

Oliver Krauß

Dividendenausschüttung in der börsennotierten AG

**Ausgewählte Probleme
der verfrühten Ausschüttung
im Lichte des Kapitalschutzes**

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	1
A. Einführung.....	1
B. Gegenstand und Ziel der Untersuchung.....	2
C. Gliederung der Untersuchung.....	5
D. Überblick über die Rechtslage.....	7
1. Kapitel: Veranschaulichende Fallbeispiele.....	11
A. Fallbeispiel 1.....	11
B. Fallbeispiel 2.....	12
C. Abwandlung zu Fallbeispiel 2.....	13
I. Vorbemerkung.....	13
II. Abwandlung.....	13
2. Kapitel: Die Geschichte der Beurkundungspflicht.....	15
A. Einführung.....	15
B. Die Aktiengesellschaft im 19. Jahrhundert.....	16
I. Die Funktion der Aktiengesellschaft in der Gründerzeit.....	16
II. Die Geschichte des Konzessions-Systems.....	18
1. Der Code de Commerce von 1807.....	20
2. Das Wetboek van Koophandel.....	21
3. Das Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmung vom 3. November 1838.....	21
4. Das erste preußische Aktiengesetz vom 9. November 1843.....	22
III. Die Aufgabe des Konzessionssystem.....	24
1. Das ADHGB von 1861.....	24
2. Die Aktiennovelle von 1870.....	27
a) Der Kapitalschutz.....	27
aa) Einzahlung des Grundkapitals.....	28
bb) “Unterpariemiission”.....	28
cc) Aktienliberierung.....	29
dd) Die Sachgründung.....	31
b) Der Aufsichtsrat.....	31
3. Vom Gründerschwindel zum Gründerkrach.....	33

C. Die notarielle Beurkundung in der Praxis vor der 2. Aktienrechtsnovelle.....	36
D. Die zweite Aktienrechtsnovelle vom 18. Juli 1884.....	37
I. Die Initiative der preußischen Staatsregierung im Jahr 1876.....	37
II. Inhaltliche Änderungen.....	38
1. Der Kapitalschutz.....	39
a) Aufbringung des Grundkapitals.....	39
b) Erhöhung der Mindesteinzahlungsquote auf 25%.....	39
c) Überprüfung der Sacheinlage.....	40
d) Die Beseitigung der Aktienliberierung.....	41
2. Organschaftliche Änderungen.....	42
a) Die Generalversammlung und die Beurkundungspflicht.....	42
b) Der Aufsichtsrat.....	43
aa) Trennung von Vorstand und Aufsichtsrat.....	44
bb) Die Schadensersatzpflicht des Aufsichtsrats.....	44
E. Wertende Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung.....	45
 3. Kapitel: Die notarielle Tätigkeit in der Praxis der Hauptversammlung.....	49
A. Allgemeines.....	49
I. Tätigkeiten vor der Hauptversammlung.....	50
II. Tätigkeiten während der Hauptversammlung.....	51
III. Tätigkeiten nach der Hauptversammlung.....	51
IV. Zusammenfassung.....	52
B. Der Entwurf der Niederschrift.....	52
C. Die Reinschrift in der Phase nach der Hauptversammlung.....	55
I. Einleitung.....	55
II. Vorgehen des Notars.....	55
D. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16. Februar 2009.....	56
I. Der zugrundeliegende Sachverhalt.....	56
II. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs.....	57
III. Auswirkungen des Urteils auf die Beurkundungspraxis.....	59
 4. Kapitel: Die Folgen der notariellen Praxis für die Dividendenansprüche.....	61
A. Die Abhängigkeit des Dividendenanspruchs von der Wirksamkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses und der notariellen Niederschrift.....	61

B. Rechtsnatur der Beschlüsse im Rahmen des vorläufigen Hauptversammlungsprotokolls am Beispiel des Gewinnverwendungsbeschlusses	63
I. Die Rechtsnatur des vorläufigen Hauptversammlungsprotokolls.....	64
II. Rückwirkung der Inverkehrgabe auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung.....	64
1. § 184 BGB.....	64
2. § 16 GmbHG analog.....	65
3. § 130 in Verbindung mit § 37 BeurkG	66
III. Abspaltung des Gewinnverwendungsbeschlusses von den übrigen Beschlüssen der Hauptversammlung	67
IV. Ergebnis	68
5. Kapitel: Die Fallbeispiele und ihre rechtliche Problematik	69
A. Fallbeispiel 1	69
I. Die Erstattung der voreiligen Dividendenzahlung.....	69
1. Ausgangslage.....	70
a) Leistungen entgegen den Vorschriften des AktG.....	71
aa) Verstoß gegen § 57 Abs. 1 S. 1 AktG.....	71
(1) Der Kapitalerhaltungsgrundsatz im Aktienrecht	71
(2) Tatbestandliche Erfüllung des § 57 AktG.....	74
bb) Ausnahme im Sinne des § 57 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 AktG	75
cc) Ausnahmsweise erlaubt nach § 59 Abs. 1 AktG	78
(1) Sinn des § 59 AktG	79
(2) Voraussetzungen des § 59 AktG	80
(a) Satzungsermächtigung	80
(b) Beschluss des Vorstands.....	81
(c) Zustimmung durch den Aufsichtsrat	81
(d) Weitere Voraussetzungen nach § 59 Abs. 2 AktG.....	81
(e) Im vorliegenden Fall.....	81
dd) Ausnahme vom Verbot des § 57 AktG aufgrund des hinreichend sicheren Ent-stehens des Dividendenanspruchs	82
(1) Vergleich zum wirksamen Gewinnverwendungsbeschluss	84
(2) Vergleich zu § 59 AktG.....	85
b) Die Rechtsfolge: Rückgewähr.....	86
2. Die Einwendung des § 62 Abs. 1 S. 2 AktG.....	87
a) Rechtsnatur des § 62 Abs. 1 S. 2 AktG.....	87

b) Rechtfertigung des § 62 Abs. 1 S. 2 AktG.....	87
c) Voraussetzungen des § 62 Abs. 1 S. 2 AktG.....	89
aa) Gewinnanteile.....	89
bb) Gutgläubigkeit.....	90
(1) Kenntnis.....	91
(2) Fahrlässige Unkenntnis.....	91
3. Ergebnis.....	94
a) Zu § 62 Abs. 1 S. 2 AktG.....	94
b) Zum Erstattungsverlangen der Aktiengesellschaft	95
II. Der weitere Anspruch auf die Dividende.....	95
1. Ausgangslage.....	95
2. Erfüllung als Folge der Leistung der verführten Dividende nach § 362 BGB	97
3. Vorausleistung im Sinne des § 362 BGB	99
a) Die Vorausleistung.....	99
b) Die Anrechnungsabrede.....	100
aa) Das Erfordernis einer Anrechnungsabrede.....	100
(1) Allgemeines	101
(2) Zweck der Abrede.....	101
(3) Die Mitgliedschaft als Schuldverhältnis	102
bb) Die Anrechnungsabrede in der Praxis	103
(1) Im Rahmen der Satzung.....	104
(a) Vorliegen einer Regelungslücke.....	105
(aa) Leistung aufgrund des Gewinnverwendungsbeschlusses unter Berücksichtigung von § 57 AktG	105
(bb) Leistung aufgrund einer Anrechnungsabrede unter Berücksichtigung des § 57 Abs. 1 S. 1 AktG	106
(b) Teilergebnis	108
(2) Als Nebenabrede außerhalb der Satzung.....	108
c) Ergebnis zur Vorausleistung	110
4. Anwartschaftsrechtliche Lösung	111
a) Das Anwartschaftsrecht	112
b) Die Ausgestaltung des Anwartschaftsrechts im konkreten Fall	114
c) Entstehen des Dividendenanspruchs	115
aa) Die Rolle des Notars	115
(1) Allgemeines	115

(2) Der Einfluss des Notars auf die Niederschrift	116
(a) Kein Verbot der Mitwirkung	116
(b) Die Pflicht zur Niederschrift	117
(aa) Die Pflicht zur Ablehnung	117
(bb) Das Recht zur Ablehnung	117
(c) Das vorläufige Hauptversammlungsprotokoll	119
bb) Zwischenergebnis	119
d) Kritik am Anwartschaftsrecht	120
aa) Das Anwartschaftsrecht an der Dividende	120
bb) Das Anwartschaftsrecht im Vergleich zur Anrechnungsabrede	122
5. Untergang des Dividendenanspruchs durch Aufrechnung?	124
6. Exkurs: Der nichtige Gewinnverwendungsbeschluss und die Dividendenzahlung	124
a) Einleitung	124
b) Fallbeispiel zum Exkurs	126
c) Die Nichtigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses nach § 253 Abs. 1 S. 1 AktG	126
d) Heilung	128
aa) Fortbestand der Nichtigkeit	128
bb) Echte Heilung	129
(1) Eintritt von Rechtssicherheit als Folge der Heilung	129
(2) Die grundlegende Bedeutung des Jahresabschlusses	131
cc) Entscheidung	132
dd) Rechtliche Überlegungen aufgrund der verfolgten Heilung	135
(1) Zum Zeitpunkt der Leistung – vor Eintritt der Heilung	135
(a) Problem Darstellung	135
(b) Kein grundsätzlicher Ausschluss des § 242 BGB wegen fehlender Gutgläubigkeit gemäß § 62 Abs. 1 S. 2 AktG	137
(c) Die Einwände im Einzelnen	137
(aa) “Dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est”	137
1. „Einheit der Rechtsverheißung“	138
2. Prozessökonomie	138
3. Interessenlage	139
(bb) Venire contra factum proprium	140
1. Allgemeines	140
2. Dogmatische Herführung des Verbotes des venire contra factum proprium	141

<i>a. Als rechtsgeschäftliche Erklärung</i>	141
<i>b. Als Ausfluss des § 242 BGB</i>	142
<i>c. Eigene Ansicht</i>	143
<i>d. Im vorliegenden Fall</i>	144
(d) Die Anwendbarkeit des § 242 BGB im Hinblick auf die Ausprägungen „dolo agit“ und „venire contra factum proprium“ im Aktiengesetz	145
(aa) Das Verhältnis des § 242 BGB zu spezialgesetzlichen Regelungen im Allgemeinen.....	145
1. <i>Vorliegen spezialgesetzlicher Regelungen mit Abschlussfunktion</i>	146
2. <i>Fehlende Anwendbarkeit des § 242 BGB kraft Interessenabwägung</i>	147
3. <i>Entscheidung</i>	148
(bb) Die Abschlussfunktion der Kapitalerhaltungsregeln, §§ 57 ff. AktG	150
1. <i>Einführung</i>	150
2. <i>Der Kapitalerhaltungsgrundsatz nach den §§ 57 ff. AktG als abschließende Regelung</i>	150
<i>a. Das grundsätzliche Ausschüttungsverbot</i>	151
<i>b. Die Absicherung des Anspruchs aus § 62 Abs. 1 AktG durch § 66 Abs. 2 AktG</i>	152
<i>c. Der Gläubigerschutz</i>	155
<i>d. Zwischenergebnis</i>	157
3. <i>Die Einreden im Einzelnen</i>	157
<i>a. „Dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est”</i>	157
<i>b. „Venire contra factum proprium”</i>	158
(2) Nach Eintritt der Heilung – Die Übertragung der Heilungsfolgen „ex-tunc“ auf den Fall der erst vorläufigen Unterzeichnung.....	160
e) Ergebnis für den Exkurs	162
aa) Anwendbarkeit der untersuchten Ausprägungen des § 242 BGB im System der aktienrechtlichen Kapitalerhaltung.....	162

bb) Die Heilung des vorläufigen Gewinnverwendungsbeschluss.....	163
7. Lösungsvorschlag: Die Erfüllung aufgrund der Privilegierung des § 62 Abs. 1 S. 2 AktG in Verbindung mit dem Kapitalerhaltungsgrundsatz.....	163
a) Ausgangslage.....	163
aa) Zeitpunkt der Leistung führt nicht zur Erfüllung.....	164
bb) Zeitpunkt der Anspruchsentstehung ist maßgeblich.....	164
cc) Der Anspruch auf erneute Dividende im Konflikt mit der Kapitalerhaltung.....	165
dd) Reichweite des § 62 Abs. 1 S. 2 AktG im System der aktienrechtlichen Kapitalerhaltung.....	165
b) Eigener Lösungsansatz.....	166
aa) Anwendbarkeit des § 62 Abs. 1 S. 2 AktG auch nach Entstehung des Anspruchs?.....	166
bb) Rechtsnatur des § 62 Abs. 1 S. 2 AktG.....	167
cc) Erfüllung als Folge der Einwendung des § 62 Abs. 1 S. 2 AktG.....	168
III. Ergebnisse zum Fallbeispiel 1.....	170
1. Zum Untergang des Dividendenanspruchs aufgrund der privilegierenden Einwendung des § 62 Abs. 1 S. 2 AktG.....	171
2. Zum Fortbestehen des Dividendenanspruchs im Fallbeispiel 1.....	171
B. Fallbeispiel 2.....	171
I. Die Pflicht des Aktionärs zur Herausgabe der erhaltenen Leistung.....	173
1. Anspruch nach § 62 Abs. 1 S. 1 AktG.....	174
a) Die einzelnen Voraussetzungen des § 62 Abs. 1 S. 1 AktG.....	174
b) Die Folgen der Insolvenz.....	175
aa) Masseverbindlichkeit.....	175
bb) Bloße Insolvenzforderung der A-AG.....	176
cc) Zwischenergebnis.....	176
2. Anspruch nach § 985 BGB.....	176
a) Sachqualität der Dividendenzahlung.....	177
b) Eigentümerstellung der A-AG.....	178
aa) Die verschiedenen Ansichten.....	179
(1) Nichtigkeit nach § 134 BGB.....	179
(a) Wortlaut des § 57 Abs. 1 S. 1 AktG.....	180
(b) Schutz des Gesellschaftsvermögens auch im Fall der Insolvenz des erstattungspflichtigen Aktionärs.....	181

(c) § 292 Abs. 3 S. 1 AktG.....	182
(d) Umkehrschluss aus § 31 Abs. 3 GmbHG.....	182
(e) Keine Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes im Recht der GmbH	184
(2) Keine Nichtigkeit nach § 134 BGB	184
(a) Die geschichtliche Entwicklung vom ADHGB 1861 bis zum Aktiengesetz 1965	185
(aa) Das ADHGB von 1861 und seine Novellen	185
(bb) Das HGB von 1897.....	187
(cc) Das Aktiengesetz von 1937	190
(dd) Das Aktiengesetz von 1965	192
(ee) Die geschichtliche Entwicklung bis zum AktG 1965 als Argument für und gegen die Nichtigkeit im Sinne des § 134 BGB	194
(b) § 62 Abs. 2 S. 1 AktG.....	196
(c) Parallele zum Recht der GmbH	196
(d) Keine gegenständliche Kapitalerhaltung	198
(e) Umgehung der Verjährungsfrist des § 62 Abs. 3 AktG.....	199
(f) Anwendung des § 134 BGB bei Leistungen der Gesellschaft an Dritte.....	199
(3) Eigene Ansicht	200
(a) § 57 AktG als Verbotsgesetz	201
(b) Nichtigkeit als Rechtsfolge	202
(aa) Wortlaut	203
(bb) Historische Entwicklung.....	203
(cc) § 292 Abs. 3 S. 1 AktG	205
(dd) Das Recht der GmbH.....	206
(ee) Kein Vorrang der Kapitalerhaltung vor insolvenzrechtlichen Bestimmungen.....	209
(ff) Umgehung des § 62 Abs. 1 S. 2 AktG durch die Möglichkeit der Vindikation.....	211
(gg) Gegenstand der Rechtsfolge des § 62 Abs. 1 S. 1 AktG	212
(hh) Ausdrückliche Anordnung der Nichtigkeit des dinglichen Geschäfts am Beispiel des § 52 Abs. 1 AktG	215
(ii) Vergleich zur verdeckten Einlagenrückgewähr	216
c) Zwischenergebnis	218
aa) Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB.....	218
bb) Zum Herausgabeverlangen der Aktiengesellschaft	219
3. Zur Anrechnungsabrede als schuldrechtliches Kausalgeschäft.....	220

II. Das Dividendenverlangen des Insolvenzverwalters für die X-GmbH Zug-um-Zug gegen die aktienrechtliche Erstattung nach § 62 Abs. 1 S. 1 AktG in Höhe der Insolvenzquote	221
1. Bestehender Dividendenanspruch zugunsten der Masse.....	222
2. Möglichkeit der Aufrechnung	222
a) Allgemeines	222
b) Die Aufrechnung durch den Gläubiger in der Insolvenz des Schuldners	223
aa) § 94 InsO	223
bb) § 95 InsO	224
cc) § 96 InsO	226
dd) Zusammenfassung	227
III. Ergebnisse zum Fallbeispiel 2	227
1. Der Herausgabeanspruch der Gesellschaft.....	227
2. Zum erneuten Dividendenverlangen des Insolvenzverwalters Zug-um-Zug gegen die Erstattung zur Insolvenzquote	228
C. Zur Abwandlung des Fallbeispiels	229
I. Ansprüche der Aktiengesellschaft gegen ihre Organe	229
1. Die Haftung des Vorstands	230
a) Pflichtwidriges Handeln im Sinne des § 93 AktG	231
aa) Pflichtwidrigkeit nach § 93 Abs. 1 AktG.....	231
bb) Pflichtwidrigkeit nach § 93 Abs. 3 AktG.....	232
b) Schaden der AG	233
c) Verschulden	235
d) Zwischenergebnis	239
2. Die Haftung des Aufsichtsrats	240
3. Die tatsächliche Durchsetzung der Ansprüche gegen die Gesellschaftsorgane	241
a) Ansprüche gegen den Aufsichtsrat	241
b) Ansprüche gegen den Vorstand	242
4. Zwischenergebnis	243
II. Die Haftung des protokollierenden Notars N	244
III. Ergebnisse zur Abwandlung	245
6. Kapitel: Zusammenfassende Thesen.....	247
7. Kapitel: Schlußwort	251
Literaturverzeichnis	253