

Einleitung

A. Einführung in die Problematik

§ 1 Die Bedeutung der Kapitalerhöhung in der AG

Die Aktiengesellschaft als Unternehmensform zur Sammlung risikotragenden Kapitals entfaltet ihre Funktion heute nicht in erster Linie bei den selten gewordenen Neugründungen, sondern bei der Verbreiterung ihrer wirtschaftlichen Basis durch Kapitalerhöhungen.¹ Mag dieser Satz mit Blick auf die erheblich gestiegene Zahl der Neugründungen am sogenannten Neuen Markt auch teilweise an Aktualität eingebüßt haben (die Zahl der Aktiengesellschaften versechsfachte sich zwischen 1991 und 2004 beinahe²), so bleibt seine Aussage doch im Kern richtig: bei ihrer Gründung wird die Aktiengesellschaft zwar als rechtliche Einheit ins Leben gerufen, ihre wirtschaftliche Bedeutung als (eigenständig) werbendes Unternehmen entfaltet sie aber in aller Regel erst nach Schaffung einer starken Kapitalgrundlage im Wege der Kapitalerhöhung.

Letzteres ist keinesfalls ein in der Praxis geborener Umstand, sondern er liegt bereits im Wesen der Aktiengesellschaft begründet. Zwar bietet ihre strenge Organisationsform nicht nur großen Publikumsgesellschaften Vorteile und wird deshalb als sogenannte kleine Aktiengesellschaft gerade für Familiengesellschaften gern gewählt. Nichtsdestotrotz ist die Aktiengesellschaft als börsenfähige Gesellschaft gerade darauf angelegt, eine weite Streuung des Kapitals und damit des Mitgliederbestands zu ermöglichen.

Mit der Programmierung auf den Börsengang ist gleichzeitig aber auch eine bedeutsame Kapitalerhöhung vorgezeichnet. Denn ein Börsengang ohne Ausgabe neuer Aktien kommt in der Praxis so gut wie nicht vor. Aber auch bei der Umstrukturierung eines Unternehmens mittels Zukäufen anderer Gesellschaften steht am Ausgangspunkt praktisch immer eine Kapitalerhöhung.

Und selbst in den Fällen, in denen eine Aktiengesellschaft eigentlich schon bei ihrer Gründung mit einer starken Kapitaldecke ausgestattet werden soll, geschieht dies in der Praxis gelegentlich mit Hilfe einer Kapitalerhöhung. Um Notarkosten zu sparen, wird die Gesellschaft zunächst mit dem Mindestgrundkapital gegründet; anschließend wird eine Hauptversammlung abgehalten, in der eine

1 *Hefermehl/Bungeroth*, Geßler/Hefermehl, AktG, vor § 182 Rn. 7.

2 Vgl. die auf der Internetseite des Bundesverbandes Deutscher Banken (www.bdb.de) veröffentlichte Statistik des Deutschen Aktieninstituts e.V., derzufolge die Zahl der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien im Jahr 1991 noch 2.791 betrug und so dann bis 2004 kontinuierlich bis auf 16.002 anstieg.

Kapitalerhöhung auf den von vornherein gewünschten Betrag des Grundkapitals beschlossen wird. Denn während bei der Gründung die Höhe des Grundkapitals als Gegenstandswert für die Berechnung der Notargebühren zugrunde gelegt wird – allerdings gem. § 39 Abs. 4 KostO begrenzt auf den Höchstwert von 5 Mio. Euro, der zu einer Höchstgebühr von 15.114 Euro führt –, fällt für die Kapitalerhöhung lediglich eine gem. § 47 Satz 2 KostO auf den Betrag von 5.000 Euro begrenzte Gebühr für die Protokollierung der Hauptversammlung an.

§ 2 Die Bedeutung eines Fehlschlagens der bereits durchgeführten Kapitalerhöhung

I. Probleme der nachträglichen Vernichtung der Kapitalerhöhung

Mit der Durchführung einer Kapitalerhöhung und der damit verbundenen Geschäfte wird eine Gesellschaft demnach regelmäßig grundlegend neugeordnet. Es ändert sich der Mitgliederbestand, häufig ändert sich der Umfang der Geschäftstätigkeit oder gar der Unternehmensgegenstand. Was aber geschieht, wenn sich die Grundlage dieser Veränderungen im Unternehmen im nachhinein als fehlerhaft herausstellt? Oder konkreter: was geschieht, wenn der Kapitalerhöhungsbeschluss angefochten und, nach einem mehrere Jahre andauernden Rechtsstreit, durch Urteil für nichtig erklärt wird? Ändert sich damit rückwirkend die Grundkapitalziffer mit allen Konsequenzen für Meldepflichten oder zwischenzeitlich vorgenommene Ausschüttungen? Und vor allem: sind dann alle neu ausgegebenen Aktien als von Beginn an nichtig zu behandeln, Mitgliedschaften nicht entstanden und die zwischenzeitlich erbrachten Leistungen – Einlagen, Gewinnausschüttungen – zurückzugewähren?

Ein mögliches Ergebnis, das in der Praxis zu ungemeinen Schwierigkeiten führen kann. Dennoch schienen diese Konsequenzen früher als unvermeidlich hingenommen zu werden³, ohne allerdings Gegenstand wissenschaftlicher Diskussion zu sein. Seit einem Aufsatz von Zöllner aus dem Jahr 1993⁴ aber ist der Problematik vermehrt Aufmerksamkeit in der aktienrechtlichen Literatur widerfahren. Ausgehend von den kaum hinnehmbaren Konsequenzen einer ex-tunc-Rückabwicklung ist Gegenstand aller Überlegungen, ob nicht auch einer an sich fehlgeschlagenen Kapitalerhöhung zumindest vorübergehende Bestandskraft zuerkannt werden kann.

Mit Blick auf die Einführung des Freigabeverfahrens gem. § 246 a AktG durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfech-

³ Vgl. z.B. *Lutter*, FS Schilling, 207, 223 ff.; *ders.*, Kölner Komm-AktG, 2. Aufl., § 185 Rn. 36.

⁴ *Zöllner*, AG 1993, S. 68 ff.

tungsrechts (UMAG) vom 22.09.2005⁵ und die Möglichkeit der Gesellschaft, gem. § 246 a Abs. 4 Satz 2 AktG Bestandsschutz für die durchgeführte Kapitalerhöhung zu erlangen, dürfte sich die Wahrscheinlichkeit einer nachträglichen Vernichtung einer Kapitalerhöhung weiter reduziert haben. Dennoch bleiben weitere Fallkonstellationen denkbar, in denen ein nicht bestandskräftiger Beschluss erfolgreich angefochten wird.⁶ Z.B. ist es möglich, dass das Registergericht die Durchführung der Kapitalerhöhung trotz Klageerhebung ohne Durchführung eines Freigabeverfahrens einträgt⁷ und die Gesellschaft im Hinblick auf die erfolgte Eintragung von der Durchführung eines Freigabeverfahrens absieht bzw. ihr ein solches unter Verweis auf die bereits erfolgte Eintragung verwehrt wird.⁸ Ferner kann die vorliegend untersuchte Problematik zum Tragen kommen, wenn die Durchführung der Kapitalerhöhung eingetragen wird, obwohl ein Kapitalerhöhungsbeschluss fehlt oder die durchgeführte Kapitalerhöhung nicht mit dem Inhalt des Erhöhungsbeschlusses übereinstimmt.⁹

Sodann ist die Frage der Reichweite der Gestaltungswirkung eines aktienrechtlichen Anfechtungsurteils unter Berücksichtigung des Zusammenspiels zwischen Hauptversammlungsbeschluss und Durchführungsgeschäft von grundlegender Bedeutung. Die rechtliche Verknüpfung zwischen Hauptversammlungsbeschluss und Durchführungsgeschäft soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit für das Recht der Kapitalerhöhung systematisch untersucht werden. Das Ergebnis dürfte aber auch außerhalb des Rechts der Kapitalerhöhung dazu angetan sein, die Außenwirkung von Hauptversammlungsbeschlüssen in Frage zu stellen.

II. Ansätze zur Behandlung einer gescheiterten Kapitalerhöhung

Bei der wissenschaftlichen Aufarbeitung des Problems steht im Mittelpunkt des Interesses die Frage, welche Konsequenzen die nachträgliche Beseitigung des Kapitalerhöhungsbeschlusses im Anfechtungsprozess für den Bestand der Kapitalerhöhung als solche zeitigt. Insofern herrschte früher in der Wissenschaft offenbar Einigkeit, dass durch ein der Anfechtungsklage stattgebendes Urteil der Kapitalerhöhungsbeschluss und mit ihm die Kapitalerhöhung selbst ex tunc vernichtet werde. Die Beseitigung der auf Basis der nichtigen Kapitalerhöhung ge-

5 BGBl. I, S. 2802 ff.

6 So auch *Krieger*, MünchHdb AG, 3. Aufl., § 56 Rn. 145.

7 Die Eintragung ohne Freigabebeschluss kommt in der Praxis durchaus vor, vgl. die von *Seibert*, NZG 2007, 844, genannten Beispiele der Unternehmensverträge zwischen Bayer und Schering sowie zwischen UCB und Schwarz Pharma.

8 Vgl. zum Meinungsstand hinsichtlich der Zulässigkeit eines Antrages auf Freigabe trotz bereits erfolgter Registereintragung vgl. Nachweise bei *Hüffer*, AktG, 7. Aufl., § 246 a Rn. 2.

9 *Krieger*, MünchHdb AG, 3. Aufl., § 56 Rn. 145.

schaffen tatsächlichen Verhältnisse habe auf bereicherungsrechtlichem Wege zu erfolgen.¹⁰

Seit dem Vorstoß Zöllners¹¹ zeichnet sich in der Wissenschaft ein anderer Weg ab. Danach soll die auf dem angefochtenen Kapitalerhöhungsbeschluss beruhende Kapitalerhöhung zumindest bis zur Rechtskraft des Anfechtungsurteils entsprechend den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft als wirksam behandelt werden.¹² Die Anwendung dieser Grundsätze sei insofern konsequent, als es sich bei der Kapitalerhöhung um eine Strukturänderung handele, welche Parallelen zur Gründung der Gesellschaft aufweise.¹³

Folgerichtig habe die Abwicklung einer gescheiterten Kapitalerhöhung nicht nach Bereicherungsrecht zu erfolgen, sondern sei wie eine Teilliquidation zu behandeln. Wie in allen Anwendungsfällen der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft ent falle damit die kaum zu bewältigende Schwierigkeit, bereits über längere Zeit als wirksam behandelte und sehr komplexe Rechtsverhältnisse komplett rückabzuwickeln.

Allerdings scheinen zum einen unter den Vertretern dieser Meinung bislang weder die dogmatischen Grundlagen noch die Einzelheiten der Abwicklung hinreichend geklärt.¹⁴ Zum anderen bleibt zweifelhaft, ob sich die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf die Kapitalerhöhung in der Praxis durchsetzt. Zwar war die Rechtsprechung in jüngerer Vergangenheit nicht mit dem Problem der Rückabwicklung einer fehlgeschlagenen Kapitalerhöhung befasst. Der Bundesgerichtshof hat allerdings in einem neueren Urteil¹⁵ ausgeführt, die erfolgreiche Anfechtung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses bewirke, dass alle Zeichnungen unwirksam seien und die ausgegebenen Aktien keine Mitgliedschaftsrechte an der Gesellschaft verbrieften.¹⁶ Obschon dieser Hinweis nur in einem obiter dictum erfolgte und der Senat nicht von einer ex-tunc-Wirkung des Anfechtungsurteils sprach, wird das Urteil teilweise als Ablehnung der neueren Lehrmeinung gedeutet.¹⁷ Hierfür spricht insbesondere, dass der BGH für die Beschreibung der Rechtsfolgen einer erfolgreichen Anfechtung des Kapitalerhöhungsbeschlusses die Vertreter der herkömmlichen Auffassung zur ex-tunc-Nichtigkeit in zum Entscheidungszeitpunkt zum Teil nicht mehr aktuellen Kom-

10 Lutter, Kölner Komm-AktG, 2. Aufl., § 189 Rn. 15.

11 Zöllner, AG 1993, 68 ff.

12 Zöllner, AG 1993, 68, 72 ff.; Kort, ZGR 1994, 291, 306 ff.; ders., Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 193 ff.

13 Zöllner, AG 1993, 68, 72.

14 Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Aufl., § 16 Rn. 178.

15 Urteil vom 14. Juli 1998, BGHZ 139, 225 ff.

16 BGHZ 139, 225, 231.

17 Vgl. die Ausführungen bei Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Aufl., § 16 Rn. 178.

mentierungen¹⁸ zitiert, während er sich in anderem Zusammenhang, aber in demselben Absatz auf Zöllner/Winter beruft,¹⁹ die eine ex-tunc-Nichtigkeit der Kapitalerhöhung ablehnen.²⁰

Schließlich löst auch die Anerkennung eines vorübergehenden Bestandschutzes für die durchgeführte Kapitalerhöhung keinesfalls alle Probleme der Praxis. Die Vermeidung einer vollständigen Rückabwicklung der Kapitalerhöhung für die Vergangenheit mag zwar eine erhebliche Erleichterung für die Beteiligten darstellen; auch die Beseitigung der Folgen einer durchgeführten Kapitalerhöhung für die Zukunft dürfte aber zu ganz erheblichen Schwierigkeiten führen.

Nach alledem scheint es angebracht, die beiden Lösungswege auf ihre Praxis-tauglichkeit wie auch auf ihre dogmatische Schlüssigkeit zu untersuchen. Gegebenenfalls ist nach einem alternativen Lösungsansatz zu forschen. Dabei ist auch die Frage nach einem endgültigen Bestandsschutz zu prüfen.

III. Probleme der verschiedenen Lösungsansätze

Im Mittelpunkt der Untersuchung wird die Frage stehen, welche Wirkung dem Urteil im Anfechtungsprozess gegen einen Kapitalerhöhungsbeschluss beizumessen ist. Ausgangspunkt hierfür muss die Vorschrift des § 248 AktG sein, nach der angefochtene Beschlüsse durch ein stattgebendes Urteil grundsätzlich mit rückwirkender Kraft vernichtet werden.²¹ Ob von dieser Regel im Falle der Anfechtung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses Abweichungen vorzunehmen sind und ob mit dem Wegfall des Beschlusses auch die Kapitalerhöhung als solche vernichtet wird, gilt es zu klären.

Folgt man der neueren Literaturmeinung und befürwortet somit grundsätzlich die Anwendbarkeit der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf Kapitalerhöhungen als strukturändernde Maßnahmen, so sind doch die allgemeinen Grenzen bei der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft zu beachten. Freilich muss, wer eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft generell ablehnt²², dieser Frage nicht nachgehen. Wenn man hingegen mit der immer noch ganz herrschenden Meinung eine partielle Nachrangigkeit des Verkehrsschutzes gegenüber anderen Prinzipien

18 Die vom BGH u.a. zitierte Kommentierung *Wiedemanns* in Großkomm-AktG, 3. Aufl. § 191 Rn. 5 war zum Zeitpunkt der Entscheidung des BGH bereits überholt und durch eine abweichende Kommentierung in der Folgeauflage abgelöst.

19 BGHZ 139, 225, 231.

20 *Zöllner/Winter*, ZHR 158 (1994), 59 ff.

21 Im Grundsatz allg. Meinung, vgl. *Hüffer*, AktG, 7. Aufl., § 248 Rn. 6 m.w.N.

22 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., S. 149 ff.

befürwortet²³, ist das Verhältnis von rechtsfortbildendem Bestandsschutz zum kodifizierten Minderheitenschutz im Beschlussmängelsystem des Aktienrechts zu klären.

Andererseits muss auch der Weg der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung konsequent bis zum Ende verfolgt werden. Insbesondere ist zu untersuchen, ob und wie eine Rückabwicklung im Dreiparteienverhältnis zwischen ursprünglichem Zeichner, späteren Aktienerwerber und der Gesellschaft durchgeführt werden könnte. Eine Dreieckskonstellation tritt nicht nur bei regulärem Verkauf von Aktien durch den Zeichner auf, sondern bereits immer dann, wenn die Zeichnung global durch ein Emissionsinstitut erfolgt. Letzteres entspricht aber zumindest bei Publikumsgesellschaften gerade dem Normalfall. Fraglich ist also zunächst, wer überhaupt Gläubiger eines gegen die Gesellschaft gerichteten Anspruchs sein kann. Des Weiteren ist zu prüfen, welche Rechtsnorm als Rechtsgrundlage für einen Bereicherungsanspruch der Gesellschafter in Betracht kommt. Der übliche pauschale Hinweis auf § 812 BGB²⁴ scheint diesbezüglich kaum ausreichend.

Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass alle angebotenen Lösungswege auf erhebliche theoretische und praktische Probleme stoßen. Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, diese Probleme zu analysieren und einen Lösungsansatz aufzuzeigen.

B. Gang der Untersuchung

Im ersten Teil der Arbeit sollen die Grundlagen des Rechtsgeschäftes Kapitalerhöhung dargestellt und analysiert werden. Dabei wird besonders auf die Merkmale der einzelnen (Teil-)Akte wie Kapitalerhöhungsbeschluss und Zeichnung oder Zeichnung und Ausgabe der neuen Aktien eingegangen.

Im zweiten Teil werden sodann die unmittelbaren Auswirkungen der Anfechtung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses auf die Wirksamkeit einzelner Teilakte sowie auf die Kapitalerhöhung insgesamt untersucht. Im dritten Teil werden die Einzelheiten der Abwicklung einer erfolgreich angefochtenen Kapitalerhöhung dargestellt. Dabei bedarf neben den dogmatischen Grundlagen auch eine Reihe von Einzelproblemen näherer Erörterung. Unabhängig von der Frage nach der zumindest zeitweiligen Gewährung von Bestandsschutz für eine fehlerhafte Kapitalerhöhung muss ein sinnvoller Ausgleich zwischen den Beteiligten gefunden werden. Hierbei ist in erster Linie zu prüfen, inwieweit die Neugesellschafter im Rahmen der Abwicklung an Gewinnen und Verlusten der Gesellschafter betei-

23 BGHZ 55, 5, 9 f.; 75, 214, 217 f.

24 Lutter, FS Schilling, 207, 223 ff.

ligt werden sollen. Daneben ist die Möglichkeit begleitender Ausgleichs- und Schadensersatzansprüche zu untersuchen.

Besonders eingegangen werden soll immer wieder auf die Figur des genehmigten Kapitals. Hier ist zu untersuchen, ob einer auf diesem Weg erfolgten Kapitalerhöhung aufgrund ihrer Mehraktigkeit und der damit einhergehenden zeitlichen Streckung eine gesonderte rechtliche Behandlung widerfahren muss bzw. ob die Behandlung der Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital möglicherweise Rückschlüsse für die Behandlung der regulären Kapitalerhöhung eröffnet.

Denn bei der Kapitalerhöhung aufgrund eines genehmigten Kapitals wird durch den Beschluss der Hauptversammlung nur die Möglichkeit der Kapitalerhöhung geschaffen. Der Vorstand wird ermächtigt, zu einem späteren Zeitpunkt eine Kapitalerhöhung vorzunehmen. Damit erschöpft sich das Handeln des Vorstandes gerade nicht in der Durchführung eines Hauptversammlungsbeschlusses. Die auch bei der regulären Kapitalerhöhung vorhandene Trennung zwischen Hauptversammlungsbeschluss und Durchführung durch den Vorstand ist hier besonders ausgeprägt. Insofern ist fraglich, wie sich die Willensakte von Hauptversammlung und Vorstand zueinander verhalten und wie sich der nachträgliche Wegfall der dem Vorstand erteilten Ermächtigung auf eine bereits durchgeführte Kapitalerhöhung auswirkt. Sodann ist zu untersuchen, inwieweit die unterschiedliche Ausprägung der Mehraktigkeit der Strukturänderung Kapitalerhöhung ggf. zu unterschiedlichen Folgen der nachträglichen Vernichtung des zugrundeliegenden Hauptversammlungsbeschlusses führen kann und soll.