Aktiengesetz: AktG

Koch

18. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-81421-1
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung 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 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 für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

BGH grds. Bedürfnis nach prozeduralen Erleichterungen gerade im Aktienrecht anerkannt hat (BGHZ 117, 323, 332), wird dagegen im neueren Schrifttum mit überzeugenden Argumenten auch Verzicht auf Gründungsbericht, Gründungsprüfung und Sachgründungsbericht für zulässig gehalten; an ihrer Stelle soll allein Nachw. der Kapitalaufbringung im Rahmen der Anzeige der wirtschaftlichen Neugründung (→ Rn. 27a) genügen (BeckOGK/Limmer Rn. 71; Krafka RegisterR Rn. 1594b; Schaefer/Steiner/Link DStR 2016, 1166, 1168). Da Positionierung des BGH in diesem Punkt nicht hinreichend klar ist und auch teleologischer Befund nicht eindeutig ausfällt, sollte Vorgehensweise vorab mit Registergericht abgeklärt werden. Nicht zu fordern ist **Bankbestätigung** analog § 37 I 2, 3, da Kreditinstitut Vermögensverhältnisse der AG in dieser Situation nicht hinreichend überblicken kann (BeckOGK/Limmer Rn. 71; Krafka RegisterR Rn. 1594b; Heinze BB 2012, 67, 68 f.; Melchior AG 2013, R 223, 225; Schaefer/Steiner/Link DStR 2016, 1166, 1169). Ebenfalls nicht abschließend geklärt ist Behandlung des **Gründungsaufwands** (vgl. BeckOGK/Limmer Rn. 71; Krafka RegisterR Rn. 1594c; Winnen RNotZ 2013, 389, 405). Nach OLG Stuttgart AG 2013, 95 f. soll es jedenfalls zulässig sein, wenn iRd wirtschaftlichen Neugründung anfallender Gründungsaufwand von AG übernommen und entspr. Satzungsergänzung in HR eingetragen wird. Unzulässig ist es dagegen, der AG kumulativ die Kosten der rechtl. und der wirtschaftlichen Neugründung aufzuerlegen (Winnen RNotZ 2013, 389, 405).

27a Um gebotene Kontrolle durch Registergericht analog § 38 zu ermöglichen, muss Neugründung ihm ggü. **offen gelegt** werden (KK-AktG/A. Arnold Rn. 109: verfahrensrechtl. Kernstück), was bei Vorratsgründung schon durch gebotene Satzungs-, Firmen- und idR auch Sitzänderung erforderlich wird, aber auch bei Verwendung eines Alt-Mantels analog §§ 36 f. erfolgen muss; insbes. erforderlich ist Versicherung über ordentliche Kapitalaufbringung (BGHZ 155, 318, 323 f. = NJW 2003, 3198; BGHZ 192, 341 Rn. 13, 17 f. = NJW 2012, 1875; Einzelheiten zu den registergerichtl. Voraussetzungen der Offenlegung bei Melchior AG 2013, R 223 ff.). Umstr. ist, wer **Anmeldeerklärung** abzugeben hat. Im Gründungsrecht sehen §§ 36 I, 37 Anmeldung durch alle Gründer und Mitglieder des Vorstands und des AR vor, doch erweist sich schon Festlegung der Gründer bei Mantelverwendung als schwierig (vgl. dazu BeckOGK/Limmer Rn. 71). HM versteht darunter Erwerber der Vorrats-AG (KK-AktG/A. Arnold Rn. 108; Priester DB 2001, 467, 468; Reichert ZGR 2001, 554, 559; aA [Gründer der Vorrats-AG] Dormann/Formholzer AG 2001, 242, 243; Werner ZIP 2001, 1403, 1404). Auch das erweist sich aber in vielen Fällen als unpraktikabel, etwa bei bloßer Neuaktivierung eines börsennotierten Mantels (vgl. Schaefer/Steiner/Link DStR 2016, 1166, 1167 f.). Neuere Auffassung lässt es daher zu Recht genügen, wenn **Offenlegung allein durch Vorstand und AR** erfolgt (BeckOGK/Limmer Rn. 71; Grigoleit/Vedder Vor § 23 Rn. 14; Krafka RegisterR Rn. 1594b; DNotI-Report 2012, 93, 96; Heinze BB 2012, 67, 69 f.; Schaefer/Steiner/Link DStR 2016, 1166, 1168; ähnlich auch Melchior AG 2013, R 223, 224). Haftungsrechtl. Folgen unterbliebener Offenlegung treffen die Gesellschafter (BGHZ 192, 341 Rn. 42; → Rn. 27b). Wegen strafrechtl. Analogieverbots ist unterlassene Offenlegung aber nicht nach § 399 I Nr. 1 strafbewehrt (BGHZ 192, 341 Rn. 27). Nur bei Falschangaben kommt Strafbarkeit nach §§ 156, 161 StGB in Betracht (Melchior AG 2013, R 223, 225). Zuführung von Sachwerten nach Mantelgründung kann auch § 52 (direkt) anwendbar machen (Nachgründung). Als Gründer iSd § 52 I 1 sind dann die ersten Verwender der AG anzusehen (MüKoAktG/Pentz Rn. 114; Hölters/Weber/Solveen Rn. 48; Winnen RNotZ 2013, 389, 407). Als maßgeblichen Zeitpunkt für Bemessung der Zweijahresfrist hat bislang hM auf Eintragung der entspr. Satzungsänderungen in das HR abgestellt (vgl. etwa Grooterhorst NZG 2001, 145,

148; Priester DB 2001, 467, 468). Nachdem BGHZ 192, 341 Rn. 23 ff. als maßgeblichen Zeitpunkt erstmaliges Auftreten im Rechtsverkehr identifiziert hat, dürfte dieser Zeitpunkt auch für **Nachgründung** zugrunde zu legen sein (so auch Grigoleit/Vedder Vor § 23 Rn. 19; Pentz FS Hoffmann-Becking, 2013, 871, 886 f.; Winnen RNotZ 2013, 389, 407).

27b Unterbleibt gebotene Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung (→ Rn. 27), so führt Analogie zum Gründungsrecht auch zur **Unterbilanzhaftung** der mit Neugründung einverstandenen Aktionäre, die also das satzungsmäßige Garantiekapital unter Beseitigung etwa aufgetretener Verluste aufzufüllen haben (BGHZ 155, 318, 326 = NJW 2003, 3198; BGHZ 192, 341 Rn. 15 ff., 36 = NJW 2012, 1875; OLG Düsseldorf ZIP 2012, 2011, 2012 f.; KG ZIP 2012, 1863, 1864; zur Kritik am Haftungskonzept vgl. etwa Altmeppen DB 2003, 2050 ff.; K. Schmidt ZIP 2010, 857, 863 ff.). Nicht erforderlich ist dagegen die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter (Berkefeld GmbHR 2018, 337, 341). Zeitlich ist diese Unterbilanzhaftung allerdings auf Zeitpunkt beschränkt, in dem wirtschaftliche (Neu-)Gründung durch Anmeldung der damit einhergehenden Satzungsänderungen oder Aufnahme der neuen Geschäftstätigkeit erstmals **nach außen hin in Erscheinung tritt** (BGHZ 192, 341 Rn. 23 mwN zur umfangreichen Lit.; bekräftigend BGH NZG 2014, 264 Rn. 8; wie BGH etwa MüKoGmbHG/Wicke GmbHG § 3 Rn. 32; Habersack AG 2010, 845, 849 f.; Herresthal/Servatius ZIP 2012, 197, 200 f., 202 f.; Kuszlik GmbHR 2012, 882, 884 ff.; Pentz FS Hoffmann-Becking, 2013, 871, 880 ff.; Ulmer ZIP 2012, 1265, 1267 ff.). Gegenauffassung, die stattdessen wie bei unterbliebener Ersteintragung für zeitlich unbegrenzte Verlustdeckungshaftung bis zur Offenlegung ggü. Registergericht plädiert (s. insbes. OLG Jena NZG 2004, 114, 115; OLG Jena ZIP 2007, 124, 125; Bachmann NZG 2011, 441, 443 ff.; Bayer FS Goette, 2011, 15, 20 ff.; Hüffer NJW 2011, 1772, 1773), belastet Gründer in einer Weise, die durch angestrebten Gläubigerschutz nicht mehr geboten ist, da Gläubiger kein schutzwürdiges Vertrauen auf Verlustausgleich der Gesellschafter nach diesem Zeitpunkt haben (ausf. BGHZ 192, 341 Rn. 23 ff.). Unterbliebene Offenlegung ist damit auch nicht sanktionslos (so der Einwand von Bachmann NZG 2011, 441, 443 f.), da Gesellschafter mit **Beweislastumkehr** belastet bleiben, also darlegen und beweisen müssen, dass AG, als sie nach außen in Erscheinung trat, mit statutarischem Grundkapital ausgestattet war; damit wird Verhinderung registergerichtl. Präventivkontrolle hinreichend sanktioniert (BGHZ 192, 341 Rn. 42; HCL/Ulmer/Löbbe GmbHG § 3 Rn. 162; Herresthal/Servatius ZIP 2012, 197, 203; v. Selle NZG 2023, 1199, 1201; Winnen RNotZ 2013, 389, 407 ff.). Wird Offenlegung nachgeholt und auf dieser Grundlage registergerichtl. Kontrolle durchgeführt, entfällt Beweislastumkehr, allerdings muss sich Deckungsnachweis ebenfalls auf Zeitpunkt des erstmaligen Auftretens beziehen, um zu verhindern, dass Gesellschafter auf günstige Geschäftsentwicklung spekulieren (HCL/Ulmer/Löbbe GmbHG § 3 Rn. 164; Pentz FS Hoffmann-Becking, 2013, 871, 882 f.; ohne die zuletzt genannte Einschränkung Jeep NZG 2012, 1209, 1216 f.; aA C. Horn DB 2012, 1255, 1256 f.; grds. konzeptionelle Einwände bei A. Götz GmbHR 2013, 290 ff.). Für fehlerhafte Offenlegung gilt § 46 (s. BGH AG 2011, 751 Rn. 13; Bachmann NZG 2012, 579, 580 zur Parallelvorschrift in § 9c GmbHG).

27c Str. ist **Handelndenhaftung** entspr. § 41 I 2, die hier allerdings nicht bis zur Eintragung, sondern allenfalls bis zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung in Betracht kommt (dafür etwa KG NZG 1998, 731 f.; LG Hamburg NJW 1985, 2426; S/L/Seibt Rn. 45; Hüffer NZG 2011, 1257, 1259; dagegen OLG Brandenburg ZIP 1998, 2095 f.; OLG Karlsruhe DB 1978, 1219, 1220; OLG Koblenz WM 1989, 304, 305; GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 372; Scholz/K. Schmidt GmbHG § 11 Rn. 109; HCL/Ulmer/Löbbe GmbHG § 3 Rn. 168;

Berkefeld GmbHR 2018, 337, 344; Herresthal/Servatius ZIP 2012, 197, 203 f.; Pentz FS Hoffmann-Becking, 2013, 871, 889 ff.; Ulmer ZIP 2012, 1265, 1271; vgl. auch OLG Hamburg BB 1987, 505; offenlassend BGHZ 155, 318, 327 = NJW 2003, 3198; BGH AG 2011, 751 Rn. 13 f.; vgl. auch OLG Hamburg ZIP 1983, 570, 571 f.). Richtigerweise ist Handelndenhaftung abzulehnen. § 41 I 2 wird schon in originärem Anwendungsbereich äußerst restriktiv gehandhabt (→ § 41 Rn. 18 ff.), so dass bei Analogie erst recht Zurückhaltung geboten ist. Da auf Unterbilanzhaftung gestütztes Schutzkonzept (→ Rn. 27a) Gläubigerinteressen hinreichend Rechnung trägt, ist weitergehende Haftung nicht geboten.

27d 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.; zu möglichen Indizien vgl. KG NZG 2023, 888 Rn. 12 ff.). 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. [Aufschluss 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).

28 **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).

29 **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/Röhricht/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).

30 **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/Röhricht/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.

31 **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/Röhricht/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/Röhricht/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 (Sternal/Eickelberg FamFG § 399 Rn. 17).

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 papiergebun-

den ist, vor allem Publikation in elektronischen Medien (RegBegr. BT-Drs. 14/4051, 9 f.).

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/Röhricht/Schall Rn. 172. **33**

V. Satzungsstrenge; Regelungswahlrechte (§ 23 V)

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 Gestaltungsfreiheit [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/Röhricht/Schall Rn. 180; aA Geßler ZGR 1980, 427, 441: analog auch MitbestG). Rechtsfolgen bei Verstoß gegen § 23 V → Rn. 43. **34**

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/Röhricht/Schall Rn. 185 ff. **35**

Zwingender Natur sind insbes.: Normen, die Zuständigkeitsbereich der Organe (S/L/Seibt Rn. 55), ihre Zusammensetzung und ihre innere Organisa- **36**

tion 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 Sorgfaltspflichten 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).

37 **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 5, § 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/Röhricht/Schall Rn. 248; Geßler FS Luther, 1976, 69, 74 f.), und nicht nur dort, wo sie der Ausfüllung eines vom Ges. festgelegten Rahmens dient.

38 **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. 144; problematisch ist insofern im Lichte des AGG insbes. Höchstalter; → § 76 Rn. 152) 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. 7; sa KK-AktG/A. Arnold Rn. 155; GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 246), jedoch ohne Änderung der ges. Zuständigkeitsverteilung → Rn. 36; Bestellung eines Ehrenvorsitzenden des AR (→ § 107 Rn. 15 ff.), Schaffung des Amts eines Vorstandssprechers (GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 246; Lutter ZIP 1984, 645, 648); Bestimmungen zur Festlegung des Geschäftsjahrs (Fleischer/Maas AG 2020, 761 Rn. 11). Zulässig sind auch **Gerichtsstandsklauseln,** soweit anderweitige ges. Zuständigkeit nicht ausschließlich ist (BGHZ 123, 347, 349 ff. = NJW 1994, 51; LG München I AG 2007, 255, 258; GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 246). Bes. Bedeutung solcher Klauseln ist darin zu sehen, dass sie von EuGH auch bei satzungsmäßiger Verankerung als vertragliche 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,

beck-online DIE DATENBANK

dass ihre Ausübung nur in der Satzung erfolgen kann (§§ 33a, 33b WpÜG oder § 43 WpHG).

VI. Auslegung der Satzung

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; NZG 2023, 1068 Rn. 28; 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). Das erstreckt sich auch auf Vorstandsberichte nach § 124 II 3 oder nach § 186 IV 2, die gem. § 130 III der Niederschrift als Anlage beigefügt oder inhaltlich in Niederschrift aufgenommen und nach HV gem. § 130 V in Form öffentl. beglaubigter Abschrift zum HR eingereicht werden (→ § 130 Rn. 24). 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 **Beitrittsoffenheit** findet; künftige Gesellschafter müssen sich auf obj. Verständnis verlassen können. Diese Folgerung aus beitrittsoffenem 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.). Grundsatz 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; aus jüngerer Zeit vgl. BGH NZG 2023, 1068 Rn. 28). **39**

2. Formelle Satzungsbestimmungen; Rechtslage vor Eintragung. Formelle Satzungsbestimmungen (→ Rn. 4) werden gem. **§§ 133, 157 BGB** aus- **40**

gelegt (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. Satzungsmängel

41 **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.

42 **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 (Sternal/Eickelberg FamFG § 399 Rn. 20). 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 Satzungs-

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG