

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 102869#

letzte Aktualisierung/Rechtsstand: 15.12.2010

letzte Sichtung: 11.4.2012

§§ 56, 71 AktG; UmwG § 202

Erwerb eigener Anteile durch Aktiengesellschaft bei Formwechsel; mittelbare Beteiligung bei Formwechsel einer Einheits-GmbH & Co. KG

I. Sachverhalt

Die Gesellschafter einer „Einheits-GmbH & Co. KG“ (eine persönlich haftende GmbH bei der der einzige Gesellschafter die KG selbst ist ohne Kapitalanteil sowie zwei Kommanditisten) beabsichtigen den Formwechsel in eine AG.

II. Frage

Ist der Erwerb eigener Anteile durch eine „AG“ im Rahmen der Umwandlung einer GmbH & Co. KG in eine AG möglich und – entgegen § 71 AktG – zulässig?

III. Zur Rechtslage

Bei der Ausgangs-GmbH & Co. KG können wie generell bei Personengesellschaften keine eigenen Anteile bestehen. Dies ist auch bei der hier vorliegenden Einheits-GmbH & Co. KG der Fall. Allerdings besteht dort eine wechselbezügliche Beteiligung zwischen der KG und der Komplementär-GmbH, die vielfach wie eigene Anteile behandelt wird. Diese wechselbezügliche Beteiligung an der Ausgangs-GmbH & Co. KG setzt sich nach dem Formwechsel auch bei der Ziel-AG fort. Daher stellt sich die Frage, ob hier die Regelungen für eigene Anteile im AktG anwendbar sind.

1. Anwendungsbereich von § 71 und § 56 AktG

Die Regelungen der §§ 56, 71 ff. AktG befassen sich mit eigenen Aktien einer Aktiengesellschaft. Während § 56 AktG die unmittelbare oder mittelbare Teilnahme der Aktiengesellschaft selbst an der Übernahme neu ausgegebener Aktien bei der Gründung und im Rahmen einer Kapitalerhöhung betrifft, **regelt § 71 AktG nach ganz h.M. ausschließlich den abgeleiteten bzw. derivativen Erwerb bereits vorhandener Aktien** (Großkomm-AktG/Henze, 4. Aufl., Stand: 1.3.2000, § 56 Rn. 7; KK-AktG/Lutter/Drygala, 3. Aufl. 2009, § 71 Rn. 26; MünchKomm-AktG/Bungeroth, 3. Aufl. 2008, § 56 Rn. 2).

§ 56 AktG befasst sich danach mit dem **ursprünglichen Erwerb eigener Aktien**. Ob diese Vorschrift auch auf den Formwechsel anwendbar ist, ist noch nicht abschließend geklärt.

Unmittelbar über § 197 UmwG kommt eine Anwendung nicht in Betracht, weil § 56 AktG keine Vorschrift des Gründungsrechts ist. Andererseits versteht es sich von selbst, dass **im Rahmen einer Neugründung einer AG diese selbst keine Gründerin sein kann** (vgl. auch Büdenbender, DZWir 1998, 1 ff.). Für den Fall des Formwechsels von der GmbH in die AG verweist *Limmer* (in: Handbuch der Unternehmensumwandlung, 3. Aufl. 2007, Rn. 2429) darauf, dass es „unklar“ sei, ob eigene Anteile bei einem Formwechsel bestehen dürfen, bejaht dies im Ergebnis aber. *Vossius* führt zu derselben Frage in *Widmann/Mayer* (Umwandlungsrecht, § 202 UmwG Rn. 166, Stand: Mai 2009) aus:

„Denkbar sind fortbestehende eigene Anteile nur im Fall des Formwechsels von Kapitalgesellschaften in Kapitalgesellschaften anderer Rechtsform (z. B. von einer GmbH in eine AG und umgekehrt). In diesem Fall bestehen eigene Anteile grundsätzlich fort. Nach dem Recht der jeweiligen Gesellschaftsform bestimmt sich jedoch, ob eigene Anteile behalten werden dürfen (§ 33 GmbHG, § 71 AktG).“

Dass der Formwechsel einen Fall der „Gründung“ i.S.d. § 56 AktG darstellt, wird, soweit ersichtlich, nicht vertreten. Hierfür fehlt es schon an dem erforderlichen Zeichnungsakt, einmal abgesehen davon, dass **beim Formwechsel keine neuen Anteile geschaffen, sondern lediglich bestehende Mitgliedschaften „umgestaltet“ werden**, vgl. § 202 UmwG. U.E. sprechen aber gute Gründe für eine entsprechende Anwendung der Norm. Dies würde jedoch nicht bedeuten, dass der Formwechsel nicht beschlossen und vollzogen werden könnte (hierzu sogleich Ziff. 2), sondern vor allem, dass das **Rechtsfolgenrecht des Erwerbs eigener Aktien anzuwenden** ist. Nach h.M. sind auf entgegen § 56 AktG originär erworbene Aktien die Vorschriften der §§ 71b, c AktG entsprechend anzuwenden (vgl. zu § 56 Abs. 2 AktG Cahn/v. Spannenberg, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 56 Rn. 35, s. hierzu auch unten Ziff. 3).

2. Mittelbare Beteiligungen und Formwechsel; Rechtsfolgen

Im vorliegenden Fall kommt eine Anwendung von § 56 Abs. 1 AktG aufgrund unmittelbarer Beteiligung von vornherein nicht in Betracht, weil die KG an sich selbst nicht beteiligt sein kann (s.o.). Denkbar ist jedoch die **(entsprechende) Anwendung von § 56 Abs. 2 S. 1 AktG**, nämlich dergestalt, dass das „abhängige Unternehmen“, also die im Alleinbesitz der KG stehende GmbH, keine Aktien an der aus der KG hervorgehenden AG erhalten darf.

Anliegen des § 56 AktG ist nach h.M., eine mittelbare Einflussnahme der Verwaltung der AG auf die eigene Hauptversammlung zu verhindern (MünchKomm-AktG/Bungeroth, § 56 Rn. 18) und die Gesellschaftsgläubiger davor zu schützen, dass das Haftkapital der AG nicht real aufgebracht wird (Cahn/v. Spannenberg, § 56 Rn. 1). Unterstellt man – wofür u.E. gute Gründe sprechen – eine entsprechende Anwendung von § 56 AktG (oder § 71 Abs. 1, 4 AktG) auf die Fälle des Formwechsels, wird man konsequenterweise auch Absatz 2 (oder § 71d S. 2 AktG) entsprechend anzuwenden haben. Wenn das Erwerbsverbot des Absatzes 1 aber schon **kein Formwechselhindernis** darstellt, sondern eine fortbestehende unmittelbare Beteiligung auch im neuen Rechtskleid toleriert wird (s.o.), kann u.E. **für die Fälle des Absatzes 2 keine strengere Rechtsfolge** gelten. Ein Umwandlungshindernis besteht also nicht: Zwar ist das **Registergericht** in den Fällen, die in den **unmittelbaren Anwendungsbereich des § 56 Abs. 2 AktG fallen**, trotz § 56 Abs. 2 S. 2 AktG **zur Ablehnung der Eintragung** der gegründeten Gesellschaft **berechtigt (und verpflichtet)** (Großkomm-AktG/Henze, § 56 Rn. 37) – einmal abgesehen davon, dass die Vertretungsorgane der AG bei einem Verstoß gegen § 56 Abs. 2 AktG von der Anmeldung zum Handelsregister abzusehen verpflichtet sind (MünchKomm-AktG/Bungeroth, § 56 Rn. 37 ff.). **Für den Formwechsel** wird man

Entsprechendes jedoch nicht annehmen können, weil es insoweit an der für die Anwendung von § 56 AktG charakteristischen Schaffung neuer Anteile durch den registerrechtlichen Vollzug fehlt, die Anteile vielmehr bereits derzeit existieren.

3. Zusammenfassung und Rechtsfolgen

Die hier beabsichtigte Umwandlung ist u.E. unter dem Gesichtspunkt des Verbots des originalen Erwerbs eigener Aktien (§ 56 AktG) nicht unbedenklich, i.E. aber wohl möglich, ohne dass ein Eintragungshindernis für den Formwechsel gegeben wäre. Fraglich ist jedoch, ob der GmbH Rechte aus den Aktien zustehen können. U.E. spricht viel dafür, dass im vorliegenden Fall die der GmbH nach dem Formwechsel zustehenden Aktien keine Rechte vermitteln, weil die GmbH vollständig der AG gehört.