

Aktiengesetz: AktG

Koch

19. Auflage 2025
ISBN 978-3-406-82848-5
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.

auch BGHZ 96, 245, 251 f. = NJW 1986, 1083 zum eV). Frage ist jedoch str., und zwar vor allem für GmbH (vgl. dazu HCL/ULmer/Löbke GmbHG § 1 Rn. 5 ff.). Begriffliche Abgrenzung ist deshalb bedeutsam, weil **Änderungen** des Unternehmensgegenstands gem. § 179 II durch Mehrheitsbeschluss erfolgen können, während Änderungen des Gesellschaftszwecks gem. § 33 I 2 BGB zusätzlich der Zustimmung aller Aktionäre bedürfen (→ § 179 Rn. 33). Lösung muss § 262 I Nr. 2 Hs. 2, § 274 I 2, § 293 Rechnung tragen, die für wesentliche Strukturänderungen Mehrheitsentscheidung zulassen (sa Kort AG 2011, 611, 614 f.; aA MüKoAktG/Pentz Rn. 74, 76). Das entspr. auch den typischen Bedingungen der AG, unter denen Zustimmung aller Aktionäre nicht zu erzielen ist. Insges. sollte deshalb Unternehmensgegenstand nur sehr zurückhaltend dem Gesellschaftszweck zugeordnet oder gleichgestellt werden (ähnlich GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 125 ff.). Kein Fall der Zweckänderung ist jedenfalls bloße Ausweitung des bisherigen Unternehmensgegenstands (KG NZG 2005, 88, 89). Klarer Fall der Zweckänderung ist dagegen gänzlicher oder teilw. Übergang von erwerbswirtschaftlicher zu **gemeinnütziger Tätigkeit** (zur gemeinnützigen AG vgl. Binnewies/Hertwig AG 2020, 739 ff.; Momberger, Social Entrepreneurship, 2014, 95 ff.; zur bes. Bedeutung in Familienunternehmen Fleischer ZIP 2023, 2385, 2389 f.).

cc) Schranken. Zu beachten sind insbes. §§ 134, 138 BGB. Bsp. zu § 134 **23**
BGB: Verbotene Glücksspiele, gewerbsmäßige Hehlerei (vgl. RGZ 96, 282 f.); Verstoß gegen § 1 GWB (MüKoAktG/Pentz Rn. 84); zur Frage, ob Gründung durch Ausländer gegen § 134 BGB verstößt, wenn deren Aufenthaltserlaubnis eine Erwerbstätigkeit nicht zulässt, → § 2 Rn. 7. Bsp. zu § 138 I **BGB:** Betrieb eines Bordells (vgl. BGHZ 41, 341, 342 = NJW 1964, 1791); organisierter Austausch von Finanzwechseln (BGHZ 27, 172, 176 = NJW 1958, 989). Weitere Beschränkungen bestehen zT für **freie Berufe** aus standesrechtl., nicht aber aktienrechtl. Gründen; so für Apotheker (§§ 7, 8 ApoG – Ges. über das Apothekenwesen idF v. 15.10.1980, BGBl. 1980 I 1994), Ärzte (s. aber BGHZ 124, 224, 226 ff. = NJW 1994, 786: kein wettbewerbsrechtl. Unterlassungsanspruch gegen Zahnarzt-GmbH) oder Anwaltsnotare. In der Rechtsform der AG können jedenfalls Wirtschaftsprüfer (§ 27 I WPO), Steuerberater (§ 49 I StBerG) sowie Architekten und Ingenieure tätig werden. Für Rechtsanwälte und Patentanwälte ist es bei Stückwerk geblieben: Ges. zur Änderung der BRAO, der PAO und anderer Ges. v. 31.8.1998 (BGBl. 1998 I 2600) lässt in Art. 1 Nr. 2 bzw. Art. 2 Nr. 2 zwar GmbH zu (dafür schon BayObLGZ 1994, 353, 356 ff.; seither BayObLGZ 1996, 188, 191; LG Baden-Baden GmbHR 1996, 924 f.; aA noch LG München I NJW 1994, 1882 f.), enthält sich aber einer Regelung zur AG (Reg-Begr. BR-Drs. 1002/97, 12, 14). Beschränkungen für freie Berufe sollten insges. überdacht und grds. aufgegeben werden (sa Henssler ZHR 161 [1997], 305 ff.). Insbes. ist nicht ersichtlich, warum zwar GmbH, aber nicht AG zur Verfügung stehen sollte. Zulässigkeit der **Rechtsanwalts-AG** wird deshalb zu Recht bejaht von BFH NJW 2004, 1974; BayObLGZ 2000, 83, 85; vor allem sog kleine AG kommt auch praktisch in Betracht (ausf. Döge ZIP 2019, 596 ff.). Hinweise zum Berufsrecht bei Kempter/Kopp NJW 2000, 3449 ff. und zur Satzungsgestaltung bei Kempter/Kopp NJW 2001, 777 ff. AG kann, obwohl sie nicht unter §§ 59c ff. BRAO fällt, auch zur Anwaltschaft zugelassen werden; das folgt aus Art. 12 I GG, Art. 3 I GG (BGHZ 161, 376, 381 = NJW 2005, 1568; BGH ZIP 2006, 282 Rn. 7; noch aA Kempter/Kopp NJW 2004, 3605, 3606 ff.).

dd) Individualisierung. Unternehmensgegenstand muss derart individualisiert angegeben werden, dass **Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit** für außenstehende Dritte (→ Rn. 21) erkennbar wird (zum Zweck → Rn. 21); Aktivitäten in **Randbereichen** wie etwa Hilfgeschäfte (→ Rn. 24a) werden dadurch nicht **24**

ausgeschlossen (→ § 82 Rn. 9). Erfordernis gilt allg. und nicht nur für in § 23 III Nr. 2 namentl. genannte Industrie- und Handelsunternehmen (MüKoAktG/Pentz Rn. 68; GK-AktG/Röhrich/Schall Rn. 142; zur GmbH BGH WM 1981, 163, 164; OLG Düsseldorf BB 2011, 272, 273). Dass Individualisierungspflicht wegen Aufhebung des früheren § 37 IV Nr. 5 (→ § 37 Rn. 14) als weitgehend abgeschafft zu betrachten sei (Hirte FS Hüffer, 2010, 329, 335), wird wegen unveränderten Wortlauts und bezweckter Beschränkung der Leitungsbefugnis (→ Rn. 21) nicht anzunehmen sein. Anzugeben ist, ob Produkte erzeugt, bearbeitet oder gehandelt werden; sie sind der Art nach zu bezeichnen (zB Herstellung und Vertrieb von Werkzeugmaschinen). Bei Dienstleistungsunternehmen ist Tätigkeit (zB Vermögensverwaltung) anzugeben. Leerformeln (zB Betrieb eines Kaufmannsgeschäfts) reichen nicht (BayObLG NJW-RR 1996, 413, 414; KGJ 34, A 149, 150). **Weitreichende Formulierungen** (zB Import von oder Handel mit Waren aller Art; Verwaltung von Vermögen und Beteiligung an anderen Unternehmen; Produktion von Waren aller Art) sind nur zulässig, wenn weitere Präzisierung nicht möglich sein sollte (BayObLGZ 1994, 224, 226 f.; BayObLG NZG 2003, 482; OLG Düsseldorf NJW 1970, 815; BB 2011, 272, 273). Unzureichende Individualisierung ist Eintragungshindernis gem. § 38 I (→ Rn. 7). Unbedenklich sind die Zusätze „und verwandte Geschäfte“ oder „einschließlich des Erwerbs von Beteiligungen und der Gründung von Zweigniederlassungen“ (allgM, OLG Frankfurt OLGZ 1987, 40). Umstr. ist, ob Unternehmensgegenstand auch noch auf solche Angaben erweitert werden darf, die nicht nur Betätigungsfeld der AG abstecken, sondern darüber hinaus auch noch sachlich-gegenständliche, weltanschauliche oder politische Vorgaben enthalten (→ § 82 Rn. 10; zur Festschreibung der Börsennotierung → § 119 Rn. 45).

24a Hilfgeschäfte in der Satzung zu nennen, kann im Hinblick auf § 52 IX (→ § 52 Rn. 18) sinnvoll sein, ebenso Bezeichnung schon absehbarer Großvorhaben. Mangels Individualisierbarkeit nicht akzeptabel ist Zusatz: „alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die den Zwecken der Gesellschaft dienlich sind“ (OLG Köln OLGZ 1981, 428). Auch ohne solche Zusätze darf Vorstand Hilfgeschäfte vornehmen, und zwar auch dann, wenn sie nicht unmittelbar vom Unternehmensgegenstand erfasst sind (→ § 82 Rn. 9). Hat AG mehrere Unternehmensgegenstände, so sind sie sämtlich anzugeben. Nach heute ganz hM gehört zur Individualisierung des Unternehmensgegenstands auch, ob sich AG auf ihrem Tätigkeitsgebiet unmittelbar oder auch mittelbar, dh durch Beteiligung an anderen Unternehmen, betätigen will (ausf. → § 179 Rn. 34 – dort auch zu fortbestehenden Zweifeln). Deshalb sollte Unternehmensgegenstand durch sog **Konzernöffnungsklausel** entspr. erweitert werden (zur Verbreitung vgl. Fleischer/Maas AG 2020, 761 Rn. 10), wobei auch Klarstellung erfolgen sollte, ob nur unternehmerische oder auch rein kapitalistische Beteiligungen gestattet sein sollen (ausf. zu den Folgen des Beteiligungserwerbs mit und ohne Konzernöffnungsklausel → § 179 Rn. 34). Bei **Holdinggesellschaft** erfolgt genügende Individualisierung jedenfalls dann, wenn Gruppenleitung in sog Holdingklausel als eigentlicher Unternehmensgegenstand benannt ist und Geschäftstätigkeit der Gruppengesellschaften in Klausel selbst zusammenfassend umschrieben oder zusätzlich aufgelistet wird (Spiegelstrichlösung; s. dazu Tieves, Der Unternehmensgegenstand, 1998, 418 f.). Kombination beider Lösungen ist möglich, Zusatzauf-listung neben integrierter Tätigkeitsangabe aber nicht erforderlich. Soll Holdinggesellschaft tats. als sachbereichsneutrale Beteiligungsgesellschaft konzipiert sein, kann auch auf derartige Konkretisierung noch verzichtet werden. Es ist nicht Aufgabe des Satzungsrechts, solche Betätigung zu verbieten (zutr. Holding HdB/Stephan Rn. 3.187). Während solchermaßen umschriebene Konzernöffnungsklausel Erweiterung „nach unten“ gestattet, ist fraglich, ob es auch „nach oben“

erforderlich ist, satzungsmäßig festzuschreiben, dass **AG als abhängige Gesellschaft** geführt werden darf. In solcher Situation hat namentl. Strohn gefordert, Konzernöffnungs Klausel müsse Vorstand berechtigen, AG als abhängige Gesellschaft in einen Konzern einzubringen (Strohn ZHR 182 [2018], 114, 128 ff.). Das ist abzulehnen, weil Vorstand nach konzernoffener Ausgestaltung des AktG keinesfalls zwangsläufig an Begründung der Abhängigkeit beteiligt sein muss. Wenn Ges. in dieser Weise Abhängigkeit gestattet, bedarf es dafür keiner weiteren Satzungsgrundlage (LG München I NZG 2019, 384 Rn. 29, 45; ausf. J. Koch ZGR 2019, 588, 600 ff.; sa KK-AktG/Zetzsche § 179 Rn. 301; MHdB AG/Sailer-Coceani § 9 Rn. 16; Horn, Fusion durch NewCo-Übernahme, 2020, 85 ff.; Rieckers DB 2020, 207, 213; Schmidbauer/Kürten NZG 2021, 1150, 1154 f.; Schmolke VGR 24 GesR 2018, 137 Rn. 15 f.; J. Vetter in Veil/Grigolet/Habersack, Öffentliche Unternehmensübernahmen, 2022, 177, 202 ff.; Wilsing FS Marsch-Barner, 2018, 595, 600). Zur Frage einer Zuständigkeit nach Holz Müller-Grundsätzen → § 119 Rn. 24b.

c) Exkurs: Mantelkauf und Mantelgründung. aa) Mantel- oder Vorratsgründung. 25
 Wirtschaftlich nicht oder nicht mehr tätige AG (Unternehmens-, meist auch Vermögenslosigkeit → Rn. 27d), die jedoch wegen fortdauernder HR-Eintragung als jur. Person besteht, wird als AG-Mantel bezeichnet. Mantel kann dadurch entstehen, dass früher aktive AG Geschäftsbetrieb eingestellt hat, aber auch durch sog. Mantelgründung. Darunter versteht man gezielte Errichtung einer AG, die wenigstens vorerst, abgesehen von Verwaltung eigenen Vermögens, kein Unternehmen betreiben soll; im letztgenannten Fall spricht man auch von Vorratsgründung. Rechtl. werden beide Fälle im Wesentlichen gleich behandelt (BGHZ 192, 341 Rn. 9 = NJW 2012, 1875; zweifelnd insofern aber Ulmer ZIP 2012, 1265, 1269). **Verdeckte Mantelgründung** unter Angabe fiktiven Unternehmensgegenstands einschließlich der Fälle, in denen es an konkreter Betriebsabsicht fehlt (zweifelnd insofern jetzt aber GK-AktG/Röhrich/Schall Rn. 351 in Abw. von GK-AktG/Röhrich, 4. Aufl. 1997, Rn. 124), ist nach allgM unzulässig; zur Begründung wird teils § 117 BGB herangezogen (so zB KG JFG 1, 200, 202; KG JFG 3, 193, 195; Meyding, Die Mantel-GmbH, 1989, 37 f.), teils auf § 134 BGB abgehoben (Kantak, Mantelgründung und Mantelverwendung, 1988, 65 f.; nur zutr., wenn verbotener Unternehmensgegenstand verdeckt wird). Zur Nichtigkeitsklage → § 275 Rn. 17. Zulässig ist jedoch **offene Mantelgründung**, insbes. in der Form, dass als Unternehmensgegenstand Verwaltung und Erhaltung des eigenen, vor allem durch Einlagen gebildeten Vermögens offengelegt wird (geklärt seit BGHZ 117, 323, 325 f. = NJW 1992, 1824; sa BGHZ 153, 158, 161 = NJW 2003, 892; BGH NZG 2010, 427 Rn. 6 ff.; GK-AktG/Röhrich/Schall Rn. 347 ff.). Neben entspr. Bezeichnung des Unternehmensgegenstands ist zu beachten, dass auch Firma nicht irreführenden Eindruck aktiver AG hervorrufen darf (HCL/Ulmer/Löbbe GmbHG § 3 Rn. 130). Aktivierung des Mantels erfolgt durch Satzungsänderung (→ Rn. 27a), für die Dreiviertelmehrheit des § 179 II genügt (str. – s. HCL/Ulmer/Löbbe GmbHG § 3 Rn. 151). Zum Sonderfall eines bewusst unrichtig angegebenen Unternehmensgegenstands → § 275 Rn. 17. Zum Sonderfall der Börsenmantelaktiengesellschaft → Rn. 48 ff.

Wirtschaftliches Ziel der Mantelgründung ist in erster Linie, die mit uU 25a langwierigem Eintragungsverfahren verbundenen Haftungsrisiken nach Regeln der Vor-AG (→ § 41 Rn. 8 ff.) zu reduzieren (GK-AktG/Röhrich/Schall Rn. 344 f.). Dieser Zweck kann auch nach heute weitgehend anerkannter analoger Geltung des Gründungsrechts zumindest zT noch erreicht werden, da Deckungshaftung nicht Zeitraum bis zur Eintragung abdeckt, sondern nur bis zum erstmaligen Auftreten der wirtschaftlichen Neugründung im Außenverhältnis vorliegen muss (→ Rn. 27 f.). Durch zahlreiche Gründungs erleichterungen in

den letzten Jahren ist **Eintragungsprozess beschleunigt** und damit auch Bedürfnis nach Mantelgründungen relativiert worden; auch früher bestehende steuerliche Vorteile sind durch § 8c KStG entfallen. Weiterhin hohe Verbreitung der Vorratsgründung belegt aber, dass Interesse der Praxis an dieser Gestaltungsform fortbesteht (HCL/Ulmer/Löbbe GmbHG § 3 Rn. 133). Insbes. können damit Verzögerungen im Eintragungsverfahren vermieden werden, wenn bei ausländischen Gesellschaften als Gründer die Existenz- und Vertretungsnachw. nicht kurzfristig in der erforderlichen rechtssicheren Form beigebracht werden (Wicke GmbHG § 3 Rn. 9; vgl. zu entspr. Schwierigkeiten Hertel FS Heidinger, 2023, 219 ff.; zu weiteren Motiven Winnen RNotZ 2013, 389, 390 f.).

- 26 **bb) Mantelverwendung und -kauf.** Mantelverwendung ist Gebrauch eines AG-Mantels zwecks wirtschaftlicher Neugründung eines Unternehmens. Beim Mantelkauf erfolgt Neugründung durch Dritte nach Erwerb der Aktien. Satzung muss in beiden Fällen geändert werden, um neuem Unternehmensgegenstand (zum bisherigen → Rn. 25) Rechnung zu tragen. Daneben können Änderungen der Firma und des Sitzes erforderlich sein. Mantelverwendung und -kauf sind nicht grds. unzulässig, da damit legitimes unternehmerisches Anliegen verfolgt wird (→ Rn. 25a) und überdies ein Verbot ges. Grundlage entbehrt. Da aber Umgehung der Gründungsvorschriften vermieden werden muss, ist heute weitgehend anerkannt, dass **Zulässigkeit** nur dann angenommen werden kann, wenn **analoge Geltung der Gründungsvorschriften** (→ Rn. 27a) beachtet wird (s. BGHZ 117, 323, 331 ff. = NJW 1992, 1824; BGHZ 153, 158, 160 ff. = NJW 2003, 892; GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 365 ff.; mit Abweichungen iErg auch Altmeppen NZG 2003, 145, 146 ff.; Heidinger ZNotP 2003, 82, 85 ff.). Ältere Ansicht, nach der Mantelverwendung unzulässig sein sollte (insbes. KG-Rspr., s. KG JW 1924, 1535, 1537; KG JW 1925, 635 f.; ferner OLG Hamburg ZIP 1983, 570, 571 f.) verkannte, dass ihrem Schutzzanliegen durch entspr. Anwendung der Gründungsvorschriften Rechnung getragen werden kann. Dritte Meinung, die Mantelverwendung ohne Beachtung des Gründungsrechts zulassen und stattdessen unseriösen Praktiken mit Durchgriffshaftung begegnen will (Bommert GmbHR 1983, 209, 211; sa Mayer NJW 2000, 175, 177 ff.), ersetzt gebotene reale Kapitalaufbringung durch Außenhaftung auf wenig strukturierter Grundlage (→ § 1 Rn. 15 ff.) und kann deshalb keine Zustimmung finden.
- 27 **Einzelfragen.** Auf Basis der zutr. hM (→ Rn. 26) bleibt zu klären, wie weit analoge Anwendung der Gründungsvorschriften reicht und wie wirtschaftliche Neugründung von bloßer Umorganisation abzugrenzen ist (→ Rn. 27c). BGHZ 117, 323, 336 = NJW 1992, 1824 lässt Frage nach **Reichweite der Gründungsvorschriften** offen. Wenigstens anzuwenden sind §§ 7, 36a betr. Grundkapital und Mindesteinlage (BGHZ 192, 341 Rn. 17 = NJW 2012, 1875; KG NZG 2023, 888 Rn. 10; Hölters/Weber/Solveen Rn. 48; Winnen RNotZ 2013, 389, 400 f.), und zwar bezogen auf satzungsmäßiges Grundkapital, nicht ges. Mindestkapital (Pentz FS Hoffmann-Becking, 2013, 871, 884). Überschuldung der AG erhöht Einlagepflicht (Hölters/Weber/Solveen Rn. 48); umgekehrt ist Restvermögen zu berücksichtigen (Berkefeld GmbHR 2018, 337, 339). Zahlungspflicht nach § 54 I muss nach Maßgabe des § 54 III erfüllt werden und verjährt gem. § 54 IV 1 ab Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung (LG München I ZIP 2012, 2152, 2154, 2156). Auch Regeln zur Einzahlung nach §§ 63 – 66, einschließlich Zahlungspflicht des Vormanns nach § 65, sind auf wirtschaftliche Neugründung anwendbar (LG München I ZIP 2012, 2152, 2153 f.). Für Sacheinlagen ist § 27 entspr. anzuwenden (Einzelheiten: KK-AktG/A. Arnold Rn. 106; Winnen RNotZ 2013, 389, 404 f.). Noch ungeklärt ist, inwiefern auch Vorschriften über **Gründungsbericht und -prüfung** nach §§ 32 ff. auf Vorrats-AG anzuwenden sind. Für GmbH, bei der die Anforderungen insofern allerdings

deutlich geringer sind, wird diese Frage in der Rspr. bejaht (BGHZ 153, 158, 162 ff. = NJW 2003, 892 mit Besprechung von Krafa ZGR 2003, 577, 580 ff. [Gründungsprüfung analog § 7 II und III 1 GmbHG, § 8 II 1 GmbHG, § 9c GmbHG]; BGHZ 155, 318, 321 ff. = NJW 2003, 3198 [Versicherung analog § 8 II GmbHG; vgl. dazu auch OLG Düsseldorf NZG 2024, 1132 Rn. 36 f.]; OLG Brandenburg FGPrax 2002, 129 f.; OLG Celle FGPrax 2002, 183 f.; OLG München ZIP 2010, 579, 580 ff.; OLG Schleswig FGPrax 2002, 261, 262). Dem hat sich hM im Aktienrecht angeschlossen, wobei angenommen wird, dass Prüfung auf reale Kapitalaufbringung beschränkt werden kann, ggf. einschließlich der § 33 II Nr. 3 und 4, § 34 I, § 37 IV Nr. 2 (MüKoAktG/Pentz Rn. 103; GK-AktG/Röhrich/Schall Rn. 369; Grigoleit/Vedder Vor § 23 Rn. 14; Winnen RNotZ 2013, 389, 406). Vor dem Hintergrund, dass 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; Krafa 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; Krafa 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; Krafa 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 aufzulegen (Winnen RNotZ 2013, 389, 405).

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; Krafa RegisterR Rn. 1594b; DNotl-Report 2012, 93, 96; Heinze BB 2012, 67, 69 f.;

27a

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 einverständenen 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. 33; 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).

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/Röhrich/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. 27c

Wird Alt-Mantel verwendet, ist Anwendung vorstehender Grundsätze nur möglich, wenn wirtschaftliche Neugründung und **nicht bloße Umorganisation** vorliegt (ausf. vom 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 Voll-einstellung 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 Düsseldorf NZG 2024, 1132 Rn. 23 f.; 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 (vgl. auch OLG Düsseldorf NZG 2024, 1132 Rn. 27). 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. 27d

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/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).
- 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. 134). **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.
- 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/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