

# Aktiengesetz: AktG

Koch

17. Auflage 2023  
ISBN 978-3-406-79753-8  
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.

(→ Rn. 27a) Gläubigerinteressen hinreichend Rechnung trägt, ist weitergehende Haftung nicht geboten.

Wird Alt-Mantel verwendet, ist Anwendung vorstehender Grundsätze nur möglich, wenn wirtschaftliche Neugründung und **nicht bloße Umorganisation** vorliegt (ausf. zum Folgenden Winnen RNotZ 2013, 389, 393 ff.). Bei danach erforderlicher und im Einzelfall schwieriger Abgrenzung spricht entscheidend für Neugründung, dass Unternehmenstätigkeit erstmals oder nach auch nur kurzfristiger, aber Kontinuität des gesamten Gründungsvorgangs aufhebender Volleinstellung der früheren Tätigkeit aufgenommen wird (dazu Bayer FS Goette, 2011, 15, 25 f.). Gemeint ist damit **Unternehmenslosigkeit** (nur iDR mit Vermögenslosigkeit zusammenfallend). An solcher die Kontinuität aufhebenden Unternehmenslosigkeit fehlt es schon dann, wenn sich an Registereintragung konkrete Planungs- und Vorbereitungsmaßnahmen iS einer **Aufbauphase** anschließen (BGH NJW 2010, 1459 Rn. 5 ff.; KG ZIP 2012, 1863, 1864; sa Winnen RNotZ 2013, 389, 396 ff.). An Unternehmenslosigkeit fehlt es ferner bei bloßer **Umorganisation**, also dann, wenn bisherige Unternehmenstätigkeit als Basis für Fortführung dient (BGHZ 155, 318, 324 = NJW 2003, 3198; BGH NJW 2010, 1459 Rn. 2; OLG Jena NZG 2004, 1114 f.; OLG München ZIP 2010, 579, 580; HCL/Ulmer/Löbbe GmbHG § 3 Rn. 139 f.; Heidinger/Meyding NZG 2003, 1129, 1133 f.; Lieder NZG 2010, 410, 411 f.; Priester ZHR 168 [2004], 248, 256 f.). Satzungsänderungen (Unternehmensgegenstand, Firma und Sitz; → Rn. 26) sind nicht als solche entscheidend, haben aber indizierende Bedeutung und sind in diesem Sinne vom Registergericht zu beachten. Auch bloße **Abwicklung des Geschäftsbetriebs** führt noch nicht zur Unternehmenslosigkeit (KG ZIP 2012, 1863, 1864 f.), und zwar auch nicht in der Liquidation der AG (BGH NZG 2014, 264 Rn. 10 ff.). Entscheidend ist insofern vielmehr, dass Geschäftsbetrieb tats. zum Erliegen gekommen ist. Das ist aber nicht anzunehmen, solange zumindest noch nennenswerte Liquidationsaufgaben zu erfüllen sind und Liquidation auch noch aktiv betrieben wird (BGH NZG 2014, 264 Rn. 12 ff.; sa Priester GmbHR 2021, 1327 Rn. 9 ff. [Ausschluss durch Rechnungslegung]; eher zurückhaltend aber Böcker DZWIR 2014, 389, 396). Wirtschaftliche Neugründung ist anzunehmen, sobald tats. Geschäftsaufnahme erfolgt. Bloße Anmeldung der Satzungsänderung zum HR genügt nach KG ZIP 2012, 1863, 1864 f. noch nicht (aA Schaub NJW 2003, 2125, 2128).

**cc) Special Purpose Acquisition Companies (SPACs).** Sonderform der Mantelgesellschaften (→ Rn. 26 ff.) sind sog SPACs, die in den USA schon in den 1980er Jahren ihren Ursprung genommen haben, in Deutschland aber erst seit wenigen Jahren größere Verbreitung finden (vgl. Hell BKR 2021, 26 f.; Schalast/Geurts/Türkmén BB 2021, 1283 ff.; Schnorbus/Kornack BB 2022, 1667 ff.; Seiler/Widder BKR 2021, 676; Selzner ZHR 174 [2010], 318 ff.; Swalve NZG 2021, 909 ff.). Umschrieben wird damit eine AG als Unternehmensträger, die – ähnlich wie bei Mantelgründung – noch **kein operatives Geschäft** betreibt, sondern das Ziel verfolgt, durch Börsengang Kapital einzusammeln, um sodann innerhalb eines begrenzten Zeitraums nicht börsennotierte Unternehmen zu übernehmen und so an die Börse zu bringen (Hell BKR 2021, 26; Selzner ZHR 174 [2010], 318, 319 ff.; Swalve NZG 2021, 909: „Börsengang durch die Hintertür“). Welches Unternehmen übernommen wird, steht zum Zeitpunkt des Börsengangs noch nicht fest (Hell BKR 2021, 26). Vorteile werden aus Sicht der Zielgesellschaft in zeitl. Verkürzung und in erleichterter Preisfindung gesehen (Swalve NZG 2021, 909, 910; sa Hell BKR 2021, 26, 28).

Entspr. US-amerikanischer Regulierungsvorgaben (vgl. dazu Hell BKR 2021, 26, 27; Selzner ZHR 174 [2010], 318, 319 ff.) zeichnet sich Grundstruktur des SPACs dadurch aus, dass Mantelgesellschaft zunächst von sog **Sponsors** gegrün-

det wird und sodann iRd Börsengangs sog **Units** ausgibt, die sich aus herkömmlichen Aktien (common stock) und selbständigen Optionsscheinen (naked warrants) zusammensetzen (Selzner ZHR 174 [2010], 318, 322 f.). Beide Bestandteile sind nach kurzer Frist getrennt an der Börse handelbar (Hell BKR 2021, 26, 27; Schalast/Geurts/Türkmen BB 2021, 1283, 1284; Swalve NZG 2021, 909). Sodann beginnt Suche nach Target, während Großteil des IPO-Erlöses auf Treuhandkonto angelegt wird (Swalve NZG 2021, 909). Ist Target identifiziert, wird Transaktion HV zur Entscheidung vorgelegt (erforderlich iRd 50%-Mehrheit). Wird Zustimmung erteilt, erfolgt Zusammenführung von Mantel und Unternehmen, sog **De-SPAC**, etwa durch Verschmelzung (ausf. dazu Seiler/Widder BKR 2021, 676). Dissidentierenden Aktionären wird Recht zum Opt-Out (sog redemption rights) eingeräumt, so dass sie Kapital zurückerhalten können (Swalve NZG 2021, 909 f.; häufig erhalten mittlerweile auch konsentierende Aktionäre redemption rights – zum Hintergrund: Seiler/Widder BKR 2021, 676 f.). Wird in angemessenem Zeitraum (typischerweise 24 Monate – vgl. Seiler/Widder BKR 2021, 676, 677) kein Target gefunden, wird SPAC liquidiert und Kapital an Aktionäre zurückgezahlt (zu den Einzelheiten Hell BKR 2021, 26, 27 f.).

- 27g Obwohl SPACs auch in Deutschland mittlerweile kapitalmarktrechtl. Verbreitung gefunden haben, werden Gesellschaften doch **idR nicht nach deutschem Recht organisiert**, da nat. Aktienrecht mehrere Hindernisse begründet (vgl. zum Folgenden Hell BKR 2021, 26, 30 ff.; Schnorbus/Kornack BB 2022, 1667, 1671; Seiler/Widder BKR 2021, 676, 678; Selzner ZHR 174 [2010], 318, 331 ff.; Swalve NZG 2021, 909, 910 ff.; großzügiger Oechsler/Dörrhöfer ZIP 2022, 609 ff. [im Wege einer Amortisation nach § 237 III Nr. 3]; Schalast/Geurts/Türkmen BB 2021, 1283, 1284 ff.; zur möglichen Gestaltung des Unternehmensgegenstands Seiler/Widder BKR 2021, 676). Sie setzen schon bei Erfordernis der Kapitalaufbringung ein, da Einzahlung auf Treuhandkonto und weitreichende Verwendungsbindung mit Erfordernis einer Einlageleistung zur **endgültig freien Verfügung** nach § 36 II (→ § 36 Rn. 7 ff.) kaum vereinbar erscheint (Hell BKR 2021, 26, 30; Selzner ZHR 174 [2010], 318, 331 ff.; Swalve NZG 2021, 909, 910 f.; Strohmeier, SPACs, 2012, 145 ff.; für Zulässigkeit bei entspr. Gestaltung der Treuhandabrede Schalast/Geurts/Türkmen BB 2021, 1283, 1284). In USA verbreitete Ausgestaltung als penny stocks scheidet an Mindestnennbetrag nach § 8 II 1, III 3 (→ § 8 Rn. 18; Hell BKR 2021, 26, 30). Auf Investorensite ist namentl. herkömmliche Ausgestaltung über Ausgabe von **naked warrants** mit Unsicherheit über deren Zulässigkeit nach deutschem Recht (→ § 221 Rn. 75 f.) belastet (Hell BKR 2021, 26, 30; Selzner ZHR 174 [2010], 318, 343 f.; Swalve NZG 2021, 909, 911). HV-Zuständigkeit könnte über § 119 II oder über erforderliche Satzungsänderung zur Änderung des Unternehmensgegenstands begründet werden (vgl. Schalast/Geurts/Türkmen BB 2021, 1283, 1285; Selzner ZHR 174 [2010], 318, 333 ff.). Gestaltungselement der **redemption rights** lässt sich dagegen mit deutschen Regeln der Kapitalerhaltung kaum in Einklang bringen (Hell BKR 2021, 26, 30 f.; Schalast/Geurts/Türkmen BB 2021, 1283, 1286; Selzner ZHR 174 [2010], 318, 337 ff.; Swalve NZG 2021, 909, 911). Automatische Liquidation bei Scheitern der Transaktion könnte über Befristung nach § 262 I Nr. 1 ermöglicht werden, würde dann aber **Auskehrsperre** nach § 272 I auslösen, was Investoren ebenfalls kaum zumutbar erscheint (Hell BKR 2021, 26, 31; Schalast/Geurts/Türkmen BB 2021, 1283, 1287 f.; Selzner ZHR 174 [2010], 318, 345 f.; Swalve NZG 2021, 909, 911 f.; zu weiteren kapitalmarktrechtl. Hürden vgl. Hell BKR 2021, 26, 29 f.; Selzner ZHR 174 [2010], 318, 328 ff.). Aus diesen Bedenken erklärt sich, dass es derzeit noch keine nach deutschem Gesellschaftsrecht errichteten SPACs gibt. **Deutschlandbezug** kann sich vornehmlich aus deutscher Börsennotierung, aus deutscher

Sponsoreninitiierung oder aus auf Deutschland bezogenem regionalen Investmentfokus ergeben (Seiler/Widder BKR 2021, 676, 678).

**d) Höhe des Grundkapitals (Nr. 3).** Grundkapital (§ 1 II) ist konkret in Euro (§ 6) zu beziffern; Berechenbarkeit aus der Zahl der Aktien und ihrer Ausgabebeträge (§ 9) reicht nicht (allgM, KG RJA 9, 185, 189). Bestimmung eines beweglichen Grundkapitals durch Angabe von Mindest- und Höchstgrenzen ist unzulässig. Zum Mindestbetrag s. § 7. § 23 III Nr. 3 erfasst nicht genehmigtes Kapital (§§ 202 ff.). Zur Angabe der bereits geleisteten Einlagen in der Urkunde vgl. § 23 II Nr. 3 (→ Rn. 19).

**e) Angaben zur Zerlegung des Grundkapitals (Nr. 4).** § 23 III Nr. 4 soll Klarheit über Zerlegung des Grundkapitals (§ 1 II) schaffen. Erforderlich sind deshalb zunächst Angaben über Aktienform (Nennbetrags- oder Stückaktien), sodann über Einteilung des Grundkapitals (Nennbeträge bzw. Aktienanzahl), schließlich auch über Aktiengattung und Zahl der Aktien jeder Gattung, sofern mehrere Gattungen bestehen. Weil Grundkapital entweder in Nennbetrags- oder Stückaktien zerlegt sein muss, können nicht beide Aktienformen nebeneinander bestehen (→ § 8 Rn. 4; RegBegr. BT-Drs. 13/9573, 16). Wenn verschiedene Gattungen (§ 11) ausgegeben werden, sind sie durch die unterschiedlichen Rechte und Pflichten zu beschreiben (MüKoAktG/Pentz Rn. 131 f.). Bei Ausgabe von Aktiengattungen zu unterschiedlichen Nennbeträgen (§ 8 II) gebietet Normzweck Angabe der jeweiligen Zahl der Aktien pro Gattung und Nennbetrag (KK-AktG/A. Arnold Rn. 119; GK-AktG/Röhrich/Schall Rn. 156). Auf Stückaktien (§ 8 III) ist Ergebnis nicht zu übertragen, weil anteiliger Betrag des Grundkapitals zur Beschreibung der Mitgliedschaft nichts beiträgt (→ Rn. 18).

**f) Inhaber- oder Namensaktien (Nr. 5).** Anzugeben ist, ob Inhaber- oder Namensaktien (§ 10 I; → § 10 Rn. 4 ff.) oder beide Aktienformen ausgestellt werden. Unterscheidung bezieht sich auf urkundliche Verbriefung. Angabe der jeweiligen Anzahl ist in allen Fällen entbehrlich (KK-AktG/A. Arnold Rn. 123; MüKoAktG/Pentz Rn. 140). Gründer bzw. Aktionäre hatten früher grds. freie Wahl zwischen den Aktienformen; durch **Aktienrechtsnovelle 2016** ist Namensaktie für neu zu gründende Gesellschaften als Standardverbriefungsart vorgeschrieben worden. Gesellschafter können nur unter bestimmten Voraussetzungen noch für Inhaberaktie optieren (→ § 10 Rn. 1, 5 ff.). Umwandlung in andere Aktienart erfordert Satzungsänderung (KK-AktG/A. Arnold Rn. 123; MüKoAktG/Pentz Rn. 133). **Entgegen der Satzung ausgegebene Aktien** sind nach allg. wertpapierrechtl. Grundsätzen wirksam (OLG Hamburg AG 1970, 230; MüKoAktG/Pentz Rn. 139; GK-AktG/Röhrich/Schall Rn. 162; aA v. Godin/Wilhelmi § 24 Rn. 5); Verwaltungsmitglieder haften ggf. gem. §§ 93, 116. Aktionäre haben Anspruch auf satzungsgem. Aktienart. Satzung konnte nach § 24 aF, der qua Übergangsregelung noch fortgelten kann (→ § 24 Rn. 1) auch Recht auf nachträgliche Umwandlung begründen.

**g) Zahl der Vorstandsmitglieder (Nr. 6).** Anzugeben ist (konkrete) Zahl der Vorstandsmitglieder oder Regel, nach der diese Zahl festgelegt wird. Ausreichend konkret ist auch Vorgabe einer Mindest- und Höchstzahl (LG Köln AG 1999, 137 f.; RegBegr. BT-Drs. 8/1678, 12; MüKoAktG/Pentz Rn. 144; Ganske DB 1978, 2461 f.; wohl auch GK-AktG/Röhrich/Schall Rn. 164). Als Regel genügt Satzungsbestimmung, dass konkrete Zahl **vom AR festgelegt** wird (BGH NZG 2002, 817, 818; RegBegr. BT-Drs. 8/1678, 12; KK-AktG/A. Arnold Rn. 126; MüKoAktG/Pentz Rn. 146; letztlich auch C. Schäfer ZGR 2003, 147, 155 ff.; zweifelnd GK-AktG/Röhrich/Schall Rn. 166). Stellvertretende Vorstandsmitglieder (§ 94) sind einzubeziehen; § 76 II (→ Rn. 55) ist zu beachten. Scheidet Vorstandsmitglied aus, so ist Satzungsänderung nur dann

erforderlich, wenn Vorstandsbesetzung der Satzung nicht mehr entspr. und Neubesetzung nicht erfolgen soll; § 399 FamFG ist bei rein faktischer Unterbesetzung unanwendbar (Keidel/Heinemann FamFG § 399 Rn. 15).

- 32 **2. Form der Bekanntmachung (§ 23 IV).** Regelungsgehalt erschließt sich nur im **Zusammenhang mit § 25**, der sog Pflichtbekanntmachungen erfasst (→ § 25 Rn. 1) und für diese BANz. als Pflicht-Gesellschaftsblatt vorschreibt. § 25 ist insoweit abschließend. § 23 IV erfasst daher nur sog **freiwillige Bek.**, die Ges. oder Satzung vorschreiben, ohne zugleich als Publikationsorgan die Gesellschaftsblätter zu bestimmen (zB Vierteljahresbericht, § 63 I). Für solche Bek. ist Form (nicht: Zeitpunkt uä) zu bestimmen. Es besteht Wahlfreiheit, zB BANz. oder Tageszeitung, eingeschriebener Brief usw (KK-AktG/A. Arnold Rn. 130; MüKoAktG/Pentz Rn. 151). Wahlfreiheit umfasst auch Bek., die nicht papiergebunden ist, vor allem Publikation in elektronischen Medien (RegBegr. BT-Drs. 14/4051, 9 f.).
- 33 **3. Weitere notwendige Satzungsbestimmungen.** Neben § 23 III, IV können andere Ges. vorschreiben, dass bestimmte Regelungen in der Satzung zu treffen sind. Bsp: Ges. über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten v. 9.9.1965 (BGBl. 1965 I 1294); danach erforderlich: Wahlbestimmung über die Vertreter der Berechtigten, die nicht Aktionäre sind (§ 6 II 2); Grundsätze über die Aufteilung der Einnahmen (§ 7 S. 3). Fehlen diese Satzungsbestimmungen, kann erforderliche Genehmigung nicht erteilt werden (§ 3 I Nr. 1); auch ist AG dann nicht ordnungsgem. errichtet (§ 38 I); vgl. MüKoAktG/Pentz Rn. 154; GK-AktG/Röhrich/Schall Rn. 172.

## V. Satzungsstrenge; Regelungswahlrechte (§ 23 V)

- 34 **1. Allgemeines.** § 23 V schränkt zum Schutz von Gläubigern und künftigen Aktionären Satzungsautonomie stark ein, macht Aktie auf diese Weise zu **standardisiertem Produkt** und erhöht damit ihre Umlauffähigkeit, indem sie Informationsaufwand und damit Transaktionskosten potenzieller Anleger reduziert (KK-AktG/A. Arnold Rn. 133; grdl. Kritik bei Kuntz, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 2016, 345 ff.). Da diese Zielsetzung in erster Linie börsennotierte AG betrifft, große Mehrheit deutscher AG aber nicht börsennotiert ist, wird pauschale Geltung des Grundsatzes zunehmend in Frage gestellt (zur Diskussion Fleischer ZHR 168 [2004], 673, 687 ff.; zu europarechtl. Bedenken sa Grundmann/Möslein ZGR 2003, 317, 363 f.; rechtsvergleichend Hopt in Gestaltungs-freiheit [ZGR-Sonderheft 13], 1998, 123 ff.). 67. DJT 2008 hat **Deregulierungsproblem** erneut aufgegriffen (Gutachter: Bayer) und an § 23 V ausdr. festgehalten (Beschlüsse Nr. 4a, 4b). Auch insges. moderate Gestaltungsspielräume für nicht börsennotierte Gesellschaften haben keine Zustimmung gefunden (Beschlüsse Nr. 9–13). Soweit Sonderregeln für börsennotierte Gesellschaften befürwortet werden, ist Differenzierung weithin durch Anfechtungsproblematik bedingt (Beschlüsse Nr. 6, 7c, 8). Insges. ist danach zu erwarten, dass es (auch für nicht börsennotierte Gesellschaften) beim Grundsatz der Satzungsstrenge verbleibt (so auch Bayer Gutachten E zum 67. DJT, 2008, 81 ff.; Mülbert Verh. 67. DJT, Bd. II/1, 2009, N 51, 55 ff.; für mehr Gestaltungsspielraum jedoch Spindler AG 2008, 598, 600 ff.). Abweichungen vom Ges. sind nur erlaubt, wenn dieses sie ausdr. zulässt, Ergänzungen nur, soweit Ges. nicht abschließende Regelung enthält (ähnlich bereits RGZ 49, 77, 80; RGZ 65, 91, 92; vgl. aber auch RGZ 120, 177, 180). Ges. iSd § 23 V ist nur AktG (KK-AktG/A. Arnold Rn. 140 ff.; GK-AktG/Röhrich/Schall Rn. 180; aA Geßler ZGR 1980, 427, 441: analog auch MitbestG). Rechtsfolgen bei Verstoß gegen § 23 V → Rn. 43.

**2. Abweichung (§ 23 V 1).** Abweichung liegt vor, wenn ges. Regelung durch eine andere ersetzt wird. Sie kann nur getroffen werden, wenn sie im Ges. **ausdr. zugelassen** ist. Ausdr. bedeutet: Abweichungsbefugnis muss sich aus Wortlaut des Ges., ggf. mittels Auslegung, eindeutig ergeben (MüKoAktG/Pentz Rn. 160 ff.; S/L/Seibt Rn. 54; Wahlers ZIP 2008, 1897, 1899); bloßes Schweigen des Ges. kann Abweichungsbefugnis nicht begründen. Zulässige Abweichungen betr. ua die Bestimmung „andere Mehrheiten“ und „weitere Erfordernisse“ für HV-Beschlüsse (vgl. zB § 52 V 3; § 103 I 3; § 133 I, II; § 179 II 2, 3). Abweichungen anderer Art werden zB zugelassen in: § 58 II 2, III 2; § 59 I; § 78 II 1, III 1. Gegliederte Übersicht bei KK-AktG/A. Arnold Rn. 143 ff. und GK-AktG/Röhrich/Schall Rn. 185 ff.

**Zwingender Natur** sind insbes.: Normen, die Zuständigkeitsbereich der Organe (S/L/Seibt Rn. 55), ihre Zusammensetzung und ihre innere Organisation regeln (KK-AktG/A. Arnold Rn. 152), einschließlich der Beteiligungsquote der AN-Vertreter im AR (→ § 96 Rn. 3; → § 251 Rn. 2; OLG Stuttgart AG 2021, 522, 525; MüKoAktG/Pentz Rn. 164). Ferner Bestimmungen über Minderheitsrechte; sie dürfen auch grds. (Ausnahme: § 122 I 2) nicht abgeschwächt werden (MüKoAktG/Pentz Rn. 164). Sodann Regelung der Verschwiegenheitspflicht der Verwaltungsmitglieder (§ 93 I 3, § 116); sie kann weder verschärft noch gemindert werden (→ § 116 Rn. 9 ff. mwN); Gleiches gilt für Umfang ihrer Sorgfaltpflichten gem. §§ 93, 116 (Geßler FS Luther, 1976, 67, 83 f.). Zwingend erforderlich ist schließlich Zustimmung der Vorzugsaktionäre gem. § 141 I (MüKoAktG/Pentz Rn. 164; Werner AG 1971, 69, 70).

**3. Ergänzungen (§ 23 V 2).** Ergänzung liegt vor, wenn Ges. **entspr. Regelungsinhalt nicht enthält** oder ges. Regelung ihrem Gedanken nach weitergeführt wird, also im Grundsatz unberührt bleibt. Ergänzungen sind zulässig, es sei denn, Ges. enthält abschließende Regelung; zT sind sie ausdr. zugelassen: zB § 8 II, § 11, § 39 II iVm § 262 I Nr. 1; § 55 I, § 63 III, § 67 I 3, § 68 II 1; § 100 IV; § 107 I 1 (auch Zahl der Stellvertreter, dazu BGHZ 83, 106, 111 = NJW 1982, 1525; Wank AG 1980, 148). IÜ ist durch **Auslegung** festzustellen, ob Norm abschließend ist, was wegen Formulierung „es sei denn“ Ausnahme darstellt. Möglich ist jede zusätzliche Regelung; Ergänzungsbefugnis besteht in den Grenzen der allg. Ges. und der zwingenden Vorschriften des AktG auch, wenn AktG keinerlei Regelung vorgibt (GK-AktG/Röhrich/Schall Rn. 248; Geßler FS Luther, 1976, 69, 74 f.), und nicht nur dort, wo sie der Ausfüllung eines vom Ges. festgelegten Rahmens dient.

**Zulässig sind ua:** Aufstellung persönlicher Voraussetzungen für Vorstandsmitglieder (zB Mindestalter, Staatsangehörigkeit, berufliche Qualifikation), wenn auch nur unter Wahrung des Auswahlermessens des AR (ausf. → § 76 Rn. 60; problematisch ist insofern im Lichte des AGG insbes. Höchstalter; → § 76 Rn. 65) sowie Vorgabe der Familienzugehörigkeit (→ § 100 Rn. 20); Erweiterung des Auskunftsrechts der Aktionäre (KK-AktG/A. Arnold Rn. 156), aber nur unter Beachtung des § 53a; Bildung fakultativer Gremien, zB Beiräte, Verwaltungsräte (→ § 76 Rn. 6; sa KK-AktG/A. Arnold Rn. 155; GK-AktG/Röhrich/Schall Rn. 246), jedoch ohne Änderung der ges. Zuständigkeitsverteilung → Rn. 36; Bestellung eines Ehrenvorsitzenden des AR (→ § 107 Rn. 15 ff.), Schaffung des Amtes eines Vorstandssprechers (GK-AktG/Röhrich/Schall Rn. 246; Lutter ZIP 1984, 645, 648); Bestimmungen zur Festlegung des Geschäftsjahrs (Fleischer/Maas AG 2020, 761 Rn. 11). Zulässig sind auch **Gerichtsklauseln**, soweit anderweitige ges. Zuständigkeit nicht ausschließlich ist (BGHZ 123, 347, 349 ff. = NJW 1994, 51; LG München I AG 2007, 255, 258; GK-AktG/Röhrich/Schall Rn. 246). Bes. Bedeutung solcher Klauseln ist darin zu sehen, dass sie von EuGH auch bei satzungsmäßiger Verankerung als ver-

tragliche Gerichtsstandsvereinbarungen iSd Art. 25 Brüssel Ia-VO angesehen werden, die zur ausschließlichen int. Zuständigkeit führen (EuGH Slg. 1992, I-01745 Rn. 20 – Powell Duffryn v. Petereit; vgl. zu dieser Zielrichtung auch Fleischer/Maas AG 2020, 761 Rn. 7); ausländisches Urteil wäre deshalb nach § 328 I ZPO in Deutschland nicht vollstreckbar (speziell zu derivative suits entspr. § 148 → § 148 Rn. 12a). **Abschließende Regelungen enthalten** zB: §§ 241, 275 (allgM); § 107 III 1 (BGHZ 83, 106, 115 mwN = NJW 1982, 1525); § 130 IV 1, also keine Unterzeichnung durch weitere Personen (vgl. RGZ 65, 91, 92); § 134 III (→ § 134 Rn. 25 mN). Befugnis, **Satzungsfassung** zu ändern, kann HV gem. § 179 I 2 nicht nur im Einzelfall, sondern generell an AR übertragen (str.; → § 179 Rn. 11). Abweichung (→ Rn. 35 f.) und Ergänzung (→ Rn. 37 f.) beziehen sich auf Vorgaben des AktG. Regelungswahlrechte dieser Art können aber auch **außerhalb des Aktienrechts** derart begründet sein, dass ihre Ausübung nur in der Satzung erfolgen kann (§§ 33a, 33b WpÜG oder § 43 WpHG).

## VI. Auslegung der Satzung

- 39 **1. Materielle Satzungsbestimmungen.** Trotz Vertragsnatur der Satzungsfeststellung finden §§ 133, 157 BGB nach Eintragung auf materielle Satzungsbestimmungen (→ Rn. 3) keine Anwendung. Sie unterliegen nach zutr. hM im Grundsatz obj. **Auslegung** (BGHZ 14, 25, 36 ff. = NJW 1954, 1401; BGHZ 96, 245, 250 = NJW 1986, 1083; BGHZ 123, 347, 350 f. = NJW 1994, 51; BGH NZG 2008, 309 Rn. 2; NZG 2022, 208 Rn. 12; KG AG 2016, 550, 551; OLG Frankfurt BeckRS 2018, 19511 Rn. 59; OLG Frankfurt AG 2011, 36, 38; OLG Stuttgart AG 1995, 283, 284; KK-AktG/A. Arnold Rn. 20; MüKoAktG/Pentz Rn. 49 f.; aA [§§ 133, 157 BGB im Prinzip anwendbar] RGZ 79, 418, 422; RGZ 159, 321, 326; GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 40; Fleischer DB 2013, 1466; Schockenhoff ZGR 2013, 76 ff.). Berücksichtigt werden **Wortlaut, Zweck und systematische Stellung.** Darüber hinaus können zur Auslegung nur **allg. zugängliche Unterlagen** herangezogen werden, insbes. Registerakten wegen der Anlagen gem. § 37 IV (→ Rn. 9 ff., 18); vgl. RGZ 165, 68, 73; BGH NZG 2008, 309 Rn. 2; OLG Frankfurt AG 2009, 699, 700 f.; GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 60. Absichten und Erwägungen der Gründer, die Dritten nicht erkennbar sind, bleiben grds. auch dann unberücksichtigt, wenn Auslegung nur zwischen den Gründern str. ist. Nur so ist gewährleistet, dass Auslegung für alle Beteiligten einheitlich erfolgt (vgl. RGZ 127, 186, 190; BGHZ 14, 25, 37; BGH WM 1955, 65, 66). Gegenauffassung, die bis zum Hinzutreten weiterer Gesellschafter im Binnenverhältnis §§ 133, 157 BGB anwenden will (aus neuerer Zeit insbes. Fleischer DB 2013, 1466, 1471 ff.; Schockenhoff ZGR 2013, 76 ff.; ähnlich Lutter/Hommelhoff/Bayer GmbHG § 2 Rn. 19), ist zuzugeben, dass obj. Auslegung ihre Rechtfertigung in erster Linie in körperschaftstypischer **Beitritts Offenheit** findet; künftige Gesellschafter müssen sich auf obj. Verständnis verlassen können. Diese Folgerung aus beitriffs offenem Charakter muss aber auch auf Zeitraum vor weiterem Beitritt ausstrahlen, da sich sonst vertraglich fixierter Satzungsinhalt mit dem Beitritt inhaltlich verändern würde, was dogmatisch schwer konstruierbar erscheint (ähnlich HCL/Ulmer/Löbbe GmbHG § 2 Rn. 195). Mehr noch als bei GmbH muss dies bei AG gelten, wo § 23 V – unabhängig von Zuschnitt des Gesellschafterkreises – den Satzungsinhalt generell vertraglicher Gestaltung der Gesellschafter entzieht (s. zu diesen Unterschieden auch Schockenhoff ZGR 2013, 76, 104 f.); auch Gläubigerschutz kann letztlich nur durch obj. Lesart gewährleistet werden. Ausnahmen sind bei missbräuchlicher Berufung auf eindeutig misslungene Satzungsformulierung denkbar (GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 46; insoweit aA Grunewald ZGR 1995, 68, 84 f.). Grund-

satz des obj. Verständnisses gilt auch für **ergänzende Auslegung** (BGH WM 1983, 835, 837; KK-AktG/A. Arnold Rn. 24). Mehrdeutige Bestimmung ist ggf. **restriktiv** gesetzeskonform auszulegen (RGZ 165, 78). Auslegung ist in **Revisionsinstanz** unbeschränkt nachprüfbar (stRspr seit RGZ 165, 68, 73 f.; BGHZ 9, 279, 281 = NJW 1953, 1021; BGHZ 123, 347, 350).

**2. Formelle Satzungsbestimmungen; Rechtslage vor Eintragung.** Formelle Satzungsbestimmungen (→ Rn. 4) werden gem. §§ 133, 157 BGB ausgelegt (KK-AktG/A. Arnold Rn. 19; MüKoAktG/Pentz Rn. 49). Es kann insoweit auch auf Absichten und Motive der Gründer zurückgegriffen werden (GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 54). Auslegung ist gem. §§ 133, 157 BGB in **Revisionsinstanz** nur dahingehend nachprüfbar, ob ges. Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt worden sind (BGH WM 1955, 65, 66; 1991, 495, 496). Teilw. werden diese Grundsätze auch auf materielle Satzungsbestimmungen **vor Eintragung** in das HR angewandt, da im Gründungsstadium noch keine hinreichend gewichtigen Drittinteressen für obj. Auslegung sprächen (Hölters/Weber/Solveen Rn. 7; MüKoAktG/Pentz Rn. 48; Grigoleit/Vedder Rn. 45). Dagegen spricht aber auch hier Gedanke einer **Kontinuität des Vertragsinhalts** (→ Rn. 39); anderenfalls müsste in der Tat nicht Eintragung, sondern Beitritt weiterer Gesellschafter maßgebliche Zäsur für Wechsel der Auslegungsperspektive sein (iE auch KK-AktG/A. Arnold Rn. 25; GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 48).

## VII. Satzungsängel

**1. Gründungsmängel. a) Vor Eintragung.** Zu unterscheiden ist, ob Vor-AG (→ § 41 Rn. 2 ff.) **in Vollzug gesetzt** ist oder nicht. Hat sie Geschäfte nicht aufgenommen und noch kein Vermögen gebildet, so folgt aus Vertragsnatur der Satzungsfeststellung (→ Rn. 7), dass allg. Vorschriften des BGB über Willensmängel und sonstige Fehler von Rechtsgeschäften anwendbar sind (RGZ 127, 186, 191; KK-AktG/A. Arnold Rn. 162; MüKoAktG/Pentz Rn. 165). Anzuwenden sind zB §§ 119, 123, 125, 134, 138 BGB, dagegen nicht § 139 BGB (RGZ 114, 77, 80 f.; MüKoAktG/Pentz Rn. 175; HCL/Ulmer/Löbbe GmbHG § 2 Rn. 139; str., einschr. KK-AktG/A. Arnold Rn. 163; GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 270). Ist Vor-AG in Vollzug gesetzt, so findet das Sonderrecht der fehlerhaften Gesellschaft Anwendung → § 275 Rn. 3, 8.

**b) Nach Eintragung.** Mit Eintragung der AG in das HR können Gründungsmängel aller Art grds. nicht mehr geltend gemacht werden, und zwar auch dann nicht, wenn sich zuvor schon Gründer darauf berufen haben (RGZ 82, 375, 377; BGHZ 21, 378, 382 f. = NJW 1957, 19; GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 278). Ausnahmen ergeben sich ausschließlich (vgl. § 275 I 2) nach **Maßgabe des § 275**: Aktionäre können auf Nichtigkeit klagen, wenn Satzung keine Bestimmung über Höhe des Grundkapitals oder über Gegenstand des Unternehmens enthält oder letztgenannte Angaben zwar enthält, Bestimmung aber nichtig ist (275 I 1; → § 275 Rn. 9 ff.). Registergericht kann bei Mangel gem. § 275 I 1 Löschung von Amts wegen vornehmen (§ 397 FamFG; → § 275 Rn. 30 ff.). Fehlende oder nichtige Bestimmungen nach § 23 III Nr. 1, 4, 5 oder 6 können zur Auflösung der AG gem. § 399 FamFG, § 262 I Nr. 5 führen, wenn Mangel nicht beseitigt wird (→ § 262 Rn. 15 ff.); abw. von §§ 395, 397 FamFG hat Gericht insofern kein Ermessen (MüKoFamFG/Krafka FamFG § 399 Rn. 11; MüKoFamFG/Krafka FamFG § 397 Rn. 13; Keidel/Heinemann FamFG § 399 Rn. 18). In bes. Fällen kommt auch Löschung nach § 395 FamFG in Betracht (→ § 275 Rn. 18). Verstoß gegen § 23 IV bleibt sanktionslos.



- 43 2. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen § 23 V.** Von Mängeln der Gründung zu unterscheiden sind Mängel einzelner Satzungsbestandteile. Auch insoweit ist zwischen Rechtslage vor und nach Registereintragung zu differenzieren. Verstöße gegen § 23 V sind Errichtungsmangel und führen, wenn einer Zwischenverfügung des Registergerichts nicht abgeholfen wird, zur **Zurückweisung der Anmeldung**. Ist AG jedoch eingetragen, so sind Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 23 V weithin unklar. Dies vor allem, weil Problematik durchgängig nicht für ursprüngliche Satzung, sondern für Satzungsänderungen erörtert wird (zutr. Geßler ZGR 1980, 427, 442). Die dazu zT entwickelte These, dass Satzungsänderung allein am Maßstab des § 241 Nr. 3 zu messen sei (→ § 241 Rn. 15), lässt sich aber auf Ursprungssatzung nicht übertragen, da sie nicht auf Beschluss, sondern Vertrag beruht (zutr. MüKoAktG/Pentz Rn. 171). Unwirksamkeitsfolge kann daher nur aus § 23 V selbst hergeleitet werden. Dass insofern Maßstab des § 241 Nr. 3 auf § 23 V ausstrahlt (so etwa KK-AktG/A. Arnold Rn. 157), ist abzulehnen, da historische Auslegung ergibt, dass Verstöße gegen § 23 V stets von § 241 Nr. 3 erfasst sind (ausf. → § 241 Rn. 15 mwN). Auch für **Heilung von Mängeln** der Ursprungssatzung trifft § 23 keine Regelung. Analog anzuwenden ist § 242 II (BGHZ 144, 365, 368 = NJW 2000, 2819; KK-AktG/A. Arnold Rn. 159; Emde ZIP 2000, 1753, 1755; Geßler ZGR 1980, 427, 453; noch offenlassend BGHZ 99, 211, 217 = NJW 1987, 902; aA Goette FS Röhricht, 2005, 115, 123 ff.; wohl auch GK-AktG/K. Schmidt § 242 Rn. 8). Aus sinngem. Anwendung des § 242 II ergibt sich, dass Nichtigkeit einzelner Satzungsbestimmungen rückwirkend wegfällt, wenn AG trotz dieser Nichtigkeit in das HR eingetragen wird und seither drei Jahre verstrichen sind.

## VIII. Kosten

- 44 Gebühren für Beurkundung** bestimmen sich nach KV GNotKG (Kostenverzeichnis). IDR fällt danach die doppelte Gebühr an (KV 21100 GNotKG). Ausnahmsweise, nämlich bei Einmanngründung, wird nur eine Gebühr geschuldet (KV 21200 GNotKG); → § 2 Rn. 4a. Geschäftswert berechnet sich nach §§ 97, 107 GNotKG. Maßgeblich ist Höhe des Grundkapitals; ein schon in der Satzung bestimmtes genehmigtes Kapital wird jedoch hinzugerechnet. Höchstbetrag nach § 107 I 1 GNotKG: 10 Mio. Euro. Rspr. des EuGH, nach der auch Notariatsgebühren gegen EU-Kapital-ErtragsteuernRL verstoßen, wenn sie nicht nach tats. Aufwand erhoben werden (→ § 38 Rn. 18 zu Kosten der Eintragung), betr. nur Beurkundung, die von beamteten Notaren als Staatsaufgabe wahrgenommen wird (EuGH Slg. 1999, I-6449, 6458 ff. = NJW 2000, 939; Slg. 2000, I-7213, 7241 ff. = NZG 2000, 1115; Slg. 2002, I-3335, 3347 = NJW 2002, 2377 Ls.; NZG 2007, 626, 627 ff. [auch bei Gläubigereigenschaft beamteter Notare]; ebenso OLG Karlsruhe FGPrax 2002, 275, 276 f.; ZIP 2003, 800, 801 ff.; GmbHR 2004, 670), ist also nicht zu verallgemeinern (keine Erstreckung auf Anwaltsnotare: OLG Hamm FGPrax 2002, 269 f.). Für Beurkundung einer Vollmacht fällt gem. § 98 I GNotKG iVm KV 21200 GNotKG eine volle Gebühr des halben Geschäftswerts an (vgl. BT-Drs. 17/11471, 180), für Beglaubigung einer Vollmacht gem. § 121 GNotKG iVm KV 25100 GNotKG eine 0,2-fache Gebühr bei vollem Geschäftswert (vgl. BT-Drs. 17/11471, 230 f.). Kostenschuldner sind im Außenverhältnis gem. § 29 Nr. 1 GNotKG die Gründer, da sie bei Erteilung des Beurkundungsauftrags nicht im Namen der Vor-AG handeln können, da diese erst mit Abschluss des Beurkundungsvorgangs entsteht (→ § 29 Rn. 2). Im Innenverhältnis können Kosten gem. § 26 II (→ § 26 Rn. 5 f.) von AG übernommen werden. Eintragungskosten → § 38 Rn. 18.