

Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge

Hamann / Sigle / Grub

3. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-78307-4
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Die Übertragung des Anteils an einer Kommanditgesellschaft ist grundsätzlich formlos möglich. Bei erwünschtem Beteiligungsgleichlauf wird jedoch zugleich auch ein Geschäftsanteil an der Komplementär-GmbH mit übertragen, was wiederum nur in notarieller Form möglich ist. Da alle Vereinbarungen, die im Zusammenhang mit dem formbedürftigen Rechtsgeschäft (Übertragung des GmbH-Anteils) stehen, auch in der für das formbedürftige Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form abzuschließen sind, bedarf bei der GmbH & Co. KG die Übertragung des Kommanditanteils dann auch der notariellen Beurkundung.⁸³

Neben der Anteilsübertragung sollte der Vertrag über die Übertragung der Anteile an der GmbH & Co. KG präzise bestimmen, welche Forderungen und Verbindlichkeiten ab welchem Stichtag auf den Erwerber übergehen und in welcher Weise der Erwerber am Jahresergebnis beteiligt wird.

Der **Kommanditistenwechsel ist im Handelsregister einzutragen**, § 172 Abs. 3 HGB. Die Eintragung im Handelsregister ist für die Übertragung des Anteils allerdings ohne Bedeutung. Gleichwohl wird regelmäßig vereinbart, dass die Abtretung des Anteils an der KG unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung des Erwerbers als Kommanditist kraft Sonderrechtsnachfolge im Handelsregister erfolgt. Grund dafür ist, dass auf diese Weise die Haftung nach § 176 HGB vermieden wird. Der Vermerk, dass die Eintragung „kraft Sonderrechtsnachfolge“ erfolgt, stellt klar, dass die Übertragung des Anteils an der KG nicht im Wege des Ein- und Austritts erfolgt ist. Die Anmeldung des Gesellschafterwechsels ist durch sämtliche Gesellschafter zu bewirken, §§ 161 Abs. 2, 108 HGB, also durch die Komplementär-GmbH und durch alle Kommanditisten.⁸⁴

Der ausscheidende Kommanditist und die vertretungsberechtigten Gesellschafter (bei der GmbH & Co. KG regelmäßig die Komplementär-GmbH) haben außerdem bei der Anmeldung des Kommanditistenwechsels zu **versichern, dass dem ausscheidenden Gesellschafter keinerlei Abfindung von der Gesellschaft gezahlt oder versprochen worden ist**.⁸⁵

XI. Ausscheiden von Gesellschaftern

Für das Ausscheiden eines Gesellschafters gibt es mehrere Möglichkeiten:

1. Ausscheiden aus der Gesellschaft durch Vereinbarung

Will der Gesellschafter der GmbH & Co. KG aufgrund einer mit seinen Mitgesellschaftern geschlossenen Vereinbarung aus der GmbH & Co. KG austreten, so ist dies ohne weiteres möglich. Das gilt auch für die Komplementär-GmbH. Soweit es um den Austritt aus der KG geht, ist eine entsprechende Vereinbarung zwischen dem Ausscheidenden einerseits und allen anderen Gesellschaftern der KG andererseits zu schließen, falls der Gesellschaftsvertrag nichts anderes festlegt.⁸⁶

Gesondert **geregelt werden muss das Ausscheiden aus der Komplementär-GmbH**, da zur Sicherung des Beteiligungsgleichlaufs in der Regel die Gesellschaftsverträge von Komplementär-GmbH und KG vorsehen, dass der Ausscheidende auch aus der Komplementär-GmbH auszuseiden hat. Das Ausscheiden aus der Komplementär-GmbH kann, muss aber nicht zwangsläufig unter den Gesellschaftern der GmbH geregelt werden. Denkbar istd auch die Übertragung des Geschäftsanteils an einen Dritten oder die Einziehung des Geschäftsanteils an der Komplementär-GmbH mit Zustimmung des ausscheidenden Gesellschafters durch die Gesellschaft.

⁸³ Schulte/Hushahn in MHdB GesR II § 35 Rn. 29.

⁸⁴ Roth in Baumbach/Hopt HGB § 162 Rn. 7.

⁸⁵ Diese Versicherung ist gesetzlich nicht vorgesehen, wird aber von der ganz überwiegenden Rechtsprechung verlangt; s. Roth in Baumbach/Hopt HGB § 162 Rn. 8 und ist vom BGH ausdrücklich bestätigt worden (BGH NZG 2006, 15). Dagegen mit beachtlichen Gründen: KG NZG 2004, 809.

⁸⁶ Schulte/Hushahn in MHdB GesR II § 36 Rn. 29.

Die Ausscheidungsvereinbarung sollte zweckmäßiger Weise nicht nur das Ausscheiden regeln, sondern auch alle zwischen KG und Gesellschafter noch bestehende wechselseitigen Ansprüche auf einen bestimmten Stichtag.

2. Ausscheiden aus der GmbH kraft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages

- 112** Von besonderer Bedeutung für die Gestaltung der Verhältnisse der GmbH & Co. KG ist, dass für die KG das Ausscheiden von Gesellschaftern **für bestimmte Fälle gesetzlich bestimmt** ist, §§ 161 Abs. 2, 131 Abs. 3 HGB. Falls in diesen gesetzlich vorgesehenen Fällen (s. sogleich Rn. 113–119) das Ausscheiden aus der Gesellschaft nicht gewünscht ist, muss der Gesellschaftsvertrag dies ausdrücklich regeln.
- 113 a) Gründe.** Laut §§ 161 Abs. 2, 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB führt der **Tod eines Gesellschafters** zum Ausscheiden des Gesellschafters. Zum Tod des Kommanditisten bestimmt § 177 HGB, dass die Gesellschaft, falls im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist, mit den Erben fortgesetzt wird. Der Gesellschaftsanteil des verstorbenen Kommanditisten fällt an alle Erben.⁸⁷ Mehrere Erben werden entsprechend ihrer Erbquote Kommanditist,⁸⁸ da die Erbengemeinschaft als solche nicht Gesellschafter sein kann.⁸⁹
- 114** Umstritten ist, wann vom „Tod“ der Komplementär-GmbH gesprochen werden kann. Verschiedene Möglichkeiten kommen in Betracht, nämlich die Vollbeendigung nach vollständiger Liquidation oder bereits die Auflösung der Komplementär-GmbH. Da die Auflösungsgründe in § 131 HGB disponibel sind, sollte diese Frage im Gesellschaftsvertrag geregelt werden. Beispielsweise kann der Gesellschaftsvertrag bestimmen, dass die Komplementär-GmbH bereits mit ihrer Auflösung aus der KG ausscheidet.
- 115** Als weiteren Grund für das Ausscheiden eines Gesellschafters nennt § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 HGB die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters**. Ob es sich dabei um die Komplementär-GmbH oder um einen Kommanditisten handelt, ist ohne Belang. Wird das Insolvenzverfahren dagegen mangels Masse nicht eröffnet, so führt dies nicht zum Ausscheiden des Gesellschafters.⁹⁰
- 116** Der Gesellschafter scheidet nach § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 HGB aus der Gesellschaft aus, wenn er kündigt (**Austrittskündigung**).⁹¹ § 132 HGB bestimmt weiter, dass der Gesellschafter einer auf unbestimmte Zeit angelegten Gesellschaft nur zum Ende eines Kalenderjahres mit einer sechsmonatigen Frist kündigen kann. Im Gesellschaftsvertrag kann die Kündigung erleichtert oder erschwert werden.⁹² Sie kann jedoch nicht auf Dauer ausgeschlossen werden; dem steht § 723 Abs. 3 BGB entgegen. Eine für eine bestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft ist während dieser Zeit nicht ordentlich kündbar. Während für die BGB-Gesellschaft § 723 BGB auch das Recht zur außerordentlichen Kündigung ausdrücklich erwähnt ist, gibt es eine derartige Bestimmung für die KG (und die OHG) nicht. Falls der Gesellschaftsvertrag die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund nicht ausdrücklich zulässt, ist der Gesellschafter darauf verwiesen, nach § 133 HGB vorzugehen (Auflösung der Gesellschaft durch gerichtliche Entscheidung aus wichtigem Grund).⁹³
- 117** Weiter führt nach § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 HGB die **Kündigung durch den Privatgläubiger** des Gesellschafters zum Ausscheiden des Gesellschafters. Die näheren Voraussetzungen hierzu regelt § 135 HGB.⁹⁴ Wie alle anderen Ausscheidensgründe kann auch

⁸⁷ Roth in Baumbach/Hopt HGB § 177 Rn. 3.

⁸⁸ Roth in Baumbach/Hopt HGB § 139 Rn. 14.

⁸⁹ Roth in Baumbach/Hopt HGB § 161 Rn. 4.

⁹⁰ Roth in Baumbach/Hopt HGB § 131 Rn. 22, mwN auch zur Gegenmeinung.

⁹¹ Schulte/Hushahn in MHDG GesR II § 36 Rn. 11.

⁹² Roth in Baumbach/Hopt HGB § 132 Rn. 8.

⁹³ Einzelheiten hierzu sind streitig. Nach anderer Ansicht kann nicht nur die Auflösung der Gesellschaft auf diese Weise erzwungen werden, sondern auch gekündigt werden (mit der Folge des Ausscheidens des kündigenden Gesellschafters) Nachweise bei: Roth in Baumbach/Hopt HGB § 133 Rn. 1; Schulte/Hushahn in MHDG GesR II § 36 Rn. 23.

⁹⁴ S. zu den Voraussetzungen noch BGH ZIP 2009, 1863.

dieser Grund vertraglich modifiziert werden, insbesondere kann der Gesellschaftsvertrag bestimmen, dass die Gesellschafter den Ausschluss des von einer Pfändung seines Geschäftsanteils betroffenen Gesellschafters beschließen können, wenn innerhalb einer bestimmten Frist die Pfändung nicht beseitigt worden ist oder dass bereits die Pfändung des Anteils den Ausschluss des Gesellschafters bewirkt.

Als Grund für das Ausscheiden nennt § 131 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 HGB den „**Eintritt von weiteren im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Fällen**“. Bei dem, was die Gesellschafter insoweit im Gesellschaftsvertrag festlegen, sind sie weitgehend frei, soweit die vorgesehenen Fälle hinreichend bestimmt sind. Ein typischer Grund ist beispielsweise das Erreichen einer bestimmten Altersgrenze.⁹⁵

Schließlich nennt § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 6 HGB als weiteren Grund für das Ausscheiden einen **Beschluss der Gesellschafter**. Hierzu ist allerdings anerkannt, dass dieser Tatbestand einen einstimmigen Beschluss der Gesellschafter voraussetzt.⁹⁶

b) Rechtsfolgen. Mit dem Eintritt des ihn betreffenden Ereignisses scheidet der Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, im Fall der Kündigung jedoch nicht vor Ablauf der Kündigungsfrist, § 131 Abs. 3 S. 2 HGB. Sein Kapitalanteil wächst den übrigen Gesellschaftern kraft Gesetzes an, §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB, § 738 BGB. Besonderer Rechtsgeschäfte bedarf es insoweit nicht.⁹⁷ Scheidet der letzte verbleibende Kommanditist aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Kapitalanteil der Komplementär-GmbH an und die GmbH & Co. KG ist aufgelöst. Sie besteht als GmbH fort. **Anwachsen kann allerdings nur der Kapitalanteil an der KG.** Die Anwachsung eines GmbH-Geschäftsanteils ist grundsätzlich nicht möglich. Hier bleibt nur die Möglichkeit, den Geschäftsanteil einzuziehen oder ihn anderweitig zu veräußern.

Die GmbH & Co. KG hat einen einzigen Komplementär, nämlich die Komplementär-GmbH. Da es **ohne Komplementär keine GmbH & Co. KG** geben kann, ist die GmbH & Co. KG aufgelöst, wenn ihre Komplementärin ausscheidet.⁹⁸ Dafür spricht auch, dass die Kommanditisten nach dem Gesellschaftsvertrag beschränkt haften sollen und es eine Personengesellschaft, die ausschließlich aus beschränkt haftenden Gesellschaftern besteht, nicht gibt.

c) Ausschließung. Während beim Ausscheiden eines Gesellschafters infolge einer Kündigung derjenige Gesellschafter aktiv wird, der im Ergebnis aus der Gesellschaft ausscheidet, werden beim Ausschluss eines Gesellschafters die verbleibenden Gesellschafter aktiv.

Formulierungsbeispiel Ausschlussklausel:

Die Gesellschafterversammlung kann beschließen, einen Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuschließen, wenn in dessen Person ein die Ausschließung aus der Gesellschaft rechtfertigender wichtiger Grund vorliegt. [Ein solcher wichtiger Grund liegt insbesondere dann vor, wenn der betroffene Gesellschafter die ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende Verpflichtungen [nachhaltig] gröblich verletzt [und diese Verletzung nach Abmahnung durch die Gesellschaft nicht unverzüglich beendet.]] Bei der Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung hat der betroffene Gesellschafter kein Stimmrecht. Nach Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung teilt deren Vorsitzender, im Verhinderungsfall die Geschäftsführung, dem betroffenen Gesellschafter die Ausschließung mit. [Die Ausschließung wird mit Zugang der Ausschließungserklärung bei dem betroffenen Gesellschafter wirksam.]

Falls in der Person des Gesellschafters ein wichtiger Grund vorliegt, der die übrigen Gesellschafter zur Erhebung der Auflösungsklage nach § 133 HGB berechtigt, so können

⁹⁵ Schulte/Hushahn in MHDG GesR II § 36 Rn. 27; Roth in Baumbach/Hopt HGB § 131 Rn. 25.

⁹⁶ Schulte/Hushahn in MHDG GesR II § 36 Rn. 28.

⁹⁷ Roth in Baumbach/Hopt HGB § 131 Rn. 39.

⁹⁸ Roth in Baumbach/Hopt HGB § 131 Rn. 36.

diese Gesellschafter auch die Ausschließung des entsprechenden Gesellschafters, in dessen Person ein wichtiger Grund vorliegt, gerichtlich erwirken § 140 HGB.

- 124 Wichtige Gründe im Sinne von § 140 HGB sind nur solche, die in der Person des Gesellschafters begründet sind.⁹⁹ Die Ausschließung nach dieser Bestimmung darf nur nach einer umfassenden Interessenabwägung dann zum Zuge kommen, wenn sich kein anderer Weg findet, um Schaden von der Gesellschaft abzuwenden (Ultima-Ratio-Grundsatz).¹⁰⁰ Der Gesellschaftsvertrag kann von § 140 HGB abweichen, das heißt das Ausschließungsrecht der verbleibenden Gesellschafter erschweren oder ganz beseitigen.¹⁰¹
- 125 Sogenannte **Hinauskündigungsklauseln** sind grundsätzlich nur dann zulässig, wenn dies durch besondere, in der Eigenart des Gesellschaftsverhältnisses liegende Gründe sachlich gerechtfertigt ist.¹⁰² Die Rechtsprechung hierzu ist wenig konturiert.¹⁰³ Für den Fall, dass die Hinauskündigung an den Tod eines Gesellschafters anknüpft, hat der BGH die Hinauskündigung gebilligt,¹⁰⁴ ebenso für den Fall des Vorliegens eines wichtigen Grundes.¹⁰⁵ Auch das sogenannte „Managermodell“, wonach ein Geschäftsführer, dem im Hinblick auf diese Stellung eine Minderheitsbeteiligung, für die dieser nur den Nennwert bezahlt hat, „hinausgekündigt“ werden kann, wenn sein Geschäftsführeramt endet, hat der BGH akzeptiert.¹⁰⁶

3. Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters

- 126 Mit dem Ausscheiden des Gesellschafters entsteht der gegen die Gesellschaft gerichtete Abfindungsanspruch des Gesellschafters.¹⁰⁷ Grundlage des Abfindungsanspruchs ist der **wirkliche Wert des Unternehmens**.¹⁰⁸

Der Ausschluss der Abfindung wird bei der KG für den Fall des Todes für zulässig gehalten.¹⁰⁹ Im Übrigen gilt für die üblicherweise verwendeten Abfindungsklauseln nichts anderes als für die GmbH (s. dazu oben § 5).

⁹⁹ Roth in Baumbach/Hopt HGB § 140 Rn. 5.

¹⁰⁰ Schulte/Hushahn in MHdB GesR II § 36 Rn. 43 mwN. Dies ist unstrittig für die Ausschließung aufgrund der Bestimmungen des § 140 HGB. Ob dies auch dann richtig ist, wenn der Ausschluss aufgrund einer gesellschaftsvertraglichen Regelung, auf die sich der Gesellschafter beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages eingelassen hat, richtig ist, ist zweifelhaft.

¹⁰¹ Roth in Baumbach/Hopt HGB § 140 Rn. 28.

¹⁰² BGH NJW 1981, 2565; Einzelheiten und Beispiele bei: Roth in Baumbach/Hopt HGB § 140 Rn. 31.

¹⁰³ Darstellung bei Gehrlein NJW 2005, 1969.

¹⁰⁴ BGH NJW 1989, 834.

¹⁰⁵ BGH NJW 1989, 2681.

¹⁰⁶ BGH NJW 2005, 3641.

¹⁰⁷ Ausführlich: Schulte/Hushahn in MHdB GesR II § 37 Rn. 21.

¹⁰⁸ Roth in Baumbach/Hopt HGB § 131 Rn. 49.

¹⁰⁹ Roth in Baumbach/Hopt HGB § 131 Rn. 62 mwN.

§ 7 Aktiengesellschaft¹

Schrifttum:

Andrianesis, Die Neuregelung der verdeckten Sacheinlagen bei der AG durch das ARUG, WM 2011, 968; Arnold/Herzberg/Zeh, Das Vergütungssystem börsennotierter Gesellschaften nach § 87a AktG, AG 2020, 313; Arnold/Hofer/Dolde, Der Vergütungsbericht börsennotierter Aktiengesellschaften nach § 162 AktG, AG 2021, 813; Bauer/Krets, Gesellschaftsrechtliche Sonderregeln bei der Beendigung von Vorstands- und Geschäftsführerverträgen, DB 2003, 811; Brömmelmeyer, Neue Regeln für die Binnenhaftung des Vorstands – Ein Beitrag zur Konkretisierung der Business Judgment Rule, WM 2005, 2065; Dreher/Görner, Der angemessene Selbstbehalt in der D&O-Versicherung, ZIP 2003, 2321; Fromholzer/Simons, Die Festlegung von Zielgrößen für den Frauenanteil in Aufsichtsrat, Geschäftsleitung und Führungspositionen, AG 2015, 457; Grundei/Werder, Die Angemessenheit der Informationsgrundlage als Anwendungsvoraussetzung der Business Judgment Rule, AG 2005, 825; Guntermann, Die elektronische Aktie und das eWpG, AG 2021, 449; Harzenetter, Der Selbstbehalt in der D&O-Versicherung nach dem VorstAG und der Neufassung des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK), DStR 2010, 653; Heider/M. Hirte, Die Herausgabepflicht von Aufsichtsratsunterlagen, CCZ 2009, 106; Heider/M. Hirte, BGH: Umfassende statutarische Regelung zum Frage- und Rederecht von Aktionären ist zulässig – „Redezeitbeschränkung“, GWR 2010, 137; Hoffmann-Becking, Abfindungsleistungen an ausscheidende Vorstandsmitglieder, ZIP 2007, 2101; Hommelhoff, Die Autarkie des Aufsichtsrats – Besprechung der Entscheidung BGHZ 85, 293 „Hertie“, ZGR 1983, 551; Kerst, Haftungsmanagement durch die D&O-Versicherung nach Einführung des aktienrechtlichen Selbstbehaltes in § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG, WM 2010, 594; Kölling, Namensaktien im Wandel der Zeit – „NaStraG“, NZG 2000, 631; Kruse/Domning/Frechen, Die (GmbH & Co.) KGaA als moderne Rechtsform für mittelständische Familienunternehmen, DStR 2017, 2440; Mirow, Die Übertragung von Aktien im Aktienkaufvertrag – Formulierungshilfen für die Praxis, NZG 2008, 52; Pentz, Genehmigtes Kapital, Belegschaftsaktien und Sacheinlagefähigkeit obligatorischer Nutzungsrechte – das adidas-Urteil des BGH, ZGR 2001, 901; Peters, Angemessene Informationsbasis als Voraussetzung pflichtgemäßen Vorstandshandelns, AG 2010, 811; Quack, Beschränkungen der Redezeit und des Auskunftsrechts des Aktionärs, AG 1985, 145; Schäfer, Die Binnenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat nach der Renovierung durch das UMAG, ZIP 2005, 1253; Seibert, Der Ausschluß des Verbriefungsanspruchs des Aktionärs in Gesetzgebung und Praxis, DB 1999, 267 ff.; Semler, Zur aktienrechtlichen Haftung der Organmitglieder einer Aktiengesellschaft, AG 2005, 321; Thüsing/Traut, Angemessener Selbstbehalt bei D&O-Versicherungen – Ein Blick auf die Neuerungen nach dem VorstAG, NZA 2010, 140; van Kann/Keiloweit, Nachvertragliches Wettbewerbsverbot und Karenzenschädigung bei Organmitgliedern einer Gesellschaft – ein Überblick, BB 2010, 2050; Wählers, Fallstricke bei der Gründung und Handhabung der kleinen AG, DStR 2000, 973; von Zehmen, Die Selbstbindung des Aufsichtsrats an das Vorstandsvergütungssystem und ihre weitreichenden Praxisfolgen, BB 2021, 1098.

A. Rechtsform der Aktiengesellschaft

Sah man zu Beginn der 90er Jahre die Aktiengesellschaft (AG) als eine Gesellschaftsform in der Krise, erlebte sie dank der signifikanten Zunahme der Anzahl an Aktiengesellschaften im deutschen Wirtschaftsraum um die Jahrtausendwende ihre Renaissance. **1**

I. Bedeutung und wirtschaftliche Funktion

Im Jahr 2021 gab es in Deutschland 13.883 Aktiengesellschaften, 378 Kommanditgesellschaften auf Aktien (KGaA) und 718 Europäische Aktiengesellschaften (Societas Europaea, SE).² Die Anzahl der Aktiengesellschaften war in jüngerer Vergangenheit etwas rückläufig, während ein Zuwachs bei Gesellschaften in den Rechtsformen der KGaA und SE zu beobachten ist. Bei der Anzahl börsennotierter Gesellschaften ist nach einer bis zum Jahr 2015 andauernden Delisting-Welle seit einigen Jahren eine Trendumkehr zu beobachten. Börsengänge sind angesichts eines positiven Marktumfelds attraktiv. Hinzu kommt die Tendenz zur Aufspaltung von Konzernen in mehrere börsennotierte Unternehmen³ Trotz **2**

¹ Unser Dank gilt Herrn Dr. Markus Hirte, dessen Bearbeitung dieses Kapitels in der Voraufgabe Grundlage der vorliegenden Überarbeitung war.

² Stand 1.1.2021, vgl. Kornblum GmbHHR 2021, 681 (682).

³ Derartige „Spin-offs“ haben etwa die Volkswagen AG mit der LKW-Tochter Traton SE, die Daimler AG mit der Ausgliederung der Daimler Truck AG und die Siemens AG mit der Siemens Energy AG und Siemens Healthineers AG vollzogen.

der weit größeren und stetig zunehmenden Zahl an GmbHs geht mit der Gründung einer AG regelmäßig ein breiteres öffentliches Interesse einher, insbesondere wenn die AG aus einem Unternehmen anderer Rechtsform im Wege des Formwechsels, §§ 190 ff. UmwG, entsteht, um anschließend an die Börse zu streben.

- 3 Neben der verglichen mit der GmbH in der Regel deutlich stärkeren Wirtschaftskraft beruht die **Öffentlichkeitswirksamkeit** vor allem darauf, dass die AG als bedeutendere Rechtsform angesehen wird. Auch scheint dem Titel eines „Vorstands der AG“ gegenüber der Bezeichnung „Geschäftsführer“ ein eindrucksvollerer Klang innezuwohnen. Insbesondere für Familienunternehmen kann sich als Alternative zur AG aufgrund des größeren Gestaltungsspielraums die Wahl der KGaA als Rechtsform des Unternehmens anbieten.⁴ Im europäischen Wirtschaftsraum muss sich die deutsche AG als Rechtsform nicht nur mit den der AG entsprechenden Kapitalgesellschaften der Mitgliedsstaaten messen, sondern auch mit der SE, einer supranationalen Rechtsform für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedsstaat der EU.
- 4 Der AG kommen im Wesentlichen drei **wirtschaftliche Funktionen** zu, die sie zugleich von den übrigen Gesellschaftsformen unterscheidet. Zunächst ist die AG auf die Teilnahme am Kapitalmarkt ausgerichtet. Sie ermöglicht die Beschaffung großer Kapitalbeträge mit langfristiger Bindung als Haftkapital durch Streuung ihrer Anteile bei möglichst vielen Aktionären (**Kapitalsammelfunktion**). Diesem Ziel dient die körperschaftliche Struktur der AG, die auf die Aufnahme eines großen und vor allem wechselnden Mitgliederbestandes abzielt, ohne hierdurch die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft zu beeinträchtigen. Die **Übertragbarkeit der Aktien** (Fungibilität) ist vorbehaltlich abweichender Satzungsbestimmungen ohne jede Einschränkung möglich und wird durch eine meist kleine Stückelung der Aktiennennbeträge gefördert. Im Gegensatz zu anderen Gesellschaftsformen herrscht bei der AG schließlich eine **strikte Trennung von Kapital und Management**, ohne die eine effiziente Führung des Unternehmens bei einer großen Anzahl an Anteilseignern nicht möglich wäre.

II. Haftungsmasse

- 5 Charakteristisch für die AG ist neben ihrer korporativen Organisationsstruktur, die auf einen Wechsel der Anteilseigner angelegt ist, die fehlende persönliche Haftung der Aktionäre für Gesellschaftsverbindlichkeiten. Das **Grundkapital der AG** bildet als Mindesthaftkapital den notwendigen Ausgleich dafür, dass den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen, nicht aber dasjenige der Aktionäre haftet. Das Grundkapital muss nach § 7 AktG mindestens EUR 50.000,00 betragen. Es steht den Gründern frei, der AG ein höheres, auf einen Nennbetrag in Euro lautendes Grundkapital zur Verfügung zu stellen (**Freiheit der Finanzierungsentscheidung**). In der Regel werden die Gründer die Gesellschaft mit einem Grundkapital ausstatten, das in einem vernünftigen Verhältnis zur geplanten Geschäftstätigkeit, zum Gegenstand des Unternehmens und zu dem damit verbundenen wirtschaftlichen Risiko steht. Aufgrund gesetzlicher Sonderregelungen außerhalb des Aktiengesetzes ist für bestimmte Gewerbe, etwa im Banken- oder Versicherungssektor, ein höheres Grundkapital als EUR 50.000,00 vorgeschrieben.⁵
- 6 Die Aufbringung und Erhaltung des Mindesthaftkapitals bis zur vollständigen Liquidation der Gesellschaft wird durch eine Vielzahl von Rechtsvorschriften im AktG sichergestellt. Die vollständige **Aufbringung des Grundkapitals** sollen die Verpflichtung der Gründer zur Übernahme sämtlicher Aktien, §§ 23 Abs. 2 Nr. 2, 29 AktG, und zur Leistung des eingeforderten Betrags auf die Einlage, §§ 36 Abs. 2, 36a AktG, die Verbote der Unterprioriession, § 9 Abs. 1 AktG, und der Stufengründung, § 2 AktG, die Gründungsprüfung,

⁴ Vgl. hierzu etwa Kruse/Domning/Frechen DStR 2017, 2440 (2441).

⁵ Insbesondere § 25 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) und b) KAGB; § 2 Abs. 4 UBGG; § 4 REITG, vgl. hierzu näher Heider in MüKoAktG § 7 Rn. 15 ff.

§§ 32 Abs. 2, 33 f. AktG, die strengen Bewertungsvorschriften für Sacheinlagen, §§ 27, 32 ff. AktG, und die Gründerhaftung, §§ 46 ff. AktG, sicherstellen. Weiter als das GmbHG, das nur den Schutz des Stammkapitals anordnet, schützt das AktG das **Gesellschaftsvermögen** insgesamt. Diesem Schutz dienen das Verbot jeglicher Rückgewähr von Einlagen, § 57 AktG, die Verpflichtung eines herrschenden Unternehmens zum Nachteilsausgleich gegenüber einer abhängigen AG im faktischen Konzern, § 311 AktG, das Verbot der Befreiung der Aktionäre von ihren Leistungspflichten, § 66 AktG, das Verbot des Erwerbs eigener Aktien, §§ 71–71e AktG, das Verbot, vor Auflösung der AG mehr Dividende auszuschütten als es dem Bilanzgewinn entspricht, § 58 Abs. 4 AktG, die Bestimmungen zur Begrenzung der an die Aktionäre auszahlbaren Beträge, § 150 AktG iVm §§ 266 Abs. 3 A, 272 HGB sowie die durch das ARUG II⁶ für börsennotierte Gesellschaften seit dem 1.1.2020 geltenden Bestimmungen über Geschäfte mit nahestehenden Personen, §§ 111a–111c AktG.

III. Formen der Aktiengesellschaft

Wenngleich bei der Ausgestaltung der gesellschaftsrechtlichen Organisationsstruktur einer AG wegen der Satzungsstrenge, § 23 Abs. 5 AktG, nur ein begrenzter Spielraum besteht, lassen sich beispielsweise über die Kapitalausstattung, die Schaffung unterschiedlicher Aktientragungen, die Beschränkung der Übertragbarkeit von Aktien und über besondere Gesellschaftszweckregelungen unterschiedliche Ausformungen erreichen, von denen nachfolgend die besonders praxisrelevanten Erscheinungsformen kurz dargestellt werden.⁷ Die so genannte „**kleine AG**“ umschreibt eine nicht börsennotierte Gesellschaft mit einem geschlossenen und namentlich bekannten Kreis an Aktionären. Für sie gelten Sonderbestimmungen, etwa zur vereinfachten Durchführung von Hauptversammlungen, §§ 121, 124 AktG, was diese Gesellschaftsform für mittelständische Unternehmen attraktiv machen soll.⁸ Die „**Publikums-AG**“ zeichnet sich hingegen durch einen offenen Gesellschafterkreis aus und ist auf die Beteiligung eines breiten Anlegerpublikums angelegt. Ihre Aktien sind typischerweise zum Börsenhandel zugelassen, zumindest aber frei übertragbar. Die „**börsennotierte AG**“ ist in § 3 Abs. 2 AktG definiert. Nach dieser Vorschrift sind Gesellschaften börsennotiert, deren Aktien zum Handel im regulierten Markt zugelassen sind. Die Einbeziehung der Aktien in den Freiverkehr einer deutschen Wertpapierbörse gemäß § 48 BörsG genügt hingegen nicht. Die börsennotierte AG unterliegt aufgrund ihrer Kapitalmarktorientierung einer Vielzahl strengerer Regelungen in- und außerhalb des Aktiengesetzes, vgl. etwa §§ 67a–67f, 76 Abs. 4, 87 Abs. 1 S. 2 und Abs. 4, 87a, 91 Abs. 3, 96 Abs. 2 und 3, 100 Abs. 2 Nr. 4 und Abs. 5, 107 Abs. 4, 110 Abs. 3, 111 Abs. 5, 111a–111c, 113 Abs. 3, 120a, 121 Abs. 3 S. 2, Abs. 4a, 122 Abs. 2 S. 3, 123 Abs. 4 und 5, 124 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2, 124a, 125 Abs. 1 S. 3 und 5, 126 Abs. 1 S. 3, 127 S. 4, 130 Abs. 2 S. 2, Abs. 6, 134 Abs. 3 S. 3 und 4, 161, 162, 171 Abs. 2 S. 2, 176 Abs. 1 S. 1, 328 Abs. 3 und 404 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 AktG. Dies gilt insbesondere auch für kapitalmarktrechtliche Mitteilungs- und Transparenzvorschriften, vgl. insbesondere Art. 17 bis Art. 19 der EU-Marktmisbrauchsverordnung (MAR)⁹ und §§ 33 ff. WpHG. Eine weitere Erscheinungsform ist die „**Familien-AG**“. Bei ihr üben eine oder mehrere Unternehmerfamilien

⁶ Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) vom 12.12.2019, BGBl. 2019 I 2637.

⁷ Die Darstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. So gibt es noch eine Vielzahl weiterer Erscheinungsformen, etwa die AG im (Teil-)Besitz der öffentlichen Hand, die Nebenleistungs-AG, die Investment-AG sowie die Unternehmensbeteiligungs-AG, die jedoch nur eingeschränkt Praxisrelevanz haben. Für eine detailliertere Darstellung, Hoffmann-Becking in MHD B AG § 2 Rn. 7 ff.

⁸ Wählers DStR 2000, 973.

⁹ Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABl. L 173, 1.

bestimmenden Einfluss auf die Gesellschaft und ihre Organe aus, sei es durch einen entsprechend hohen Anteils- und Stimmrechtsbesitz, durch Sonderrechte (vielfach halten die Familienmitglieder alle Stammaktien, während die übrigen Aktionäre lediglich stimmrechtslose Vorzugsaktien erhalten) oder durch Poolung der Stimmrechte der Familienaktionäre im Wege eines Konsortial- oder Stimmrechtsbindungsvertrags. Der Typus der „**genossenschaftlichen AG**“ ist gekennzeichnet durch einen in der Satzung festgeschriebenen genossenschaftlichen Förderauftrag und weitere Maßnahmen, etwa die Ausgabe vinkulierter Namensaktien, die die Beibehaltung der genossenschaftlichen Identität des Unternehmens sicherstellen. Im Zuge der Europäisierung des Gesellschaftsrechts besteht seit Ende des Jahres 2004 die Rechtsform der „**Europäischen Aktiengesellschaft**“ (Societas Europaea, SE), die europaweit zunehmend und in Deutschland besondere Zustimmung erfährt. Sie ist vor allem für Unternehmen interessant, die eine verstärkte Tätigkeit in anderen Mitgliedsstaaten der Union anstreben oder einen späteren Sitzwechsel in ein anderes Mitgliedsland erwägen. Einer SE ist es jederzeit möglich, sich unter Beibehaltung ihrer Rechtsform in einem anderen Mitgliedsstaat niederzulassen. Attraktiv ist die SE nicht zuletzt aufgrund des Gestaltungsspielraums bei Fragen der Unternehmensmitbestimmung.

B. Gründung der Aktiengesellschaft

- 8 Möchten sich eine oder mehrere Personen einer AG als Rechtsträger ihres bestehenden oder noch zu errichtenden Unternehmens bedienen, können sie eine AG gründen oder sich einer bereits bestehenden Mantel- oder Vorrats-AG bedienen:

I. Gründung

- 9 Die meisten Aktiengesellschaften entstehen im Wege der Gründung gemäß §§ 23 ff. AktG, vgl. Rn. 10 ff.¹⁰ Daneben kann die AG auch im Wege des Formwechsels aus einer Gesellschaft anderer Rechtsform, häufig einer GmbH, entstehen, vgl. §§ 190 ff. UmwG.¹¹ Ein Unternehmer, der sich bei der Umsetzung einer Geschäftsidee einer AG als Rechtsträger bedienen möchte, hat im Hinblick auf den mit der Gründung oder einem Formwechsel verbundenen Zeitaufwand auch die Möglichkeit, sich einer „wirtschaftlich stillgelegten“ AG (**Mantel-AG**) oder einer auf Vorrat gegründeten AG (**Vorrats-AG**) zu bedienen, vgl. Rn. 27 ff.

1. Gründungsschritte

- 10 Die Gründung einer AG vollzieht sich in mehreren Schritten. Sofern sich die Gründer nicht schon in einem Vorvertrag zur Gründung einer AG verpflichtet haben und sie hierdurch eine so genannte **Vorgründungsgesellschaft** begründen,¹² beginnt die Gründung mit der Feststellung der Satzung und der Übernahme sämtlicher Aktien zu notariellem Protokoll, dem sogenannten Gründungsprotokoll, vgl. §§ 2, 23, 28, 29 AktG. Damit ist die AG zwar „errichtet“, besteht aber als solche noch nicht, §§ 29, 41 Abs. 1 S. 1 AktG, und wird als **Vorgesellschaft** oder **Vor-AG** bezeichnet. Im Anschluss daran bestellen die Gründer gemäß § 30 Abs. 1 AktG den ersten Aufsichtsrat, der seinerseits den ersten Vorstand bestellt, sowie den Abschlussprüfer für das erste Voll- oder Rumpfgeschäftsjahr, § 30 Abs. 1 S. 1 AktG. Die **Bestellung** bedarf der notariellen Beurkundung und erfolgt regelmäßig zusammen mit der Feststellung der Satzung und der Übernahme der Aktien im

¹⁰ Bayer/Hoffmann AG-Report 2006, 399 f.

¹¹ Theoretisch kann eine AG auch im Wege der Spaltung zur Neugründung, §§ 135 ff., 141 ff. UmwG, oder der Verschmelzung durch Neugründung, §§ 73 ff. UmwG, entstehen; mangels Praxisrelevanz wird auf eine nähere Darstellung verzichtet.

¹² Vgl. hierzu insbesondere KG AG 2003, 431 und KG AG 2004, 321.