behandlung eigener Anteile nach Formwechsel .....	150
I. Ausgangslage .....	150
II. Zu klärende Rechtsfragen .....	151
1. Wirksamkeit oder Nichtigkeit des schuldrechtlichen Erwerbsgeschäfts? .....	151
2. Wirksamkeit oder Nichtigkeit des dinglichen Erwerbsgeschäfts? .....	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 Erwerbsgeschäfes .....	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 Gesellschafterversammlung .....	170
3. Wirksamkeit des dinglichen Erwerbsgeschäfes .....	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 Ermächtigungsbeschluss 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- geschäfes? .....	191
b) Wirksamkeit oder Nichtigkeit des dinglichen Erwerbsgeschäfes? .....	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 Konzernierung . . . . .	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 Rückabwicklungspflicht . . . . .	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 Vertragskonzern . . . . .	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 Kapitalgesellschaft 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 zweier 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
<b>Fazit</b>	285
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	288
<b>Entscheidungsverzeichnis</b> .....	311
<b>Sachverzeichnis</b> .....	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.<sup>1</sup> 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 1892<sup>2</sup> 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 1870<sup>3</sup>, eine erste Regelung. Obgleich es sich hierbei zunächst um ein Erwerbsverbot handelte, sollte das Recht eigener Aktien noch eine sehr bewegte Gesetzesgeschichte sowie eine wenig ruhmreiche Rolle in der deutschen Bankenkrise 1931 durchlaufen.<sup>4</sup> Während anfangs die dogmatisch paradoxe Frage der Mitgliedschaft an sich selbst im Mittelpunkt stand,<sup>5</sup> tritt diese vor dem Hintergrund der heute wohl anerkannten vollständigen Verselbstständigung der juristischen Person von

---

<sup>1</sup> Gies, Eigene Anteile im Personengesellschaftsrecht, S. 106 ff., 372.

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

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

<sup>4</sup> Ausführlich S. 35 ff.

<sup>5</sup> 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 Ermächtigungsbeschuß der Hauptversammlung zum Erwerb eigener Aktien, S. 54 ff.

ihren Mitgliedern in den Hintergrund.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> Hohner bemerkte bereits 1979, dass in der Praxis „ebenso wie im Leben der AG [ohne den Erwerb eigener Anteile] auch kaum auszukommen“ sei.<sup>8</sup>

Eine ähnlich umstrittene Materie stellt der identitätswahrende Formwechsel dar, welcher in seiner jetzigen, rechtsformübergreifenden Form erstmals 1994 Gesetz wurde.<sup>9</sup> Exemplarisch hierfür ist die Reichweite der Mitgliederidentität, die bis vor Kurzem Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung war.<sup>10</sup> 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 rechts sicher durch die Einziehung oder Veräußerung der eigenen Anteile vor Formwechsel umgehen ließen.<sup>11</sup> Gleichermaßen 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“<sup>12</sup>, dass durch den Formwechsel entstünde und durch das Prinzip des identitätswahren Formwechsels gerade vermieden werden sollte. Diese Fragen sind höchststrichterlich nicht geklärt und fanden nur vereinzelt Eingang in die Literatur. Erste Auseinandersetzung

---

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Näher S. 24 ff.

<sup>8</sup> Hohner, in: Hachenburg, 7. Auflage 1979, § 33, Rn. 1.

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

<sup>10</sup> BGH ZIP 2005, 1318; OLG Oldenburg GmbH 2020, 327, 328.

<sup>11</sup> Kamp, in: GmbHR 2018, 513.

<sup>12</sup> Formulierung erstmals bei Junck, in: JherB 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 Notarinstitut<sup>13</sup>, Schulz<sup>14</sup>, Heckschen/Weitbrecht<sup>15</sup>, Schaper<sup>16</sup> und Priester<sup>17</sup>. 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.<sup>18</sup> 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

---

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

<sup>14</sup> Schulz, in: ZIP 2015, 510.

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

<sup>16</sup> Schaper, in: ZGR 2018, 126.

<sup>17</sup> Priester, in: FS Heidel, Eigene Anteile beim Formwechsel, S. 343.

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