

Großkommentare der Praxis



Aktiengesetz

Großkommentar

früher bearbeitet von

W. Gadow †, Dr. E. Heinichen †, Dr. Eberhard Schmidt, Dr. W. Schmidt †, Dr. O. Weipert †
Dr. Robert Fischer, Präsident des Bundesgerichtshofes

Dritte, neu bearbeitete Auflage

von

Dr. Carl Hans Barz
Rechtsanwalt in Frankfurt/M.

Dr. Ulrich Klug
Staatssekretär
Professor a. d. Universität zu Köln

Dr. Joachim Mayer-Landrut
Rechtsanwalt in Düsseldorf

Dr. Herbert Wiedemann
Professor a. d. Universität zu Köln

Dr. Dr. Herbert Bröner
Wirtschaftsprüfer in Berlin

Dr. Konrad Mellerowicz
Professor a. d. Technischen Universität Berlin

Dr. Wolfgang Schilling
Rechtsanwalt in Mannheim
Professor a. d. Universität Heidelberg

Dr. Hans Würdinger
Professor a. d. Universität Hamburg

DRITTER BAND

§§ 179—290

§§ 179—191, 207—220, 262—277: Wiedemann

§§ 192—206, 221—257: Schilling

§§ 258—261, 278—290: Barz

Register: Dr. Volker Kluge, Berlin



1973

DE GRUYTER
BERLIN · NEW YORK

Erscheinungsdaten der Lieferungen

Lieferung 1 (§§ 179—240): September 1971

Lieferung 2 (§§ 241—277): Dezember 1972

Lieferung 3 (§§ 278—290): März 1973

ISBN 3 11 000000 0

©

Copyright 1973 by Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., 1 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany.

Satz und Druck: Walter de Gruyter & Co., 1 Berlin 30.

Inhaltsverzeichnis

zum III. Band

Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz)

Erstes Buch. Aktiengesellschaft

Sechster Teil. Satzungsänderung. Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und Kapitalherabsetzung §§ 179—240	Seite
Erster Abschnitt. Satzungsänderung §§ 179—181	1
Zweiter Abschnitt. Maßnahmen der Kapitalbeschaffung §§ 182—221 . .	00
Erster Unterabschnitt. Kapitalerhöhung gegen Einlagen §§ 182—191 . .	28
Zweiter Unterabschnitt. Bedingte Kapitalerhöhung §§ 192—201	97
Dritter Unterabschnitt. Genehmigtes Kapital §§ 202—206	125
Vierter Unterabschnitt. Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln §§ 207 bis 220.	150
Fünfter Unterabschnitt. Wandelschuldverschreibungen. Gewinnschuld- verschreibungen § 221	204
Dritter Abschnitt. Maßnahmen der Kapitalherabsetzung §§ 222—240	
Erster Unterabschnitt. Ordentliche Kapitalherabsetzung §§ 222—228. . .	217
Zweiter Unterabschnitt. Vereinfachte Kapitalherabsetzung §§ 229—236 .	266
Dritter Unterabschnitt. Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Aktien §§ 237—239	296
Vierter Unterabschnitt. Ausweis der Kapitalherabsetzung § 240	321
Siebenter Teil. Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen und des festgestellten Jahresabschlusses. Sonderprüfung wegen unzulässiger Unterbewertung §§ 241—261	
Erster Abschnitt. Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen §§ 241—255	
Erster Unterabschnitt. Allgemeines §§ 241—249.	326
Zweiter Unterabschnitt. Nichtigkeit bestimmter Hauptversammlungs- beschlüsse §§ 250—255	404
Zweiter Abschnitt. Nichtigkeit des festgestellten Jahresabschlusses §§ 256, 257	425
Dritter Abschnitt. Sonderprüfung wegen unzulässiger Unterbewertung §§ 258—261	439
Achter Teil. Auflösung und Nichtigkeitsklärung der Gesellschaft §§ 262 bis 277	
Erster Abschnitt. Auflösung §§ 262—274	
Erster Unterabschnitt. Auflösungsgründe und Anmeldung §§ 262, 263 . .	475
Zweiter Unterabschnitt. Abwicklung §§ 264—274	512
Zweiter Abschnitt. Nichtigkeitsklärung der Gesellschaft §§ 275—277 . . .	568
Zweites Buch. Kommanditgesellschaft auf Aktien §§ 273—290	586
Register	663

Sechster Teil

Satzungsänderung · Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und Kapitalherabsetzung

Erster Abschnitt

Satzungsänderung

§ 179 Beschluß der Hauptversammlung

(1) Jede Satzungsänderung bedarf eines Beschlusses der Hauptversammlung. Die Befugnis zu Änderungen, die nur die Fassung betreffen, kann die Hauptversammlung dem Aufsichtsrat übertragen.

(2) Der Beschluß der Hauptversammlung bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Die Satzung kann eine andere Kapitalmehrheit, für eine Änderung des Gegenstandes des Unternehmens jedoch nur eine größere Kapitalmehrheit bestimmen. Sie kann weitere Erfordernisse aufstellen.

(3) Soll das bisherige Verhältnis mehrerer Gattungen von Aktien zum Nachteil einer Gattung geändert werden, so bedarf der Beschluß der Hauptversammlung zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der benachteiligten Aktionäre. Über die Zustimmung haben die benachteiligten Aktionäre einen Sonderbeschluß zu fassen. Für diesen gilt Absatz 2.

Literatur zu den §§ 179—181

Roth, Mehrheitsbeschlüsse auf Abänderung von Nebenleistungspflichten der Mitglieder einer GmbH, LZ 1915, Sp. 1492; *A. Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften, 1924; *Brand*, Das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Registerrichters, ZBIHR 1928, S. 97; *Hermann*, Aufhebung von Vorzugsrechten einer Aktiengattung, ZBIHR 1930, S. 236; *Scholz*, Satzungsänderung der Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Stadium der Liquidation, Diss. Tübingen 1931; *Neberfeld*, Satzungsänderung und Satzungsdurchbrechung im Vereinsrecht und Aktienrecht, Diss. Köln 1933; *Herold*, Die Neugestaltung der Satzung nach dem Aktiengesetz, BankA 1936, S. 523; *Gefler*, Die Rechtslage bei Fehlen des Sonderbeschlusses benachteiligter Aktionäre oder verschiedener Aktiengattungen, DJ 1936, S. 1491; *Waldmann-Gefler*, Die mehrfache Beschlußfassung einer Aktiengesellschaft zur Abänderung des Gesellschaftsvertrages nach §§ 275 Abs. 3, 278 Abs. 2, 288 Abs. 3 HGB, DGWR 1936, S. 433; *Schmidt*, Umgestaltung der Satzungen der Aktiengesellschaften, 1938; *Groschuff*, Staatsaufsicht und Reichsführung im Handelsregisterrecht, JW 1939, S. 2128; *v. Godin*, Unabhängigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses einer AG von der Zustimmung Dritter, ZAKDR 1940, S. 78; *Waldmann*, Gilt der Grundsatz, daß Beschlüsse einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft nicht von der Mitwirkung Dritter abhängig gemacht werden können, ohne jede Ausnahme?, DFG 1940, S. 105; *Fischer*, Die Fortsetzung einer GmbH, GmbHRdsch. 1955, S. 165; *Schmidt*, Einschränkung der freien Übertragbarkeit von Aktien oder Geschäftsanteilen durch Satzungsänderung, DB 1955, S. 162; *Siebel*, Fassungsänderung einer Satzung; insbesondere zu § 145 Abs. 1 Satz 2 AktG, DNotZ 1955, S. 299; *Fischer*, Fragen aus dem Recht der GmbH, JZ 1956, S. 362; *Dempewolf*, Die Rückwirkung von Satzungsänderungen aktienrechtlicher Gesellschaften, NJW 1958, S. 1212; *Hueck, G.*, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958; *Jacobs-Woeste*, Satzungsänderung mit rückwirkender Gültigkeit?, AG 1958, S. 211; *Pleyer*, Aktienrecht und Unternehmenskonzentration, AG 1959, S. 8; *Zilius*, Rückwirkende Satzungsänderungen bei Kapitalgesellschaften? JZ 1959, S. 50; *Boesebeck*, „Satzungsdurchbrechung“

im Recht der AG und GmbH, NJW 1960, S. 2265; *Zöllner*, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 104ff.; *Wiedemann*, Die nachträgliche Vinkulierung von Aktien und GmbH-Anteilen, NJW 1964, S. 282; *Lehmann*, Aktienrechtsreform 1965, 1965; *Brombach*, Zum Problem der Rückwirkung von Satzungsänderungen, Diss. Köln 1965; *Barz*, Die durch die Aktienrechtsreform 1965 veranlaßten Satzungsänderungen, AG 1966, S. 39; *Berkemann*, Die staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften, 1966, S. 146, 159ff.; *Eckardt*, Satzungsänderungen auf Grund des neuen Aktiengesetzes, NJW 1967, S. 369; *Sommermeier*, Änderung satzungsgemäß erschwelter Abstimmungsvorschriften, Schleswig-Holst. Anzeigen 1967, S. 319; *Lutter*, Die Eintragung anfechtbarer Hauptversammlungsbeschlüsse im Handelsregister, NJW 1969, S. 1873; *Winkler*, Materielle und formelle Bestandteile in Gesellschaftsverträgen und Satzungen und ihre verschiedenen Auswirkungen, DNotZ 1969, S. 394; *Emmerich*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969; *Jung-Senssfelder*, Die Erforderlichkeit einer Gesellschaftsvertragsänderung, Diss. Köln 1970.

Übersicht

	Anm.		Anm.
Einleitung		5. Zustimmungsbedürftige Satzungsänderungen	8
I. Die Satzungsänderung	1—3	III. Die Fassungsänderung	9—11
1. Der Grundsatz der Abänderlichkeit	1	1. Allgemeines	9
2. Echte (materielle) und unechte (formelle) Satzungsbestimmungen	2	2. Der Begriff der Fassungsänderung	10
3. Satzungsänderung für den Einzelfall	3	3. Der Änderungsbeschluß des Aufsichtsrats	11
II. Zuständigkeit und Mehrheitserfordernisse für Satzungsänderungen	4—8	IV. Die Satzungsänderung bei mehreren Aktiengattungen	12—14
1. Die Alleinständigkeit der Hauptversammlung	4	1. Der Tatbestand	12
2. Die gesetzliche Regelung der Mehrheitserfordernisse	5	2. Der Sonderbeschluß der benachteiligten Aktionäre	13
3. Abweichende Satzungsbestimmungen	6	3. Der Abänderungsbeschluß der Hauptversammlung und die Eintragung ins Handelsregister	14
4. Die Änderung des Unternehmensgegenstandes	7		

Einleitung

Die Vorschriften zur Satzungsänderung sind inhaltlich seit der grundlegenden Novelle von 1884 nur geringfügig geändert worden. Die Art. 214, 215 ADHGB legten erstmals zwingend fest, daß über Statutenänderungen ausschließlich die Generalversammlung beschließen kann und daß dazu eine Mehrheit von drei Viertel des in der Generalversammlung vertretenen Grundkapitals erforderlich ist, soweit die Satzung nichts anderes bestimmt. Dabei ist es im wesentlichen in den §§ 274 ff. HGB und §§ 145 ff. AktG 1937 geblieben.

Das neue Gesetz bringt kleine Änderungen. Die Verfahrensvorschrift des § 145 Abs. 2 AktG 1937 wurde in § 124 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 Satz 1 übernommen. § 145 Abs. 3 AktG 1937 wurde wegen des Sachzusammenhanges in die § 26 Abs. 4 und § 27 Abs. 4 aufgenommen. Aus den verbliebenen § 145 Abs. 1 und § 146 AktG 1937 wurde der neue § 179 gebildet. Dabei war zu berücksichtigen, daß § 138 des neuen Gesetzes das Verfahren für Sonderbeschlüsse einheitlich regelt.

In § 180 wurde eine Streitfrage mit dem neuen Absatz 2 geschlichtet.

In § 181 Abs. 3 änderte man zur Beseitigung von Unklarheiten den Text. Seit dem Ergehen des Aktiengesetzes wurde § 181 Abs. 1 Satz 2 durch das Gesetz zur Durchführung der ersten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordination des Gesellschaftsrechtes vom 15. August 1969 (BGBl. I S. 1146) eingefügt. Der bisherige Satz 2 wurde Satz 3.

I. Die Satzungsänderung

Anm. 1

1. Der Grundsatz der Abänderlichkeit

a) Die Satzung der Aktiengesellschaft kann abgeändert werden, wenn sämtliche Aktionäre zustimmen. Dies und nur dies besagt der zwingende Grundsatz der Abänderbarkeit: die Satzung kann sich keine Unabänderlichkeit zusprechen, auch nicht bezüglich des Gesellschaftszwecks oder hinsichtlich des Unternehmensgegenstandes. Dafür gibt es zwei Begründungen. Einmal wollte der Gesetzgeber bei der Einführung des Art. 215 ADHGB der Meinung entgegenreten, daß wesentliche Satzungsbestimmungen unabänderlich seien; mit Art. 215 ADHGB sollte gesagt werden, daß eine Statutenänderung durch Mehrheitsbeschluß erfolgen kann. Außerdem können die Aktionäre für sich und ihre Rechtsnachfolger keine unbegrenzte Selbstbindung an eine einmal beschlossene Gesellschaftsverfassung eingehen.

Eine Bestimmung der Satzung, die diese trotzdem als unabänderlich bezeichnet, ist dahin auszulegen, daß die Satzung im ganzen oder in einzelnen Teilen nur unter erschwerten Voraussetzungen abgeändert werden darf. Damit wird entweder ein einstimmiger Beschluß aller anwesenden und abstimmenden Aktionäre gefordert oder zusätzlich die Teilnahme des ganzen stimmberechtigten Kapitals oder sogar die Zustimmung sämtlicher Aktionäre (letzteres halten v. Godin-Wilhelmi, Anm. 1 zu Unrecht für unmöglich, Schlegelberger-Quassowski, § 145 AktG 1937, Rdn. 2 immer für angebracht; vergleiche auch unten Anm. 6). Welcher Grad der Unabänderlichkeit gewollt ist, richtet sich nach dem übrigen Satzungsinhalt und nach dem Charakter der Aktiengesellschaft; im Zweifel wird lediglich Einstimmigkeit der anwesenden und abstimmenden Aktionäre verlangt (anders Baumbach-Hueck, Rdn. 4).

b) Eine Satzungsänderung kann in jedem Entwicklungsstadium einer Aktiengesellschaft, also während der Gründung, nach der Eintragung und während der Abwicklung, ja sogar im Konkurs vorgenommen werden. In der *Abwicklung* sind Änderungen aber nur zulässig, soweit sie nicht Zweck und Wesen der Abwicklung, insbesondere des Konkurses widersprechen (RGZ 121, S. 246, 253 für die Genossenschaft unter Abweichen von RGZ 119, S. 220, das die Befugnis zu einer Währungsumstellung versagte). Einzelheiten sind streitig. Zulässig sind eine Änderung der Firma und des Unternehmensgegenstandes (anderer Ansicht OLG München, HRR 1938, Nr. 1547 mit dem Hinweis, die fortschreitende Liquidation könne nicht zu einer ständigen Anpassung der Satzung an den jeweiligen Abwicklungsstand führen; Baumbach-Hueck, Übersicht vor § 179, Rdn. 2; v. Godin-Wilhelmi, Anm. 1), auch im Konkurs, weil der Konkursverwalter nur unter dieser Voraussetzung das Unternehmen oder Teile davon günstig verwerten kann; andernfalls müßte eine Veräußerung der Firma unterbleiben oder eine doppelte Firmenführung zulässig sein.

Eine Kapitalerhöhung — auch eine bedingte — bleibt zulässig, wenn sie bei Eintritt eines Auflösungsgrundes bereits beschlossen und ins Handelsregister eingetragen war (BGHZ 24, S. 279, 286). War sie lediglich beschlossen, aber noch nicht eingetragen, so wird der Kapitalerhebungsbeschluß gegenstandslos: Die Durchführung der Kapitalerhöhung ist nicht mehr möglich und eine dahingehende Eintragung unzulässig, weil das Interesse der ursprünglich auf einer anderen Geschäftsgrundlage zeichnenden Übernehmer vorgeht. Das ist jedenfalls für den Konkurs der GmbH allgemeine Meinung (RGZ 77, S. 152, 157; 85, S. 205, 206; OLG Bremen, GmbH-Rdsch. 1958, S. 180). Der Zustand der Abwicklung schließt grundsätzlich nicht aus, daß eine Kapitalerhöhung neu beschlossen und eingetragen wird, ebensowenig eine Kapitalherabsetzung. Allerdings ist beides nach Konkurseröffnung nicht mehr möglich, weil Finanzierungsmaßnahmen mit dem Zweck des Konkursverfahrens unvereinbar sind (anders Hachenburg-Schmidt, § 63 GmbHG, Anm. 16).

Auch Satzungsänderungen, die in Sonderrechte einzelner Aktionäre eingreifen oder den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Aktionäre verletzen, sind nicht ausgeschlossen; für sie gelten jedoch besondere Wirksamkeitserfordernisse (vgl. dazu unten Anm. 8 ff.).

2. Echte (materielle) und unechte (formelle) Satzungsbestimmungen

a) Abgrenzungskriterien

Gegenstand einer Satzungsänderung ist die Änderung oder Aufhebung einer bestehenden Regel sowie die Aufnahme einer neuen Bestimmung. Wenn jedoch die §§ 179 ff. gelten sollen, muß es sich um echte Satzungsbestimmungen handeln, nicht um Regelungen, die nach dem Willen des Gesetzgebers oder der Gesellschafter kein Bestandteil des Statuts sein sollen. Die Abgrenzung ist schwierig; sie deckt sich in etwa mit dem Unterschied zwischen *Satzung* und *Geschäftsordnung*, wie sie im ausländischen Recht vielfach anzutreffen ist.

Rechtsprechung und Schrifttum befassen sich mit dieser Frage überwiegend bei den Gesellschaftsverträgen der GmbH, weil unechte Satzungsbestimmungen dort häufiger anzutreffen sind als in der Aktiengesellschaft (vgl. BGHZ 18, S. 205; BGH, NJW 1969, S. 131; BGH, NJW 1970, S. 706 = LM Nr. 8 zu § 109 HGB; LG Bonn, AG 1970, S. 18, 19; Winkler, DNotZ 1969, S. 394; Jung-Senssfelder, Die Erforderlichkeit einer Gesellschaftsvertragsänderung [1970], der Rechtsprechung und Schrifttum zusammenstellt). Das hängt damit zusammen, daß im Aktienrecht der Grundsatz der *Satzungsstrenge* gilt, im Zweifel also keine formellen Satzungsbestandteile vorliegen.

Mit der Gegenüberstellung von körperschaftsrechtlichen Regeln einerseits, die die Verfassung der Aktiengesellschaft oder die Gestalt der Mitgliedsrechte betreffen, und rein schuldrechtlichen Vereinbarungen andererseits ist für die Auslegung wenig gewonnen. Maßgebend ist vielmehr der Gesichtspunkt, warum eine bestimmte Regelung in die formal ausgestaltete Gesellschaftsverfassung aufgenommen werden muß oder kann. Zwei Gesichtspunkte erscheinen maßgeblich: In der Satzung soll festgehalten werden, was alle Gesellschafter, auch die zukünftigen, sowie die Öffentlichkeit von der Gesellschaft und ihrem Unternehmen wissen müssen. Der Satzungsinhalt wird also jedenfalls bei der AG vom Publizitätserfordernis beeinflusst. Außerdem gehören zum Inhalt der Satzung die Regeln, die nur von der Hauptversammlung und nur unter den erschwerten Bedingungen der §§ 179 ff. abgeändert werden sollen, weil an ihrem Fortbestand die Gemeinschaft aller Aktionäre oder einzelne unter ihnen ein berechtigtes Interesse haben. Auch damit ist freilich über die Gesichtspunkte, die *Publizität* oder *Solemnität* fordern, wenig gesagt.

1. Verschiedene Bestimmungen sind in die Satzung einer Körperschaft im Interesse des Gläubigerschutzes aufzunehmen, so etwa Regeln über den Gründungsaufwand, über Sondervorteile oder über eine Sachübernahme. Diese satzungsmäßigen Pflichten der Aktiengesellschaft können ohne Rücksicht auf die §§ 179 ff. herabgesetzt oder aufgehoben werden, weil am Einhalten der Form bei dem *actus contrarius* kein Interesse besteht (RG, JW 1917, S. 468 [Hachenburg], wo der Verzicht auf ein besonderes Gewinnrecht eines GmbH-Gesellschafters im Zusammenhang mit der Einbringung behandelt wird).

Außerdem zählen hierher die Leistungspflichten einzelner Gesellschafter. Sie können mitgliedschaftlicher oder obligatorischer Natur sein. Da ein etwaiger Rechtsnachfolger für mitgliedschaftliche Lasten eintreten muß, müssen diese, aber auch nur diese, im Statut verlaubar sein. Die Einführung oder Änderung an der Mitgliedschaft haftender Pflichten bedarf daher stets der Satzungsänderung. Für die Aktiengesellschaft entstehen keine größeren Schwierigkeiten, weil die mitgliedschaftlichen Nebenverpflichtungen nur im Rahmen und unter den Voraussetzungen des § 55 zulässig sind. Liegen diese vor, so beruht die Pflicht auf der Mitgliedschaft, trifft den Aktionär als solchen und kann nur in der Verfassung der Gesellschaft behandelt werden (Winkler, DNotZ 1969, S. 406). Bei persönlichen Verpflichtungen ist eine formlose Änderung möglich.

2. Echte Satzungsbestandteile sind alle Organisationsnormen, die den Bestand und die Struktur des Verbandes oder der Unternehmensführung betreffen: Verlängerung oder Verkürzung der in der Satzung vorgesehenen Dauer der Gesellschaft oder Einführung eines Endtermins bei einer auf unbestimmte Zeit errichteten Aktiengesellschaft (RGZ 6, S. 120; 65, S. 264, 266; 74, S. 297, 299; RG, Recht 1908, Nr. 2498); Zahl und

Art der organschaftlichen Vertretung; Beginn und Ende des Geschäftsjahres (auch dann, wenn die Satzung schweigt; anders KG, JW 1926, S. 599); Vinkulierung der Aktien (LG Bonn, AG 1970, S. 18, 19); Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels usw. Auch soweit es sich nicht um gesetzlich vorgeschriebene Satzungsbestandteile handelt, wollen die Gesellschafter die gemeinsame Organisation im Zweifel nur mit qualifizierter Mehrheit ändern. Dagegen zählen Bestimmungen zur Geschäftsordnung von Organen nicht zu den echten Satzungsbestandteilen.

Bestritten ist die Auslegung von Satzungsbestimmungen, die einzelnen Gesellschaftern ein besonderes Recht einräumen (auf einen bestimmten Gewinnanteil [Tantieme] usw.). Handelt es sich um eine in die Satzungsurkunde aufgenommene Bestimmung der Geschäftsordnung, so kann der begünstigte Gesellschafter seine Vorzugsstellung jederzeit durch einfachen Mehrheitsbeschluß verlieren. Mit Qualifizierung als echter Satzungsbestandteil dagegen werden derartige Vorrechte infolge der erhöhten Anforderungen an eine Satzungsänderung erheblich gesichert. Noch weitergehend wird der Gesellschafter mit dem Einräumen eines echten Sonderrechts nach § 35 BGB begünstigt, denn diese Rechtsposition kann ihm ohne seine Zustimmung nicht genommen werden. Die Rechtsprechung stellt grundsätzlich hohe Anforderungen an die Qualität als materieller Satzungsbestandteil und damit an einen erhöhten Schutz des berechtigten Gesellschafters (RG, JW 1917, S. 468 [Hachenburg]; JW 1919, S. 313, 314 [Hachenburg]; OLG Oldenburg, OLGE 42 [1921], S. 223; BGHZ 18, S. 205, 207; BGH, NJW 1969, S. 131). Auf die von den Gesellschaftern verfolgten Absichten kann — jedenfalls bei der Aktiengesellschaft — lediglich zurückgegriffen werden, soweit diese im Wortlaut des Statuts Ausdruck gefunden haben. Dagegen können die gesamte Struktur des Verbandes, die Ausgestaltung der Mitgliedschaftsrechte und der nähere Inhalt des Vorrechts berücksichtigt werden; beachtenswert ist auch, ob gleiche oder ähnliche Abreden mit einem außenstehenden Dritten getroffen worden wären. Tantiemen der Vorstandsmitglieder gehören bei der Aktiengesellschaft im Zweifel nicht zu den echten Satzungsbestandteilen.

b) Beispiele für Satzungsänderungen

Änderung der Firma (auch in der Liquidation; KG, LZ 1925, Sp. 1170); Änderung des Unternehmensgegenstandes (vgl. dazu unten Anm. 7); Verlegung des Sitzes der Gesellschaft (RG, JW 1899, S. 396); Verlängerung der Dauer der Gesellschaft über die in der Satzung festgelegte Zeit hinaus (RGZ 74, S. 297, 299; RG, LZ 1914, Sp. 571; die Frage ist nicht mit der anderen zu verwechseln, ob außerdem die Zustimmung aller Gesellschafter vorliegen muß oder dem widersprechenden Gesellschafter ein Austrittsrecht oder ein Abfindungsrecht zusteht; vgl. dazu Brodmann, § 274 HGB, Anm. 1 c; Robert Fischer, GmbH-Rdsch. 1955, S. 168); Verkürzung der Gesellschaftsdauer unter die in der Satzung festgelegte Zeit; Bestimmung eines Auflösungsstermins bei einer auf unbestimmte Zeit errichteten Gesellschaft sowie Auflösung der Gesellschaft durch Beschluß gem. § 262 Abs. 1 Nr. 2, wenn dieser bedingt oder befristet ist und für die Zukunft hinsichtlich der Fortdauer der Gesellschaft eine dauernde Regelung trifft (RGZ 65, S. 264, 266; RGZ 145, S. 99, 101); Verlegung des Geschäftsjahres (vgl. dazu KG, JW 1926, S. 599; vgl. auch KG, KGJ 53 [1921], S. 99, wo festgestellt wird, daß der Beschluß zur Änderung eines Geschäftsjahres in das Kalenderjahr zwar für das laufende Geschäftsjahr, nicht aber für die Vergangenheit wirkt); Art und Weise der Zusammenlegung von Bezugsaktien, nachdem deren Zusammenlegung beschlossen ist, auch wenn es sich nur um rechnerische Fragen handelt (KG, JW 1925, S. 1794 [Heilbrunn]); Bestimmungen über die Vermögensreste der Aktiengesellschaft bei ihrer Auflösung (KG, JW 1930, S. 1412); Umwandlung der Aktiengesellschaft; Einführung, Aufhebung und Änderung mitgliedschaftlicher Nebenpflichten und Sonderrechte (Winkler, DNotZ 1969, S. 406 ff.).

Keine Satzungsänderung stellen dar: die Errichtung einer Zweigniederlassung; die Auflösung der Gesellschaft — auch bei zeitlich begrenzter Gesellschaftsdauer — durch Beschluß gemäß § 262 Abs. 1 Nr. 2, wenn diese unbedingt bzw. unbefristet ist, oder aber den Auflösungsstermin nur unerheblich hinausschiebt, um die sachgemäße Abwicklung der Geschäfte zu ermöglichen (RGZ 145, S. 99); der Beschluß über die Vermögens-

Anm. 3, 4

veräußerung (vgl. dazu unten Anm. 7); Wechsel im Vorstand oder Aufsichtsrat, selbst wenn die ersten Mitglieder der Verwaltung in der Satzung genannt waren (BGHZ 18, S. 208; OLG Oldenburg, OLGE 42 [1921], S. 223), sofern nicht zugleich Einzel- oder Gesamtvertretung, also die *Art* der Vertretung, geändert wird.

Soweit ein Gesetz den Inhalt der Satzung ändert, ist eine gleichwohl vorgenommene Satzungsanpassung nur Fassungsänderung (RGZ 104, S. 349, 351).

Anm. 3

3. Satzungsänderung für den Einzelfall

Die Gesellschafter können im Rahmen des dispositiven Rechts die Satzung auch für den Einzelfall abändern. Darin liegt keine Verletzung oder Durchbrechung der Satzung, wenn sämtliche Erfordernisse für eine Satzungsänderung — insbesondere Ankündigung, erforderliche Beschlußmehrheit, Anmeldung und Eintragung ins Handelsregister; §§ 124 Abs. 2 Satz 2, 181 — eingehalten sind. Die Satzungsänderung braucht keine *allgemeine* Regelung zum Inhalt zu haben. Es ist ohne weiteres möglich, für einen Einzelfall abzuweichen, z. B. die im Statut vorgesehene Zustimmung des Aufsichtsrats zur Übertragung vinkulierter Aktien der Hauptversammlung zu überlassen. Auf die Handelsregistereintragung kann in keinem Fall verzichtet werden (anderer Ansicht Boesebeck, NJW 1960, S. 2265, 2267, der aber übersieht, daß die Einzelfalländerung als solche nicht wieder aufgehoben werden soll, sondern für die Zukunft bestehenbleibt; unrichtig auch Schlegelberger-Quassowski, § 145 AktG 1937, Rdn. 3, die die *ad hoc*-Abweichung als Satzungsverletzung ansprechen; Teichmann-Koehler, § 145 AktG 1937, Anm. 1 ohne genaue Abgrenzung; unklar v. Godin-Wilhelmi, Anm. 2). Vgl. zum Einzelfallgesetz im Verfassungsrecht BVerfGE 25, S. 371, 396 ff. (*lex Rheinstahl*).

Im Einzelfall kann ein Gesellschafterbeschuß, der die Voraussetzungen zur Satzungsänderung nicht erfüllt, in eine obligatorische Verpflichtung der zustimmenden Gesellschafter umgedeutet werden (vgl. auch RGZ 81, S. 368; BGH, NJW 1960, S. 866).

II. Zuständigkeit und Mehrheitserfordernisse für Satzungsänderungen

Anm. 4

1. Die Alleinzuständigkeit der Hauptversammlung

a) Die Satzungsänderung gehört zur ausschließlichen Zuständigkeit der Hauptversammlung. Dieser Rechtsgrundsatz findet sich in allen nationalen Rechten der EWG und in Art. 241 des Kommissionsentwurfs zur Europäischen Handelsgesellschaft. Die Befugnis zu Satzungsänderungen kann keiner anderen Stelle oder Person innerhalb oder außerhalb der Gesellschaft überlassen werden; die Hauptversammlung kann ihre Befugnis außer bei einer Fassungsänderung nicht delegieren und kann nicht darauf verzichten. Keine andere Person und kein anderes Gesellschaftsorgan ist berechtigt, eine Satzungsänderung vorzunehmen (RGZ 74, S. 297, 299; KG, JW 1925, S. 1795). Es kann auch nicht bestimmt werden, daß die Gültigkeit einer von der Hauptversammlung beschlossenen Satzungsänderung von der Zustimmung Dritter abhängt (RGZ 169, S. 65, 80 ff.; KG, JW 1930, S. 1412 [Pinner] = HRR 1929, Nr. 1355; anderer Ansicht v. Godin-Wilhelmi, Anm. 3, wenn nur die Wirksamkeit eines bestimmten Beschlusses von der Bedingung der Zustimmung eines Dritten abhängt). Die Exklusivzuständigkeit der Hauptversammlung ist nicht Selbstzweck. Sie folgt auch nicht aus dem Wesen der juristischen Person, denn dann könnte diese ebenso wie eine natürliche Person die Wirksamkeit ihrer Handlungen im Einzelfall oder generell bis zur Grenze des § 138 BGB vom Einverständnis eines Dritten abhängen lassen. Das Verbot anderweitiger Zuständigkeit hat gesellschaftsrechtliche Gründe: das Aktienrecht ist auf einen etwaigen Konflikt zwischen den grundsätzlich gleichen Interessen der Aktionäre in der selbständigen oder abhängigen Gesellschaft eingerichtet; die Abhängigkeit von Fremdinteressen eines Nichtaktionärs kann es nicht bewältigen. Schuldrechtliche Kontrollen

reichen für die Überwachung etwaiger Mitgliedschafts- oder Organrechte eines Außenstehenden nicht aus. Deshalb darf die Gesellschaft ihr Schicksal nicht mit korporativer Wirkung in die Hände Dritter legen. Es handelt sich hier also um Auswirkungen des gleichen Gedankens, der eine Abtretung des Stimmrechts an Dritte verbietet. Möglich sind dagegen schuldrechtliche Abreden mit einem Dritten, deren Verletzung zu Schadenersatz verpflichten kann, aber die Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen unberührt läßt. Zur Frage, ob die Satzung die Wirksamkeit eines Abänderungsbeschlusses von der Zustimmung einzelner Aktionäre abhängig machen kann, vgl. unten Anm. 6.

Strittig ist, wie weit für *erwerbswirtschaftliche Unternehmen der öffentlichen Hand* Ausnahmen gelten. Satzungsbestimmungen, die einen Hauptversammlungsbeschluß und damit eine Satzungsänderung von der Mitwirkung einer Behörde abhängig machen, sind nichtig (RGZ 169, S. 65, 80; OLG Dresden, KGJ 51 [1916], S. 339 = RJA 15, S. 205; KG, OLGE 44 [1925], S. 237 [für einen mit dritten Personen besetzten Beirat einer GmbH]; KG, JW 1930, S. 1412 = HRR 1929, Nr. 1355; v. Godin, ZAkDR 1940, S. 78; anders Groschuff, JW 1939, S. 2133; Waldmann, DFG 1940, S. 105; vgl. zum ganzen Problem auch Berkemann, S. 146, 159 ff.; Emmerich, S. 199 ff.). § 65 Abs. 1 der Bundeshaushaltsordnung vom 19. 8. 1969 (BGBl. I S. 1284) macht deutlich, daß der Gesetzgeber davon ausgeht, der Einfluß der öffentlichen Hand sei in den Formen und entsprechend der Organisation des Privatrechts wahrzunehmen. Die Gemeindeordnungen der Länder können das Aktiengesetz als Bundesrecht nicht abändern. Der Fiskus vermag den ihm notwendig erscheinenden Einfluß durch Satzungsgestaltung und Anteilsbesitz sicherzustellen.

b) Ausnahmen

Von dem Grundsatz, daß die Satzung nur durch Beschluß der Hauptversammlung abgeändert werden kann, gibt es Ausnahmen. Diese Ausnahmen bedürfen aber stets einer gesetzlichen Grundlage. Nach Abs. 1 S. 2 kann die Hauptversammlung die Befugnis zu Änderungen, die nur die Fassung betreffen, dem Aufsichtsrat übertragen (vgl. dazu unten Anm. 9 ff.). Für Versicherungsgesellschaften enthalten die §§ 156, 39 Abs. 3 VAG noch eine weitergehende Ermächtigungsgrundlage. Danach kann die Hauptversammlung den Aufsichtsrat ermächtigen, Änderungen vorzunehmen, die von der Aufsichtsbehörde vor der Genehmigung des satzungsändernden Beschlusses verlangt werden. Im Unterschied zu Abs. 1 S. 2 ist in diesem Fall der Aufsichtsrat befugt, auch solche Satzungsänderungen vorzunehmen. Anders, wenn die Aufsichtsbehörde eine unzulässige Satzungsänderung durch den Aufsichtsrat lediglich billigt (LG Stuttgart, Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen 1968, S. 167).

Nach § 4 Abs. 2 S. 2 EG AktG hat der Aufsichtsrat das Recht, über eine Satzungsänderung bezüglich einer Vereinigung von Aktien zu beschließen, die nicht auf volle 50 DM oder auf einen durch 100 teilbaren Betrag lauten. Die Vereinigung solcher Aktien kann jedoch nur mit Zustimmung der betroffenen Aktionäre vorgenommen werden; vgl. § 4 Abs. 2 S. 1 EG AktG.

Nach den Sozialisierungsgesetzen vom 23. März 1919 (RGBl. I S. 341) über die Regelung der Kohlenwirtschaft und vom 24. April 1919 über die Regelung der Kaliwirtschaft waren Änderungen der Gesellschaftsverträge nur mit Zustimmung des Reichskohlenrats (§ 17 Ausführungsbestimmungen vom 21. August 1919, RGBl. S. 1449) und des Reichskalirats (§ 48 DVO vom 18. Juli 1919, RGBl. S. 663) wirksam. Diese gemeinschaftlichen Kartelle blieben auch nach 1933 bestehen, wurden jedoch zu Planungs- und Lenkungsverbänden unter voller staatlicher Weisungsgewalt (E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 263). Der Reichskalirat wurde durch das Kaliwirtschaftsgesetz vom 18. Dezember 1933 (RGBl. II S. 1027) beseitigt. Zu einer ausdrücklichen Aufhebung der auf der Grundlage des Sozialisierungsgesetzes erlassenen Kohlenwirtschaftsverordnung vom 23. März 1919 (RGBl. S. 342) ist es nicht gekommen; der Reichskohlenrat trat jedoch praktisch außer Funktion, statt dessen wurde die volle Aufsichtsgewalt des Reichswirtschaftsministers in der Kohlenwirtschaft hergestellt. Durch die auf den Art. 12 des Potsdamer Abkommens gestützten, im Wortlaut fast übereinstimmenden Militärregierungsgesetze Nr. 56 (für die amerikanische Zone) und

Nr. 78 (für die britische Zone), sowie durch die Verordnung der Militärregierung Nr. 96 vom 9. Juni 1947 (für die französische Zone) sind alle früheren Bestimmungen des deutschen Rechts, die mit den Alliierten Dekartellierungsvorschriften unvereinbar waren, aufgehoben worden, d. h. insbesondere die Normen des spezifischen Kartell- und Zwangskartellrechts. Die genannten Bestimmungen sind ihrerseits mit dem Inkrafttreten des GWB am 1. Januar 1958 außer Kraft getreten (§ 109 Abs. 2 Nr. 14—16 GWB).

Keine Ausnahme bilden Fälle, in denen die Satzung durch die Änderung von Gesetzesbestimmungen oder durch Vollzugsmaßnahmen der Gesellschafter oder der Gesellschaftsorgane gegenstandslos wird.

Anm 5

2. Die gesetzliche Regelung der Mehrheitserfordernisse

Nach § 133 Abs. 1 bedürfen die Beschlüsse der Hauptversammlung der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (einfache Mehrheit), soweit nicht Gesetz oder Satzung eine größere Mehrheit oder noch andere Erfordernisse vorschreiben. Eine solche Vorschrift enthält § 179 Abs. 2 Satz 1 für jede zu beschließende Satzungsänderung. Daneben treten für die Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und Kapitalherabsetzung noch die besonderen Vorschriften der §§ 182 ff. In allen diesen Fällen bedarf grundsätzlich der Beschluß der Hauptversammlung einer Mehrheit, die mindestens *drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals* umfaßt; es zählen also die Aktien nicht mit, deren Inhaber zwar erschienen sind, aber freiwillig oder aus gesetzlichen Gründen nicht mitstimmen. Diese Kapitalmehrheit kommt zu der *einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen*, die nach § 133 Abs. 1 immer erforderlich ist, bei der Beschlußfassung hinzu (vgl. RGZ 125, S. 356, 359); die Kapitalmehrheit allein genügt nicht. Allerdings tritt das Erfordernis der Stimmenmehrheit nicht hervor, solange alle Aktien das gleiche Stimmrecht haben. Anders können sich die Verhältnisse jedoch gestalten, wenn Aktien mit verschiedenem hohem Stimmrecht vorhanden sind. In der Vergangenheit rechtmäßig geschaffene Mehrstimmrechtsaktien bleiben erhalten; die Ausgabe neuer Mehrstimmrechtsaktien ist nur mit Zustimmung der obersten Landesbehörde zulässig, soweit dies zur Wahrung überwiegender gesamtwirtschaftlicher Belange erforderlich ist; vgl. § 12 Abs. 2 Satz 2. Auf der anderen Seite kann die Satzung nach § 134 Abs. 1 Satz 2 für den Fall, daß ein Aktionär mehrere Aktien besitzt, das Stimmrecht durch Festsetzen eines Höchstbetrages oder durch Festsetzen von Abstufungen beschränken. Mit dem Erfordernis der Kapitalmehrheit wird beim Bestehen von Mehrstimmrechtsaktien verhindert, daß nur die Stimmenmehrheit den Ausschlag gibt: „Man soll die Stimmen wägen und nicht zählen.“ Bei der satzungsmäßigen Beschränkung des Stimmrechts gegenüber dem Besitzer mehrerer Aktien durch das Erfordernis der einfachen Stimmenmehrheit soll umgekehrt vorgebeugt werden, daß die Kapitalmehrheit der Großaktionäre allein entscheidet.

Es ist zweifelhaft, ob der für eine Satzungsänderung notwendige Mehrheitsbeschluß voraussetzt, daß die Aktionäre sich bei der Beschlußfassung auch *bewußt* sind, daß sie damit die Satzung ändern, oder ob es ausreicht, daß die Aktionäre mit der erforderlichen Mehrheit einen Beschluß gefaßt haben, der sich nach seinem objektiven Gehalt als eine Änderung der Satzung darstellt. Da das Gesetz insoweit keine einschränkenden Bestimmungen enthält, wird man nicht verlangen können, daß sich die Aktionäre bei ihrem Mehrheitsbeschluß auch dessen bewußt sind, daß sie damit eine Änderung der Satzung beschließen (RGZ 81, S. 368, 371). Das ist insbesondere für eine Einzelfall-Satzungsänderung bedeutsam, die richtigerweise ebenfalls zu den Satzungsänderungen zählt.

Anm. 6

3. Abweichende Satzungsbestimmungen

Nach § 179 Abs. 2 Satz 2 kann die Satzung für den Mehrheitsbeschluß abweichende Bestimmungen treffen, und zwar sowohl Erleichterungen wie Erschwerungen. Diese können auch für einzelne oder bestimmte Fälle vorgesehen sein. Fraglich ist, ob die

Erleichterung oder Erschwerung vom Willen eines anderen Organs abhängen kann etwa derart, daß die Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals beschließen kann, wenn der Aufsichtsrat den Antrag stellt oder ihm zustimmt. Ein solches Verfahren ändert an sich nichts an der Zuständigkeit der Hauptversammlung, sondern bestimmt lediglich die jeweiligen Mehrheitsanforderungen. Trotzdem wird dem Aufsichtsrat auf diesem Weg ein unzulässiger, weil der zwingenden gesetzlichen Organisation der Aktiengesellschaft widersprechender Einfluß auf die Entscheidung über die Satzungsänderung eingeräumt. Das wird auch von Abs. 2 Satz 3 nicht gedeckt (Eckardt, NJW 1967, S. 369, 371; abweichend Lehmann, Aktienrechtsreform 1965, S. 55).

a) Erleichterungen

Im Unterschied zu § 275 Abs. 1 HGB kann sich die Satzung für einen satzungsändernden Beschluß nicht mit einfacher Stimmenmehrheit begnügen; es muß immer noch eine Kapitalmehrheit, wenn auch nur eine einfache, hinzutreten. Das war nach § 146 AktG 1937 im Schrifttum noch bestritten; die damals bereits herrschende Lehre ist mit der Neufassung jetzt Gesetzesinhalt geworden.

Ähnlich wie bei den Personenhandelsgesellschaften (vgl. BGHZ 8, S. 35, 41; BGH LM Nr. 8 zu § 138 HGB) wird man auch bei den Kapitalgesellschaften *eindeutige* Satzungsbestimmungen verlangen müssen, daß und für welche Fälle die gesetzlichen Mehrheitsanforderungen gemildert werden sollen (RGZ 27, S. 69, 70). Diesem Erfordernis kann eine Satzungsbestimmung genügen, es entscheide die einfache Mehrheit, soweit nicht gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen (KG, DJZ 1921, S. 496; anderer Ansicht Brodmann, § 275 HGB, Anm. 1 d; v. Godin-Wilhelmi, Anm. 5).

Für eine Änderung des Gegenstandes des Unternehmens kann die Satzung keine geringere als eine drei Viertel Kapitalmehrheit vorsehen; vgl. dazu unten Anm. 7. Das gleiche muß für eine *Verkürzung* der satzungsmäßigen Dauer der Gesellschaft sowie für die nachträgliche Aufnahme einer Bestimmung über die Gesellschaftsdauer gelten. Der dahingehende Beschluß ist gleichzeitig ein Beschluß auf Auflösung zu dem in die Satzung aufzunehmenden Zeitpunkt (RGZ 65, S. 266), so daß auch die Bestimmung des § 262 Abs. 1 Nr. 2 zu beachten ist (h. A., wie hier Ritter, § 203 AktG 1937, 3, und — für den Fall der nachträglichen Aufnahme eines Auflösungsstermins in die Satzung — Baumbach-Hueck, § 262, Rdn. 2; v. Godin-Wilhelmi, § 262, Anm. 3). Für die *Verlängerung* der durch die Satzung festgelegten Zeitdauer reicht dagegen ein den §§ 179 ff. entsprechender satzungsändernder Beschluß aus (a. A. Schlegelberger-Quassowski, § 203 AktG 1937, Rdn. 3, wonach in sinngemäßer Anwendung des § 215 Abs. 1 S. 2 AktG 1937 = § 274 Abs. 1 S. 2 der Verlängerungsbeschluß mindestens mit Dreiviertelkapitalmehrheit gefaßt werden muß).

b) Erschwerungen

Der Satzung steht es frei, eine größere Kapital- oder Stimmenmehrheit vorzuschreiben und nach Abs. 2 Satz 3 noch andere Erfordernisse für einen satzungsändernden Beschluß aufzustellen. Dazu gehört vor allem die Einführung eines bestimmten *Quorums* für die Beschlußfähigkeit der Hauptversammlung; die Satzung verlangt dann, daß ein bestimmter Bruchteil des Kapitals oder der Stimmen anwesend oder vertreten ist, damit die Versammlung beschlußfähig ist (vgl. Art. 243 des Kommissionsentwurfs der Europäischen Handelsgesellschaft, der zwingend die Beschlußfähigkeit von der Vertretung der Hälfte des Kapitals abhängig macht). Die Satzung kann weiter die Abhaltung zweier Hauptversammlungen vorsehen. Was die Stimmen- oder Kapitalmehrheit anlangt, ist eine Erschwerung in verschiedenen Stufen denkbar: die Satzung kann zunächst eine größere als die einfache Stimmenmehrheit neben der Kapitalmehrheit verlangen. Sie kann darüber hinaus auch *Einstimmigkeit* für Änderungen aller oder gewisser Bestimmungen fordern, wobei unter Einstimmigkeit eine solche der abstimmenden oder der anwesenden oder schließlich sämtlicher Aktionäre verstanden werden kann. Wieweit das Erfordernis der Einstimmigkeit gehen darf, ist allerdings im Schrifttum unter Berufung auf das für die Körperschaften geltende Majoritätsprinzip bestritten. Brodmann meint (§ 275 HGB, Anm. 1 c; ebenso Rudolf Fischer, in: Ehrenbergs Handbuch, Bd. III 1, S. 316 ff.), daß es stets bei einem Mehrheitsbeschluß bleiben müsse, weil

Anm. 7

das Erfordernis der Einstimmigkeit praktisch zur Unabänderlichkeit der Satzung führe, was mit dem zwingenden Grundsatz der Abänderbarkeit der Satzung im Widerspruch stehe. Die Begründung ist nicht stichhaltig. Denn daß eine Erschwerung der vom Gesetz vorgesehenen qualifizierten Kapitalmehrheit auch das Erfordernis der Einstimmigkeit ist, kann nicht zweifelhaft sein. Der Mehrheitsgrundsatz wird insoweit von der auch im Körperschaftsrecht geltenden Gestaltungsfreiheit der Privatrechtssubjekte verdrängt. Das Prinzip der Abänderbarkeit der Satzung sagt nur etwas über die Selbstbindung aus (vgl. oben Anm. 1). v. Godin-Wilhelmi (§ 179, Anm. 1) meinen, es könne zwar Einstimmigkeit, aber nur der abstimmenden, nicht aller (auch nicht anwesenden und nicht stimmberechtigten) Aktionäre verlangt werden; höhere Erfordernisse scheiterten an § 118 Abs. 1 und daran, daß ein Sonderrecht auf Unabänderlichkeit der Satzung im ganzen wohl nicht denkbar sei. Auch das trifft nicht zu, wie § 369 Abs. 2 beweist. Die Satzung kann die Zustimmung *sämtlicher* — auch der nicht erschienenen — Aktionäre verlangen (ebenso RGZ 169, S. 65, 81; OLG Dresden, RJA 12 [1912], S. 53, 54; Baumbach-Hueck, § 179, Rdn. 4; Möhring-Tank, Rdn. 447). Praktisch kann die Frage umgangen werden, in dem die Satzung Anwesenheit sämtlicher Aktionäre zur Beschlußfähigkeit voraussetzt und überdies Einstimmigkeit verlangt. Notwendig ist ein derartiges Vorgehen jedoch nicht. Die Gesamtheit aller Aktionäre kann ihren Willen nicht nur im Rahmen der Hauptversammlung bilden, sondern die Wirksamkeit eines satzungsändernden Beschlusses auch von der Zustimmung abwesender Aktionäre abhängen lassen. Ein Hauptversammlungsbeschluß kann allerdings nicht die Zustimmung Dritter verlangen, weil damit die Gefahr der unkontrollierten Abhängigkeit von Fremdinteressen verbunden ist; aber dieser Gesichtspunkt scheidet für die Aktionäre aus, die in der Hauptversammlung jederzeit erscheinen und widersprechen können. Die einzelnen Aktionäre erhalten durch eine dahingehende Satzungsbestimmung kein Sonderrecht (anderer Ansicht RGZ 169, S. 65, 81 für die GmbH; Schlegelberger-Quassowski, § 145 AktG 1937, Anm. 2; Teichmann-Koehler, § 146 AktG 1937, Anm. 1), auch kein unentziehbares Individualrecht in dem Sinn, daß nun auch noch jeder einzelne Aktionär seine individuelle Zustimmung zu dem Hauptversammlungsbeschluß geben muß (zutreffend Robert Fischer, 2. Auflage, § 146 AktG 1937, Anm. 5). Praktisch erhalten aber durch das Erfordernis der Einstimmigkeit sämtlicher Aktionäre die nicht erschienenen Aktionäre ein Zustimmungsrecht; § 118 Abs. 1 steht dem nicht entgegen, weil § 179 Abs. 2 Satz 3 ausdrücklich andere Satzungsanfordernisse zuläßt. Soll die Zustimmung aller, auch der nicht erschienenen Gesellschafter notwendig sein, so müssen sich für eine solche Auslegung allerdings besondere Anhaltspunkte im Statut finden.

Sind satzungsgemäß die Anforderungen an eine Satzungsänderung über die gesetzliche Bestimmung hinaus erhöht oder unter diese, soweit zulässig, gemindert, so kann auch diese Vorschrift selbst nur mit der für Satzungsänderungen vorgesehenen Mehrheit abgeändert werden. Bei gesteigerten Erfordernissen, welche die Satzung verlangt, würde demnach die gesetzlich bestimmte Mehrheit nicht ausreichen, um die Änderung herbeizuführen (ROHG 20 [1875], S. 42, 45). Auch wenn die ursprüngliche Satzung keine besondere Vorschrift über die zu einer Satzungsänderung erforderliche Mehrheit enthält, kann nachträglich mit der gesetzlichen Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals beschlossen werden, die Anforderungen an eine Satzungsänderung zu steigern oder zu erleichtern.

Anm. 7

4. Die Änderung des Unternehmensgegenstandes

a) Betrifft die Satzungsänderung den nach § 23 Abs. 3 AktG in der Satzung festgelegten Unternehmensgegenstand, so kann von den gesetzlichen Erfordernissen zugunsten der Minderheit nur abgewichen werden in der Hinsicht, daß der Beschluß mehr als drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfassen müsse. Die Satzung kann noch weitergehende Erfordernisse aufstellen, wie z. B. Anwesenheit eines bestimmten Teils des Grundkapitals, eine größere als die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen, mehrfache Abstimmung, Abhaltung einer zweiten Hauptversammlung, auch Einstimmigkeit.

Der *Unternehmensgegenstand* ist scharf zu trennen vom *Verbandszweck*, also von dem für den Zusammenschluß maßgebenden Ziel. Die Änderung dieses Gesellschaftszwecks — also beispielsweise die Aufgabe einer auf Erzielung von Gewinn gerichteten Tätigkeit — richtet sich nicht nach dem § 179, sondern nach § 33 BGB; sie verlangt Einstimmigkeit.

Was als Abänderung des Unternehmensgegenstandes anzusehen ist, kann nur nach den tatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalles mit Rücksicht auf die Verkehrsanschauung entschieden werden. Es ist jedoch zu beachten, daß das neue Gesetz eine genaue Beschreibung des Unternehmensgegenstandes in § 23 Abs. 3 verlangt und daß damit der Zuständigkeitsbereich der Hauptversammlung gestärkt werden sollte (überzeugend Barz, oben § 23, Anm. 11). Das Tatbestandsmerkmal der Änderung des Gegenstandes des Unternehmens ist folglich heute weit auszulegen. Zur Kompetenz der Hauptversammlung gehört die Beseitigung eines bisher genannten Unternehmensgegenstandes ebenso wie das Hinzufügen eines neuen, dessen Aufnahme die festgesetzten statutenmäßigen Grenzen überschreitet (vgl. RG, Recht 1903, S. 582, Nr. 3034; OLG Hamburg, OLGE 19 [1909], S. 333); dazu gehört die Aufgabe einer in der Satzung genannten Produktion oder der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zum Zweck der Einflußnahme auf ein anderes, branchenfremdes, d. h. einen anderen Unternehmenszweck betreibendes Unternehmen, solange das Statut entsprechendes nicht vorsieht. Auch der Verkauf des gesamten Vermögens und seine Ausschüttung an die Aktionäre bedeuten eine Änderung des Unternehmensgegenstandes (anders KG, OLGE 43 [1924], S. 317), grundsätzlich dagegen nicht die Veräußerung bei gleichzeitiger Neuanlage an einem anderen Ort oder zu anderen Bedingungen, es sei denn, das Unternehmen ändert dadurch seinen Charakter. Umschichtungen im Vermögen, Ausbau eines Betriebs, Aufgabe eines einzelnen Geschäftszweiges, erfordern keinen satzungsändernden Beschluß (RG LZ 1907, Sp. 281: Zuckerrübenfabrik baut Schnitzeltrocknungsanlage zur vorteilhafteren Verwertung der Fabrikationsrückstände; vgl. aber KG, DJZ 1903, S. 106: Zoologischer Garten ändert seinen Unternehmensgegenstand durch den Bau einer Ausstellungshalle). Der Beitritt zu einer Interessengemeinschaft, in der Teilunternehmensziele verwirklicht werden sollen (vgl. OLG Hamm, KartRdsch. 1925, S. 609, 613), die rechtliche Verselbständigung einer Betriebsabteilung zu einer abhängigen Gesellschaft oder die Verpachtung eines Nebenbetriebes gehören nicht in die Zuständigkeit der Hauptversammlung, sondern zur Annexkompetenz der Verwaltung.

b) Nach früherem Recht war bestritten, ob *Unternehmensverträge* (Organschaftsverträge, Betriebspachtverträge) eine Zweckänderung beinhalten (Würdinger, Aktien- und Konzernrecht [2. Aufl.], S. 282; Peyer, AG 1959, S. 10) oder eine Änderung des Unternehmensgegenstandes (so Robert Fischer, 2. Auflage, § 146 AktG 1937, Anm. 7; Brodmann, § 275 HGB, Anm. 2) oder nicht einmal eine Satzungsänderung (so RGZ 3, S. 128 [rumänischer Eisenbahnfall]; Schlegelberger-Quassowski, § 146 AktG 1937, Anm. 4). Die Frage wird jetzt vom Gesetz beantwortet, da § 293 Abs. 1 für Unternehmensverträge ein dem § 179 entsprechendes Mehrheitsfordernis vorsieht. Damit „klärt (der Entwurf) eine Streitfrage des geltenden Rechts. Für die Anwendung der Vorschriften über Satzungsänderungen besteht im Hinblick auf die besonderen Erfordernisse, denen der Zustimmungsbeschluß bereits nach den §§ 293, 294 unterliegt, kein Bedürfnis“ (RegBegr. bei Kropff, S. 381). Zweifel können nur entstehen, wenn eine alte Satzung vom Gesetz abweichende Anforderungen für ihre Änderung vorsieht; sollen diese dann auch für Unternehmensverträge nach § 293 gelten? Mangels anderer Auslegungshinweise ist das zu bejahen, da der Abschluß eines derartigen Vertrages für die Aktiengesellschaft mindestens ebenso wichtig ist wie eine andere Satzungsänderung (nicht eindeutig Baumbach-Hueck, § 179, Rdn. 9 und § 291, Rdn. 3).

c) Wenn der Vorstand der Aktiengesellschaft in seinen Verfügungen über den satzungsmäßigen Zweck des Unternehmens hinausgeht, wird dadurch die Gültigkeit dieses Rechtsgeschäftes nicht betroffen. Hat der Vorstand durch *eigenmächtiges Handeln* auf diese Weise eine Veränderung des Gegenstandes des Unternehmens ohne einen entsprechenden satzungsändernden Beschluß der Hauptversammlung herbeigeführt, so wird daher die Gültigkeit des Geschäfts durch einen die nachträgliche Genehmigung ablehnenden Beschluß der Hauptversammlung nicht berührt (RGZ 115, S. 249). Bei

Anm. 8

einer Entlastungserteilung genügt auch in einem solchen Falle die einfache Stimmenmehrheit der Versammlung (RG, HRR 1931, Nr. 524). Hat indessen in einem Fall, in dem der Vorstand eigenmächtig ein über den satzungsmäßigen Zweck des Unternehmens hinausgehendes Geschäft abschloß, die Gegenpartei gewußt, daß ein satzungsändernder Beschluß erforderlich gewesen, aber nicht herbeigeführt war, so kann daraufhin ein Schadensersatzanspruch der Gesellschaft aus § 826 BGB gegen sie begründet sein. Zur Frage, wie weit der Schutz der Aktiengesellschaft beim Mißbrauch der Vertretungsmacht gegenüber unredlichen Dritten im übrigen reicht vgl. zuletzt BGHZ 50, S. 112, 114 und Mertens, Die Schranken gesetzlicher Vertretungsmacht im Gesellschaftsrecht, Juristische Analysen 1970, S. 466. Ein Rückgriffsrecht gegen den Vorstand hat die Gesellschaft in solchen Fällen stets.

Anm. 8

5. Zustimmungsbefähigte Satzungsänderungen

a) Eingriff in Sonderrechte

Durch satzungsändernden Beschluß kann auch in Sonderrechte und andere unentziehbare Rechte einzelner Aktionäre eingegriffen werden. Dazu gehören jedoch nicht: *erstens* unverzichtbare Rechte, die aus der Mitgliedschaft fließen (Auskunfts-, Anfechtungsrecht), sowie *zweitens* sog. Gläubigerrechte, also außerkörperschaftliche Rechte, die der Herrschaft der Aktiengesellschaft und damit der Hauptversammlung nicht oder nicht mehr unterliegen (Forderung auf Rückzahlung eines Darlehens; Forderung auf die festgesetzte Jahresdividende). Das Sonderrecht steht nach § 35 BGB einem einzelnen oder mehreren Aktionären zu; unentziehbare Rechte können auch allen Aktionären erwachsen. Derartige Rechte ergeben sich vor allem aus der jeweiligen Satzung, in gewissen Fällen (Zweckänderung) auch aus der Gesellschaftsstruktur oder aus dem Gesetz.

Für einen derartigen Beschluß sind zunächst die Erfordernisse einzuhalten, die nach dem Gesetz oder nach besonderer Bestimmung der Satzung vorgeschrieben sind. Ist diesem Erfordernis genügt, so liegt ein gültiger satzungsändernder Beschluß vor. Im Unterschied zu anderen satzungsändernden Beschlüssen bedarf dieser Beschluß jedoch zu seiner Wirksamkeit noch der *Zustimmung der Aktionäre*, in deren Sonderrecht oder in deren unentziehbares Recht durch diesen Beschluß eingegriffen wird. Das Recht auf Zustimmung ist ein mitgliedschaftliches Schutzrecht des oder der betroffenen Aktionäre. Je nach dem Charakter dieses Schutzrechts genügt die Zustimmung einer Aktionärsklasse (vgl. dazu unten Anm. 12 ff.) oder jedes betroffenen Gesellschafters. Die Zustimmung ist Wirksamkeitserfordernis; solange diese Zustimmung noch nicht erteilt ist, ist der Beschluß noch nicht wirksam (RGZ 148, S. 175, 185; BGHZ 15, S. 177, 181). Der Beschluß ist jedoch bis zur Erteilung der Zustimmung nicht fehlerhaft, daher nicht nichtig und auch nicht anfechtbar, sondern schwebend unwirksam (Robert Fischer, Anm. zu LM Nr. 2 zu § 51 GenossenschaftsG), bei Ausfall der Genehmigung im Zweifel absolut unwirksam (vgl. Zöllner, Schranken, § 13 II 2 a; anders v. Godin-Wilhelmi, § 180, Anm. 4). Mit der Zustimmung der betroffenen Aktionäre wird der Beschluß voll wirksam; die Weigerung eines Aktionärs stellt seine Unwirksamkeit endgültig fest, wobei die Unwirksamkeit ohne Rücksicht auf die Anfechtungsfrist des § 246 Abs. 1 durch einfache Feststellungsklage geltend gemacht werden kann. Sonst wäre ein wirksamer Schutz nicht gewährleistet, da die nicht erschienenen aber ordnungsmäßig geladenen Aktionäre nicht zur Anfechtung berechtigt sind.

Die Zustimmung ist Willenserklärung nach den §§ 182 ff. BGB. Sie ist nicht notwendiger Teil des Hauptversammlungsbeschlusses, sie kann vorher und nachträglich sowie ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten erfolgen (st. Rspr.; RGZ 68, S. 263, 265; 90, S. 403, 408; 121, S. 238, 245; 128, S. 34, 37; 136, S. 185, 192; RG, JW 1913, S. 647; RG, JW 1931, S. 2975). Die Zustimmung liegt nicht im Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist (anders RGZ 140, S. 231, 247). Im Zweifel ist in der Abgabe der Stimme für den Hauptversammlungsbeschluß gleichzeitig die schlüssige Erteilung der Zustimmung zu erblicken (RGZ 68, S. 263, 266). Die Satzung der Aktiengesellschaft kann für eine derartige Zustimmung besondere Formen vorsehen.

Die Gesellschaft kann den Zustand der Ungewißheit, ob der Hauptversammlungsbeschluß wirksam wird oder nicht, dadurch beenden, daß sie die in der Gesellschafterversammlung nicht vertretenen Gesellschafter zur Erklärung über ihre Zustimmung binnen bestimmter Frist auffordert (RGZ 136, S. 185, 192). Der Registerrichter hat die Eintragung abzulehnen, wenn ihm nicht alle erforderlichen Zustimmungen nachgewiesen werden. Er kann überdies die Eintragung von dem Nachweis der erfolgten Zustimmung der beteiligten Gesellschafter in öffentlich beglaubigter Form abhängig machen (RGZ 136, S. 192; vgl. die Zusammenstellung des Schrifttums bei Ritter, § 147 AktG 1937, Anm. 4).

b) Verletzung des Gleichheitssatzes

Die dargelegten Grundsätze gelten auch, wenn durch einen satzungsändernden Beschluß das Gebot der gleichmäßigen Behandlung aller Aktionäre verletzt wird. Das ist z. B. bedeutsam, wenn aus der Gesamtheit der Stammaktien durch satzungsändernden Beschluß gewisse Aktien in Vorzugsaktien umgewandelt werden sollen, gilt aber auch dann, wenn etwa aus einer Gruppe von Vorzugsaktien durch satzungsändernden Beschluß Vorzugsaktien ohne Stimmrecht geschaffen werden sollen. Auch hier ist zur Wirksamkeit des Hauptversammlungsbeschlusses die Zustimmung jedes dadurch betroffenen Aktionärs erforderlich. Die vielfach vertretene Auffassung, daß die Verletzung des Gebots der gleichmäßigen Behandlung aller Aktionäre nicht die *Unwirksamkeit*, sondern nur die *Anfechtbarkeit* des Hauptversammlungsbeschlusses begründe (so RGZ 118, S. 72; RG, JW 1927, S. 2982; JW 1935, S. 1776; KG, JFG 2 [1925], S. 278; vgl. die Zusammenstellung der Literatur bei Götz Hueck, Grundsatz, S. 309 ff.; Zöllner, Schranken, S. 416; Meyer-Landrut, oben § 1, Anm. 36; grundsätzlich ebenso, in besonderen Fällen aber für Nichtigkeit Möhring-Tank, Rdn. 510), ist wohl nicht richtig. Diese Auffassung stellt nämlich lediglich darauf ab, ob ein solcher Beschluß nichtig oder anfechtbar sei, ob auf ihn also die Voraussetzungen des § 241 oder die des § 243 zutreffen. Eine derartige Fragestellung wird der Sachlage nicht gerecht (Robert Fischer, JZ 1956, S. 363; Brodmann, § 275 HGB, Anm. 3a; Ritter, § 11 AktG 1937, Anm. 4; vgl. auch Meyer-Meulenbergh, Komm. zum GenG, § 51, Anm. 5). Es handelt sich hierbei im Grunde um den gleichen Sachverhalt wie bei einem Eingriff in ein Sonderrecht, bei dem ebenfalls nur die Interessen der betroffenen Aktionäre berührt werden, die sich gegen diesen Eingriff auch selbst verteidigen können. Es müssen daher insoweit auch die gleichen Grundsätze wie bei einem Eingriff in ein Sonderrecht zur Anwendung gelangen. Dies bedingt, daß in allen Fällen, in denen durch einen satzungsändernden Hauptversammlungsbeschluß verschiedene Aktiengattungen begründet werden oder in denen eine bestehende Aktiengattung eine unterschiedliche Ausgestaltung erfährt, die Wirksamkeit des Hauptversammlungsbeschlusses von der Zustimmung der dadurch benachteiligten Aktionäre abhängig ist.

c) Begründung von Pflichten

Die gleichen Grundsätze finden Anwendung, wenn durch einen satzungsändernden Beschluß Pflichten einzelner Aktionäre begründet, vermehrt oder gesteigert werden. Das ist für die Begründung von Nebenpflichten eines Aktionärs gem. § 55 in § 180 Abs. 1 ausdrücklich vorgeschrieben, gilt aber über den Tatbestand des § 180 Abs. 1 hinaus für sämtliche Pflichten. Daher werden auch solche Beschlüsse erst wirksam, wenn die notwendige Zustimmung der betroffenen Aktionäre erteilt wird (vgl. dazu unten § 180, Anm. 1 ff.).

III. Die Fassungsänderung

Anm. 9

1. Allgemeines

Nach Abs. 1 Satz 2 kann die Hauptversammlung den Aufsichtsrat ermächtigen, Änderungen in der Wortfassung der Satzung vorzunehmen. Diese Ermächtigung kann dem Aufsichtsrat ganz allgemein oder nur für einen besonderen Fall erteilt werden. Letzteres ist namentlich wichtig und notwendig, um dem Aufsichtsrat das Recht ein-

Anm. 10, 11

zuräumen, die Fassung einer gerade beschlossenen Neuänderung redaktionell zu überarbeiten. Das Gesetz beschränkt sich jedoch nicht auf diese *Einzelermächtigung*. Der abweichenden Meinung von Brodmann (§ 274 HGB, Anm. 2a), der eine allgemeine Ermächtigung für unzulässig hält, kann nicht gefolgt werden, weil sie im Gesetz keine Stütze findet und für sie auch keine durchgreifenden Erwägungen sprechen (einhellige Meinung). Eine Ermächtigung zur Vornahme von Fassungsänderungen kann die Hauptversammlung aber nur dem Aufsichtsrat, nicht auch dem Vorstand oder einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern erteilen. Da § 179 in § 107 Abs. 3 Satz 2 nicht erwähnt ist, wird man es nunmehr für zulässig halten müssen, daß einem Ausschuß des Aufsichtsrats die Ermächtigung erteilt wird (ebenso Baumbach-Hueck, Rdn. 5; anders zum bisherigen Recht Robert Fischer, § 145 AktG 1937, Anm. 9; Siebel, DNotZ 1955, S. 299, 304). Der Ermächtigungsbeschluß ist immer ein satzungsändernder Beschluß, so daß für ihn auch die für satzungsändernde Beschlüsse geltenden Vorschriften zur Anwendung gelangen, und zwar ganz gleichgültig, ob die Ermächtigung dem Aufsichtsrat allgemein — durch Aufnahme einer neuen Satzungsbestimmung — oder nur für einen besonderen Fall erteilt wird. Denn auch die Änderung in der Wortfassung der Satzung ist eine Satzungsänderung, so daß auch die Hauptversammlung eine solche Fassungsänderung ebenfalls nur nach Maßgabe der für Satzungsänderungen geltenden Vorschriften beschließen könnte.

Anm. 10**2. Der Begriff der Fassungsänderung**

Die Änderung in der Wortfassung der Satzung unterscheidet sich von einer inhaltlichen Abänderung der Satzung. Fassungsänderungen sind nur *förmliche*, nicht inhaltliche Änderungen der Satzung. Da sich nach allgemeinen Auslegungsregeln der Sinn und Inhalt einer Satzung schon durch eine Umstellung von Worten oder durch eine neue Interpretation ändern kann, ist im allgemeinen bei der Annahme einer Fassungsänderung Zurückhaltung geboten. Ein typischer Fall einer Fassungsänderung liegt vor, wenn eine Satzungsbestimmung durch eine Gesetzesänderung überflüssig oder unwirksam geworden ist und diese nunmehr ersatzlos gestrichen wird (RGZ 104, S. 349; Herold, BankA 1936, S. 525; Siebel, DNotZ 1955, S. 301). Auch die Anpassung einer Satzung an den geänderten Wortlaut eines Gesetzes ist eine reine Änderung in der Wortfassung der Satzung. Das trifft aber nicht zu für die Änderung des Wortes „Reingewinn“ in „Bilanzgewinn“, da die Bedeutung beider Begriffe heute nicht gleich ist; vgl. § 58 (LG Stuttgart, Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen 1968, S. 167).

Der praktisch bedeutsamste Fall für eine Anwendung des Gesetzes ist die Formulierung eines vorausgehenden sachlichen Beschlusses der Hauptversammlung, dessen Wortlaut durch die Hauptversammlung noch nicht ohne weiteres festgelegt werden konnte, z. B. bei dem Beschluß über eine bedingte Kapitalerhöhung oder über genehmigtes Kapital. Freilich handelt es sich hierbei streng genommen nicht um eine Änderung in der Wortfassung der Satzung, da der Aufsichtsrat in diesem Fall die Wortfassung nicht ändert, sondern selbst prägt.

Anm. 11**3. Der Änderungsbeschluß des Aufsichtsrats**

Für den Beschluß des Aufsichtsrats gibt das Gesetz keine besonderen Vorschriften. Es gelten daher die allgemeinen Vorschriften, wonach für die Beschlußfassung im allgemeinen einfache Mehrheit ausreichend ist. Auch eine besondere Formvorschrift besteht insoweit nicht. Daher ist hier eine gerichtliche oder notarielle Beurkundung wie bei den Beschlüssen der Hauptversammlung nicht geboten (Baumbach-Hueck, Rdn. 5; Schlegelberger-Quassowski, § 145 AktG 1937, Anm. 5; Ritter, § 145 AktG 1937, Anm. 3d). Es genügt vielmehr die Anfertigung einer Niederschrift, die der Vorsitzende des Aufsichtsrats oder sein Stellvertreter zu unterzeichnen hat. Wie jede Satzungsänderung ist auch der Beschluß des Aufsichtsrats über eine Änderung in der Wortfassung der

Satzung zum Handelsregister durch den Vorstand anzumelden (§ 181, Anm. 1). *Überschreitet* der Aufsichtsrat die ihm erteilte Ermächtigung und nimmt er eine sachliche (inhaltliche) Änderung vor, so ist sein Beschluß (insoweit) unwirksam. Die Entscheidung dieser zuweilen sehr schwierigen und zweifelhaften Frage obliegt zunächst dem Registerrichter, sobald der Beschluß zum Handelsregister angemeldet ist. Der Hauptversammlung und noch viel weniger dem mit der Anmeldung befaßten Vorstand steht eine solche Entscheidungsbefugnis nicht zu (Baumbach-Hueck, Rdn. 5). Der Registerrichter hat die Eintragung abzulehnen, wenn er das Vorliegen einer solchen Änderung der Satzung durch den Aufsichtsrat bejaht. Seine Verfügung unterliegt dem Rechtsmittel der Beschwerde gem. §§ 19 ff. FGG. Aber auch dann, wenn der Registerrichter einen solchen Beschluß einträgt, wird dieser nicht durch die Eintragung wirksam. Seine Unwirksamkeit kann durch eine gewöhnliche Feststellungsklage geltend gemacht werden.

IV. Die Satzungsänderung bei mehreren Aktiengattungen

Anm. 12

1. Der Tatbestand

a) Nach Abs. 3 bedarf der Beschluß der Hauptversammlung der Zustimmung der benachteiligten Aktionäre, wenn das bisherige Verhältnis mehrerer Gattungen von Aktien (§ 11) zum Nachteil einer Gattung geändert werden soll. Die Vorschrift kommt also nur zur Anwendung, wenn bestehende Aktiengattungen verändert werden, nicht bei der Ausgabe von neuen Aktien oder bei der Umwandlung von Aktien aus der bisher allein bestehenden Klasse von Stammaktien. Wenn lediglich bestimmten Stammaktien ein Vorzug eingeräumt werden soll, kann darin ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung liegen. Das Verhältnis zwischen den Gattungen wird auch dann geändert, wenn nicht nur den Vorzugsaktien ihr Vorzug genommen, sondern auch den Stammaktien ein Vorzug eingeräumt werden soll, die Vorzugsaktien also Stammaktien werden sollen und umgekehrt (Ritter, § 146 AktG 1937, Anm. 3c). Der Fall kann so liegen, daß beide Gruppen von Aktiengattungen durch den zu fassenden Beschluß benachteiligt werden; dann muß in beiden Gruppen eine Sonderabstimmung stattfinden. So ist es z. B., wenn bei Vorhandensein von Stammaktien und Vorzugsaktien eine Zusammenlegung der Stammaktien so erfolgen soll, daß bei Zuzahlung von 20% für drei Stammaktien eine Vorzugsaktie und bei Nichtzuzahlung für vier Stammaktien eine Stammaktie gegeben werden soll (KGJ 16, S. 20). Hier sind die Vorzugsaktionäre insofern benachteiligt, als neue Vorzugsaktien in Konkurrenz zu den vorhandenen hinzutreten, wenn die Zuzahlung für die Stammaktien geleistet wird, und die Stammaktionäre sind benachteiligt insofern, als ihre Aktien zusammengelegt werden sollen (siehe § 222). Bei Vorhandensein mehrerer verschiedener Gruppen von Vorzugsaktien hat dementsprechend in jeder Gruppe eine Sonderabstimmung zu erfolgen.

Keine besondere Gattung von Aktien im Sinne von § 11 sind Schutz- und Vorratsaktien (RGZ 132, S. 149, 160); auch nicht Aktien mit verschiedenem Nennbetrag.

b) Nach herrschender Meinung, die sich auf die Motive zur Novelle von 1884 stützen kann, findet die Vorschrift nur Anwendung, wenn die Satzungsänderung *unmittelbar* die mit einer Gruppe von Aktien verbundenen Vorrechte mindert, nicht aber, wenn etwa eine Satzungsänderung nur mittelbar für eine Aktiengattung unvorteilhafter ist als für eine andere. In den Motiven wird gesagt: eine Rücksichtnahme auf die mittelbaren Folgen würde praktisch undurchführbar erscheinen; es ließe sich keine Grenze hierfür finden. Die Abgrenzung ist aber — wie überall, wenn in der Rechtswissenschaft mit dem Terminus „mittelbar“ gearbeitet wird — nicht scharf. Der Tatbestand des Abs. 3 soll vorliegen, wenn bei Vorhandensein von Aktien mit verschiedenem Stimmrecht in einer Satzung, in der für die Fassung gewisser Beschlüsse eine größere Mehrheit als die gesetzliche vorgeschrieben war, dieses Erfordernis auf die gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Fälle beschränkt werden soll (RGZ 125, S. 356, 361; anders beide Vorinstanzen); oder wenn bei Aktien verschiedener Gattung hinsichtlich der

Anm. 13

Gewinnverteilung durch einen satzungsändernden Beschluß die Gewinnverteilung durch Gewährung gewisser Vorteile an die eine Gattung zum Nachteil der anderen eine Änderung erfahren soll (RGZ 80, S. 95, 97). Hat indessen nach der Satzung eine nicht bevorrechtigte Gattung von Aktien das Recht, die bei Auflösung der Gesellschaft einer anderen Gattung eingeräumte Vorzugsstellung aufzuheben, wenn der Nennbetrag ihrer Aktien aus dem verfügbaren Bilanzgewinn ausbezahlt wird, so bedarf es zur Beschlußfassung über die Abfindung der Vorzugsaktien sicher keiner Sonderabstimmung, da den Vorzugsaktionären kein Recht entzogen wird, auf das sie bisher einen Anspruch gehabt hätten (OLG Karlsruhe, OLGE 42 [1922], S. 215). Ebenso liegt keine Benachteiligung der Stammaktionäre vor, wenn sämtliche Vorrechte der Vorzugsaktien aufgehoben und diese den Stammaktionären gleichgestellt werden (LG Berlin, JW 1937, S. 2835).

Anm. 13

2. Der Sonderbeschluß der benachteiligten Aktionäre

a) Die Vorschrift des Abs. 3 stellt nicht eine Erschwerung, sondern eine Erleichterung für eine dahingehende Satzungsänderung dar. Ohne diese Vorschrift müßten in Hinblick auf den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Aktionäre die durch den satzungsändernden Beschluß benachteiligten Aktionäre einzeln zustimmen. Durch die Vorschrift des Abs. 3 werden die Aktionäre der betroffenen Aktiengattung zu einer *Aktienklasse* zusammengefaßt und das Einzelvorrecht gewissermaßen zu einem Sonderrecht der Gruppe umgestaltet, über das die Gruppe nach Stimmenmehrheit zu entscheiden hat. Unrichtig wäre dabei allerdings die Vorstellung, daß innerhalb der Aktiengesellschaft eine eigene Gesellschaft oder ein besonderer Verband entsteht. Für die betroffene Aktionärsgruppe gilt vielmehr, soweit das Gesetz oder die Satzung nichts anderes vorschreiben, das allgemeine Organisationsrecht. Sind beispielsweise im Gesellschaftsvertrag für Statutenänderungen vom Gesetz abweichende Bestimmungen getroffen, so gelten diese im Zweifel auch für die Sonderabstimmung (Brodmann, § 275 HGB, Anm. 3 c).

b) In der Sonderabstimmung *entscheidet* die Mehrheit, mit welcher eine Satzungsänderung zu beschließen ist; vgl. Abs. 3 Satz 3. Schweigt die Satzung, so bedarf der Beschluß demnach einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt; vgl. Abs. 2 Satz 1. Stellt die Satzung weitergehende Erfordernisse für einen satzungsändernden Beschluß auf, so sind diese maßgebend. Es würde auch nichts entgegenstehen, wenn die Satzung für die zu fassenden Sonderbeschlüsse andere Mehrheiten bestimmte als für die satzungsändernden Beschlüsse der Hauptversammlung (Baumbach-Hueck, Rdn. 11; anderer Ansicht v. Godin-Wilhelmi, Anm. 9). Nur dürfen sie nicht unter die Grenze gehen, die der Satzung kraft Gesetzes für satzungsändernde Beschlüsse gesteckt ist. Es muß also zumindest einfache Kapitalmehrheit für die Fassung des Sonderbeschlusses vorgeschrieben werden; einfache Stimmenmehrheit allein wäre unzulässig.

c) Der Sonderbeschluß kann dem Hauptversammlungsbeschluß *vorangehen* oder *nachfolgen*; das ist allgemeine Meinung im Schrifttum (vgl. Gessler, DGWR 1936, S. 436; anders KGJ 16, S. 14, 21; Waldmann, DGWR 1936, S. 434). Der Sonderbeschluß wird nicht dadurch entbehrlich, daß die anwesenden Aktionäre aller Gattungen dem Beschluß der Hauptversammlung einhellig zugestimmt haben (herrschende Ansicht; vgl. RGZ 148, S. 175, 179 ff. mit Zusammenstellung der Literatur und Auseinandersetzung mit der teilweise abweichenden Rechtsprechung des KG in OLGE 19 [1907], S. 336 und JW 34, S. 174). Die Frage, welche Zeitspanne zwischen den beiden, an verschiedenen Tagen gefaßten Beschlüssen liegen darf, um sie noch als zusammengehörig anzusehen, ist nach Lage des einzelnen Falls unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten zu beantworten.

Zur Frage, wieweit der Sonderbeschluß als Hauptversammlungsbeschluß zu behandeln ist, sowie zum Ablauf der Beschlußfassung, insbesondere zur Frage der Ein-

berufung einer gesonderten Versammlung und der Bekanntmachung des Gegenstandes einer gesonderten Abstimmung vgl. die Erläuterungen zu § 138.

Ann. 14

3. Der Abänderungsbeschluß der Hauptversammlung und die Eintragung ins Handelsregister

a) Der körperschaftlich entscheidende Beschluß ist die *Gesamtabstimmung* in der Hauptversammlung. Neben dem Sonderbeschluß oder den etwa nötigen Sonderbeschlüssen, welche von den erschienenen benachteiligten Aktionären zu fassen sind, bedarf es daher zur Durchführung der beabsichtigten Satzungsänderung eines Beschlusses der Hauptversammlung, der mit der für eine Satzungsänderung erforderlichen Mehrheit zu fassen ist und bei dem sämtliche Aktionäre — also auch die an dem Sonderbeschluß beteiligten — zu beteiligen sind. Der Beschluß der Hauptversammlung kann angefochten werden, aber nur dann, wenn er selbst nicht nach den gesetzlichen oder satzungsmäßigen Vorschriften gefaßt worden ist, dagegen nicht, wenn es sich nur um das Fehlen oder eine Vorschriftenwidrigkeit des Sonderbeschlusses handelt.

b) Ohne den Sonderbeschluß ist der Beschluß der Hauptversammlung weder nichtig noch anfechtbar, sondern *schwebend unwirksam*, und zwar absolut und nicht nur relativ (das hieße nur einzelnen Aktionären gegenüber) schwebend unwirksam (RGZ 148, S. 175, 187; LG Mannheim, AG 1967, S. 83, 84; allg. Ansicht). Daraus folgt, daß in einem solchen Fall auch das Verstreichen der Anfechtungsfrist den Beschluß der Hauptversammlung nicht wirksam machen kann (vgl. dazu oben Anm. 12).

c) Fehlt der Sonderbeschluß oder ist er nach aktienrechtlichen Gesichtspunkten nichtig (§ 241), so hat der Registerrichter die allein auf Grund des Beschlusses der Hauptversammlung beantragte Eintragung der Satzungsänderung abzulehnen. Er ist berechtigt, der Gesellschaft für die nachträgliche Beibringung des Sonderbeschlusses eine den Umständen nach angemessene Frist zu setzen und erst nach deren fruchtlosem Ablauf die Ablehnung zu verfügen. Ist die Eintragung der Satzungsänderung erfolgt, ohne daß der Sonderbeschluß vorlag, so wird die Änderung dadurch nicht wirksam; denn nur für den ordnungsmäßig zustande gekommenen Beschluß der Satzungsänderung ist in § 181 Abs. 3 ausgesprochen, daß mit der Eintragung ihre Wirkung beginne. In entsprechender Anwendung von § 144 Abs. 2 FGG kann die Eintragung daher gem. § 142, 143 FGG von Amts wegen gelöscht werden. Auch kann die Eintragungsverfügung von jedem in seinem Recht beeinträchtigten Aktionär auf Grund § 20 Abs. 1 FGG angefochten werden. In diesem Fall ist es nicht so, daß beim Fehlen des Sonderbeschlusses der unwirksame Hauptversammlungsbeschluß in sinngemäßer Anwendung der Vorschriften über die Heilung der Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen wirksam werden kann. Denn für eine sinngemäße Anwendung der §§ 241, 242 auf den Tatbestand der Unwirksamkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses fehlt, ebenso wie sonst bei einem unwirksamen Eingriff in Sonderrechte oder unentziehbare Rechte, ein geeigneter oder auch nur ausreichender Anhaltspunkt (anderer Ansicht Baumbach-Hueck, Rdn. 12).

§ 180 Zustimmung der betroffenen Aktionäre

(1) Ein Beschluß, der Aktionären Nebenverpflichtungen auferlegt, bedarf zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung aller betroffenen Aktionäre.

(2) Gleiches gilt für einen Beschluß, durch den die Übertragung von Namensaktien oder Zwischenscheinen an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden wird.

Übersicht

	Anm.		Anm.
Einleitung		3. Die Folgen fehlender Zustimmung	3
I. Die Zustimmung zur Einführung von Nebenpflichten	1—4	4. Die Prüfung durch den Registerrichter	4
1. Das Zustimmungserfordernis	1	II. Die Zustimmung zur nachträglichen Einführung der Vinkulierung	5
2. Die Form der Zustimmung	2		

Einleitung

Abs. 1 ist mit § 147 AktG 1937 (mit Ausnahme der Klammerverweisung auf die Vorschrift über Nebenverpflichtungen) identisch.

Abs. 2 ist neu. Er soll die bisher bestrittene Frage regeln, ob die Vinkulierung von Namensaktien und Zwischenscheinen der Zustimmung aller betroffenen Aktionäre bedarf.

I. Die Zustimmung zur Einführung von Nebenpflichten**Anm. 1****1. Das Zustimmungserfordernis**

Abs. 1 der Vorschrift regelt in Umrissen den *allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsatz*, daß ein Beschluß, der die Gesellschafter zu neuen Leistungen verpflichtet, der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter bedarf. Der gleiche Gedanke findet sich in den §§ 707 BGB, 53 Abs. 3 GmbHG. Für den Aktionär kommt nur eine Einführung oder Erweiterung von *Nebenpflichten* in Betracht. Dazu gehört insbesondere die Bestimmung oder Erhöhung einer Vertragsstrafe (RGZ 121, S. 238, 242), die Einführung eines Konkurrenzverbotes, das mit einer Vertragsstrafe gesichert wird (RG, JW 1931, S. 2975), die Herabsetzung des Entgelts, das die Gesellschaft für Nebenleistungen erbringt (KG, RJA 4 [1903], S. 97, 99; OLG Braunschweig, OLGE 36 [1916], S. 278, 280), die Streichung der Satzungsbestimmung, daß die Zustimmung zur Aktienveräußerung nur aus wichtigem Grund versagt werden darf (vgl. dazu unten Anm. 5). Ob auch die Verlängerung der satzungsmäßigen Lebensdauer der Gesellschaft hierher zu rechnen ist (so RGZ 91, S. 169; 136, S. 185, 187; und die herrschende Ansicht im Schrifttum) oder ob in einem solchen Fall dem nicht zustimmenden Gesellschafter lediglich ein Kündigungsrecht zusteht (so Robert Fischer, Voraufll.; Barz, § 55, Anm. 6; Brodmann, § 276 HGB, Anm. 1) ist bestritten. Für die Nebenleistungsgesellschaft ist die Frage nach Einfügung des § 180 Abs. 2 zu bejahen. Denn wenn der Aktionär nicht gezwungen werden darf, sein Kapital der Gesellschaft infolge der Vinkulierung länger als vereinbart zur Verfügung zu stellen, so gilt dies erst recht für Nebenleistungen. In allen diesen Fällen wäre es auch denkbar, den Gesellschafter durch ein Austrittsrecht aus der Gesellschaft zu schützen (vgl. Wiedemann, NJW 1964, S. 282); der Gesetzgeber hat sich indes mit dem Zustimmungserfordernis des Abs. 2 für einen weitergehenden Schutz des Einzelaktionärs entschieden.

Wenn die Satzung der Aktiengesellschaft bestimmte Grenzen für den Umfang zukünftiger Nebenpflichten angibt, dann kann die Hauptversammlung oder auch die Verwaltung ermächtigt sein, die nähere Bestimmung vorzunehmen (RGZ 47, S. 146, 154; Brodmann, § 276 HGB, Anm. 1; Roth, LZ 1915, Sp. 1492).

Anm. 2**2. Die Form der Zustimmung**

Bei der Begründung, bei der Erhöhung oder Verschärfung bestehender Nebenleistungspflichten gilt der Grundsatz, daß *jeder* davon betroffene Aktionär zustimmen muß. Das hat zur Folge, daß die Sondervorschrift des § 179 Abs. 3 nicht eingreift, ein Sonder-

beschluß der betreffenden Aktionäre mithin weder erforderlich noch ausreichend ist. Die betroffenen Aktionäre können nach allgemeiner Meinung ihre Zustimmung dadurch erteilen, daß sie bei der Abstimmung in der Hauptversammlung dem satzungsändernden Beschluß zustimmen, sie können aber ihre Zustimmung auch vor oder nach der Hauptversammlung formlos erklären (RGZ 48, S. 102, 107; 68, S. 263, 266; 90, S. 403, 408; 121, S. 238, 244; RG, JW 1931, S. 2975). Zu weit geht RGZ 140, S. 231, 247, wo bereits im Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist eine Zustimmung erblickt wird (dagegen Robert Fischer, NJW 1957, S. 454).

Anm. 3

3. Die Folgen fehlender Zustimmung

Solange nicht alle betroffenen Aktionäre zugestimmt haben, ist der satzungsändernde Beschluß weder nichtig noch anfechtbar, sondern *schwebend unwirksam*; es gelten die von Barz zu § 55, Anm. 7 dargelegten Rechtsgrundsätze. Zur Frage, ob die beabsichtigte Veränderung nur dann Wirksamkeit erlangen soll, wenn alle Betroffenen zustimmen oder ob sie jedem einzelnen gegenüber durch seine Zustimmung gültig wird ohne Rücksicht auf die Entscheidung der übrigen Betroffenen vgl. Zöllner, Schranken mitglied-schaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 112 ff.

Anm. 4

4. Die Prüfung durch den Registerrichter

Der Registerrichter hat vor der Eintragung zu prüfen, ob die erforderliche Zustimmung von allen betroffenen Aktionären erteilt ist; verneinendenfalls hat er die Eintragung abzulehnen (ebenso Baumbach-Hueck, Rdn. 4). Der gegenteiligen Auffassung von v. Godin-Wilhelmi, Anm. 4, kann nicht gefolgt werden. Einmal scheidet im Unterschied zum Recht der GmbH hier grundsätzlich die Möglichkeit aus, daß der satzungsändernde Beschluß jedenfalls gegenüber den zustimmenden Aktionären Wirksamkeit erlangt, mögen auch nicht alle Aktionäre ihre Zustimmung erteilt haben. Außerdem entspricht es nicht der Bedeutung, die der Eintragung eines solchen satzungsändernden Beschlusses ganz allgemein für die Öffentlichkeit zukommt, diese schon vorläufig zuzulassen, weil die noch fehlenden Zustimmungserklärungen auch noch nach der Eintragung wirksam erteilt werden können. Der Rechtssicherheit ist vielmehr allein dadurch gedient, daß der Registerrichter erst dann eintragen darf, wenn er von der Wirksamkeit des satzungsändernden Beschlusses im Zeitpunkt der Eintragung ausgehen kann.

Der Registerrichter kann die Eintragung vom Nachweis der erfolgten Zustimmung der beteiligten Gesellschafter in öffentlich beglaubigter Form abhängig machen (RGZ 136, S. 185, 192).

II. Die Zustimmung zur nachträglichen Einführung der Vinkulierung

Anm. 5

1. Bis zur Einfügung des Abs. 2 war streitig, ob die nachträgliche Vinkulierung von Namensaktien der Zustimmung aller Aktionäre bedarf oder ob eine für die Satzungsänderung notwendige Mehrheit genügt und dann vielleicht den überstimmten Aktionären ein Austrittsrecht erwächst. Da die Einführung der Vinkulierung keine Nebenverpflichtung begründet, sondern die Hauptpflicht des Aktionärs verändert, Kapital bereitzustellen, war dem § 147 AktG 1937 keine Lösung zu entnehmen (vgl. zum Streitstand Wiedemann, NJW 1964, S. 282). Das neue Gesetz hat sich in diesem Punkt für einen strikten Schutz des Einzelaktionärs entschieden, wohl auf Grund der Überlegung, daß jedes Austritts- und Abfindungsrecht dazu mißbraucht werden kann, eine mißliebige Minderheit aus der Gesellschaft hinauszudrängen.

2. Der Tatbestand ist auch dann erfüllt, wenn eine Satzungsbestimmung gestrichen wird, wonach die Zustimmung zur Übertragung der Aktien nur aus wichtigem Grund

versagt werden darf (vgl. Barz, § 55, Anm. 6), denn damit gewinnt das in der Aktiengesellschaft zuständige Organ einen weiten Entscheidungsspielraum und der betroffene Aktionär kann eine Zustimmung nur bei willkürlicher Versagung erzwingen. Für die Zustimmung der Aktionäre gilt das zu Abs. 1 Ausgeführte entsprechend. Ist eine Vinkulierung von Aktien bereits in der (ursprünglichen) Satzung vorgesehen, gilt diese Bestimmung nicht nur für die bei der Gründung der Aktiengesellschaft ausgegebenen Aktien, sondern auch für alle später im Wege der Kapitalerhöhung neu geschaffenen Aktien (LG Bonn, AG 1970, S. 18).

§ 181 Eintragung der Satzungsänderung

(1) Der Vorstand hat die Satzungsänderung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Der Anmeldung ist der vollständige Wortlaut der Satzung beizufügen; er muß mit der Bescheinigung eines Notars versehen sein, daß die geänderten Bestimmungen der Satzung mit dem Beschluß über die Satzungsänderung und die unveränderten Bestimmungen mit dem zuletzt zum Handelsregister eingereichten vollständigen Wortlaut der Satzung übereinstimmen. Bedarf die Satzungsänderung staatlicher Genehmigung, so ist der Anmeldung die Genehmigungsurkunde beizufügen.

(2) Soweit nicht die Änderung Angaben nach § 39 betrifft, genügt bei der Eintragung die Bezugnahme auf die beim Gericht eingereichten Urkunden. Betrifft eine Änderung Bestimmungen, die ihrem Inhalt nach bekanntzumachen sind, so ist auch die Änderung ihrem Inhalt nach bekanntzumachen.

(3) Die Änderung wird erst wirksam, wenn sie in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft eingetragen worden ist.

Übersicht

	Anm.		Anm.
Einleitung		3. Die Bekanntmachung der Eintragung	6
I. Die Anmeldung der Satzungsänderung		4. Die Ablehnung der Eintragung	7
1. Die anmeldungsberechtigten Personen	1—3	5. Die fehlerhafte Eintragung	8
2. Die einzureichenden Urkunden	1	III. Die Wirkung der Eintragung	9—11
3. Die Pflicht zur Anmeldung	2	1. Der satzungsändernde Beschluß vor der Eintragung	9
II. Die Behandlung durch das Registergericht	3	2. Der satzungsändernde Beschluß nach der Eintragung	10
1. Die Prüfungspflicht des Registergerichts	4—8	3. Die Rückwirkung einer Satzungsänderung	11
2. Der Inhalt der Eintragung	4		

Einleitung

Abs. 1 Satz 1 und 3 sowie Abs. 2 sind unverändert aus § 148 AktG 1937 übernommen.

Abs. 1 Satz 2 ist durch das Gesetz zur Durchführung der ersten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (KoordG) vom 15. August 1969 (BGBl. I S. 1146) eingefügt worden. Damit wurde dem Art. 2 Abs. 1 c der Richtlinie entsprochen, der bestimmt, daß nach jeder Satzungsänderung

der vollständige Wortlaut der Satzung in ihrer geltenden Fassung offengelegt werden muß. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, daß sich jedermann durch die Anforderung einer Abschrift der Satzung beim Handelsregister über den Wortlaut der zur Zeit geltenden Satzung informieren kann. Nach der bisherigen Regelung konnte — falls die Satzung nicht seit der ersten Eintragung der Gesellschaft unverändert blieb — der neueste Stand der Satzung nur durch Vergleich der ursprünglichen, nach § 37 Abs. 3 Nr. 1 zum Handelsregister eingereichten Satzung mit den nachträglich vorgenommenen Abänderungen festgestellt werden; dabei waren vielfach die Änderungen nicht unmittelbar aus der Eintragung, sondern erst aus den in der Eintragung in Bezug genommenen Urkunden zu entnehmen.

Abs. 3 ist neu gefaßt worden. Damit soll klargestellt werden, daß die Vorschrift nicht die Aufgabe hat, etwas über die Zulässigkeit der Rückwirkung einer Satzungsänderung zu bestimmen; sie will nur sagen, daß der Beschluß der Hauptversammlung für sich allein keine Satzungsänderung bewirkt, vielmehr die Eintragung ins Handelsregister hinzukommen muß.

I. Die Anmeldung der Satzungsänderung

Anm. 1

1. Die anmeldungsberechtigten Personen

Die Anmeldung der Satzungsänderung zum Handelsregister hat durch den Vorstand der Aktiengesellschaft zu geschehen. Nur in besonderen Fällen (vgl. §§ 184, 188, 195, 203, 207, 223, 229, 237) hat auch der Aufsichtsratsvorsitzende bei der Anmeldung mitzuwirken. Die Mitglieder des Vorstandes haben die Anmeldung im *eigenen Namen*, nicht unter der Firma des Unternehmens vorzunehmen (KG, KGJ 41 [1910], S. 134, 135); es liegt kein Akt der Geschäftsführung für das Unternehmen, sondern für den Gesellschafterverband vor. Es ist nicht nötig, daß die Anmeldung durch sämtliche Vorstandsmitglieder geschieht; es genügt, daß die Anmeldung von einer vertretungsberechtigten Anzahl bewirkt wird (KG, KGJ 41 [1910], S. 134, 135; OLGE 22 [1910], S. 34; OLG Jena, RJA 9 [1908], S. 240). Auch ein *stellvertretendes* Vorstandsmitglied kann bei der Anmeldung mitwirken, wenn es ständige Vertretungsmacht besitzt und nicht nur zur gelegentlichen Vertretung eines ordentlichen Vorstandsmitglieds für die Zeit seiner Behinderung bestellt ist (KG, OLGE 22 [1910], S. 34). Dagegen ist ein *Prokurist* grundsätzlich von der Vornahme der Anmeldung ausgeschlossen, auch wenn er zur Mitzeichnung für die Gesellschaft berechtigt ist (KG, OLGE 22 [1910], S. 34, 35; OLG Jena, RJA 9 [1908], S. 240); seine Mitwirkung ist lediglich bei der unechten Gesamtvertretung nach § 78 Abs. 3 zulässig (KG, JW 1937, S. 890 [Groschuff]; JW 1938, S. 3121). Der Vorstand hat gem. § 12 HGB die Anmeldung entweder *persönlich* bei dem Registergericht zu bewirken oder sie in *öffentlich beglaubigter* Form einzureichen. Die Anmeldung hat sich nicht auf den satzungsändernden Beschluß der Hauptversammlung zu beschränken, sondern muß sich auch auf den Beschluß des Aufsichtsrats über die Fassung der Satzung erstrecken, wenn ihm diese Befugnis übertragen war (vgl. oben § 179, Anm. 9ff.). Die Anmeldung durch einen Bevollmächtigten ist zulässig; die Vollmacht kann eine für diesen Zweck ausgestellte besondere Vollmacht oder eine Generalvollmacht sein; sie bedarf nach § 12 Abs. 2 HGB der öffentlich beglaubigten Form.

Anm. 2

2. Die einzureichenden Urkunden

a) Allgemeines

Bei der Anmeldung der Satzungsänderung hat der Vorstand eine Reihe von Urkunden einzureichen, die dem Registerrichter die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der beschlossenen Satzungsänderung ermöglichen sollen. Als solche kommen in Betracht: die Niederschrift mit Anlagen über die Hauptversammlung (§ 130), in welcher der satzungsändernde Beschluß gefaßt worden ist; die Urkunde über den Beschluß, in

Anm. 2

welchem der Aufsichtsrat die Fassung der Änderung niedergelegt hat, soweit ihm dies übertragen worden war (vgl. § 179, Anm. 11 hinsichtlich der Form dieser Urkunde); die Niederschrift der nach § 179 Abs. 3 zu fassenden Sonderbeschlüsse; die Zustimmungserklärungen der mit Nebenverpflichtungen gem. § 180 belasteten Aktionäre, wenn ihre Zustimmungen sich nicht schon aus der Niederschrift über den Hauptversammlungsbeschluß ergeben; auch die Vollmachtsurkunden, wenn der Vorstand die Anmeldung durch Bevollmächtigte bewirken läßt. Betrifft die Satzungsänderung eine Bestimmung, hinsichtlich der eine staatliche Genehmigung erforderlich ist — namentlich wird dies bei einer Änderung des Gegenstandes des Unternehmens in Betracht kommen (vgl. dazu oben Barz, § 37, Anm. 5 Nr. 5) — so ist die Genehmigungsurkunde bei der Anmeldung mit einzureichen. Dies wird zur Beseitigung früherer Zweifel im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen.

Hat die Gesellschaft eine oder mehrere eingetragene *Zweigniederlassungen*, so hat der Vorstand gem. § 43 Abs. 1 so viele Stücke der Anmeldungsurkunden, wie Niederlassungen bestehen, beim Gericht des Sitzes der Gesellschaft einzureichen mit dem Antrag, die Eintragung bei den Gerichten der Zweigniederlassungen zu bewirken. Bei einer Kapitalerhöhung, die ihrem Inhalt nach ebenfalls eine Satzungsänderung darstellt, können hier jedoch Ausnahmen in Betracht kommen (vgl. dazu unten § 188, Anm. 4).

b) Die Beifügung des vollständigen Wortlauts der Satzung

Abs. 1 Satz 2 ist zur Durchführung der ersten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts in der Bundesrepublik eingefügt worden. Die Mitgliedstaaten waren nach Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie verpflichtet, das nationale Recht spätestens bis zum 14. 9. 1969 anzupassen; dieser Verpflichtung ist die Bundesrepublik mit dem Gesetz zur Durchführung der Richtlinie vom 15. 8. 1969 (KoordG) nachgekommen. Der Zweck der Richtlinie ist im wesentlichen auf den *Schutz der Gläubigerinteressen* ausgerichtet. Entsprechend will die hier eingefügte Vorschrift eine erhöhte und vereinfachte Publizität erreichen: jedermann kann sich beim Handelsregister den zur Zeit gültigen Wortlaut der Satzung einer beliebigen Aktiengesellschaft verschaffen. Um Irrtümer gering zu halten, muß der Wortlaut in einer einwandfreien, durch einen Notar bescheinigten Form in einer einzigen Urkunde bei den Registerakten vorhanden sein.

Bei der Zusammenstellung des vollständigen Textes der neu gefaßten Satzung handelt es sich um eine rein redaktionelle Tätigkeit, einer Neufeststellung der Satzung durch die Hauptversammlung bedarf es nicht. Die notarielle Bescheinigung soll den Rechtsverkehr vor unrichtigen Verlautbarungen schützen. Zu den Rechtsfolgen einer unrichtigen notariellen Bescheinigung schweigt das Gesetz, es gelten also die allgemeinen Grundsätze über die Haftung des Notars und über die Rechtsscheinhaftung der Gesellschaft. Stellt die Verwaltung der Aktiengesellschaft fest, daß die beim Handelsregister eingereichte Satzungsurkunde unrichtig oder nicht vollständig ist, so hat sie unverzüglich ein berechtigtes Exemplar einzureichen. Wird der Beschluß durch rechtskräftiges Urteil für nichtig erklärt, so ist nach § 248 Abs. 2 in der Fassung des Art. 2 Nr. 11 KoordG mit dem Urteil der vollständige Wortlaut der Satzung, wie er sich unter Berücksichtigung des Urteils und aller bisherigen Satzungsänderungen ergibt, mit der Bescheinigung eines Notars über diese Tatsache zum Handelsregister einzureichen.

Wird die Bescheinigung von dem Notar ausgestellt, der den satzungsändernden Beschluß der Hauptversammlung beurkundet hat, so liegt nach § 47 Satz 1 Halbsatz 2 KostO in der Fassung des Art. 7 KoordG ein gebührenfreies Nebengeschäft vor; hat ein anderer Notar den Hauptversammlungsbeschluß beurkundet, so entstehen besondere Gebühren nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO.

Nach der Übergangsvorschrift in Art. 8 § 1 Abs. 1 KoordG hatte der Vorstand jeder Aktiengesellschaft dafür zu sorgen, daß am 31. Dezember 1970 der vollständige Wortlaut der Satzung in der Fassung, wie sie sich unter Berücksichtigung aller bisherigen Änderungen ergab, mit der Bescheinigung eines Notars über diese Tatsache zum Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft eingereicht wurde. Aus der Bestimmung ergaben sich jedoch keine Verpflichtungen für Gesellschaften, deren ursprüngliche Satzung

nicht geändert worden ist, da in derartigen Fällen die jetzt gültige Fassung dem Handelsregister vorliegt. War auf Grund der Änderung des § 181 Abs. 1 AktG aus Anlaß einer Satzungsänderung der vollständige Wortlaut der Satzung schon vor dem 31. Dezember 1970 zum Handelsregister einzureichen, so hatte nach Art. 8 § 1 Abs. 2 KoordG die Bescheinigung des Notars dahin zu gehen, daß die eingereichte Satzung den vollständigen Wortlaut enthält, wie er sich unter Berücksichtigung aller bisherigen Änderungen der Satzung ergab.

Anm. 3

3. Die Pflicht zur Anmeldung

a) Die Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft

Der Vorstand ist gegenüber der Gesellschaft verpflichtet, den satzungsändernden Beschluß — auch wenn es sich nur um eine Fassungsänderung handelt — im Handelsregister anzumelden. Er kann hierzu durch Klage des Aufsichtsrats (§ 112 Abs. 1) angehalten werden. Das gilt jedoch nicht für nichtige (gesetz- oder satzungswidrige) Beschlüsse; in diesem Fall kann der Vorstand die Anmeldung ablehnen, er tut das dann aber auf eigene Gefahr. Bei berechtigten Zweifeln über das Vorliegen einer Nichtigkeit wird daher ein verständiger Vorstand die Anmeldung gleichwohl vornehmen, den Registerrichter jedoch auf die vorhandenen Zweifel hinweisen. Zu einem solchen Vorgehen ist der Vorstand berechtigt. Bei anfechtbaren Beschlüssen wird der Vorstand, wenn nicht zwingende Gründe eine sofortige Eintragung erfordern, berechtigt sein, den Ablauf der Anfechtungsfrist abzuwarten. Ist innerhalb der Frist eine Anfechtungsklage erhoben, so handelt der Vorstand auf eigene Gefahr, wenn er mit der Anmeldung bis zum Ausgang des Anfechtungsprozesses wartet; das gilt auch dann, wenn er selbst die Anfechtungsklage erhoben hat (§ 245 Nr. 4). Im allgemeinen wird es in einem solchen Fall richtig sein, wenn der Vorstand die Anmeldung vornimmt, jedoch bei der Anmeldung den Registerrichter auf den eingeleiteten Anfechtungsprozeß hinweist (über die Behandlung einer solchen Anmeldung durch das Registergericht vgl. unten Anm. 4 ff.). Etwas Besonderes gilt für den Kapitalerhöhungsbeschluß, der unter Verletzung der Vorschrift des § 182 Abs. 4 gefaßt worden ist; hier kann die Verpflichtung des Vorstands zur Anmeldung im allgemeinen nicht bejaht werden (vgl. dazu unten § 182, Anm. 12 ff.).

b) Keine öffentlich-rechtliche Pflicht

Den Vorstand und die Gesellschaft trifft keine öffentlich-rechtliche Pflicht zur Anmeldung einer beschlossenen Satzungsänderung. Sie werden daher auch nicht durch Ordnungsstrafen zur Anmeldung angehalten (vgl. § 407 Abs. 2). Der Grund hierfür besteht darin, daß die Satzungsänderung bis zur Eintragung der *Parteidisposition* untersteht; erst die Eintragung macht die beschlossene Satzungsänderung wirksam. Interessen der Allgemeinheit können daher durch das Unterbleiben einer solchen Eintragung nicht berührt werden.

II. Die Behandlung durch das Registergericht

Anm. 4

1. Die Prüfungspflicht des Registergerichts

Der Registerrichter hat vor der Eintragung zu prüfen, ob die gesetz- und satzungsmäßigen Voraussetzungen für den satzungsändernden Beschluß in sachlicher und förmlicher Hinsicht gegeben sind. Hierbei hat er auch von Amts wegen Ermittlungen anzustellen, wenn das nach objektiver Betrachtung für eine abschließende Beurteilung erforderlich erscheint. Da die Eintragung der Satzungsänderung konstitutiv wirkt, hat der Registerrichter das Recht und die Pflicht, *die Wahrheit der von den Anmeldenden angegebenen Tatsachen und die Rechtswirksamkeit des der Anmeldung beizufügenden Urkundenmaterials zu prüfen*. Liegen jedoch in dieser Hinsicht begründete Zweifel nicht vor, so kann er die

Anm. 5—7

Anmeldung als sachlich ordnungsgemäß behandeln (KG, OLGE 21 [1910], S. 50; 27 [1911], S. 343, 344; Ritter, § 148 AktG 1937, Anm. 2c; vgl. dazu auch oben Barz, § 38, Anm. 2 ff.).

Anm. 5**2. Der Inhalt der Eintragung**

Handelt es sich bei der Satzungsänderung um Gegenstände, die nach § 39 in das Handelsregister einzutragen sind, so muß auch die Änderung ihrem Inhalt nach eingetragen werden. Anders, wenn sonstige Bestimmungen der Satzung abgeändert werden. Hier genügt es für die Eintragung der Satzungsänderung, wenn unter Bezugnahme auf die eingereichten Urkunden (Anm. 2) eingetragen wird, daß an einem betreffenden Tag eine Satzungsänderung beschlossen ist. Insoweit ist also nicht einmal die Angabe notwendig, welche Bestimmung der Satzung geändert worden ist.

Anm. 6**3. Die Bekanntmachung der Eintragung**

Nach § 10 HGB ist der Inhalt der Eintragung bekanntzumachen. Sind Bestimmungen, welche die in § 40 aufgeführten Gegenstände betreffen, geändert worden, so sind außerdem diese Änderungen ihrem Inhalt nach bekanntzumachen. Sind keine bekanntmachungsbedürftigen Teile des Inhalts des Statuts betroffen, so hat doch stets eine Bekanntmachung dahin zu erfolgen, daß die Satzung unter einem bestimmten Datum abgeändert worden ist (KG, KGJ 46 [1914], S. 292, 296 für die GmbH). Vgl. auch § 43 Ziff. 6f HRV.

Anm. 7**4. Die Ablehnung der Eintragung****a) Nichtige Hauptversammlungsbeschlüsse**

Ist der satzungsändernde Beschluß nichtig (gesetz- oder satzungswidrig), so muß der Registerrichter die Eintragung *ablehnen*. Sind von dem zur Eintragung angemeldeten Beschluß nur einzelne Bestimmungen dieses Beschlusses nichtig, so ergreift diese Nichtigkeit in entsprechender Anwendung des § 139 BGB im Zweifel den ganzen Beschluß (RGZ 118, S. 218, 221; Ritter, § 148 AktG 1937, Anm. 2c; Teichmann-Koehler, § 148 AktG 1937, Anm. 2; für generelle Unzulässigkeit einer Teiblehnung v. Godin-Wilhelmi, Anm. 5). Das hat zur Folge, daß der Registerrichter dann die Eintragung des ganzen Beschlusses ablehnen muß. Das gleiche gilt, wenn einer von mehreren zusammenhängenden Beschlüssen nichtig ist. In diesem Fall ergreift die Nichtigkeit des einen Beschlusses ebenfalls im Zweifel auch die anderen Beschlüsse. Zu der anderen Frage, ob § 139 BGB auch auf den behördlichen Akt der Eintragung Anwendung finden kann, vgl. unten Anm. 8.

b) Schwebend unwirksame Hauptversammlungsbeschlüsse

Ist für die Wirksamkeit des zur Eintragung angemeldeten Beschlusses außerdem die Zustimmung einzelner oder aller Aktionäre oder ein Sonderbeschluß der betroffenen Aktiengattung erforderlich (§ 179, Anm. 8 ff., 13), so hat der Registerrichter die Eintragung ebenfalls *abzulehnen*, so lange die Erteilung der erforderlichen Zustimmung oder das Vorliegen des Sonderbeschlusses nicht nachgewiesen ist (vgl. § 180, Anm. 3, 4).

c) Anfechtbare Hauptversammlungsbeschlüsse

Es ist im Schrifttum nahezu einhellige Ansicht, daß der Registerrichter anfechtbare Beschlüsse einzutragen hat, wenn vor Ablauf der Anfechtungsfrist eine Anfechtungsklage nicht erhoben worden ist (so Robert Fischer, 2. Aufl., § 148 AktG 1937, Anm. 9; A. Hueck, Anfechtbarkeit, S. 186 ff.; Ritter, § 148 AktG 1937, Anm. 2c; v. Godin-Wilhelmi, Anm. 5; anderer Ansicht jetzt Lutter, NJW 1969, S. 1873). Die Einhellig-

keit ist überraschend, da das Kammergericht in ständiger Rechtsprechung anders entschieden hat, wenn es sich um die *Verletzung öffentlicher Interessen* handelte (vgl. KGJ 12 [1892], S. 37; 34 [1907], S. A 136 = RJA 8, S. 214; 35 [1907], S. A 162; 39 [1910], S. A 122 = OLGE 21, S. 50; nicht abweichend KG, OLGE 34 [1916], S. 348, wo eine Verletzung öffentlicher Interessen nicht in Betracht kam): „Es gilt in dieser Beziehung als Regel, daß neben dem Anfechtungsrecht der Aktionäre das Recht und die Pflicht des Registerrichters zur Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Fassung eines angemeldeten Beschlusses (nur) dann Platz greift, wenn außer dem Privatinteresse der Aktionäre ein öffentliches Interesse in Frage steht, dessen Schutz dem Registerrichter obliegt“ (KGJ 35, S. 162, 166). Allerdings ist bei dieser Rechtsprechung zu beachten, daß sie aus einer Zeit stammt, in der vielleicht noch keine Klarheit darüber bestand, ob die Verletzung (auch) von öffentlichen Interessen einen Hauptversammlungsbeschluß anfechtbar oder nichtig macht. Trotzdem ist der Rechtsprechung und der mit ihr im wesentlichen übereinstimmenden Ansicht von Lutter (NJW 1969, S. 1878) zu folgen. Der Registerrichter hat ausweislich verschiedener Vorschriften des Aktienrechts (vgl. insbesondere § 38) auch die Stellung einer *Wirtschaftsaufsichtsbehörde*. Das kommt vor allem darin zum Ausdruck, daß die Eintragung im Handelsregister konstitutive Wirkung hat: damit verträgt es sich nicht, wenn er rechtswidrigen Entscheidungen zur Wirksamkeit verhilft. Die Überlegung, daß es sich bei einem anfechtbaren Beschluß um einen gültigen Hauptversammlungsbeschluß handelt, ist irreführend. Der Beschluß wird nach Abs. 3 erst mit der Eintragung wirksam; der Registerrichter kann rechtserheblichen privatautonomen Akten, wie der Überbewertung von Sacheinlagen nach § 38 Abs. 2 entgegenreten. Der Registerrichter hat das Recht und die Pflicht, offenbar rechtswidrige, wenn auch nur anfechtbare Beschlüsse nicht einzutragen. Ob das nur bei Verletzung öffentlicher Interessen gilt und nicht, wenn nur rechtlich geschützte Individualinteressen eines oder einzelner Aktionäre betroffen sind (so Lutter a. a. O.), erscheint zweifelhaft, da die Wahrnehmung der Interessen der Aktionäre einer Publikumsgesellschaft ebenfalls im öffentlichen Interesse liegt. Der Begriff des öffentlichen Interesses umfaßt anerkanntermaßen im Aktienrecht auch solche zwingenden Normen, die dem Schutz der gegenwärtigen wie der zukünftigen Aktionäre dienen. Im übrigen nimmt der Registerrichter bei den schwebend unwirksamen Beschlüssen zweifellos Individualinteressen einzelner Aktionäre wahr (vgl. oben unter b). Eine obrigkeitliche Form der Rechtsverteidigung ist also vom Aktienrecht vorgesehen. Die richtige Abgrenzung dürfte im Hinblick auf die Stellung und die Ausgestaltung des Registergerichts dort vorzunehmen sein, wo sie auch § 38 AktG sucht, nämlich bei den *offensichtlichen materiellen Rechtsverstößen*: Evidente Rechtsmängel, die nicht lediglich die Form des Beschlusses betreffen, darf der Registerrichter nicht bei der Eintragung übergehen.

Ist die Anfechtungsfrist noch nicht abgelaufen, so wird der Registerrichter im allgemeinen den Ablauf der Frist abwarten (KG, OLGE 34 [1916], S. 348; Brodmann, § 277 HGB, Anm. 1 a; Robert Fischer, Voraufgabe). Ist rechtzeitig Anfechtungsklage erhoben worden, so ist es im Regelfall angebracht, daß der Registerrichter die Entscheidung über den Anmeldeantrag bis zur Entscheidung des Anfechtungsprozesses nach § 127 FGG aussetzt (KG, KGJ 28, [1904], S. A 228, 238; OLGE 34, S. 348; Brodmann, § 277 HGB, Anm. 1 a; nach v. Godin-Wilhelmi, Anm. 5, muß er dies, wenn die Anfechtbarkeit außer Zweifel steht; einschränkend Ritter, § 148 AktG 1937, Anm. 2 c). Anders ist es dagegen, wenn die Anfechtungsklage offenbar unbegründet ist oder erhebliche Interessen der Beteiligten eine alsbaldige Entscheidung über den vorliegenden Eintragungsantrag dringend erfordern; in diesen Fällen ist eine sofortige Entscheidung des Registerrichters unter den oben angegebenen Gesichtspunkten geboten.

Anm. 8

5. Die fehlerhafte Eintragung

a) Die Eintragung hat keine heilende Wirkung

Die Eintragung eines nichtigen oder anfechtbaren Beschlusses heilt nicht einen solchen Mangel des Beschlusses; der Beschluß bleibt daher trotz der Eintragung nichtig

Anm. 9

oder anfechtbar. Es kann sich daher auch ein gutgläubiger Dritter nicht auf eine solche Eintragung berufen. Der Mangel der Nichtigkeit kann nur nach Maßgabe des § 242 heilen.

b) Die unrichtige Eintragung

Abgesehen davon, daß der Registerrichter zu Unrecht einen fehlerhaften Beschluß einträgt, kann es auch dadurch zu einer fehlerhaften Eintragung eines satzungsändernden Beschlusses kommen, daß der Registerrichter ohne (ordnungsgemäße) Anmeldung seitens der anmeldungsberechtigten Personen (oben Anm. 1) einträgt oder daß die Eintragung trotz zutreffender Anmeldung den wirklich gefaßten Beschluß nicht richtig oder nicht vollständig wiedergibt. Zum Schutz gutgläubiger Dritter vgl. jetzt § 15 Abs. 2 HGB. Für den Fall, daß eine ordnungsgemäße Anmeldung nicht vorliegt, ist die Eintragung stets unwirksam und zwar selbst dann, wenn die Eintragung einen wirklich gefaßten Beschluß wiedergibt (Koehler, JW 1931 S. 2983; anderer Ansicht RGZ 132, S. 22, 26). Gibt die Eintragung den ordnungsgemäß angemeldeten und wirklich gefaßten Beschluß nicht vollständig wieder, so ist im allgemeinen ebenfalls von der Unwirksamkeit der Eintragung auszugehen; eine entsprechende Anwendung des § 139 BGB auf den hoheitlichen Eintragungsakt ist nicht möglich, da die Vorschrift auf den Parteiwillen abstellt (RGZ 132, S. 22, 26). Eine andere Beurteilung ist geboten, wenn die Unvollständigkeit der Eintragung verhältnismäßig geringfügig ist und angenommen werden kann, daß die Anmeldung auch ohne den nicht eingetragenen Teil erfolgt wäre (vgl. dazu Brodmann, § 277 HGB, Anm. 2d; Koehler, a. a. O., der § 139 BGB auf die Anmeldung anwenden will).

Das Registergericht kann einen eingetragenen Beschluß von Amts wegen als nichtig *löschen*, wenn er durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint (§ 144 Abs. 2 FGG), nicht dagegen, wenn er lediglich durch die Art seines Zustandekommens zwingendes Recht verletzt (A. Hueck, Anfechtbarkeit, S. 257).

III. Die Wirkung der Eintragung

Anm. 9

1. Der satzungsändernde Beschluß vor der Eintragung

Wenn auch der satzungsändernde Beschluß nach Abs. 3 erst mit der Eintragung die beabsichtigte Rechtswirkung erlangen kann, so ist er doch *bis zur Eintragung nicht rechtlich bedeutungslos*. Er kann auch vor der Eintragung wirksam angefochten werden (RGZ 77, S. 255, 256); auch läuft die Anfechtungsfrist schon vor der Eintragung (§ 246 Abs. 1). Der satzungsändernde Beschluß der Hauptversammlung begründet außerdem die Verpflichtung des Vorstands, den Beschluß zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (oben Anm. 3). Darüber hinaus äußert ein Kapitalerhöhungsbeschluß noch weitere rechtliche Wirkungen vor der Eintragung (vgl. dazu § 184, Anm. 1). Andererseits kann die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister bis zur Eintragung wirksam zurückgenommen werden. Auch ist es möglich, den Beschluß bis zur Eintragung mit einfacher Mehrheit *wieder aufzuheben*, die Voraussetzungen der Satzungsänderung müssen mit anderen Worten auch im Zeitpunkt der Eintragung noch gegeben sein (herrschende Ansicht); die insoweit abweichende Meinung von Schilling (2. Auflage, § 195, Anm. 7a), Staub-Pinner (§ 278 HGB, Anm. 21) und Schlegelberger-Quassowski (§ 148 AktG 1937, Rdn. 5), die auch für die Aufhebung eines noch nicht eingetragenen satzungsändernden Beschlusses wie für die Satzungsänderung die qualifizierte Mehrheit des § 179 verlangen, läßt sich mit Abs. 3 nicht vereinbaren (wie hier Brodmann, § 275 HGB, Anm. 1e; Baumbach-Hueck, Rdn. 4; v. Godin-Wilhelmi, Anm. 8). Die einfache Mehrheit kann mithin den Vorstand beauftragen, die Anmeldung zu unterlassen oder eine schon erfolgte Anmeldung zurückzuziehen.

Anm. 10

2. Der satzungsändernde Beschluß nach der Eintragung

Die mit dem Beschluß bezweckte Satzungsänderung erlangt erst mit der Eintragung in das Handelsregister die *gewollte* Rechtswirkung (Abs. 3), erst mit der Eintragung wird also die Satzung der Gesellschaft geändert. Die Bekanntmachung ist insofern ohne Bedeutung, sie wirkt sich nur im Rahmen des § 15 HGB aus. Von den eigentlich satzungsändernden Beschlüssen sind solche Beschlüsse zu unterscheiden, die nicht auf eine Änderung der Satzung gerichtet sind, die vielmehr eine solche voraussetzen und demgemäß nur dann gelten sollen, wenn ein gleichzeitig oder zuvor gefaßter satzungsändernder Beschluß durch Eintragung in das Handelsregister volle Wirksamkeit erlangt. Das gilt z. B. für einen Beschluß, durch den zusätzliche Aufsichtsratsmitglieder gewählt werden, deren Stellen erst durch eine gleichzeitig oder zuvor beschlossene Satzungsänderung geschaffen worden sind (KGJ 28 [1904], S. A 224); hier wird die Wahl erst mit der Eintragung des satzungsändernden Beschlusses über die neu geschaffenen Aufsichtsratsstellen wirksam, obwohl die Wahl selbst kein satzungsändernder Beschluß ist.

Anm. 11

3. Die Rückwirkung einer Satzungsänderung

Nach früherem Recht war bestritten, ob ein satzungsändernder Beschluß sich Rückwirkung beilegen kann. Es wurde die Auffassung vertreten, eine solche Rückwirkung sei nach § 148 Abs. 3 AktG 1937 nicht möglich (vgl. vor allem Zilius, JZ 1959, S. 50). Die Neufassung des Gesetzes, die die schon bisher herrschende Meinung bestätigt (vgl. dazu Robert Fischer, 2. Auflage, Anm. 14), will zum Ausdruck bringen, daß die Möglichkeiten einer Rückwirkung sich *nach allgemeinen Grundsätzen* bestimmen. Für einige Tatbestände einer Satzungsänderung kann die Unzulässigkeit einer Rückwirkung nicht zweifelhaft sein, so für Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung (§ 189, 200, 211, 224), Verschmelzung (§ 346 Abs. 3, 4; 353 Abs. 6) und Umwandlung (§ 365, 368, 372, 381, 385, 387, 391); hier ergibt sich die Unzulässigkeit einer Rückwirkung aus der gesetzlichen Regelung. Des weiteren kann sich die Unzulässigkeit einer Rückwirkung satzungsändernder Beschlüsse aus dem notwendigen Schutz der Allgemeinheit oder der Aktionäre ergeben, die auf die zunächst gegebene Rechtslage *vertrauen* dürfen. Aus diesem Grunde ist die rückwirkende Änderung eines Geschäftsjahres unstatthaft (Robert Fischer, 2. Auflage, Anm. 14; Zilius, JZ 1959, S. 50, 53; abweichend Meilicke-Hohlfeld, BB 1957, S. 797). Auch ist es nicht möglich, einem Vorstandsmitglied rückwirkend seine Einzelvertretungsbefugnis zu entziehen und sie in eine Gesamtvertretungsbefugnis umzuwandeln, ebenso wie es unstatthaft ist, rückwirkend die Gesamtvertretung in eine Einzelvertretung umzuwandeln, weil damit in die Zuständigkeit der anderen Gesamtvertretungsbefugten Personen eingegriffen wird (ebenso, aber mit anderer Begründung Zilius, JZ 1959, S. 53; anderer Ansicht Robert Fischer, a. a. O.). Die Bezüge des Aufsichtsrats können nicht rückwirkend herabgesetzt werden. Ferner kann der Kreis der zustimmungsbedürftigen Geschäfte nach § 111 Abs. 5 rückwirkend nicht geändert werden; das liegt für eine rückwirkende Erweiterung auf der Hand, da auf diesem Weg nicht rückwirkend eine Pflichtverletzung des Vorstands statuiert werden kann. Eine rückwirkende Einengung des Kreises der zustimmungsbedürftigen Geschäfte scheidet an der zwingenden Schutzvorschrift des § 93 Abs. 4, 116, da sonst einem etwaigen Schadenersatzanspruch der AG gegen ihre Organe auf diesem Weg der Boden entzogen werden könnte (Zilius, JZ 1959, S. 53; abweichend Dempewolf, NJW 1958, S. 1215). Dagegen wird man nach allgemeinen Gesichtspunkten die rückwirkende Erhöhung der Aufsichtsratsbezüge für das laufende Geschäftsjahr nicht für unzulässig ansehen können; die Frage war bisher nur einmal wegen des Wegfalls der Aufsichtsratssteuer zum 6. August 1957 von Interesse (Jacobs-Woeste, AG 1958, S. 211; Dempewolf NJW 1958, S. 1212, 1214; abweichend Zilius, JZ 1959, S. 50, 52).

Zweiter Abschnitt
Maßnahmen der Kapitalbeschaffung

Erster Unterabschnitt

Kapitalerhöhung gegen Einlagen

Vorbemerkung I: Die Finanzierung der Aktiengesellschaft

Übersicht

- | | |
|--|--|
| I. Außenfinanzierung | |
| 1. Beteiligungsfinanzierung | cc) Wandelschuldverschreibungen und Bezugsrechtsobligationen |
| a) Kapitalerhöhung gegen Einlagen | dd) Gewinnschuldverschreibungen |
| b) Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln | b) Kurzfristige Kreditfinanzierung |
| c) Finanzierung durch Modifizierung der Dividendenausschüttung | II. Innenfinanzierung |
| aa) Bonusaktien | 1. Selbstfinanzierung (Gewinn- oder Gewinnrestfinanzierung) |
| bb) Zusatzaktien | 2. Finanzierung über Abschreibungen (Lohmann-Ruchti-Effekt) |
| cc) Stockdividenden | |
| 2. Kreditfinanzierung | III. Sonderformen |
| a) Langfristige Kreditfinanzierung | 1. Leasing |
| aa) Industrieobligationen | 2. Factoring |
| bb) Schuldscheindarlehen | |

Bei allen Maßnahmen der Kapitalbeschaffung im Sinne der §§ 182 ff. AktG handelt es sich um Finanzierungsvorgänge. Der Begriff der Finanzierung ist schillernd und wird auch in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur nicht einheitlich verwendet. Die engere Fassung des Finanzierungsbegriffs beschränkt sich auf die Beschaffung von Eigen- oder Fremdkapital, wobei primär die Passivseite der Bilanz verändert wird. Die allgemeinere weitere Fassung des Begriffs schließt sämtliche Kapitaldispositionen ein, also auch finanztechnische Geschäfte wie Fusion, Sanierung und Liquidation.

(1) Gutenberg (Einführung in die Betriebswirtschaftslehre [1958], S. 97) sieht die drei Aspekte des Finanzierungsbereichs „a) in der Bereitstellung des für die Durchführung des Unternehmungszweckes oder speziellen Betriebsvorhabens erforderlichen Kapitals, b) in der Abstimmung des bereitgestellten bzw. bereitzustellenden Kapitals nach Art und Höhe auf die zu finanzierenden Vorhaben, c) in Maßnahmen zur Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts“.

(2) Wöhe (Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 7. Aufl. [1967], S. 357 ff.) versteht unter Finanzierung zunächst die „Aufbringung von ‚finanziellen Mitteln‘, also die Beschaffung von Geld“, aber im weiteren auch die „Kapitalbeschaffung in allen Formen“. Dabei ist es dann irrelevant, ob der Gegenwert des Kapitals tatsächlich in der Form von Geld oder in der Form von Sacheinlagen zur Verfügung gestellt wird.

(3) Schäfer (Die Unternehmung [1970], S. 51) geht vom Begriff der Kaufkraftübertragung aus: „Das ‚Kapital‘ der Unternehmung ist ihr Anteil am volkswirtschaftlichen Nominalkapital, und die Zusammensetzung dieses Unternehmungskapitals läßt erkennen, von wem die Kaufkraftübertragung stammt, welches die Quellen der dem Unternehmen zur Verfügung stehenden geldlichen Verfügungsmacht sind.“

(4) Rittershausen (Industrielle Finanzierungen [1964], Vorwort) stellt im wesentlichen auf die Beschaffung des Eigenkapitals und speziell des langfristigen Fremdkapitals ab.

(5) Grochla (Stichwort Finanzierung, in: HdSW, Bd. 3 [1961], S. 604) stellt die reale und die nominale Seite des Wirtschaftens gegenüber: „Die Inangasetzung und Aufrechterhaltung der betrieblichen Leistungserstellung, die sich als Umsatz- und Transformationsprozeß realer Güter vollzieht, erfolgt durch die parallele, aber entgegengesetzte Finanzbewegung.“

Finanzierungsaufgaben im Sinne der von Grochla gegebenen allgemeinen Definition ergeben sich bei der Gründung und Erweiterung von Unternehmen, bei Rationalisierungs- und Sanierungsaufgaben sowie bei Maßnahmen, die auf eine Veränderung der Kapitalstruktur des Unternehmens abzielen. Als Kapitalgeber bieten sich vor allem die Geschäftsbanken, die großen Versicherungen sowie Finanzmakler und Finanzierungsgesellschaften an. Aber auch die sonst mit dem Unternehmen in Verbindung stehenden Gruppen wie Lieferanten und Kunden, andere Unternehmen, Privatpersonen, Organe und Arbeitnehmer und in zahlreichen Fällen auch die öffentliche Hand können und werden in Abhängigkeit von der Konjunkturlage und der Machtposition auf den Märkten dem Unternehmen zusätzliches Kapital zuführen (Gutenberg, Die Kreditquellen in der Finanzierung, in: ZfB [1927]).

Je nachdem wie die Kapitalzuführung technisch ausgestaltet ist, spricht man von Außen- (I.) und Innenfinanzierung (II.) mit den Unterformen der Beteiligungs- und Kreditfinanzierung einerseits und der Selbstfinanzierung bzw. der Finanzierung durch Abschreibungen andererseits. Hierbei kann man unter systematischen Gesichtspunkten wiederum die Beteiligungsfinanzierung und die Selbstfinanzierung als Eigenfinanzierung zusammenfassen (Literatur: Beckmann, Die betriebswirtschaftliche Finanzierung, 2. Aufl. [1956]; Doris, Business Finance Handbook [1953]; Hax, Langfristige Finanz- und Investitionsentscheidungen, in: HdW, Bd. 1 [1966], S. 399 ff.; Kalveram, Finanzierung der Unternehmung, 3. Aufl. [1956]; Ries, Die Zusammenhänge zwischen Selbstfinanzierung, Eigenfinanzierung und Fremdfinanzierung, BFuP 1957; Sellien, Finanzierung und Finanzplanung, 2. Aufl. [1964]; Töndury/Gsell, Finanzierungen [1948]; Vormbaum, Finanzierung der Betriebe [1964]).

I. Außenfinanzierung

1. Beteiligungsfinanzierung

Das Hauptmerkmal der Beteiligungsfinanzierung (Liefmann, Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften, 5. Aufl. [1931]; Schmalenbach, Die Beteiligungsfinanzierung, 9. Aufl. [1966]) als dem einen Teil der exogenen Finanzierung ist die Zuführung von Eigenkapital mit seiner investitionstechnischen, betriebspolitischen und kreditwirtschaftlichen Funktion durch bereits vorhandene oder neu hinzutretende Gesellschafter, wobei deren Motivation durch die wirtschaftlichen Kriterien der Beteiligung — Risikoübernahme, Einflußnahme, ertragsabhängiges Nutzungsentgelt — bestimmt wird und die Kriterien wiederum durch die Rechtsform des Unternehmensträgers im einzelnen ausgestaltet werden. Das Unternehmen wird auf dem Hintergrund der konjunkturellen Situation nach Analyse des Absatz- und Kapitalmarktes die Vor- und Nachteile einer Beteiligungsfinanzierung gegeneinander abwägen. Zu den Vorteilen der Zuführung neuen Eigenkapitals gehören: (1) Erhöhung der Kreditwürdigkeit; (2) keine festen Zins- und Tilgungsverpflichtungen; (3) relative Unkündbarkeit ermöglicht variable Gestaltung der Preispolitik, da geringere Fixkostenbelastung; (4) breitere Einsatzmöglichkeit, auch zu risikoreichen Investitionen. Nachteile der Eigenkapitalfinanzierung sind (1) Mitspracherecht des Geldgebers; (2) keine steuerliche Abzugsfähigkeit der Gewinnausschüttung; (3) Verminderung der Eigenkapitalrentabilität mit abnehmendem Fremdkapitaleinsatz.

Auch der potentielle Kapitalgeber muß bei der Beteiligungsfinanzierung *pro* und *contra* gegeneinander abwägen. Seinem Anspruch auf Mitspracherecht, Gewinnbeteiligung, Beteiligung am Firmenwert und an den stillen Reserven und seiner Position als Sachwerteigentümer stehen eine mögliche Verlustbeteiligung sowie eine — eventuell — langfristige Bindung seines Geldes gegenüber. Letzterer Gesichtspunkt trifft aber bei den Aktiengesellschaften insofern nicht zu, als hier durch das fungible Papier eine rasche Mobilisierung und Transformation möglich ist. Die Vorteile sind bei der Aktienfinanzierung (Guthmann/Dougall, Corporate Financial Policy, 4. Aufl. [1962]; Schmalenbach, Die Aktiengesellschaft, 7. Aufl. [1950]) als einem Unterfall der Beteiligungsfinanzierung ebenfalls zu modifizieren: (1) Anonymität; (2) beliebige Teilbarkeit des Kapitaleinsatzes; (3) begrenzte Haftung.

Für die *Aktiengesellschaft* ergeben sich im wesentlichen die eben genannten Vorteile der Beteiligungsfinanzierung. Zu der aus der Eigenkapitalposition als solcher resultierenden Kreditfähigkeit und Krisenfestigkeit ergibt sich noch eine Modifizierbarkeit innerhalb des Eigenkapitals: die Aktien können durch das Ausweichen auf vinkulierte Namensaktien und stimmrechtslose Vorzugsaktien der jeweiligen Situation am Kapitalmarkt angepaßt werden.

a) Bei der Finanzierung der Aktiengesellschaften durch Erhöhung des Eigenkapitals kann es sich um eine *effektive* Kapitalerhöhung durch Ausgabe von jungen Aktien handeln. Hierbei sind drei Formen zu unterscheiden: (1) ordentliche Kapitalerhöhung; (2) bedingte Kapitalerhöhung; (3) Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital. Alle drei Formen veranlassen das Unternehmen — auf der Basis seiner Zielvorstellungen — zu einer unternehmenspolitischen Entscheidung hinsichtlich des optimalen Bezugskurses (Rittershausen, a. a. O., S. 93; Hauck, Hohe Bezugskurse — keine Strafe für den Aktionär? in: Blick durch die Wirtschaft 4. 3. 1960; Hornef, Der Geldbedarf des Kleinaktionärs bei Kapitalerhöhungen, in: Das Wertpapier 1960, S. 3 ff.), und sie beinhalten gleichzeitig die oben bereits angesprochene generelle Problematik der Eigenkapitalfinanzierung.

b) Hinsichtlich der reinen Finanzierungswirkung ist die *nominelle* Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (Rauch, Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, 2. und 3. Aufl. [1950] weniger bedeutsam. Die hierbei erfolgende „Kapitalberichtigung“ durch Umwandlung der offenen Rücklagen in Nennkapital (Zusatz- oder Berichtigungsaktien, fälschlicherweise auch „Gratisaktien“ (Bernicken, Bezugsrecht, Gratisaktie und Kapitalertragsteuern, BankA 1920, S. 219; Brodmann, Aktienbezugsrecht und Gratisaktie, ZBIHR 1927, S. 1 ff., 53 ff.) genannt, bedeutet eine gewollte Verwässerung des Grundkapitals, bei der die Vermögenssubstanz — nur verteilt auf mehrere Aktienurkunden — nicht berührt wird. Wirtschaftlich wesentlich ist die durch das *splitting* (Binder, Die Erfahrungen mit dem Splitting in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1958) angestrebte Erleichterung der Mobilisierung, sowie die in Deutschland erst 1959 entschiedene Frage der steuerlichen Behandlung der „Aktienaufteilung“ (Schmölders, Zur Frage der steuerlichen Behandlung von Gratisaktien, AG 1956, S. 12).

c) Abgesehen von diesen Normalfällen der Kapitalerhöhung gegen Einlagen und aus Gesellschaftsmitteln kann sich die AG auch „finanzieren“, indem sie die Dividendenausschüttung modifiziert. Die hier zur Verfügung stehenden Mittel sind in erster Linie die Ausgabe von Bonusaktien bzw. der Rückgriff auf „Stockdividenden“.

aa) Beim (einperiodischen) *Bonusaktienverfahren* (Büschgen, Sonderformen der Eigenkapitalfinanzierung deutscher Aktiengesellschaften, AG 1964, S. 271) wird dem Aktionär eine Sonderausschüttung — meist zusätzlich zur üblichen Bardividende — gewährt. Gleichzeitig mit dieser Sonderausschüttung (Bonus) beschließt die Hauptversammlung eine aktienrechtliche Grundkapitalerhöhung unter Gewährung der Bezugsrechte an die alten Aktionäre, wobei die Emissionskurse so gewählt werden, daß die Sonderausschüttung gerade zur Ausübung der Bezugsrechte ausreicht. Dieses Vorgehen wird auch als „Schütt aus / Hol zurück“-Verfahren (Claussen, „Schütt aus / Hol zurück“ — kein Generalrezept, ZfK 1962, S. 869) oder Dividendenkapitalerhöhung (Rittershausen, a. a. O., S. 123 ff.) bezeichnet. Beim mehrperiodischen Verfahren wird regelmäßig nach einigen Jahren von der AG eine Grundkapitalerhöhung vorgenommen und dabei unter Bezugsrechtsgewährung an die alten Aktionäre ein relativ hoher Emissionskurs gewählt, der in etwa der kumulierten — hohen — Bardividende der letzten Jahre entspricht. Eine solche Politik ist für die AG allerdings nur dann angezeigt, wenn es sich um eine Gesellschaft mit einer günstigen Ertragslage und -entwicklung handelt, deren Aktien eine relativ große Kursstabilität aufweisen (Stützel, Aktienrechtsreform und Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, 2. Bd. Ursachen der Konzentration [1960], S. 915 ff.).

bb) In ähnlicher Weise wird auch bei den sog. *Zusatzaktien* (Hax, Probleme der Aktienfinanzierung unter dem Einfluß des gespaltenen Körperschaftsteuersatzes, ZfHf 1963, S. 58) vorgegangen, wobei Büschgen (a. a. O. S. 272) von dem Rücklagenumwandlungsverfahren spricht. Ein Teil des Reingewinns der abgelaufenen Periode wird in die

offenen Rücklagen eingebracht. Die Hauptversammlung beschließt dann eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, und zwar genau in dem Ausmaß, in dem die vorher gebildeten Rücklagen umgewandelt werden sollen. Auch dieses finanzierungstechnische Verfahren kann ein- oder mehrperiodisch ausgestaltet sein.

cc) Sowohl im Zusammenhang mit dem Bonusaktienverfahren als auch mit den Zusatzaktien taucht der aus der angelsächsischen Literatur (Bosland, *Corporate Finance and Regulation* [1949], S. 285; Dauten, *Business Finance* [1948], S. 405; Taylor/Graner, *Financial Policies of Business Enterprise*, 2. Aufl. [1956], S. 408 ff.; Upton, *Administering Business Profits*, in: *Business Finance Handbook* [1953], S. 474) übernommene Begriff der *Stockdividende* auf (Büschgen, *Stockdividenden in der Finanzierungs politik deutscher Aktiengesellschaften*, BFuP 1963, S. 497 ff.; Kulke, *Stockdividenden — eine Liquiditätsfrage*, in: ZfK 1963, S. 186 ff.; Uebbing, *Stopdividende — Stockdividende*, in: *DZ* vom 7. 2. 1961). Stockdividenden bedeuten Übertragung von Reingewinn auf das Grundkapital in Verbindung mit der Ausgabe zusätzlicher Aktien an die alten Aktionäre, wobei die amerikanische Form so ausgestaltet ist, daß die Aktionäre direkt — einzahlungsfreie — Aktien anstelle von Bargeld bekommen. Dieses Verfahren ist im deutschen Recht nicht gestattet. Hier ist es der AG nur möglich, den von der Hauptversammlung den offenen Rücklagen zugewiesenen Teil des Jahresgewinns in Grundkapital umzuwandeln und eine nominelle Kapitalerhöhung vorzunehmen bzw. im Anschluß an eine Dividendenausschüttung eine entsprechende aktienrechtliche Kapitalerhöhung zu beschließen, wobei die Anteilseigner durch Verkauf der Bezugsrechte wechseln können. Es vollzieht sich also letztlich im deutschen Recht entweder eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln oder eine Kapitalerhöhung gegen Einlagen. Nur wirtschaftlich ist in den oben beschriebenen beiden Vorgängen eine Stockdividendengewährung zu sehen. Auf der rechten Seite der Bilanz der Aktiengesellschaft vollzieht sich ein reiner Passivtausch (Rücklagen bzw. Gewinn in Grundkapital), wobei die den Aktionären ausgehändigten Urkunden — (daher „Verteilung“ von Dividenden) — diesen Vorgang nur zusätzlich verbrieft.

Die Vorteile für die Unternehmung sind vielfältig. Durch die „Ausschüttung“ in Form von Aktien wird die Liquidität des Unternehmens nicht berührt und angespannt. Die Gesellschaft kann, was besonders bei einem starken Kostendruck und einer ungünstigen Situation auf dem Kapitalmarkt wichtig ist, mit ihren eigenen Mitteln weiterarbeiten. Gleichzeitig wird durch die Ausgabe der jungen Aktien die Marktgängigkeit des vorhandenen Aktienpotentials erhöht, womit sich — auf lange Sicht — eine Erweiterung des Kapitalmarktes auf der Angebotsseite erreichen läßt, es sei denn, daß die Stockdividende im steigenden Börsenkurs antizipiert wird (Graham/Dodd, *Security Analysis, Principles and Technique*, 3. Aufl. [1951], S. 446 ff.). Die Aktionäre werden in der Regel zufrieden sein (gestillter „Dividendenhunger“ [Hoagland, *Corporation Finance*, 3. Aufl. [1947], S. 166, 590]; Möglichkeit des Verkaufs der jungen Aktien an der Börse, aber eventuell Zwang zum Verkauf bei ungünstigen Aufstockungsverhältnissen (Waring, *Fractional Shares under Stock Dividend Declarations*, *Harvard Law Review* 1931, S. 404 ff.); gleichzeitig hat die Gesellschaft jedoch durch die — optisch günstige — Nichtgewährung einer Bardividende möglicherweise steigenden Lohn- und Gehaltsforderungen vorgebeugt (Guthmann-Dougall, a. a. O., S. 543). Die Gewährung von Stockdividenden bietet sich allerdings nur dann als Finanzierungsmittel an, wenn ausreichende Gewinne anfallen (expandierende Unternehmungen, Wachstumsindustrie), so daß auch die durch die Kapitalverwässerung herbeigeführte Erhöhung des dividendenberechtigten Grundkapitals noch aus den Gewinnen der kommenden Jahre bedient werden kann (erhöhte Liquiditätsanspannung). Werden Stockdividenden in zu großem Ausmaß gewährt und damit die Bildung von Rücklagen vernachlässigt, muß damit gerechnet werden, daß die noch vorhandenen Rücklagen in schlechten Geschäftsjahren teilweise oder sogar ganz aufgezehrt werden.

2. Kreditfinanzierung

Während die Behandlung der Stockdividenden schon zum Teil in die Bereiche der Innenfinanzierung übergreift mit dem Unterschied, daß dort die Finanzierungsent-

Vorbemerkungen

scheidung das Aktienpotential der — außenstehenden — Anteilseigner nicht berührt, sind zunächst aus dem Gebiet der Außenfinanzierung noch die Formen der für die AG möglichen Kreditfinanzierung zu behandeln. Auch bei der Fremdfinanzierung wird der Gesellschaft von außen (exogen) Kapital zugeführt. Die Vorteile für den Kapitalgeber sind: (1) die befristete Zurverfügungstellung des Geldes; (2) die gleichbleibenden Zins-einnahmen und (3) die rechtlichen Möglichkeiten der Kreditsicherung (Grundschuld-briefe, Bürgschaften, Negativklausel). Nachteilig für den Gläubiger bzw. Obligationär ist dagegen (1) der Ausschluß des Mitspracherechts in der Unternehmenspolitik; (2) das fehlende Sachwerteigentum und (3) der fehlende Anteil an den stillen Reserven sowie (4) die Nichtbeteiligung an eventuell steigenden Gewinnen. Für den Kapitalnehmer ergibt sich die Entscheidungsbasis aus der spiegelbildlichen Betrachtung der Aktienfinanzierung.

a) Bei den Formen der Fremdkapitalfinanzierung (Jonas, Grenzen der Kreditfinanzierung [1960]; Rittershausen, Methoden der industriellen Fremdfinanzierung, in: Schmolders und Rittershausen, Moderne Investitionsfinanzierung [1959]; Sandig, Finanzierung mit Fremdkapital [1930]) sind im Hinblick auf langfristige Gelder die Obligationen mit der Sonderform der Wandelschuldverschreibung sowie die Schuldscheindarlehen und Gewinnschuldverschreibungen dominant.

aa) Im Rahmen der langfristigen Fremdfinanzierung können *Anleihen* (Obligationen) (Bornemann, Emission von Industrieobligationen von 1952—55, Diplomarbeit Köln 1956; Pfeiffer, Langfristige Fremdfinanzierung durch Ausgabe von Obligationen, Wandelanleihen usw. in: Finanzierungs-Handbuch, hrsg. von Hans Janberg [1964], S. 299 ff.) nur von emissionswürdigen Unternehmen und von der öffentlichen Hand in Anspruch genommen werden. Die bei einer Emissionsgröße von etwa 30—70 Millionen DM nur für die Großunternehmen wesentlichen Industrieobligationen (eigentlich: Partialobligation oder Teilschuldverschreibung, da jedes Stück das Gläubigerrecht an einem bestimmten Teil der Anleihe verbrieft) ermöglichen die Aufnahme von anonymem, typisiertem und zersplittertem Kapital mit den oben bereits behandelten Vor- und Nachteilen, aber mit dem Unterschied, daß bei Aktien stets gesetzliche Kontroll- und regelmäßig Verwaltungsrechte eingeräumt werden. Die dem Gläubiger zu gewährende Effektivverzinsung ergibt sich aus einer Kombination von Nominalzins, Emissionskurs und Rückzahlungskurs, wobei in der Regel bei der Nominalverzinsung in Schritten von jeweils einem halben Prozent vorgegangen wird und die „Feineinstellung“ mit Hilfe des Emissionsdisagios (also Unterpari-Emission möglich) und des Rückzahlungsgagios erfolgt. Die Ausstattung der Industrieobligation mit einer Handelsspanne oder Bonifikation in Höhe von 1—2% wird die Banken veranlassen, eine günstige Placierung des Papiers an der Börse anzustreben.

Bei den Tilgungsmodalitäten besteht die Möglichkeit, die gesamte Anleihe am Ende der Laufzeit auf einmal zu tilgen, was sich jedoch nicht empfehlen wird, da dann die Liquiditätsanspannung zu groß wird. In der Regel wird die Tilgung allmählich durch Auslosung und unter Umständen unter Zuhilfenahme des Rückkaufs an der Börse erfolgen. Ein Kündigungsrecht steht bei den in der BRD umlaufenden Industrieobligationen im allgemeinen nur dem Schuldner zu, und zwar nach Ablauf von 6 Jahren. Eine zwingende Notwendigkeit, auch dem Gläubiger ein Kündigungsrecht einzuräumen, besteht insofern nicht, als dieser normalerweise jederzeit seine Papiere an der Börse veräußern kann.

bb) In Konkurrenz zu den Industrieobligationen stehen die *Schuldscheindarlehen* (vgl. dazu Kleinschmidt, Die Banken und die Schuldscheindarlehen, ZfK 1963, S. 950 ff.; Frank, Schuldscheindarlehen als Mittel der langfristigen Industriefinanzierung [1966]; Reinboth, Schuldscheindarlehen als Mittel der Unternehmensfinanzierung [1965]; Staehle, Die Schuldscheindarlehen [1965]). Diese ermöglichen eine direkte und individuelle Aufnahme von Fremdkapital ohne die Zwischenschaltung des Bank- und Börsenapparates. Kapitalgeber sind in der Hauptsache die Lebensversicherungen, Sozialversicherungen und Realkreditinstitute. Die bei den Schuldscheindarlehen gegebene günstigere Kostensituation sowohl im Hinblick auf die einmaligen Kosten der Emission als auch auf die laufenden Kosten der Bedienung und die weniger weitgehende Publizitäts-

pflicht hat ihnen einen Vorsprung gegenüber den Industrieobligationen gegeben (Beispiel: Rittershausen, Industrielle Finanzierungen [1964], S. 249).

cc) Besonders von Bedeutung im Zusammenhang der langfristigen Fremdfinanzierung sind die *Wandelschuldverschreibungen* und *Bezugsrechtsobligationen*, die letztlich zu einer Mischform von Kredit- und Beteiligungsfinanzierung führen. Hierbei wird neben dem Anspruch auf Rückzahlung des Nennwertes und auf Zinsen auch ein Umtausch (Wandelobligation, *convertible bond*) oder ein Bezugsrecht (Bezugsrechtsobligation, *option bond*) auf Aktien eingeräumt (Haase, Wandelschuldverschreibungen — Obligationen mit Sachwertsicherung, in: BB 1952, Nr. 3; Huppertz, Wandelschuldverschreibungen in USA, ZfhF 1952, S. 290—308; Minz, Wandelschuldverschreibungen in Deutschland, ZfhF 1952, S. 308—321; Rusch, Die Wandelschuldverschreibung [1956]).

Die Wandelobligationen sind besonders dann von Bedeutung, wenn der Markt zum Zeitpunkt der Auflegung weder für Aktien noch für Obligationen als solche aufnahmefähig ist und ein zusätzlicher Anreiz für das Publikum geschaffen werden muß. Für den Kapitalgeber, den Käufer, besteht hier die Möglichkeit eines Wechsels vom garantiert gleichmäßigen Zins zum Sachwerteigentum. Er wird in dem Augenblick sein Wandelrecht ausüben, wenn die Dividende sich dem Zinssatz der Obligation nähert bzw. diesen übersteigt oder wenn die Wirtschaftslage allgemein zu einem begründeten Zweifel an der Stabilität der Währung Anlaß gibt.

Dem Unternehmen steht mit den Wandelanleihen zunächst ein — steuerlich — billiges Finanzierungsinstrument zur Verfügung. Außerdem kann die Gesellschaft den Zinssatz etwas niedriger halten als den üblicherweise für Industrieobligationen einzusetzenden, da die Wandelobligation durch das Umtauschrecht einen Sachwertcharakter erhält. Insofern lohnt es sich also für das Unternehmen, den Umtausch möglichst weit hinauszuschieben, es sei denn, die unternehmenspolitische Entscheidung in bezug auf die Wandelanleihe tendierte ursprünglich schon dahin, dieselbe spekulativ zu nutzen, um einen Markt für die Aktienemission vorzubereiten.

dd) Als in bezug auf die Emission günstig stellen sich auch die *Gewinnschuldverschreibungen* dar. Es handelt sich um Schuldverschreibungen, die den Gläubigern hinsichtlich der auf sie entfallenden Gewinnanteile die Stellung der Aktionäre einräumen. Der den Gläubigern zugestandene Nominalzins wird in der Regel niedriger als bei den Normalobligationen sein, dafür wird ihnen jedoch eine Gewinnbeteiligung in einem bestimmten Verhältnis zur Dividende gewährt, oder ihnen wird kein fester Zins eingeräumt, sondern ein nach oben limitierter Gewinnanspruch (Wöhe, a. a. O., S. 402). Den Aktionären, deren Gewinnbasis auf diese Weise geschmälert wird, muß ein Bezugsrecht eingeräumt werden.

b) Von geringerer Bedeutung für die „industriellen Finanzierungen“ ist im Zusammenhang mit der AG der kurzfristige Kredit. Zur kurzfristigen Kreditfinanzierung (vgl. Zusammenstellung Wöhe, a. a. O., S. 406 ff.; Breuer, Der Bankkredit als Instrument kurzfristiger Unternehmensfinanzierung, in: Finanzierungs-Handbuch, hrsg. von Hans Janberg [1964], S. 249 ff.; Thiess, Kurz- und mittelfristige Finanzierung [1958]) gehören in der Hauptsache die kurzfristigen Bankkredite (Kontokorrent-, Wechseldiskont-, Lombard-, Aval-, Akzept- und Rembours-Kredit) und die Lieferantenkredite als die Gewährung von Zahlungszielen zwischen verschiedenen Wirtschaftsstufen. Das Ausmaß der letztgenannten — teuersten — Finanzierungsmöglichkeit ist in der Regel eine Funktion der Markt- und Machtverhältnisse der Wirtschaftssubjekte.

II. Innenfinanzierung

Die Hauptfälle der Innenfinanzierung (endogene Finanzierung), definiert als der Zufluß von Mitteln aus dem betrieblichen Umsatzprozeß (Grochla, a. a. O., S. 607) sind die Finanzierung aus zurückbehaltenem Gewinn (Selbstfinanzierung) (Conzelmann, Das Problem der „Selbstfinanzierung“ der Unternehmung, Diss. [1935]; Fettel, Die Selbstfinanzierung der Unternehmung, in: Finanzierungs-Handbuch, hrsg. von Hans Janberg [1964], S. 131 ff.; Hagest, Selbstfinanzierung des Betriebes [1952]; Hase-nack, Wesen und Arten der Selbstfinanzierung [1931]; Hegner, Die Selbstfinanzierung

Vorbemerkungen

der Unternehmung als theoretisches Problem der Betriebswirtschaftslehre und der Volkswirtschaftslehre [1946]; Prion, Selbstfinanzierung der Unternehmungen [1931]; Mellero-wicz, Selbstfinanzierung der Industrie, in: Die Führung des Betriebes, Festschrift für Wilhelm Kalveram [1942]; Schmölders, Volkswirtschaftliche Probleme der sog. Selbstfinanzierung, in: Schmölders-Rittershausen, Moderne Investitionsfinanzierung [1959]) und die Finanzierung aus — vorübergehend — freigestelltem Kapital (Buchner, Das Problem der Kapazitätsausweitung durch laufende Reinvestition in Höhe des Abschreibungs-aufwandes, Diss. 1960; Forster, Finanzierung durch Abschreibung [1953]; Hardach/Hax, Der Geltungsbereich des Kapazitätserweiterungs-Effektes. Eine Diskussion, ZfhF NF 10 [1958]; Hax, Abschreibung und Finanzierung, ZfhF NF 7 [1955]; Langen, Die Kapazitätsausweitung durch Reinvestition liquider Mittel aus Abschreibungen, ZfhF NF 5 [1953]; Neubert, Anlagenfinanzierung aus Abschreibungen, ZfhF NF 3 [1951]; Ruchti, Die Abschreibung. Ihre grundsätzliche Bedeutung als Aufwands-, Er-trags- und Finanzierungsfaktor [1953]; Schäfer, Abschreibung und Finanzierung, ZfhF NF 7 [1955]; Schwarz, Grenzen der Wirksamkeit des Kapazitätserweiterungseffektes in der betrieblichen Praxis, Wirtschaftsprüfung Stuttgart, 13 [1960]).

1. Die betriebswirtschaftlichen Vorteile der Selbstfinanzierung im engeren Sinne (Gewinn- oder Gewinnrestfinanzierung) decken sich im wesentlichen mit dem zur Eigenkapitalfinanzierung bereits Gesagten. Die Gefahren sind in der Hauptsache volks-wirtschaftlicher Art, nämlich (1) keine Siebfunktion der Banken, daher Gefahr von Fehlinvestitionen (?); (2) Austrocknen des Kapitalmarktes; (3) Erstarren der Pro-duktionsstruktur und (4) Ausbeuten der Konsumenten durch Aufbringung der Selbst-finanzierungsquote über die Preise. Allerdings zwingt die Struktur des Kapitalmarktes der BRD alle nicht emissionswürdigen Unternehmen zur Selbstfinanzierung, und sie ist zudem für alle Unternehmen der einzige Ausweg, wenn der Kapitalmarkt nicht funk-tionsfähig ist; vgl. Anteil der Selbstfinanzierungsquote in Deutschland 1959 = 61%.

2. Bei der Finanzierung aus vorübergehend oder dauernd freigestelltem Kapital sind primär die Rückstellungen und Abschreibungen interessant. Unter der Voraus-setzung, daß die Abschreibungsbeträge im Gewinn erwirtschaftet und durch die bilan-ziellen Abschreibungen in der Unternehmung festgehalten werden, können diese Be-träge so lange beliebig im Unternehmen eingesetzt werden, bis die abgeschriebenen Teile des Anlagevermögens ersetzt werden müssen. Da die Daten der Ersatzbeschaffung in der Regel eine gewisse Streubreite haben, bleibt ein „Bodensatz“ zurück (Kapi-talfreisetzungs-Effekt), der zu irgendeiner anderweitigen Anlage zur Verfügung steht. Werden die freigesetzten Beträge fortlaufend investiert, so erweitert sich der — abschrei-bungsfähige — Bestand des Anlagevermögens, was zu einer Kumulativwirkung von Investition und Abschreibung führen kann (Kapazitätsausweitungseffekt).

Obwohl dieses theoretische Modell des *Lohmann-Ruchti-Effektes* (vgl. ausführliche Dar-stellung Wöhe, a. a. O., S. 423 ff.) eine Reihe zum Teil recht abstrakter Prämissen be-inhaltet, ist festzuhalten, daß zwischen 1950 und 1960 50—76% der Bruttoinvestitionen der deutschen Wirtschaft über Abschreibungen finanziert wurden. (Zu weiteren Formen der Innenfinanzierung mittels Kapitalfreisetzung durch Rationalisierungsmaßnahmen und durch Pensionsrückstellungen vgl. Wöhe, a. a. O., S. 429 ff.)

III. Sonderformen

Zu den neueren Formen der Innenfinanzierung gehören die Vermögensumschich-tungen durch *Leasing* und *Factoring*.

1. Unter *Leasing* (Lit.: Bitschnau, Investitionsfinanzierung auf der Grundlage gepach-teter Anlagen, NB 8/1963, S. 209—211; Büschgen, Leasing und finanzielles Gleichgewicht der Unternehmung, ZfbF 1967, Heft 10, S. 625 ff.; Falk, Leasing in den USA, DB 11, 1963; Floitgraf, Leasing von industriellen Anlagen als Finanzierungsproblem. In: Finanzierungs-Handbuch, hrsg. von Hans Janberg [1964], S. 495 ff.; Leffson, Leasing beweglicher Anlagegüter, ZfbF 1964, S. 396 ff.) ist die Vermietung oder Verpachtung von Immobilien (Anlagevermögen) und Mobilien (Umlaufvermögen) entweder durch den Hersteller oder eine spezielle Finanzierungsgesellschaft zu verstehen. Leasing ist also die Alternative zum Kauf bzw. zur Selbsterrichtung der in Frage kommenden An-lagen.

2. Beim *Factoring* (Lit.: Fiscoeder, *Factoring in den USA*, ZfB Nr. 7, 1964; Glomb, *Finanzierung durch Factoring* [1969]; Horbach, *Das Factoring-Finanzierungssystem* In: *Finanzierungs-Handbuch*, hrsg. von Hans Janberg [1964], S. 543 ff.; Knopik, *Factoring. Ein neuer Weg der Absatzfinanzierung und der Kreditsicherung* [1960]; ders., *Factoring in den USA und in Deutschland*, ZfB 1965, S. 269 ff.; Phelps, *The Role of Factoring in Modern Business Finance* [1958]; Sussfeld, *Le Factoring* [1968]; Wißkirchen, *Factoring in Deutschland*, mit weiteren Hinweisen auf Aufsätze) kauft ein Finanzierungsinstitut die bei seinen Kunden entstehenden Forderungen einmalig oder fortlaufend mit Valuta-Verfalltag und übernimmt das Risiko für einen eventuellen Ausfall. Diese Methode eignet sich vor allem bei Unterkapitalisierung, bei einem großen Kreditvolumen im Verhältnis zum Betriebsvermögen und zum Erwerb neuer Kundenkreise.

Vorbemerkung II: Rechtsangleichung der Kapitalerhöhung in der EWG

Der Vorschlag einer zweiten Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Schutzbestimmungen im Rahmen des Art. 54 Abs. 3 des EWG-Vertrages (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. C 48 vom 24. 4. 1970) enthält im Abschnitt III unter der Überschrift „Kapitalerhöhung“ folgende Vorschriften:

Art. 21

1. Im Falle einer Kapitalerhöhung durch Bareinlagen müssen vorher die Einlagen auf bereits ausgegebene Aktien geleistet worden sein.

2. Die Gesetze der Mitgliedstaaten können jedoch von diesem Grundsatz Ausnahmen vorsehen. Sie bestimmen diese Ausnahmen in der Weise, daß sie auf Fälle beschränkt bleiben, in denen finanzielle Erfordernisse der Gesellschaft gewahrt werden müssen und wo dies nicht durch Leistung der Einlagen auf die alten Aktien geschehen kann. Wenn solche Ausnahmen vorgesehen sind, darf der Prozentsatz der von den neuen Aktionären geforderten Einzahlungen nicht denjenigen der von den alten Aktionären geleisteten Einzahlungen übersteigen.

3. Die Einlagen auf die bei einer Kapitalerhöhung ausgegebenen Aktien müssen zu mindestens 25% ihres Nennwertes oder Rechnungswertes und, gegebenenfalls zuzüglich des Mehrbetrages in voller Höhe, geleistet werden.

Art. 22

1. Jede Kapitalerhöhung muß durch die Hauptversammlung entsprechend den Erfordernissen beschlossen werden, die hinsichtlich der Offenlegung und der Mehrheiten für eine Änderung der Satzung vorgeschrieben sind.

2. Die Satzung oder die Hauptversammlung, die entsprechend den oben erwähnten Mehrheitserfordernissen entscheidet, kann jedoch eine Erhöhung des gezeichneten Kapitals bis zu einem von ihr festgelegten Höchstbetrag genehmigen. In den Grenzen dieses Betrages entscheidet gegebenenfalls das hierzu berufene Organ der Gesellschaft über eine Erhöhung des gezeichneten Kapitals. Diese Ermächtigung des Organs besteht für eine Höchstdauer von 5 Jahren; sie kann durch die Hauptversammlung ein oder mehrmals für einen Zeitraum, der jeweils 5 Jahre nicht überschreiten darf, verlängert werden.

3. Sofern es mehrere Gattungen von Aktien gibt, hängt die Wirksamkeit einer Kapitalerhöhung oder die im vorstehenden Absatz vorgesehene Genehmigung einer Kapitalerhöhung von der getrennten Abstimmung für jede Gattung der Aktien zumindest dann ab, wenn dadurch die Inhaber einer Gattung von Aktien benachteiligt werden.

4. Die vorstehenden Absätze gelten für die Ausgabe von Schuldverschreibungen, bei denen ein Umtausch- oder Bezugsrecht auf Aktien eingeräumt wird, jedoch nicht für den Umtausch solcher Schuldverschreibungen.

Art. 23

Im Falle einer Kapitalerhöhung gegen Nicht-Bargeldeinlagen müssen diese als Gegenwert für die ausgegebenen Aktien vollständig geleistet werden.

Die Bewertung dieser Einlagen muß in derselben Weise geprüft werden, wie dies bei der Gründung vorgesehen ist.

Der in Art. 8 der vorliegenden Richtlinie vorgesehene Bericht kann in diesem Fall entweder durch eine oder mehrere unabhängige Personen, die durch eine Verwaltungs- oder Justizbehörde bestimmt oder zugelassen sind, oder durch eine oder mehrere mit der Rechnungsprüfung der Gesellschaft befaßte Personen erstellt werden.

Art. 24

Wenn die Kapitalerhöhung in der dafür vorgesehenen Frist nicht voll gezeichnet wurde, hat die Hauptversammlung über die Gültigkeit der Erhöhung zu entscheiden.

Wird eine solche Entscheidung nicht innerhalb von 3 Monaten nach dem Ablauf der Zeichnungsfrist getroffen, so werden die Zeichner von ihrer Verpflichtung befreit.

Art. 25

1. Bei jeder Kapitalerhöhung durch Bareinlagen müssen die Aktien vorzugsweise den Aktionären im Verhältnis zu dem durch ihre Aktien vertretenen Teils des Kapitals angeboten werden.

2. Dieses Bezugsrecht darf durch die Satzung weder beschränkt noch aufgehoben werden. Dies kann jedoch durch eine Entscheidung der Hauptversammlung geschehen, welche über eine Erhöhung unter den oben erwähnten Bedingungen für eine Satzungsänderung beschließt. Das Verwaltungsorgan der Gesellschaft hat der Hauptversammlung einen schriftlichen Bericht über die Gründe der Beschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts zu geben und den vorgesehenen Ausgabekurs zu rechtfertigen.

3. Die Hauptversammlung kann unter den für Satzungsänderungen vorgeschriebenen Bedingungen die Ermächtigung zur Beschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts auch einem Organ ihrer Wahl übertragen.

4. Die vorstehenden Absätze gelten für die Ausgabe von Schuldverschreibungen, bei denen ein Umtausch- oder Bezugsrecht auf Aktien eingeräumt wird, jedoch nicht für den Umtausch solcher Schuldverschreibungen.

Art. 26

Findet eine Erhöhung des gezeichneten Kapitals durch Umwandlung von Rücklagen statt, darf die gesetzliche Rücklage, sofern sie für diesen Zweck zur Verfügung steht, nur benutzt werden, wenn sie 10% des Kapitals übersteigt.

Vgl. dazu die ausführliche Stellungnahme von Niessen, Gründung und Kapital von Aktiengesellschaften im Gemeinsamen Markt. Zum Vorschlag der Kommission einer zweiten Richtlinie zur Angleichung des Gesellschaftsrechts, AG 1970, S. 281.

§ 182 Voraussetzungen

(1) Eine Erhöhung des Grundkapitals gegen Einlagen kann nur mit einer Mehrheit beschlossen werden, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Die Satzung kann eine andere Kapitalmehrheit, für die Ausgabe von Vorzugsaktien ohne Stimmrecht jedoch nur eine größere Kapitalmehrheit bestimmen. Sie kann weitere Erfordernisse aufstellen. Die Kapitalerhöhung kann nur durch Ausgabe neuer Aktien ausgeführt werden.

(2) Sind mehrere Gattungen von Aktien vorhanden, so bedarf der Beschluß der Hauptversammlung zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der

Aktionäre jeder Gattung. Über die Zustimmung haben die Aktionäre jeder Gattung einen Sonderbeschluß zu fassen. Für diesen gilt Absatz 1.

(3) Sollen die neuen Aktien für einen höheren Betrag als den Nennbetrag ausgegeben werden, so ist der Mindestbetrag, unter dem sie nicht ausgegeben werden sollen, im Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals festzusetzen.

(4) Das Grundkapital soll nicht erhöht werden, solange ausstehende Einlagen auf das bisherige Grundkapital noch erlangt werden können. Für Versicherungsgesellschaften kann die Satzung etwas anderes bestimmen. Stehen Einlagen in verhältnismäßig unerheblichem Umfang aus, so hindert dies die Erhöhung des Grundkapitals nicht.

Literatur zu den §§ 182, 183

Nissen, Über die Erhöhung des Grundkapitals einer Actien-Gesellschaft, ZHR 19, S. 353 (1874); *Dalberg*, Das Emissions-Agio bei Aktiengesellschaften und seine Verwendung, LZ 1913, Sp. 881; *Hachenburg-Flechtheim*, Empfehlen sich Änderungen der Gesetzgebung zur Erleichterung der Kapitalbeschaffung durch Aktiengesellschaften?, JW 1924, S. 1826; *Heymann*, Kapitalserhöhung bei einer Aktiengesellschaft durch Erhöhung des Nennbetrages der Aktien, JW 1925, S. 1984; *Flechtheim*, Vorzugsaktien und Kapitalserhöhungen, BankA 1926, S. 366; *Frese*, Vorzugsaktien und Kapitalserhöhungen, BankA 1926, S. 406; *Flechtheim*, Das genehmigte Kapital nach dem Aktienrechtsentwurf, JW 1930, S. 3681; *Netter*, Zur Frage der Nichtigkeit befristeter Kapitalserhebungsbeschlüsse, JW 1930, S. 3692; *Eyermann*, Die Ordnungsmäßigkeit der Kapitalerhöhung bei der Aktiengesellschaft, Diss. Erlangen 1934; *Gefler*, Die Rechtslage bei Fehlen des Sonderbeschlusses benachteiligter Aktionäre oder verschiedener Aktiengattungen, DJ 1936, S. 1491; *Herbig*, Die Maßnahmen der Kapitalbeschaffung im neuen Aktiengesetz, JW 1937, S. 510; *Simon*, Rückwirkende Dividendengewährung bei genehmigtem Kapital, AG 1960, S. 148; *Wündisch*, Können junge Aktien mit Dividendenberechtigung für ein bereits abgelaufenes Geschäftsjahr ausgestattet werden?, AG 1960, S. 320; *Loose*, Die Behandlung von Kapitalerhöhungen nach dem Sparprämien-gesetz, DB 1961, S. 998; *Mestmäcker*, Zur aktienrechtlichen Stellung der Verwaltung bei Kapitalerhöhungen, BB 1961, S. 945; *Ochs*, Die Kapitalerhöhung der weisungsgebundenen Aktiengesellschaft, NJW 1961, S. 488; *Woeste*, Belegschaftsaktien anlässlich einer Kapitalerhöhung, BB 1961, S. 1316; *Büschgen*, Sonderformen der Eigenkapitalfinanzierung deutscher Aktiengesellschaften, AG 1964, S. 271; *Flume*, Die Kapitalerhöhung unter Verwendung der Dividende nach Handelsrecht und Kapitalverkehrssteuerrecht, DB 1964, S. 21; *Steuck*, Die Sanierung durch Kapitalveränderungen in steuerlicher Hinsicht, AG 1964, S. 113; *Wahl*, Agio bei Vorratsaktien (§ 51 AktG), DB 1965, S. 864; *Sommerschuh*, Der Emissionskurs bei der Begebung neuer Aktien, AG 1966, S. 354; *Würdinger*, Kapitalerhöhung in Organgesellschaften, AG 1967, S. 341; *Klette*, Der Emissionskurs beim genehmigten Kapital, BB 1968, S. 977; *Klette*, Die Rechtsfolgen eines zu niedrigen Emissionskurses bei genehmigtem Kapital, BB 1968, S. 1101; *Klette*, Die Überpari-Emission bei der Kapitalerhöhung gegen Einlagen, DB 1968, S. 2203ff., 2261ff.; *Stahl*, Aktien vor und nach Kapitalerhöhungen, 1969; *Lutter*, Verwertungsaktien, AG 1970, S. 185; *Niessen*, Gründung und Kapital von Aktiengesellschaften im Gemeinsamen Markt, AG 1970, S. 281; *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, 1970.

Übersicht

	Anm.		Anm.
Einleitung		II. Der Kapitalerhebungsbeschluß	5—9
		1. Allgemeines	5
I. Die Kapitalerhöhung gegen Einlagen	1—4	2. Formelle Erfordernisse für den Kapitalerhebungsbeschluß	6
1. Das Wesen der Kapitalerhöhung	1	3. Notwendige Bestandteile des Kapitalerhebungsbeschlusses	7
2. Die Ziele der Kapitalerhöhung	2	4. Die Festsetzung des Ausgabekurses	8
3. Das Verfahren der Kapitalerhöhung	3	5. Nicht notwendige Bestandteile des Kapitalerhebungsbeschlusses	9
4. Pflicht zur Kapitalerhöhung?	4		

Anm. 1

	Anm.		Anm.
III. Der Sonderbeschluß bei mehreren Aktiengattungen	10—11	V. Der Ausschluß der Kapitalerhöhung aus anderen Gründen	15
1. Die Notwendigkeit eines Sonderbeschlusses	10	VI. Steuerrechtliche Fragen der Kapitalerhöhung	16—17
2. Der fehlende oder unwirksame Sonderbeschluß	11	1. Kapitalverkehrsteuer	16
IV. Die volle Leistung der bisherigen Einlagen	12—14	2. Körperschaftsteuer	17
1. Der Tatbestand der Verbotsvorschrift	12	Anhang	
2. Die Rechtsfolgen bei verbotswidriger Kapitalerhöhung	13	Finanzierung durch freiwillige Zahlungen der Aktionäre	
3. Ausnahmen	14		

Einleitung

Das Recht der Erhöhung des Grundkapitals wurde erstmals mit der Novelle von 1884 in Art. 215a ADHGB gesetzlich geregelt. Der Inhalt dieser Vorschrift ist mit unwesentlichen Änderungen erst in § 278 HGB, dann in § 149 AktG 1937 eingegangen.

Das neue Gesetz hat ebenfalls wenig geändert. Da es die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln neu in den §§ 207ff. regelt, war es notwendig, die Kapitalerhöhung gegen Geld- oder Sacheinlagen als solche zu bezeichnen. Dies ist in der Überschrift des ersten Unterabschnitts und in Abs. 1 Satz 1 geschehen. Im übrigen stimmt das Gesetz mit Ausnahme des Abs. 1 Satz 3 und 4 inhaltlich mit seinen Vorläufern überein.

Abs. 1 Satz 2 enthält eine bemerkenswerte Neuerung: werden Vorzugsaktien ohne Stimmrecht ausgegeben, so kann die Satzung keine geringere, sondern lediglich eine größere Kapitalmehrheit als das Gesetz verlangen. Laut Begründung wurde die Vorschrift ähnlich gefaßt wie § 186 Abs. 3, da die Zwangslage der Aktionäre im Falle der Ausgabe von Vorzugsaktien ohne Stimmrecht und beim Ausschluß des Bezugsrechts vergleichbar sei.

Der neue Abs. 1 Satz 4 verbietet es, die Kapitalerhöhung gegen Einlagen in der Weise auszuführen, daß der Nennbetrag der Aktien heraufgesetzt wird (zur Begründung vgl. Kropff, S. 292).

I. Die Kapitalerhöhung gegen Einlagen

Anm. 1

1. Das Wesen der Kapitalerhöhung

Die Kapitalerhöhung gegen Geld- oder Sacheinlagen wird verschieden gedeutet. Da Voraussetzungen und Folgen fast ausnahmslos gesetzlich normiert sind, ist der Streit praktisch nicht sehr wichtig. Manche meinen, die Kapitalerhöhung sei eine *Neugründung* oder jedenfalls eine teilweise Neugründung (Brodmann, § 278 HGB, Anm. 1 c), andere sehen darin vor allem den *Verkauf von Anteilen*, also eine Finanzierungsmaßnahme (Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 13); schließlich wird auch die Meinung vertreten, das Wesen der Kapitalerhöhung bestehe in der *Aufnahme neuer Mitglieder* (Staub, 5. Aufl. [1897], Art. 215a ADHGB, Einleitung). Bereits in den Motiven zur Novelle von 1884 sind die verschiedenen Ansichten gegenübergestellt (wiedergegeben bei Ritter, § 149 AktG 1937, Anm. 2). Jede Auffassung hat aus ihrer Sicht heraus Recht. Was den *Verband* betrifft, handelt es sich tatsächlich um die Neuaufnahme von Mitgliedern, wenn die Aktien nicht ausschließlich von Altaktionären gezeichnet werden, und selbst dann kann es zu einer Veränderung der Beteiligungsverhältnisse kommen. Über die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises befindet die Gesellschafterversammlung, und es ist daher gerechtfertigt, die Kapitalerhöhung der Zuständigkeit der Verwaltung grundsätzlich zu entziehen. Aus der Sicht des in der juristischen Person zusammengefaßten *Vermögens* liegt eine Neugründung von Mitgliedsstellen vor. Da die Satzung diese Mitgliedsstellen zugleich mit dem Grundkapital festlegt, ist die Kapital-

erhöhung, weil Änderung des Grundkapitals, stets auch Satzungsänderung. Für das Unternehmen schließlich handelt es sich vor allem darum, durch Verkauf von Anteilen Eigenkapital zu beschaffen; es liegt eine für die Kapitalgesellschaft typische Finanzierungsmaßnahme vor. Daß das unternehmerische Finanzierungsinteresse mit dem Interesse des Einzelaktionärs in Widerspruch treten kann, liegt zutage. Die verschiedenen Ansichten über das Wesen der Kapitalerhöhung tragen zur Analyse, aber nicht zur Lösung der Probleme bei.

Anm. 2

2. Die Ziele der Kapitalerhöhung

Mit der Kapitalerhöhung will die Aktiengesellschaft in erster Linie Eigenkapital erhalten; der Umfang der Kapitalerhöhung und die Höhe des Ausgabekurses sind daher unternehmenspolitische Entscheidungen ersten Ranges. Neben dem Ziel der Kapitalbeschaffung können gleichzeitig andere Motive zu einer Kapitalerhöhung führen, deren Ausgestaltung im einzelnen sich dann je nach den gesetzten Prioritäten richtet.

Mit einer Kapitalerhöhung können *frühere Gewinne* verteilt werden; dann wird der Ausgabekurs tief angesetzt. Sind die Ertragerwartungen des Unternehmens für die Zukunft günstig, kann die Kapitalerhöhung die Dividendenpolitik unterstützen. Aus Gründen der sozialpolitischen Optik und mit Rücksicht auf steigende Lohn- und Gehaltsforderungen kann es einem Unternehmen opportun erscheinen, den Dividendensatz in gleicher Höhe zu halten. Da sich nach einer Kapitalverwässerung der Dividendenbetrag auf ein größeres Nennkapital verteilt, kann mehr Gewinn ausgeschüttet werden, ohne daß der Dividendensatz erhöht werden muß. Es vollzieht sich also ein unsichtbare Steigerung der Dividende. Mit der Dividendenhöhe hängt in vielen Fällen die Höhe der Tantiemen zusammen. Neben dieser Erhöhung zur Ausschüttung bisheriger oder zukünftiger Gewinne ist ein anderes Ziel zu nennen: die *Verstärkung der Mobilität* der Aktien. Die Kapitalerhöhung kann auch dazu dienen, die umlaufenden Aktien weniger „schwer“ zu machen, damit ihre Umlauffähigkeit zu erhöhen und Kursausschläge zu mildern. Als Ziel der Kapitalerhöhung ist auch die Ausgabe von *Belegschaftsaktien* zu nennen. Sie sollen die Arbeitnehmer als Sparer ansprechen und damit neue Interessenten für diese Form der Kapitalanlage gewinnen. Hinzu treten allgemeine sozialpolitische Erwägungen sowie der Wunsch, das Betriebsklima zu verbessern und die Fluktuation einzuschränken. Sekundäre Ziele einer Kapitalerhöhung sind Imagepflege, Vorbereitung einer späteren Emission usw.

Die wirtschaftliche Zielsetzung der Kapitalerhöhung spielt eine wesentliche Rolle für ihre rechtliche Beurteilung und zwar sowohl hinsichtlich des Inhalts des Kapitalerhebungsbeschlusses wie hinsichtlich der Ausführungsmaßnahmen der Verwaltung, denn es gibt wenige Entscheidungen im Rahmen der Kapitalerhöhung, die — wie eine Ausgabe der jungen Aktien unter dem Nennwert, vgl. § 9 Abs. 1 — *per se* rechtswidrig sind.

Anm. 3

3. Das Verfahren der Kapitalerhöhung

a) Zuständigkeiten

Entsprechend der verschiedenen Bereichszugehörigkeit fällt die Kapitalerhöhung in die Zuständigkeit mehrerer Organe (zu eng wohl früher Netter, JW 1930, S. 3690, 3695). Die Verwaltung bereitet sie vor, die Hauptversammlung beschließt sie, der Vorstand führt sie aus. Das ist jedoch nicht in der Richtung zu verstehen, als ob es sich hier um verschiedene und getrennt zu bewertende Vorgänge handelt; Vorbereitung, Beschluß und Ausführung einer Kapitalerhöhung bilden *wirtschaftlich eine Einheit* und sind deshalb *rechtlich* auch einheitlich zu beurteilen. Die Hauptversammlung kann die Modalitäten der Kapitalerhöhung bis ins einzelne selbst festlegen, sie aber auch der Verwaltung weitgehend überlassen. Die rechtlichen Maßstäbe, denen die Entscheidungen gehorchen müssen, werden dadurch nicht geändert; sonst wäre es einfach, durch Ausnutzen der — für das Aktienrecht ungewöhnlichen — flexiblen Zuständigkeit eine Rechtswahl zu vorzunehmen.

b) Arten der Kapitalerhöhung

Neben der Kapitalbeschaffung durch Ausgabe neuer Aktien ist auch eine Kapitalbeschaffung durch Erhöhen des Nennwerts der Aktien denkbar. Beide unterscheiden sich nur in der technischen Durchführung. Der zahlende Aktionär erhält für seine Einlage entweder eine neue Aktie oder die Erhöhung des Nennwerts seiner bisherigen Aktie. Die Kapitalbeschaffung durch Erhöhen des Nennwerts der Aktien war bisher schon ungebrauchlich, das Verfahren wurde jedoch unter der Geltung des früheren Rechts für zulässig gehalten (vgl. Robert Fischer, 2. Auflage, Anm. 1). Das neue Gesetz verbietet in Abs. 1 Satz 4 ausdrücklich ein Erhöhen des Nennwerts und schreibt die Ausgabe neuer Aktien vor.

Nicht hierher gehört die Kapitalbeschaffung durch *freiwillige Zuzahlungen* der Aktionäre, weil hier das Grundkapital der Gesellschaft nicht erhöht wird. Vgl. zur Frage, wieweit derartige freiwillige Zuzahlungen durch einen gewissen Druck der Aktiengesellschaft aufgebracht werden können unten, § 182, Anhang. Nicht hierher gehört weiter die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, die jetzt in den §§ 207 ff. geregelt ist.

Anm. 4**4. Pflicht zur Kapitalerhöhung?**

Die Frage, ob die Kapitalgesellschafter verpflichtet sind, ein dem Unternehmensumfang entsprechendes, *angemessenes Eigenkapital* womöglich ständig aufzubringen, ist lebhaft bestritten. Selbstverständlich besteht ein Sinnzusammenhang zwischen dem Garantiekapital und der Haftungsbeschränkung (vgl. Wiedemann, Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH, in: Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH [1968], S. 6 ff., 154; ebenso jetzt Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft, S. 403 ff.). Damit ist aber noch nicht viel ausgesagt. Einerseits ist offen, ob die Gesellschafter das Privileg der Haftungsbeschränkung nur bei ungenügender Grundausstattung verlieren oder ob sie auch zu einer Haftung für gleitendes Garantiekapital herangezogen werden können. Weiter ist unentschieden, ob die Haftung an ein Organisationsverschulden anknüpfen soll oder an die Tatsache der Unterkapitalisierung, und ob und wie eine etwaige Gesellschafterhaftung gestaltet werden soll. Diese Fragen wurden bisher nur für die GmbH untersucht. Grundsätzlich gelten die gleichen Regeln auch für die Aktiengesellschaft, sie spielen hier aber eine geringere Rolle. Bei einer Übertragung der Problemstellung ins Aktienrecht ist zu betonen, daß der Anlagegesellschafter und erst recht der Kleinaktionär im Hinblick auf seine geringe Einflußmöglichkeit die Haftungsbefreiung jedenfalls bei einer *späteren* Unterkapitalisierung niemals verlieren darf.

II. Der Kapitalerhöhungsbeschluß**Anm. 5****1. Allgemeines**

Im Unterschied zum Recht der GmbH ist im Aktienrecht die Kapitalerhöhung gegen Einlagen etwas umständlich geregelt. Sie wird vom Gesetz in *zwei Abschnitte* zerlegt, und zwar in den Beschluß der Hauptversammlung, das Grundkapital durch Ausgabe neuer Aktien zu erhöhen, und sodann in die Durchführung dieser Erhöhung. Beide Vorgänge sind zum Handelsregister anzumelden. Wirksam wird die Erhöhung des Grundkapitals erst damit, daß die Durchführung der Erhöhung in das Handelsregister eingetragen wird. Die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses allein hat also insoweit noch keine rechtsbegründende Wirkung (vgl. auch § 184, Anm. 1). Diese etwas umständliche Regelung wird dadurch gemildert, daß beide Vorgänge, der Kapitalerhöhungsbeschluß und die Durchführung der Erhöhung, auch gleichzeitig zum Handelsregister angemeldet und gleichzeitig in das Handelsregister eingetragen werden können (§ 188 Abs. 5), eine Möglichkeit, von der heute in den weitaus meisten Fällen bei einer Kapitalerhöhung sinnvollerweise Gebrauch gemacht wird.

§ 182 befaßt sich lediglich mit dem Beschluß der Hauptversammlung, das Grundkapital durch die Ausgabe neuer Aktien zu erhöhen.

Zur Frage, welche Dividendengarantie den im Konzern außenstehenden Aktionären bei einer Kapitalerhöhung gewährt werden muß, vgl. Würdinger, AG 1967, S. 341.

Anm. 6

2. Formelle Erfordernisse für den Kapitalerhöhungsbeschluß

Die Erfordernisse für den satzungsändernden Beschluß, der eine Kapitalerhöhung zum Gegenstand hat, stimmen mit denen, welche für die Satzungsänderungen im allgemeinen nach § 179 Abs. 1, 2 gegeben sind, überein. Zu beachten ist allerdings, daß ebenso wie in § 179 Abs. 2 auch hier die Satzung die gesetzlich vorgeschriebene Mehrheit von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals nur durch eine andere Kapitalmehrheit ersetzen kann. Es ist also nicht mehr möglich, in der Satzung zu bestimmen, daß die einfache Stimmenmehrheit allein entscheidet. Diese muß stets vorhanden sein; als Mindestfordernis muß wenigstens die einfache Kapitalmehrheit hinzukommen; vgl. dazu oben § 179, Anm. 5, 6.

Eine Besonderheit gilt für die *Ausgabe von Vorzugsaktien ohne Stimmrecht*: hier kann sich die Satzung nicht mit einfacher Kapitalmehrheit begnügen; es muß vielmehr immer zur einfachen Stimmenmehrheit eine qualifizierte Kapitalmehrheit hinzukommen. Die Begründung für die Gesetzesänderung in Satz 2 leuchtet nicht ganz ein. Sowohl der Referentenentwurf wie der Regierungsentwurf (vgl. dazu Kropff, S. 292) meinen, die Ausgabe von Vorzugsaktien ohne Stimmrecht werde von den Aktionären in ähnlicher Weise nachteilig empfunden werden wie der Ausschluß des Bezugsrechts. Daher empfehle es sich, die Erfordernisse der Beschlußfassung für die Ausgabe von Vorzugsaktien ohne Stimmrecht den Erfordernissen für den Ausschluß des Bezugsrechts anzupassen. Eine Verlustgefahr kann für die Aktionäre aber nur beim Bezugsrechtsausschluß und bei einem nicht angemessenen Ausgabekurs eintreten. Können sie selbst die neuen Aktien beziehen, so tragen sie nur das allgemeine Kursrisiko, daß der Markt die jungen Aktien unterbewertet. Trotzdem ist die Gesetzesänderung zu begrüßen. Die Existenz von Vorzugsaktien ohne Stimmrecht führt zu einer grundsätzlichen Strukturänderung der Aktiengesellschaft, weil die Kongruenz zwischen Kapitalrisiko und Stimmrechtseinfluß aufgehoben wird. Vorzugsaktien ohne Stimmrecht bieten außerdem eine gewisse Umgehungsmöglichkeit für das Verbot vom Mehrstimmrechtsaktien, denn der Vorzug kann in einer prozentual sehr gering gehaltenen Vorzugsdividende liegen. Es ist daher gerechtfertigt, wenn die Umwandlung der Gesellschaft in einen Verband mit mehreren Aktionärsklassen stets von einer qualifizierten Kapitalmehrheit getragen werden muß.

Ein *Sonderrecht* eines einzelnen Aktionärs, daß das Grundkapital ohne seine Zustimmung nicht erhöht werden darf, kann nicht eingeführt werden. Die Satzung kann aber bestimmen, daß die Kapitalerhöhung nur mit Einstimmigkeit beschlossen werden kann und so ein verstärktes allgemeines Mitgliedschaftsrecht schaffen, wie dies für jede Satzungsänderung geschehen kann; vgl. dazu oben § 179, Anm. 6.

Wie bei jeder Satzungsänderung kann der Beschluß über die Kapitalerhöhung nur gefaßt werden, wenn die *Ankündigung* dieses Gegenstandes gem. § 124 erfolgt ist. Der Ausschluß des Bezugsrechts muß in der Ankündigung besonders erwähnt werden (§ 186); ebenso die Einbringung von Sacheinlagen, und zwar mit den Festsetzungen nach § 183 Abs. 1 Satz 1. Im übrigen ist aber bei der Ankündigung die Angabe aller Einzelheiten der Kapitalerhöhung nicht erforderlich (RGZ 68, S. 232, 234; Schlegelberger-Quasowski, § 149 AktG 1937, Rdn. 7).

Anm. 7

3. Notwendige Bestandteile des Kapitalerhöhungsbeschlusses

Der Kapitalerhöhungsbeschluß muß gewisse Daten der Kapitalerhöhung *selbst setzen*; teilweise kann er sich mit *festen Anweisungen* an die Verwaltung begnügen; teilweise darf die Hauptversammlung sogar ihre *vorrangige Zuständigkeit abgeben* und die Entscheidung dem Ermessen der Verwaltung überlassen (abweichend Teichmann-Koehler, § 149 AktG 1937, Anm. 2). Das hängt damit zusammen, daß hier verbandsrechtliche

und unternehmenspolitische Überlegungen zusammentreffen. Unrichtig erscheint die Auffassung von Schlegelberger-Quassowski (§ 149 AktG 1937, Rdn. 11), der Beschluß über die Kapitalerhöhung sei seiner Natur nach bedingt, weil die Durchführung von Tatsachen abhängt, die außerhalb der Beschlußfassung der Hauptversammlung liegen. Hier werden der Kapitalerhöhungsbeschluß und die gesamte Kapitalerhöhung verwechselt.

a) Die Festsetzung des Betrages der Kapitalerhöhung

Der Beschluß der Hauptversammlung muß eine Angabe darüber enthalten, zu welchem Betrag die Kapitalerhöhung stattfinden soll. Beschränkt sich die Versammlung darauf, eine bestimmte Ziffer als Betrag der Kapitalvermehrung festzusetzen, so muß diese Ziffer bei der Übernahme der Aktien erreicht werden; sonst ist der Beschluß undurchführbar (RGZ 85, S. 205, 207). Bei der heutigen Übung ergeben sich dann keine Schwierigkeiten, wenn eine Kapitalerhöhung mit Hilfe einer Bank oder eines Bankenkonsortiums in der Weise vorgenommen wird, daß die Gesellschaft schon vor dem Kapitalerhöhungsbeschluß von einer Bank oder einem Bankenkonsortium die feste Zusage erhält, daß diese die neuen Aktien übernimmt und sie den Aktionären sodann zum Bezug anbietet (mittelbares Bezugsrecht der Aktionäre, vgl. dazu unten § 186, Anm. 15). Damit ist die Durchführung der Kapitalerhöhung im Umfang des vorgesehenen Betrages gesichert.

Liegt aber eine solche feste Zusage vor dem Kapitalerhöhungsbeschluß nicht vor, so kann die Festsetzung einer bestimmten Ziffer als Betrag der Kapitalvermehrung die Durchführung der Kapitalerhöhung vollständig in Frage stellen. Wird nämlich diese Ziffer bei der Übernahme der Aktien nicht erreicht, so werden auch die gezeichneten Zeichnungsscheine unwirksam, da ihre Wirksamkeit von vornherein davon abhängig ist, daß die Kapitalerhöhung so wie beschlossen in Kraft tritt (RGZ 55, S. 65, 67). Ohne einen neuen Beschluß der Hauptversammlung, daß die Kapitalvermehrung auf den tatsächlich erreichten Teilbetrag der Zeichnung beschränkt werde, kann daher die Durchführung der Kapitalerhöhung auf den Teilbetrag auch nicht eingetragen werden (RGZ 85, S. 205, 207). Es bleibt dann nichts anderes übrig, als einen neuen Beschluß der Hauptversammlung auf Erhöhung des Kapitals um die durch die Übernahme tatsächlich gedeckte Summe herbeizuführen. Zu empfehlen ist es deshalb, daß die Hauptversammlung in ihrem Beschluß die *Erhöhung innerhalb einer Mindest- und einer Höchstgrenze* bestimmt und dadurch sicherstellt, daß die Durchführung der Erhöhung und deren Eintragung dem Beschluß entsprechen, auch wenn die Zeichnungen nur die Mindestgrenze erreicht haben. Es genügt auch, wenn in dem Beschluß lediglich eine Höchstgrenze festgelegt wird und die Kapitalerhöhung im übrigen auf den (geringeren) Betrag gerichtet wird, für welchen sich Übernehmer von Aktien finden. Lautet der Beschluß auf eine bestimmte Summe, so ist darin im Zweifel keine Höchstgrenze, sondern eine festbestimmte Kapitalerhöhung zu sehen (KG, KGJ 14 [1894], S. 24, 26; KGJ 29 [1905], S. A 102 = RJA 5, S. 168 = OLGE 10, S. 243; Brodmann, § 278 HGB, Anm. 2f.). Lautet der Beschluß der Hauptversammlung auf einen Betrag, bis zu dem die Kapitalerhöhung erfolgen soll, so ist es geraten, zugleich von der Befugnis des § 179 Abs. 1 Satz 2 Gebrauch zu machen und dem Aufsichtsrat die Fassung der Satzungsänderung hinsichtlich der für die Durchführung des Beschlusses erreichten Grundkapitalziffer zu übertragen. Dieser Beschluß des Aufsichtsrats ist dann bei der Anmeldung der Durchführung nach § 188 mit einzureichen. Unzulässig ist es dagegen, daß die Hauptversammlung nur beschließt, das Grundkapital bis zu einem bestimmten Höchstbetrag zu erhöhen, im übrigen aber die Festsetzung der Höhe der Emission dem Vorstand und dem Aufsichtsrat überläßt. Denn dann hängt der Umfang der Kapitalerhöhung nicht nur von der Kapitalanlagebereitschaft, sondern auch vom Ermessen der Verwaltung ab. Insoweit darf die Hauptversammlung ihre Zuständigkeit nicht abgeben.

b) Die Festsetzung des Nennbetrages und des Ausgabezeitpunktes

Der Beschluß der Hauptversammlung muß Nennbetrag und Ausgabezeitpunkt festlegen. Das braucht aber nicht ausdrücklich zu geschehen. Wenn nichts beschlossen wird, gilt für den Nennbetrag im Zweifel die Satzungsbestimmung über die Höhe der ursprünglichen Aktien.

Hinsichtlich des Ausgabezeitpunktes muß der Hauptversammlungsbeschluß die Verwaltung anweisen, wann sie beginnen soll, die Kapitalerhöhung durchzuführen; schweigt er, so muß die Verwaltung binnen angemessener Frist tätig werden. Dafür gibt es die Sonderform des genehmigten Kapitals, vgl. dazu die Anmerkungen zu den §§ 202 ff.

Die früher bestrittene Frage, ob eine Kapitalerhöhung durch Erhöhung des Nennbetrages der Aktien erfolgen kann (vgl. dazu W. Heymann, JW 1925, S. 1984) ist vom Gesetz in Abs. 1 Satz 4 jetzt negativ entschieden; es müssen neue Aktien ausgegeben werden.

Ann. 8

4. Die Festsetzung des Ausgabekurses

a) Die Zuständigkeitsverteilung

Die Ausgabe für einen geringeren Betrag als den Nennwert ist unzulässig; daran können weder die Hauptversammlung noch die Verwaltung etwas ändern.

Im übrigen ist auch hier von einer *primären Zuständigkeit* der Hauptversammlung zur Festsetzung eines Aufgeldes auszugehen; die Verwaltung kann nur in dem Rahmen tätig werden, den ihr die Hauptversammlung einräumt (vgl. die klare Beschreibung der Zuständigkeitsverteilung in Art. 180 der loi Nr. 66—537 vom 24. Juli 1966 über die französischen Handelsgesellschaften).

Die Hauptversammlung kann festlegen, daß die Aktien zum *Nennwert*, also ohne ein Aufgeld ausgegeben werden oder daß sie zu einem höheren Preis zu verkaufen sind. Zu der Ausgabe für einen höheren Betrag bedarf es nicht mehr — wie nach § 184 Abs. 2 HGB — einer Satzungsbestimmung, welche die Zulässigkeit ausspricht. Die Ausgabe für einen höheren Betrag ist ohne weiteres zulässig.

Die Hauptversammlung kann einen *Mindest-* oder (auch) *Höchstbetrag* angeben und die nähere Bestimmung über die Höhe des Ausgabebetrages dem Vorstand und dem Aufsichtsrat überlassen (RGZ 144, S. 138, 143; RG, JW 1929, S. 1745). Dagegen darf sie nach Abs. 3 nicht lediglich einen Höchstbetrag nennen; es muß vielmehr gleichzeitig ein Mindestbetrag festgelegt werden, unter dem die neuen Aktien nicht begeben werden dürfen.

All dies ist unbestritten. Fraglich ist, ob die Verwaltung einen eigenen Kurs steuern darf und muß, wenn der Hauptversammlungsbeschluß schweigt. Nach bisher überwiegender Meinung und nach der Rechtsprechung ist eine Über-pari-Emission nicht erlaubt, wenn der Kapitalerhöhungsbeschluß nichts über den Ausgabebetrag bestimmt. Dann sollen die neuen Aktien zum Nennbetrag ausgegeben werden, ohne daß Vorstand und Aufsichtsrat hieran etwas ändern können (so RGZ 143, S. 20, 23; BGHZ 33, S. 175, 178; KG, OLGE 43 [1924], S. 316; Schlegelberger-Quassowski, § 149 AktG 1937, Rdn. 13; a. A. Klette, Betrieb 1968, S. 2203, 2261; vgl. dort auch die Zusammenstellung des Schrifttums). Richtig erscheint folgende Auffassung: Bleibt es beim gesetzlichen (wenn auch nur mittelbaren) Bezugsrecht der Aktionäre, so darf die Verwaltung ihrerseits kein Aufgeld einführen. Die Ausgabe zum Nennbetrag begünstigt die Aktionäre, und man kann in der Regel nicht annehmen, daß die Hauptversammlung den Aufsichtsrat und den Vorstand ermächtigen will, einen Beschluß der Aktionäre zu ihren Ungunsten zu korrigieren. Anderes gilt, wenn das Bezugsrecht der Aktionäre ausgeschlossen ist. Dann muß die Verwaltung die Aktien *angemessen* unterbringen, das bedeutet aber je nach den Umständen gegen ein entsprechendes Aufgeld. Abs. 3 kann nicht entgegenstehen. Da der Nennbetrag der neuen Aktien stets ihren Mindestbetrag bildet, wäre die Vorschrift formell mit der Nennung einer zusätzlichen Rechnungseinheit erfüllt. Dazu daß Abs. 3 seinen ursprünglichen Sinn verloren hat, vgl. Klette, Betrieb 1968, S. 2203, 2204 ff. Bedenklich wäre die Ansicht, daß die Verwaltung zur Änderung der Höhe des Aufgeldes berechtigt sein soll, wenn die Hauptversammlung den endgültigen Ausgabebetrag selbst bestimmt; darin läge eine Durchbrechung der funktionellen Zuständigkeit in der Aktiengesellschaft (vgl. BGHZ 33, S. 175, 179). Hält die Verwaltung die Emission unter den beschlossenen Bedingungen für unzumutbar, so hat sie eine erneute Entscheidung der Hauptversammlung einzuholen. Die weitere *Durchführung* kann die

Hauptversammlung entweder selbst anordnen oder dem Vorstand und dem Aufsichtsrat überlassen. So kann sie — abgesehen von der durch § 188 Abs. 2, § 36 Abs. 2 vor Anmeldung der Durchführung gesetzlich vorgeschriebenen Einforderung von einem Viertel des Nennbetrages der Aktien und dem vollen Aufgeld — bestimmen, wann und in welchen Raten die weiteren Einzahlungen auf die neuen Aktien zu leisten sind. Wird bei der Kapitalerhöhung eine Bank als Zeichnerin der Aktien eingeschaltet, die ihrerseits die jungen Aktien den Aktionären zu einem bestimmten Betrag anzubieten hat, so kommt als maßgebendes Aufgeld nur das von der Bank als Zeichnerin der Aktien gezahlte in Betracht (KG, OLG 43, [1924], S. 316).

Der Ausgabebetrag der Aktien muß im Zeichnungsschein angegeben werden; vgl. § 185 Abs. 1 Ziff. 2. Auch bei der Anmeldung der Durchführung ist der Ausgabebetrag anzugeben; vgl. § 188 Abs. 2 Satz 1, § 37 Abs. 1 Satz 1.

b) Die Höhe des Ausgabekurses

Der Bezugskurs entscheidet sich nach dem Kapitalbedürfnis, der Dividendenpolitik und den Ertrags Erwartungen der Gesellschaft unter Berücksichtigung der Bilanzoptik und dem Bezugsrecht der Aktionäre einerseits und der Anlagebereitschaft des Kapitalmarktes und der bisherigen Gesellschafter andererseits (vgl. dazu Rittershausen, Industrielle Finanzierungen, S. 86 ff.; Sommerschuh, AG 1966, S. 354). Der Bezugskurs als solcher sagt über die Lage des Unternehmens nicht viel aus; ein niedriger Bezugskurs kann angesetzt werden, um den Gesellschaftern auf diese Weise Gewinne zukommen zu lassen oder um eine Sanierung durchzuführen. Soweit die Hauptversammlungsmehrheit oder die Verwaltung einen Entscheidungsspielraum haben, muß der Ausgabekurs mit Rücksicht auf das Interesse aller Gesellschafter gewählt werden, wofür der Maßstab ordnungsmäßiger kaufmännischer Geschäftsführung gilt. Das wird jetzt in § 255 Abs. 2 für die Hauptversammlung eigens erwähnt, gilt aber *ebenso* für jedes Verwaltungshandeln. Diese Sorgfaltspflicht gewinnt vor allem beim Ausschluß des Bezugsrechts Bedeutung, denn dann schützt die Altaktionäre nur noch ein angemessener Ausgabekurs vor Kapitalverwässerung und damit vor Kapitalverlust. Welcher Ausgabekurs angemessen ist, bestimmt sich nach den Umständen. Eine Formel, daß die jungen Aktien notwendig mit einem höchst möglichen Kurs abzugeben sind bzw. demjenigen zu überlassen sind, der die höchsten Einlagen zu erbringen verspricht (vgl. Klette, BB 1968, S. 977, 980), trifft nicht das Richtige. Der für die Gesellschaft und das Unternehmen geeignetste Kapitalgeber braucht nicht derjenige zu sein, der am meisten Geld bietet (vgl. zur gleichen Frage unten § 186, Anm. 2).

Anm. 9

5. Nicht notwendige Bestandteile des Kapitalerhöhungsbeschlusses

Angaben über die Art der Aktien sind im allgemeinen im Kapitalerhöhungsbeschluß nicht erforderlich. Wird nicht gesagt, ob die jungen Aktien *Inhaber- oder Namensaktien* sein sollen, so sind insoweit die entsprechenden Bestimmungen der Satzung auch für die jungen Aktien maßgeblich. In dieser Hinsicht sind im Kapitalerhöhungsbeschluß Angaben nur erforderlich, wenn von den bisherigen Bestimmungen der Satzung abgewichen werden soll. Es kann also z. B. nicht davon gesprochen werden, daß bei einer fehlenden Angabe über die Art der Aktien die jungen Aktien gem. § 24 stets Inhaberaktien seien. Werden mehrere Gattungen von Aktien ausgegeben, so ist das allerdings im Kapitalerhöhungsbeschluß anzugeben.

Zu den freigestellten Bestandteilen gehört eine Bestimmung darüber, ab wann die jungen Aktien *am Jahresgewinn teilnehmen*. Wird nichts beschlossen, so sind die jungen Aktien zur Teilnahme am Gewinn berechtigt von dem Moment an, in dem die erfolgte Kapitalerhöhung eingetragen wurde, und zwar nach Maßgabe der in diesem Zeitpunkt eingezahlten Quote. Die Verwaltung kann den Anfangstermin hinausschieben, aber nicht zurückverlegen (Brodmann, § 278 HGB, Anm. 5a; anders v. Godin-Wilhelmi, Anm. 6, die im Zweifel die jungen Aktien für das ganze Geschäftsjahr für dividendenberechtigt halten).

Über den Ausschluß des Bezugsrechts und die Vornahme von Sacheinlagen enthalten die §§ 186 Abs. 3 und 183 besondere Vorschriften. Der Ausschluß des Bezugsrechts und die Vornahme von Sacheinlagen sind nur zulässig, wenn sie in dem Kapitalerhöhungsbeschluß Aufnahme gefunden haben.

III. Der Sonderbeschluß bei mehreren Aktiengattungen

Anm. 10

1. Die Notwendigkeit eines Sonderbeschlusses

Sind mehrere Gattungen von Aktien vorhanden, so müssen neben dem Kapitalerhöhungsbeschluß der Hauptversammlung stets auch zusätzlich entsprechende Sonderbeschlüsse der Aktionäre jeder Aktiengattung gefaßt werden; Abs. 2. Im Unterschied zu § 179 Abs. 3 ist dabei nicht vorausgesetzt, daß die Aktionäre der einen oder der anderen Gattung durch den Kapitalerhöhungsbeschluß *benachteiligt* werden. Vielmehr ist unterschiedslos *innerhalb sämtlicher Gattungen*, seien sie Stamm- oder Vorzugsaktien, ein Sonderbeschluß über die beabsichtigte Kapitalerhöhung herbeizuführen. Die Stellung der einzelnen Aktionärsklassen wird dadurch wesentlich verstärkt (vgl. Flechthelm, BankA 26 [1926/27], S. 366, 368). Wie bei § 179 Abs. 3 müssen diese Sonderbeschlüsse mit der gleichen Mehrheit gefaßt werden, wie sie gesetz- oder satzungsmäßig für die Mitglieder der Gesellschaft bei einem entsprechenden Beschluß der Hauptversammlung vorgeschrieben ist. Enthält die Satzung für die Mehrheit, mit der Kapitalerhöhungsbeschlüsse zu fassen sind, besondere Bestimmungen, so ist diese Mehrheit auch für die zu fassenden Sonderbeschlüsse maßgebend (vgl. 179, Anm. 13). Voraussetzung für die Gültigkeit der Sonderbeschlüsse ist auch hier, daß die gesonderte Abstimmung ausdrücklich und fristgemäß nach §§ 123, 124 angekündigt war; sonst sind die Sonderbeschlüsse anfechtbar.

Anm. 11

2. Der fehlende oder unwirksame Sonderbeschluß

Wie bei dem Beschluß nach § 179 Abs. 3 führt auch hier das Fehlen wirksamer Sonderbeschlüsse dazu, daß der Kapitalerhöhungsbeschluß der Hauptversammlung *schwebend unwirksam* bleibt; vgl. dazu oben § 179, Anm. 14. Die früher vom Reichsgericht (RGZ 79, S. 112, 115) vertretene Auffassung, es müßten die betroffenen Aktionäre in diesem Fall ihr verletztes Sonderrecht durch Klage besonders geltend machen, ist überholt. Diese Auffassung führt letzten Endes zu der Annahme, daß in einem solchen Fall der Kapitalerhöhungsbeschluß der Hauptversammlung lediglich anfechtbar sei, wobei allerdings das Reichsgericht die Einhaltung der Anfechtungsfrist nicht für erforderlich hielt. Damit setzte sich das Reichsgericht in Widerspruch mit der heute allgemein anerkannten Bedeutung der Sonderbeschlüsse oder einer Zustimmung bei Eingriffen in Sonderrechte (wie hier Baumbach-Hueck, Rdn. 5).

Über die Tragweite dieser Unwirksamkeit, wenn die Durchführung der Kapitalerhöhung gleichwohl eingetragen ist und junge Aktien ausgegeben worden sind, vgl. unten § 191, Anm. 5.

IV. Die volle Leistung der bisherigen Einlagen

Anm. 12

1. Der Tatbestand der Verbotsvorschrift

Solange noch ausstehende Einlagen — also Bareinlagen und Sacheinlagen — auf das bisherige Grundkapital erlangt werden können, soll das Grundkapital nicht erhöht werden. Das bedeutet, daß die Verbotsvorschrift nicht eingreift, wenn die Einlagen weder von dem betreffenden Aktionär noch von seinen Vormännern zu erhalten oder einzubringende Sacheinlagen untergegangen sind. Wie hoch der Rückstand ist, bleibt gleichgültig. Der Tatbestand der Verbotsvorschrift kann nicht auf den Fall ausgedehnt

Anm. 13, 14

werden, daß die Gesellschaft selbst eigene, nicht voll bezahlte Aktien zur Abwendung eines schweren Schadens gem. § 71 Abs. 1 erworben hat; denn die Gesellschaft kann nicht selbst Schuldner der rückständigen Einlagen sein. Die Verbotsvorschrift hat keine große Bedeutung; ihr Sinn ist namentlich bei Sacheinlagen schwer zu verstehen (vgl. dazu Brodmann, § 278, Anm. 2 a, b).

Anm. 13**2. Die Rechtsfolgen bei verbotswidriger Kapitalerhöhung**

Wird eine Kapitalerhöhung beschlossen, obwohl noch ausstehende Einlagen auf das bisherige Grundkapital erlangt werden könnten, so ist der Beschluß weder nichtig (allgemeine Ansicht) noch anfechtbar (Alfred Hueck, Anfechtbarkeit, S. 17 ff.; Brodmann, § 278 HGB, Anm. 2 c; Ritter, § 149 AktG 1937, Anm. 5 a; Baumbach-Hueck, Rdn. 7; anderer Ansicht Schlegelberger-Quassowski, § 149 AktG 1937, Anm. 19; Teichmann-Koehler, § 149 AktG 1937, Anm. 3). Der Beschluß *wird voll wirksam*, wenn die noch ausstehenden Einlagen bis zur Durchführung der Kapitalerhöhung auf das bisherige Grundkapital geleistet werden; für eine Anfechtung kann also in diesem Fall kein Raum sein. Werden die noch ausstehenden Einlagen allerdings nicht geleistet und ist das auch nicht einmal beabsichtigt, so kann der Beschluß den Vorstand nicht wie sonst (vgl. § 181, Anm. 3) verpflichten, die Anmeldung des Beschlusses vorzunehmen. Denn der Vorstand müßte sodann die ihm nach § 184 Abs. 2 obliegenden Angaben unrichtig machen und damit eine strafbare Handlung nach § 399 Abs. 1 Ziff. 4 begehen. Eine solche Verpflichtung des Vorstands kann nicht bestehen.

Der Registerrichter ist verpflichtet, die Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses und namentlich die Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung *abzulehnen*, wenn die Einlagen entgegen Abs. 4 noch nicht voll geleistet sind (abweichend hinsichtlich der Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses Ritter, § 149 AktG 1937, Anm. 5 a). Da es sich jedoch bei der Verbotsvorschrift des Abs. 4 nur um eine Sollvorschrift handelt, wird eine gleichwohl vorgenommene Eintragung in ihrer Wirksamkeit von einer Verletzung des Abs. 4 nicht berührt. Wird auch die Durchführung der Kapitalerhöhung eingetragen, so wird der Mangel durch diese Eintragung völlig geheilt; die ausgegebenen jungen Aktien sind wirksam. Für eine Anfechtung des Kapitalerhöhungsbeschlusses ist auch in diesem Fall kein Raum.

Anm. 14**3. Ausnahmen**

Verhältnismäßig unerhebliche Ausstände auf die Leistungen zum bisherigen Grundkapital stehen der Erhöhung des Grundkapitals nicht entgegen. Die Frage, was im Einzelfall als verhältnismäßig unerheblich anzusehen ist, wird vom Registerrichter entschieden, der die Eintragung abzulehnen hat, wenn er die Rückstände den Umständen nach als zu hoch erachtet. (Art. 21 Ziff. 2 des Vorschlags zu einer 2. EWG-Richtlinie zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts sieht eine präzise Höchstgrenze vor; vgl. dazu oben Vorbemerkung II, Rechtsangleichung). Gegen seine Verfügung ist die Beschwerde nach § 20 FGG zulässig. Eine Anfechtung des Beschlusses der Hauptversammlung erscheint in diesem Fall nicht als begründet, da es sich nur um eine Soll-Vorschrift handelt.

Versicherungsaktiengesellschaften können in ihrer Satzung bestimmen, daß das Grundkapital trotz noch ausstehender Einlagen erhöht werden dürfe. Enthält die Satzung diese Befreiungsmöglichkeit, so kann auch bei erheblichen Rückständen auf die Einlagen zum bisherigen Grundkapital eine Kapitalerhöhung von der Hauptversammlung beschlossen werden. Enthält die Satzung eine derartige Bestimmung noch nicht, so kann ein satzungändernder Beschluß dieses Inhalts in Verbindung mit dem Kapitalerhöhungsbeschluß gefaßt werden. Die Ausnahme für die Versicherungsaktiengesellschaften wird damit begründet, daß das Grundkapital für sie in erster Linie nicht Betriebs-, sondern Haftungskapital bildet.

Die Vorschrift des Abs. 4 ist schließlich nicht anwendbar für die bedingte Kapitalerhöhung (vgl. § 193 Abs. 1 Satz 3) und das genehmigte Kapital, wenn die Aktien an Arbeitnehmer der Gesellschaft ausgegeben werden (vgl. § 203 Abs. 4).

V. Der Ausschluß der Kapitalerhöhung aus anderen Gründen

Anm. 15

Ist die Gesellschaft *aufgelöst* und befindet sie sich im Zustand der *Abwicklung*, so wird dadurch eine Kapitalerhöhung grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Sie ist nur dann unzulässig, wenn sie in dem jeweiligen Einzelfall mit Zweck und Wesen der Abwicklung in Widerspruch gerät (BGHZ 24, S. 279, 286; vgl. dazu oben § 179, Anm. 1). Dagegen ist eine Kapitalerhöhung nach Konkurseröffnung stets ausgeschlossen, weil sie mit dem Zweck des Konkursverfahrens nicht zu vereinbaren ist. Ist der Konkurs nach dem Erhöhungsbeschluß, aber vor Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung eröffnet worden, so ist die Durchführung der Kapitalerhöhung ebenfalls nicht mehr möglich und eine dahingehende Eintragung unzulässig; der Kapitalerhöhungsbeschluß verliert mit der Konkurseröffnung seine Wirkung (RGZ 77, S. 152, 154; OLG Bremen, NJW 1957, S. 1560).

VI. Steuerrechtliche Fragen der Kapitalerhöhung

Anm. 16

1. Kapitalverkehrsteuer

a) Der Erwerb neuer Gesellschaftsrechte anlässlich einer Kapitalerhöhung unterliegt nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 Kapitalverkehrsteuergesetz (KVStG) der Gesellschaftsteuer. Nach § 2 des Gesetzes über steuerrechtliche Maßnahmen bei Erhöhung des Nennkapitals aus Gesellschaftsmitteln und bei Überlassung eigener Aktien an Arbeitnehmer vom 30. 12. 1959 (BGBl. I S. 837) in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. 10. 1967 (BGBl. I S. 977) gilt dies nicht für Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln nach den §§ 207—220 AktG. Die Steuerschuld der Gesellschaft entsteht bei der Kapitalerhöhung der AG erst mit der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung im Handelsregister.

b) Nach § 17 Abs. 1 KVStG ist der Abschluß von Anschaffungsgeschäften über Wertpapiere der Börsenumsatzsteuer unterworfen. § 22 Nr. 2 KVStG nimmt jedoch die Zuteilung von Wertpapieren an den *ersten Erwerber* von der Börsenumsatzsteuer aus, so daß der unmittelbare Erwerb junger Aktien durch das Aktionärspublikum börsenumsatzsteuerfrei bleibt. Nicht so eindeutig ist jedoch die Rechtslage, wenn die Aktien zunächst von einer Bank oder einem Bankenkonsortium übernommen und daraufhin dem Publikum zum Bezug angeboten werden. Es stellt sich dann die Frage, ob in der Weiterveräußerung durch das Konsortium ein börsenumsatzsteuerpflichtiges Anschaffungsgeschäft im Sinne des § 17 Abs. 1 KVStG zu sehen ist, weil bereits das Konsortium als erster Erwerber im Sinne des § 22 Nr. 2 KVStG in Frage kommt.

Bürgerlich-rechtlich werden die Konsortien wie jeder Aktionär Eigentümer der Aktien, unabhängig davon ob die Aktien kommissionsweise oder kaufweise übernommen worden sind, da das Aktienrecht auf jeden Fall mit der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung in der Person der Zeichner entsteht (Thiel, AG 1966, S. 391). Die Übernahme der jungen Aktien durch das Konsortium weist jedoch gegenüber dem Ersterwerb eines gewöhnlichen Aktionärs die Besonderheit auf, daß zwischen der Gesellschaft und dem Konsortium als „Vermittlungsstelle“ konkrete Vereinbarungen hinsichtlich der weiteren Verwertung der Aktien getroffen werden. Nach Auffassung des Bundesfinanzhofs (Urt. v. 10. 7. 1963, II 109/60, BStBl. III 1963, S. 422 = AG 1963, S. 344 = BB 1963, S. 1127) soll deshalb das Konsortium nur dann Ersterwerber im Sinne des Kapitalverkehrsteuerrechts sein, wenn es die Aktien für eigene Rechnung als Bestandteile seines Vermögens fest übernommen hat und rechtlich, nicht nur tatsächlich das *Absatzrisiko* tragen muß. In dem zu entscheidenden Fall lag nach Ansicht des BFH das Absatzrisiko deshalb bei dem Konsortium, weil die Aktiengesellschaft nach dem Übernahmevertrag nur berechtigt, jedoch nicht verpflichtet war, über die nichtbezogenen Aktien zu verfügen. Die Entscheidung bestätigte die Praxis der Finanzverwaltung, die bei Kapitalerhöhungen den ersten Kundenerwerb nur dann börsenumsatzsteuerfrei

Anm. 17

ließ, wenn sich die AG in dem Übernahmevertrag mit dem Konsortium ausdrücklich verpflichtet hatte, Weisungen hinsichtlich der nicht bezogenen Aktien zu erteilen (sog. RWE-Modell, vgl. Alsen, BB 1965, S. 115).

Sieht man jedoch mit dem BFH in der Überbürdung des Absatzrisikos auf das Konsortium das entscheidende Kriterium für die Annahme eines Ersterwerbes, so muß man konsequenterweise im Hinblick auf § 56 AktG in allen Fällen zur Annahme eines Ersterwerbes des Konsortiums und damit zur Börsenumsatzsteuerpflicht der Weiterveräußerung kommen (so z. B. die Ausführungen in Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen [ZfK] 1963, S. 1124). Zwar verbietet § 56 AktG nicht eine Übernahme von Aktien „für Rechnung der Gesellschaft“ in der Weise, daß die übernehmende Bank im Rahmen eines entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages (§ 675 BGB) die Veräußerung der Aktien nach Weisung der Gesellschaft und die Abführung des Erlöses verspricht, während die Gesellschaft das wirtschaftliche Risiko der Verwertung übernimmt (vgl. § 670 BGB), er bestimmt aber, daß der Übernehmer sich auf dieses der Zeichnung (Außenverhältnis) zugrunde liegende Rechtsverhältnis (Innenverhältnis) nicht berufen kann und ohne Rücksicht auf die Vereinbarungen mit der Gesellschaft auf die volle Einlage haftet. Rechtlich trägt also immer das Konsortium das — allerdings in der Praxis geringe — Risiko, daß die übernommenen Aktien nur unter dem Ausgabekurs weiterveräußert werden können. Ein Verlustausgleich in derartigen Fällen verstieße gegen das Verbot der Rückgewähr von Einlagen (§ 57 AktG) und würde zur Haftung der Bank bzw. des Konsortiums nach § 62 AktG führen (Thiel, a. a. O., S. 391; Lutter, AG 1970, S. 188, 189; Barz, § 56, Anm. 3 und 4; Baumbach-Hueck, § 56, Rdn. 7). Hinsichtlich des Verwertungsrisikos lassen demnach die aktienrechtlichen Bestimmungen gar keine Sonderstellung des Übernahmekonsortiums zu, aus der Folgerungen für das steuerrechtliche Problem des Ersterwerbes gezogen werden können.

Das Steuerrecht kann aber der Tatsache Rechnung tragen, daß das in die Kapitalerhöhung eingeschaltete Konsortium zwar nach außen unbeschränkter Eigentümer der Aktien wird, bei der Verwertung der Aktien jedoch intern an die Vereinbarungen mit der Gesellschaft gebunden ist, die ja durch § 56 AktG nur insoweit für unbeachtlich erklärt werden, als sie zu Lasten der Gesellschaft gehen, d. h. mit den Grundsätzen über die reale Kapitalaufbringung und dem Verbot der Rückgewähr von Einlagen nicht vereinbar sind (Lutter, a. a. O., S. 188; Barz, § 56, Anm. 4). Diese treuhänderische Stellung des Konsortiums ist besonders ausgeprägt bei Verwirklichung eines mittelbaren Bezugsrechts, wo die Einschaltung des Konsortiums vom Gesetz mehr als „Akt rechtstechnischer Zweckmäßigkeit“ (Thiel, a. a. O., S. 293) behandelt wird (vgl. § 186 Abs. 5 AktG), sie ist aber auch dann gegeben, wenn das Bezugsrecht ausgeschlossen ist und die jungen Aktien vom Konsortium zu einem festen Ausgabekurs mit der Abrede übernommen werden, sie zu Tageskursen in den Markt einzuschleusen und einen etwa erzielten Veräußerungsgewinn an die ausgebende Gesellschaft auszukehren („Verwertungsaktien“, vgl. Lutter, a. a. O., S. 185). Der quasi-dinglichen Zuordnung des Treuhänderigentums zum Treugeber im Zivilrecht (vgl. § 771 ZPO, § 43 KO) entspricht im Kapitalverkehrsteuerrecht die Betrachtungsweise, daß das Konsortium so lange nicht als Ersterwerber angesehen werden kann, als es noch nicht aus der Treubindung entlassen ist. Die Weiterveräußerung an das Aktionärspublikum bleibt also so lange börsenumsatzsteuerfrei, als die Bank die Aktien nicht endgültig in das eigene Portefeuille übernommen und zu Tageskursen mit der AG abgerechnet hat.

Anm. 17

2. Körperschaftsteuer

a) Die von den Zeichnern der jungen Aktien erbrachten Einlagen einschließlich des Aufgabegeldes stellen nach den Grundsätzen der steuerlichen Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich (§ 4 Abs. 1 EStG i. V. m. § 6 KStG) *keinen Gewinn* im Sinn des Einkommen- und Körperschaftsteuerrechts dar, da sie auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage geleistet werden und die Vermögensvermehrung auf Seiten der Gesellschaft nicht auf der werbenden Tätigkeit der Körperschaft beruht.

b) Nach § 11 Nr. 2 StAnpG sind Wirtschaftsgüter, die zu treuen Händen (entgeltlich

oder unentgeltlich) übereignet worden sind, dem Veräußerer (Treugeber) zuzurechnen. Es ist deshalb die Auffassung vertreten worden (Ringling, Die steuerliche Betriebsprüfung 1966, S. 176 ff.), daß die jungen Aktien steuerlich als noch nicht in den Verkehr gelangte Vorratsaktien der emittierenden Gesellschaft zugerechnet werden müssen, wenn ein Konsortium sie „für Rechnung der Gesellschaft“ übernommen habe. Unter Berufung auf die oben zitierte Entscheidung des BFH, in der auf die Haftung nach § 56 AktG gar nicht eingegangen worden sei, wird dabei unterstellt, daß dem Konsortium durch den Übernahmevertrag das Absatzrisiko abgenommen und mithin eine lediglich formale Eigentümerstellung ohne wirtschaftlichen Kern eingeräumt werden könne. Die von dem Konsortium geleistete Einlage stelle in Wirklichkeit eine Darlehensgewährung an die Gesellschaft dar, so daß deren Eigenkapital (Nominalkapital und Rücklagen) in der Steuerbilanz um die Einlage des Konsortiums zu kürzen und dafür in gleicher Höhe Verbindlichkeiten gegenüber dem Konsortium auszuweisen seien. Die auf die jungen Aktien an das Konsortium gezahlten Dividenden sind aus dieser Sicht keine berücksichtigungsfähigen Ausschüttungen im Sinne des § 19 Abs. 3 KStG, für die der ermäßigte Steuersatz von 15% gilt, sondern steuerlich abzugsfähige Zinsen für das von dem Konsortium gewährte Darlehen. Da die aktienrechtlichen Bestimmungen eine Übernahme von Aktien für Rechnung der emittierenden Gesellschaft im strengen Sinne gar nicht zulassen (s. oben Anm. 16), kann dieser Auffassung nicht zugestimmt werden. Entscheidend ist, daß das Konsortium den gezeichneten und eingezahlten Betrag nicht von der AG erstattet bekommt, sondern ihn auf eigenes Risiko im Wege der Weiterveräußerung der Aktien an das Aktionärspublikum zu erlangen versucht (Thiel, a. a. O., S. 393). Die Finanzverwaltungen der Länder haben daher auch in einem abgestimmten Erlaß (vgl. Finanzministerium NRW, Erlaß vom 8. 7. 1966, AG 1966, S. 291) betont, daß die auf die Verwertungsaktien entfallenden Dividenden berücksichtigungsfähige Ausschüttungen im Sinne des § 19 Abs. 3 KStG sind.

c) Die *Kosten* der Ausgabe von Gesellschaftsanteilen — in Frage kommen hier vor allem Gerichts- und Notarkosten, Kosten für die Herstellung der Aktienurkunden, Gesellschaftsteuer und Provisionen an Banken — sind nach § 11 Nr. 1 b KStG bei der Ermittlung des von der AG zu versteuernden Gewinns abzuziehen, wenn die Gesellschaftsanteile unter bestimmten Voraussetzungen als Gegenleistung für die Einbringung eines Personenunternehmens gewährt werden (zu dem Umfang der diesbezüglichen Aufwendungen vgl. die Beispiele bei Peter, BB 1965, S. 1268 und Strickstock, AG 1969, S. 6).

Im übrigen erklärt § 11 Nr. 1 a KStG Gründungs- und Kapitalerhöhungskosten für abzugsfähig, „soweit die Kosten nicht aus dem Ausgabeaufgeld gedeckt werden können“. Die Bestimmung ist in der steuerrechtlichen Literatur umstritten.

Nach herrschender, auch von der Finanzverwaltung vertretener Interpretation der Vorschrift entfällt die Abzugsfähigkeit von Gründungs- und Kapitalerhöhungskosten, wenn und soweit diesen im Einzelfall ein entsprechendes Aufgeld gegenübersteht, die Kosten also rein rechnerisch aus dem Agio gedeckt werden können; ob die Kosten tatsächlich mit den Kapitalerhöhungskosten saldiert wurden, das Agio also bei der AG abzüglich der Kosten in die gesetzliche Rücklage eingestellt worden ist und ob eine solche Verrechnung überhaupt zulässig ist (vgl. § 150 Abs. 2 Nr. 2 AktG), soll dagegen für die Anwendung des § 11 Nr. 1 a KStG unerheblich sein (Woeste, AG 1959, S. 235; Weissenborn, BB 1967, S. 496; Thiel, DB 1960, S. 532; a. A. Strickstock, a. a. O., S. 6).

Die Differenzierung, wonach *nur bei Pari-Emissionen die Kapitalerhöhungskosten steuerlich voll abzugsfähig* sind, stößt jedoch in der Literatur als störende steuerliche Ungleichmäßigkeit (Thiel, a. a. O., S. 532) und Absonderlichkeit unseres Körperschaftsteuerrechts (Peter, a. a. O., S. 1268) auf Ablehnung. Gefordert wird eine Änderung des § 11 KStG mit dem Ziel, die Gründungs- und Kapitalerhöhungskosten entweder schlechthin für nicht abzugsfähig (so Thiel, a. a. O., S. 532) oder aber schlechthin für abzugsfähig zu erklären (so für die AG Weissenborn, a. a. O., S. 498).

Für die erste Ansicht wird im wesentlichen angeführt, daß die Kapitalerhöhungskosten in jedem Fall, also auch bei Pari-Emissionen, wirtschaftlich zu einer Minderung der körperschaftsteuerlich erfolgsneutralen Einlage führen (Vogel, BB 1965, S. 505; Thiel, a. a. O., S. 532), es handle sich bei Kapitalerhöhungen um Vorgänge in der

Vermögenssphäre, so daß die hiermit verbundenen Kosten sich ertragssteuerlich nicht auswirken dürften. Bei den durch § 11 Nr. 1 KStG geschaffenen Ausnahmen handele es sich um Durchbrechungen des dogmatischen Prinzips, d. h. um Steuervergünstigungen (so für die Regelung des § 11 Nr. 1 a KStG BFH, BStBl. 1960 III S. 10).

Die wohl zutreffende Gegenmeinung betrachtet dagegen die Gründungs- und Kapitalerhöhungskosten als abzugsfähige Betriebsausgaben, sofern sie tatsächlich die Gewinn- und Verlustrechnung der Kapitalgesellschaft belasten und nicht buchtechnisch mit dem Aufgeld verrechnet werden. Die Kosten wirken sich dann auf der betrieblichen Ebene aus, während bei einer Verrechnung die Ausgabekosten wirtschaftlich gesehen von den Gesellschaftern getragen werden, deren Anteilswerte sich durch die Kürzung des in die gesetzliche Rücklage einzustellenden Betrages verringern (Strickstock, a. a. O., S. 8; im Ergebnis ebenso Weissenborn, a. a. O., S. 494). Eine Saldierung des Agios mit den Kapitalerhöhungskosten ist jedoch seit dem Inkrafttreten des AktG 1965 nicht mehr zulässig: bei Pari-Emissionen scheidet eine Verrechnung der Kosten mit dem Nennkapital als verbotene Unterpari-Emission ohnehin aus, und bei der Überpari-Emission muß gemäß § 150 Abs. 2 Nr. 2 AktG das gesamte Aufgeld in die gesetzliche Rücklage eingestellt werden, während nach § 130 Abs. 2 Nr. 2 AktG 1937 der Gesellschaft insoweit ein Wahlrecht eingeräumt war (vgl. 2. Auflage, § 130 AktG 1937, Anm. 12). Da die Kosten der Kapitalerhöhung bei der AG nunmehr in jedem Fall als Aufwand in die Gewinn- und Verlustrechnung eingehen, müssen sie auch steuerlich einheitlich als abzugsfähige Betriebsausgaben behandelt werden. Fraglich ist nur, ob dieses Ergebnis nur *de lege ferenda* über eine Anpassung des § 11 Nr. 1 a KStG an die veränderte Lage im Aktienrecht erreicht werden kann (so Weissenborn, a. a. O., S. 497, 498) oder bereits im Wege einer an dem Zweck und der systematischen Stellung des § 11 Nr. 1 a KStG orientierten Auslegung (so Strickstock, a. a. O., S. 7 ff.).

Anhang

Finanzierung durch freiwillige Zuzahlungen der Aktionäre

1. Es ist heute unbestritten, daß die Gesellschaft einen Anreiz zur Zuzahlung bieten kann, indem sie die Aktien der zuzahlenden Gesellschafter von einer die übrigen Aktien treffenden Zusammenlegung oder Nennwertherabsetzung ausnimmt (vgl. Barz, § 54, Anm. 9; RGZ 80, S. 86), also eine *bedingte Kapitalherabsetzung* beschließt, deren Umfang von der Höhe der Zuzahlungen abhängig gemacht wird (h. A., wie hier Robert Fischer, 2. Aufl., § 177 AktG 1937, Anm. 5; Baumbach-Hueck, § 224, Rdn. 4; abw. v. Godin-Wilhelmi, § 224, Anm. 10). Die Zulässigkeit derartiger kombinierter Zuzahlungs- und Zusammenlegungsbeschlüsse ergibt sich aus der Überlegung, daß in ihnen praktisch eine unbedingte Kapitalherabsetzung mit einer nachfolgenden (bedingten) Kapitalerhöhung zusammengefaßt wird. Sind aber diese Maßnahmen für sich allein zulässig, so muß dies auch für die verbundene Aktion gelten (vgl. Schmalenbach, Die Aktiengesellschaft, S. 239; Leist, Die Sanierung von Aktiengesellschaften, S. 46; Lehmann-Ring, § 288 HGB, Nr. 10).

Ein Anreiz zur Zuzahlung kann aber auch dadurch geschaffen werden, daß gegen die Zuzahlung *Vorzüge* für die betreffenden Aktien gewährt werden. Die Zulässigkeit dieses Verfahrens ergibt sich mittelbar aus der Bestimmung des § 150 Abs. 2 Nr. 4, der die Verwendung der geleisteten Beträge regelt.

Eine Verbindung der geschilderten Maßnahmen in der Form, daß den Zuzahlenden nicht nur die Zusammenlegung erspart, sondern darüber hinaus Vorrechte bei der Gewinnverteilung eingeräumt werden, soll nach RGZ 52, S. 287, 294 und v. Godin-Wilhelmi, § 224, Anm. 10 in keinem Fall zulässig sein, vgl. dazu unten zu 6.

2. Wenn auch Einigkeit darüber besteht, daß den nichtzuzahlenden Aktionären eine Verminderung ihrer Rechte zugemutet werden kann, so ist doch bestritten, ob sich das Opfer des Zuzahlenden und die Einbuße des Nichtzuzahlenden entsprechen müssen, oder ob eine über den Zuzahlungsbetrag hinausgehende Schädigung der „renitenten“

Aktionäre mit dem Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter zu vereinbaren ist.

Herrschend ist die Auffassung, die unter Berufung auf die Entscheidungen des RG (52, S. 287 ff. und 80, S. 81 ff.) eine *Äquivalenz* zwischen dem Opfer der die Zahlung verweigernden Aktionäre und demjenigen verlangt, das die anderen in Gestalt der Barzahlung bringen (vgl. Robert Fischer, § 49, Anm. 9; § 175, Anm. 20; § 150, Anm. 29; Lutter [KK], § 54, Anm. 22; Ritter, § 11 AktG 1937, Anm. 4a). Vielfach wird jedoch ein weniger strenger Maßstab angelegt: so soll die Grenze für eine zulässige Differenzierung durch das wohlverstandene Interesse der Gesellschaft gezogen werden (v. Godin-Wilhelmi, § 11, Anm. 7; Müller-Erbach, Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, S. 76; ders., ZHR 61, S. 390 ff.; Lehmann-Ring, § 288 HGB, Nr. 10) oder es wird — ebenfalls unter Berufung auf die genannten Entscheidungen des RG — lediglich verlangt, daß der gewährte Vorzug bzw. der zugemutete Nachteil gegenüber der Zuzahlung nicht *unverhältnismäßig* hoch sind (vgl. Meyer-Landrut, § 1, Anm. 36; Teichmann-Köhler, § 149 AktG 1937, Anm. 7).

3. Das RG (52, S. 294; 80, S. 86) nimmt im Fall eines kombinierten Zusammenlegungs- und Zuzahlungsbeschlusses einen unstatthaften Zwang an, wenn die Aktien der nichtzuzahlenden Aktionäre stärker zusammengelegt werden, als es der unterbliebenen Zuzahlung rechnungsmäßig — und zwar ausschließlich am Nennwert gemessen — entsprechen würde, das Opfer der die Zahlung verweigernden Gesellschafter dürfte nicht größer sein als das Opfer, das die anderen Gesellschafter in Gestalt der Barzahlung erbrächten.

Dem Reichsgericht ist insoweit zuzustimmen, als tatsächlich der Zuzahlungsbetrag mindestens den Betrag erreichen muß, um den der Nennwert der übrigen Aktien vermindert wird. Einer Zusammenlegung im Verhältnis 4:3 muß daher mindestens eine Zuzahlung von 25% des ursprünglichen Nennwertes, einer Zusammenlegung von 5:3 eine Zuzahlung von 40% gegenüberstehen. Die Notwendigkeit dieser Parität ergibt sich jedoch nicht aus dem Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre oder aus einer sinngemäßen Anwendung des § 54 Abs. 1 (keine Nachschußpflicht), sondern aus dem Verbot der Unterpariemißion (vgl. Schmalenbach, a. a. O., S. 240; Schweizer, DJZ 1903, S. 220): könnte sich im ersten Beispiel ein Aktionär durch Zuzahlung von nur 20% des ursprünglichen Nennwertes seinen Bestand an Aktienrechten erhalten, so käme dies — zerlegt man die bedingte Kapitalherabsetzung wie oben dargestellt — dem Bezug einer neuen Aktie gegen eine Einlage von 80% des Nennwertes gleich

4. Zusammenlegung und Zuzahlung sind jedoch auch unter den vom Reichsgericht für zulässig erklärten Verhältnissen nicht notwendig äquivalent in dem Sinne, daß sich die Opfer des Zuzahlenden und des Zusammenlegenden völlig entsprechen. Dies hängt vielmehr wesentlich vom *Wert* der Aktien vor und nach der Sanierung ab (vgl. Schmalenbach, a. a. O.). Bei Beachtung der reichsgerichtlichen Parität steht sich der Zuzahlende um so besser, je höher der Kurs nach Sanierung über pari steht und um so schlechter, je weiter er unter pari bleibt. Nur bei Parikurs besteht eine wirkliche Äquivalenz zwischen dem Opfer des Zuzahlenden und der Einbuße des die Zuzahlung verweigernden Aktionärs, da in diesem Fall die Wertdifferenz zwischen zusammengelegten Aktien und der Betrag der Zuzahlung identisch sind.

Der Kurs vor Sanierung (k), bei dem eine Zusammenlegung im Verhältnis a und eine Zuzahlung vom Betrag z gleichwertig sind („Paritätskurs“), berechnet sich nach der Formel: $a \cdot K = k + z$ oder $K = z : (a - 1)$, er liegt demnach bei einer Zusammenlegung im Verhältnis 4:3 (Zuzahlung 25%) bei 75%. Würde nun nach dieser Parität bei einem Kurs von über 75% saniert, so liegt der wahrscheinliche Kurs nach der Sanierung über pari, und der zuzahlende Aktionär wird bevorzugt; im umgekehrten Fall kommt der zusammenlegende Aktionär besser weg. Die Gesellschaft kann also durchaus den nichtzuzahlenden Aktionären einen größeren Nachteil in Aussicht stellen als den Zuzahlenden, indem sie eine Parität wählt, deren zugehöriger Paritätskurs *unter* dem Kurs der Aktien vor der Sanierung liegt. Steht etwa im obigen Beispiel der Kurs bei 70, so kann durch die Wahl einer Parität von 5:3 und 40% Zuzahlung (Paritätskurs bei 60)

der Zuzahlungsbereitschaft der Aktionäre „nachgeholfen“ werden. Da der wahrscheinliche Kurs nach der Sanierung sich in den Grenzen von $70 + 40 = 110$ (wenn alle zuzahlen) und $\frac{5}{3} \cdot 70 = 116,6$ (wenn alle zusammenlegen) bewegen wird, ist der ungeschmälerete Bestand von 5 Aktien (unter Abzug der Zuzahlung von 40% des Nennwertes) 20—33 DM mehr wert als die drei Aktien des zusammenlegenden Aktionärs.

Eine paritätische Sanierung i. e. S., d. h. zum jeweiligen, dem Zusammenlegungsverhältnis zugeordneten Paritätskurs, läuft den berechtigten Interessen der Gesellschaft zuwider, den Kurs ihrer Aktien durch die Sanierung über pari zu bringen; es muß daher als legitim angesehen werden, wenn die Gesellschaft in der geschilderten Weise einen „überproportionalen“ Druck zur Zuzahlung ausübt.

5. Schwieriger ist es, Kriterien dafür zu finden, in welchem Umfang auf Zuzahlungen Vorzüge gewährt werden dürfen, da hier nicht bereits durch das Verbot der Unterprioritätsgrenzen gesetzt sind. Die Verpflichtung der Aktionäre ist begrenzt auf die Leistung der Einlage; § 54 Abs. 1; ein gegen diese Bestimmung verstoßender unstatthafter Zwang muß dann bejaht werden, wenn durch die Einräumung der Vorzugsrechte die Aktien der Nichtzuzahlenden noch unter den Wert gebracht werden, den sie beim Ausbleiben jeglicher Kapitalzuführung haben würden. Da dies in den meisten Fällen, in denen die Gesellschaft auf dem Kapitalmarkt keine Mittel mehr erlangen kann, der Liquidationswert sein wird (vgl. Müller-Erzbach, ZHR 61, S. 394), ist der Gesellschaft bei der Einräumung von Vorzugsrechten gegen Zuzahlung ein relativ weiter Spielraum gegeben. Der Aktionär kann nicht dafür bestraft werden, daß er sich an der Sanierung seines Unternehmens nicht beteiligt, er kann sich aber auch nicht dagegen verwehren, daß die zuzahlenden Aktionäre von einer Gesundung der Gesellschaft in höherem Maße profitieren als es dem Wert ihrer Zuzahlung entspricht. Schließlich werden die Vorrechte um so reichlicher bemessen sein, je unsicherer zur Zeit des dahingehenden Hauptversammlungsbeschlusses die Aussichten auf das Gelingen der Sanierung waren, so daß die Gesellschaft (Verwaltung) sich zu hohen Leistungen an die Zuzahlenden bereithalten mußte, um deren Risiko kalkulierbar zu machen. Die ungleichmäßige Behandlung der Aktionäre ist hier aus besonderen Gründen gerechtfertigt und trägt nicht den Charakter der Willkür. Von einer sittenwidrigen Ausbeutung der kapitalschwachen Mitglieder durch die kapitalstarken (Würdinger, Gesellschaften. Zweiter Teil: Recht der Kapitalgesellschaften [1943], S. 184) kann bei dieser Sachlage keine Rede sein. Die Forderung nach einer Äquivalenz von Zuzahlung und gebotennem Vorteil ist daher nicht berechtigt, jedoch darf der gewährte Vorzug — unter Berücksichtigung des Kapitalbedarfs der Gesellschaft und der Möglichkeit seiner Deckung — nicht unverhältnismäßig hoch sein.

6. Eine *Verbindung* der beiden geschilderten Verfahren in der Art, daß die zuzahlenden Aktionäre nicht nur bei der Gewinnverteilung bevorzugt, sondern auch von der Zusammenlegung ihrer Aktien verschont bleiben, wird von RGZ 52, S. 294 und v. Godin-Wilhelmi, § 224, Anm. 10 abgelehnt.

Die Auffassung des RG, daß bei dieser Methode ein unstatthafter Zwang auf die Aktionäre ausgeübt werde, ist nur dann zutreffend, wenn der Betrag der Zuzahlung in keinem Verhältnis zu den zugestandenen Vorteilen steht. Eine solche Sanierung ist materiell nicht zu beanstanden, wenn auch eine Trennung des Verfahrens in eine Gewährung von Vorzügen gegen Zuzahlung und eine nachfolgende bedingte Kapitalherabsetzung zum gleichen Ergebnis führen würden. Die Zuzahlung muß demnach auf jeden Fall den Betrag übersteigen, der nach den reichsgerichtlichen Grundsätzen bereits zur Vermeidung der Zusammenlegung gezahlt werden muß. Damit dürfte auch das Argument von v. Godin-Wilhelmi, a. a. O., an Bedeutung verlieren, daß die Bestimmung des § 150 Abs. 2 Nr. 4 nicht beachtet werden könne, wenn die Zuzahlung gleichzeitig zur Abwendung der Zusammenlegung dient, da sie dann zum Ausgleich eines Kapitalverlustes verwandt und nicht in die gesetzliche Rücklage eingestellt werde. Der „überschießende“ Betrag, dessen Zuzahlung zur Einhaltung der Parität nicht erforderlich ist (bei einer Zusammenlegung von 4:3 also der über 25% des ursprünglichen Nennwertes hinausgehende Betrag) kann gem. § 150 Abs. 2 Nr. 4 in die gesetzliche Rücklage eingestellt werden.

§ 183 Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen

(1) Wird eine Sacheinlage gemacht, so müssen ihr Gegenstand, die Person, von der die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Nennbetrag der bei der Sacheinlage zu gewährenden Aktien im Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals festgesetzt werden. Der Beschluß darf nur gefaßt werden, wenn die Einbringung von Sacheinlagen und die Festsetzungen nach Satz 1 ausdrücklich und ordnungsgemäß (§ 124 Abs. 1) bekanntgemacht worden sind.

(2) Ohne diese Festsetzung sind Verträge über Sacheinlagen und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Ist die Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals eingetragen, so wird die Gültigkeit der Kapitalerhöhung durch diese Unwirksamkeit nicht berührt. Der Aktionär ist verpflichtet, den Nennbetrag oder den höheren Ausgabebetrag der Aktien einzuzahlen. Die Unwirksamkeit kann durch Satzungsänderung nicht geheilt werden, nachdem die Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister eingetragen worden ist.

Übersicht

	Ann.		Ann.
Einleitung		3. Das Fehlen der vorgeschriebenen Festsetzungen	
1. Die Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen	1		3
2. Die Festsetzung der Sacheinlagen in dem Erhöhungsbeschluß	2	4. Die Ankündigung der Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen	4

Einleitung

Die Vorschrift hat im Laufe der Zeit eine nicht ganz unwesentliche Veränderung erfahren. Abs. 1 Satz 1 lautete in der Fassung des § 279 HGB: „Wird auf das erhöhte Grundkapital eine Einlage gemacht, die nicht durch Barzahlung zu leisten ist oder wird auf eine Einlage eine Vergütung für Vermögensgegenstände angerechnet, welche die Gesellschaft übernimmt, so müssen der Gegenstand der Einlage oder der Übernahme, die Person, von welcher die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Betrag, der für die Einlage zu gewährenden Aktien oder die für den übernommenen Gegenstand zu gewährende Vergütung in dem Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals festgesetzt werden.“ Demgegenüber sprach § 150 Abs. 1 AktG 1937 ebenso wie die jetzt gültige Fassung lediglich von der Erbringung von Sacheinlagen. Der Referentenkommentar von Schlegelberger-Quassowski (§ 150 AktG 1937, Rdn. 2) bemerkte jedoch dazu, daß eine sachliche Änderung nicht beabsichtigt war; in allen unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten gleichliegenden Fällen liege eine Sacheinlage (im weiteren Sinne) vor. Dies ist daher auch bei der Auslegung des neuen Gesetzes zu beachten.

Gegenüber § 150 Abs. 1 AktG 1937 ist die Neufassung nur sprachlich geändert worden. In Abs. 1 Satz 2 heißt es statt: „Der Beschluß kann nur gefaßt werden“, heute: „Der Beschluß darf nur gefaßt werden.“ Eine Sachänderung liegt nicht vor, da der gegen diese Vorschrift verstoßende Beschluß nach bereits bislang herrschender Meinung nicht nichtig, sondern nur anfechtbar war.

Abs. 2 bringt lediglich sprachliche Verbesserungen gegenüber § 150 Abs. 2 AktG 1937.

1. Die Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen

a) Der Begriff der Sacheinlage

Wie bei der Gründung der Gesellschaft, so können bei der Kapitalerhöhung außer Bareinlagen auch Sacheinlagen geleistet werden. Für die Gegenstände der Sacheinlage gilt das gleiche wie bei der Gründung (vgl. oben Barz, § 27, Anm. 5 ff.). Im Gegensatz zur Gründung fehlt es an einer Vorschrift über *Sachübernahmen*, also hinsichtlich obligatorischer Verträge mit Aktionären oder Dritten, in denen die Verwendung der durch eine Bareinlage aufgebrauchten Mittel bestimmt wird. Bei einer bestehenden Aktiengesellschaft ist die Verwendung des neuen Grundkapitals wie jedes andere Rechtsgeschäft Sache der Verwaltung, die der Gesellschaft gegenüber die volle Verantwortung trägt. Die Geschäftsführung steht der Verwaltung frei — aber sie muß auch *nach* der Kapitalerhöhung noch die Freiheit zu Entscheidungen besitzen. Hierin liegt der Unterschied zu der sog. *mittelbaren* oder *verschleierte* *Sacheinlage*, bei der die Bareinlage des Aktienzeichners auf die Vergütung für (noch unbestimmte oder bereits bestimmte) Vermögensgegenstände, die die Gesellschaft übernimmt, angerechnet wird. Der wirtschaftliche Erfolg einer Sacheinlage kann rechtstechnisch auf verschiedene Weise auch mit einer Bareinlage erreicht werden: durch Aufrechnung mit der Einlageforderung, Rückzahlung einer bereits erbrachten Einlage, Einbringen einer bestehenden Forderung usw. Auf diese Modalitäten der Gesetzesumgehung kommt es jedoch nicht an: ausschlaggebend ist, ob eine bestimmte Verwendung der eingebrachten Barmittel gegenüber dem Aktienzeichner von vornherein in Aussicht genommen war — dazu braucht kein rechtsverbindlicher Vertrag vorliegen — oder ob die Vergütung nach der Aktienzeichnung noch frei ist (vgl. dazu oben Einleitung; RGZ 42, S. 1; 96, S. 228 und die Schlüsselentscheidung RGZ 157, S. 213, 225; Brodmann § 279 HGB, Anm. 1, 2a; Schlegelberger-Quassowski, § 150 AktG 1937, Rdn. 2; abweichend Ritter, § 150 AktG 1937, Anm. 4; wohl auch Lutter [KK], § 66, Rdn. 20).

Hervorzuheben ist, daß Übernahme-geschäfte, sofern sie in den ersten zwei Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geschlossen werden und die Vergütung für die Sachübernahme den zehnten Teil des Grundkapitals übersteigt, den Vorschriften des § 52 über die *Nachgründung* unterliegen.

b) Die wirtschaftliche Bedeutung der Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen

Die Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen kommt namentlich dann in Betracht, wenn die Gesellschaft ihr Grundkapital zur Durchführung einer Verschmelzung nach § 343 erhöht. Hauptfälle der Kapitalerhöhung durch Ausgabe neuer Aktien mit Sacheinlagen sind im übrigen die, in denen die Gesellschaft sich durch Übernahme eines anderen geschäftlichen Unternehmens vergrößert, oder in denen sie sich saniert und von Verpflichtungen befreit, indem ihre Gläubiger entweder unmittelbar ihre Forderungen als Sacheinlage für die neuen Aktien einbringen, oder mittelbar die für die Aktien zu leistende Zahlung mit ihrer Forderung verrechnen, und so Aktionäre der Gesellschaft werden.

c) Zweck der Vorschrift

Der Zweck der Vorschrift ist wie bei der Gründung der Gesellschaft der, durch Verlautbarung des wesentlichen Inhalts des über die Sacheinlage getroffenen Abkommens die Mitglieder der Gesellschaft sowohl wie alle die, welche in geschäftlichen Beziehungen zu ihr stehen, vor einer Benachteiligung durch etwaige Verschleierungen zu bewahren. Dieser Zweck der Vorschrift ist in dem neuen Gesetz noch dadurch betont worden, daß jetzt in die Ankündigung des Erhöhungsbeschlusses auch die Festsetzungen nach Abs. 1 Satz 1 aufgenommen werden müssen; das bestimmt der neugefaßte Abs. 1 Satz 2. Die Vorschrift entspricht insofern der „Publizitätsphilosophie“ des neuen Gesetzes, das glaubt, mit gesteigerten Informations- und Rechenschaftspflichten eine gerechte Aktienrechtsordnung zu erreichen.

Anm. 2**2. Die Festsetzung der Sacheinlagen in dem Erhöhungsbeschuß**

Entsprechend der Vorschrift im § 27 müssen die wesentlichen Bestandteile der Vereinbarung, welche zwischen der Gesellschaft und dem Einbringer der Sache getroffen worden sind, in den Beschuß über die Erhöhung des Grundkapitals aufgenommen werden; sonst sind die Vereinbarungen sowohl wie die Erfüllungshandlungen der Gesellschaft gegenüber unwirksam (siehe dazu unten Anm. 3). Es genügt mithin nicht, daß die Mitglieder der Hauptversammlung das Abkommen kennen, sie müssen es mit der für die Beschußfassung erforderlichen Mehrheit ausdrücklich billigen. In dem Beschuß sind — wie bei der Gründung der Gesellschaft — der Gegenstand der Einlage, die Person, von welcher die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Nennbetrag der dafür zu gewährenden Aktien festzusetzen (vgl. dazu oben Barz, § 27). Für das Abkommen selbst ist keine besondere Form vorgeschrieben. Eine bloß mündliche Vereinbarung ist daher grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Besteht ein schriftlicher Vertrag, so ist die Urkunde nach § 188 Abs. 3 Ziff. 2 der Anmeldung der Durchführung beizufügen. Bei der Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen findet eine *Prüfung* der Sacheinlage nicht in gleichem Maß statt wie bei der Sachgründung. Grundsätzlich prüft nur der Registerrichter, der allerdings eine Prüfung durch besondere Prüfer zu veranlassen hat, wenn die Voraussetzungen des § 184 Abs. 3 Satz 1 vorliegen (vgl. hierzu oben die Einleitung; unten § 184, Anm. 5). Stellt die Sachübernahme eine Nachgründung dar, so greifen die für diese geltenden Vorschriften ein. Im übrigen besteht die Möglichkeit, gemäß § 142 ff. Sonderprüfer zur Untersuchung der Vorgänge zu bestellen.

Zur Frage, ob die Sacheinlage mit dem Nennbetrag der auszugebenden Aktien bewertet wird oder mit einem — ihrem wirklichen Wert entsprechenden — höheren Wert, so daß dann eine entsprechende Rücklage zu bilden ist, vgl. Dalberg, LZ 1913, Sp. 881, 889; oben Mellerowicz, § 150, Anm. 19.

Anm. 3**3. Das Fehlen der vorgeschriebenen Festsetzungen****a) Vor Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung**

Fehlen in dem Kapitalerhöhungsbeschuß die in Abs. 1 aufgeführten Festsetzungen oder sind die Angaben auch mit Hilfe der Auslegung des Vertrages nicht mit den gesetzlichen Vorschriften in Einklang zu bringen, so ist das ganze Abkommen nach Abs. 2 der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Die Unwirksamkeit betrifft sowohl das *Verpflichtungs-* wie auch das *Erfüllungsgeschäft* („Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung“). Nicht nur die Gesellschaft, sondern auch der zur Leistung der Sacheinlage verpflichtete Vertragspartner kann sich auf die Unwirksamkeit berufen; sie ist von Amts wegen zu beachten. Der Ausdruck: „der Gesellschaft gegenüber unwirksam“ entspricht § 27 Abs. 2 Satz 1, kann allerdings nicht genau den gleichen Sinn haben, denn in § 27 soll die noch nicht existente juristische Person geschützt werden. Hier hat der Ausdruck demgegenüber die Bedeutung, daß die Frage einer etwaigen persönlichen Haftung der Vorstandsmitglieder offen bleiben soll und sich nach allgemeinem bürgerlichen Recht entscheidet (vgl. im übrigen dazu oben die Ausführungen von Barz, § 27, Anm. 26 ff.). Fehlen in dem Kapitalerhöhungsbeschuß die notwendigen Festsetzungen, so ist der Registerrichter verpflichtet, die Eintragung der Kapitalerhöhung, des Kapitalerhöhungsbeschlusses und namentlich die Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung abzulehnen.

Der Mangel der fehlenden oder der nicht ordnungsgemäßen Festsetzung kann vor Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung jederzeit *geheilt* werden. Das wird namentlich in Betracht kommen, wenn der Registerrichter die Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses oder der Durchführung der Kapitalerhöhung ablehnt, weil die erforderlichen Festsetzungen nicht oder nicht ordnungsgemäß in dem Kapitalerhöhungsbeschuß enthalten sind oder nicht ordnungsgemäß angekündigt wurden. Der Mangel kann nur dadurch geheilt werden, daß die Hauptversammlung einen neuen Kapitalerhöhungsbeschuß nach Maßgabe des § 182 faßt und dabei die inhaltlichen und formalen Anforderungen des § 183 erfüllt.

b) Nach Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung

Ist die Durchführung der Kapitalerhöhung trotz fehlender oder nicht ordnungsgemäßer Festsetzungen der Sacheinlagen in das Handelsregister eingetragen worden, so ist die Kapitalerhöhung wirksam; „der Sacheinleger“ ist verpflichtet, den Nennbetrag oder den höheren Ausgabebetrag der Aktien nun *in bar* einzuzahlen. Das steht im wesentlichen mit der entsprechenden Bestimmung des § 27 Abs. 2 Satz 3 im Einklang; die Bestimmung ist, worauf Barz (§ 27, Anm. 31) zutreffend hinweist, keine Ausnahmegvorschrift, sondern bringt den allgemeinen aktienrechtlichen Grundsatz der Zusage der realen Deckung des Grundkapitals zum Ausdruck. Das Abkommen über die Sacheinlage kann nicht mehr geheilt werden, auch nicht durch eine Satzungsänderung, so wie auch in anderen Fällen eine Bareinlage nicht nachträglich in eine Sacheinlage umgewandelt werden kann. Möglich bleibt allerdings der Abschluß eines neuen Rechtsgeschäftes, mit dem die ursprünglich vorgesehenen Gegenstände von der Gesellschaft erworben werden; § 183 Abs. 2 verbietet ein derartiges späteres Außengeschäft nicht.

Die Umwandlung der Sacheinlage in eine Bareinlage bei fehlender oder mangelhafter Festsetzung kann den Aktienzeichner überraschen, zumal er keinerlei Einfluß darauf hat, daß in den Kapitalerhöhungsbeschluß die erforderlichen Festsetzungen über die Sacheinlage aufgenommen werden. Ein vorsichtiger Sacheinleger wird daher eine feste Zusage zur Erbringung seiner Sacheinlage erst abgeben, nachdem der Kapitalerhöhungsbeschluß gefaßt ist und er damit die Gewißheit haben kann, daß der Vorschrift des § 183 Abs. 1 Genüge getan ist (Baumbach-Hueck, Rdn. 5; v. Godin-Wilhelmi, Anm. 6).

Anm. 4

4. Die Ankündigung der Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen

Der Kapitalerhöhungsbeschluß kann nur gefaßt werden, wenn die Einbringung der Sacheinlagen und die Festsetzungen nach Abs. 1 Satz 1 ausdrücklich und unter Beachtung des § 124 Abs. 1 angekündigt worden sind. In der Ankündigung müssen alle im Gesetz aufgeführten Merkmale enthalten sein; die bloße Mitteilung, daß es sich um eine Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen handeln soll, genügt nicht.

§ 184 Anmeldung des Beschlusses

(1) Der Vorstand und der Vorsitzende des Aufsichtsrats haben den Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

(2) In der Anmeldung ist anzugeben, welche Einlagen auf das bisherige Grundkapital noch nicht geleistet sind und warum sie nicht erlangt werden können.

(3) Hat das Gericht Zweifel, ob der Wert der Sacheinlage den Nennbetrag der dafür zu gewährenden Aktien erreicht, so hat eine Prüfung durch einen oder mehrere Prüfer stattzufinden. § 33 Abs. 3 bis 5, § 34 Abs. 2 und 3, § 35 gelten sinngemäß. Das Gericht hat die Eintragung abzulehnen, wenn der Wert der Sacheinlage nicht unwesentlich hinter dem Nennbetrag der dafür zu gewährenden Aktien zurückbleibt.

Übersicht

	Anm.		Anm.
Einleitung		3. Der Inhalt der Anmeldung	3
1. Allgemeines	1	4. Die Behandlung durch den Register-richter	4
2. Die anmeldungsberechtigten Personen	2	5. Die Prüfung bei Sacheinlagen	5

Einleitung

Die Vorschrift stimmt in ihren beiden ersten Absätzen inhaltlich weitgehend mit ihren Vorgängerinnen, also § 280 HGB und § 151 AktG 1937, überein.

§ 151 AktG 1937 führte in Abs. 3 das Recht des Registerrichters ein, die Eintragung abzulehnen, wenn der Wert der Sacheinlage offensichtlich hinter dem Nennbetrag der Aktien zurückbleibt. Der Regierungsentwurf wollte diese Regelung beibehalten. Der Bundestag schuf die jetzige Fassung des Abs. 3; damit wird dem Registergericht erstmalig die Möglichkeit eingeräumt, auch bei einer Kapitalerhöhung eine der Gründungsprüfung entsprechende Prüfung der Sacheinlagen anzuordnen. Im übrigen entspricht der Abs. 3 im wesentlichen dem § 151 Abs. 3 AktG 1937, der Wortlaut ist jedoch der Neufassung des § 38 Abs. 2 angepaßt worden.

Eine Erweiterung bringt der Vorschlag einer 2. Richtlinie zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts in der EWG, der — folgerichtig — eine Prüfungspflicht bei Kapitalerhöhung gegen Einlagen vorsieht (vgl. oben Vorbemerkungen II vor § 182).

Anm. 1

1. Allgemeines

Die Novelle vom 18. Juli 1884 führte die *doppelte Eintragungspflicht*, nämlich zunächst des Hauptversammlungsbeschlusses und anschließend der vollzogenen Erhöhung, in das deutsche Aktienrecht ein. Entsprechend handelt § 184 lediglich von der Anmeldung des Beschlusses über die Kapitalerhöhung, während sich § 188 mit der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung befaßt. Da die Kapitalerhöhung insgesamt erst mit der Eintragung der Durchführung wirksam wird (§ 189), haben Anmeldung und Eintragung des Beschlusses über die Kapitalerhöhung lediglich *vorbereitenden Charakter*. Ihre Bedeutung wurde früher darin gesehen, daß hierbei die Vorbedingungen für die Kapitalerhöhung von Amts wegen geprüft und als erfüllt bestätigt werden (Robert Fischer, 2. Auflage, § 151 AktG 1937, Anm. 1; Schlegelberger-Quassowski, § 155 AktG 1937, Anm. 10; Godin-Wilhelmi, 2. Aufl., § 155 AktG 1937, Anm. 9). Mit der Neufassung des Abs. 3 gewinnt die Doppelanmeldung bei Sacheinlagen eine gewisse Bedeutung, weil das Gericht in einem frühen Verfahrenstadium eine Prüfung anordnen kann und damit gleichzeitig die Gesellschaft auf die etwaige Undurchführbarkeit der Kapitalerhöhung hinweist.

Wie der gewöhnliche satzungsändernde Beschluß äußert auch der Beschluß über die Kapitalerhöhung schon vor der Eintragung die bei § 181, Anm. 9 angegebenen Wirkungen. Das gilt namentlich auch für die Verpflichtung des Vorstands, die Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (vgl. § 181, Anm. 3). Dazu kommt für den nicht eingetragenen Erhöhungsbeschluß noch eine weitere Rechtswirkung: er ist eine ausreichende Grundlage für eine wirksame Zeichnung der jungen Aktien und damit auch für die Ausübung des Bezugsrechts.

Anm. 2

2. Die anmeldungsberechtigten Personen

Der Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals ist vom Vorstand und vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Anstelle des Vorsitzenden des Aufsichtsrats kann (unter den Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 Satz 3) nach wie vor dessen Stellvertreter handeln, obwohl dies nicht mehr ausdrücklich bestimmt wird (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf bei Kropff, S. 293). Die Anmeldung braucht nur von so vielen Vorstandsmitgliedern vorgenommen zu werden, wie satzungsgemäß zur Vertretung der Gesellschaft erforderlich sind. Enthält die Satzung hierüber keine Bestimmung, so hat wie die Vertretung (§ 78 Abs. 2 Satz 1) so auch die Anmeldung durch sämtliche Vorstandsmitglieder zu geschehen. Die Mitglieder des Vorstandes haben wegen ihrer persönlichen Haftbarkeit für die Ordnungsmäßigkeit und Richtigkeit der Anmeldung nicht mit der Firma der Aktiengesellschaft, sondern persönlich die Anmeldung zu unterzeichnen. Die Anmeldung ist von den betreffenden

Vorstandsmitgliedern und dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats oder dessen Stellvertreter entweder *in Person zu bewirken* oder *in öffentlich beglaubigter Form* einzureichen (§ 12 HGB). Die Wahl des Zeitpunktes der Anmeldung ist dem pflichtmäßigen Ermessen der Gesellschaftsorgane überlassen, wenn die Hauptversammlung hierüber keine Bestimmung getroffen hat. Sie kann also in Ermangelung eines abweichenden Beschlusses der Hauptversammlung bis zur Anmeldung der Durchführung hinausgeschoben werden.

Im Unterschied zu der Anmeldung eines gewöhnlichen satzungsändernden Beschlusses ist hier eine Anmeldung *durch Bevollmächtigte ausgeschlossen*, und zwar deshalb, weil bei der Anmeldung Erklärungen über rückständige Einlagen auf das bisherige Grundkapital zu machen sind. Diese Erklärungen stehen unter der Strafsanktion des § 399 Abs. 1 Nr. 4 und dulden deshalb keine Vertretung (KG, KGJ 28 [1904], S. A 236; Staub-Pinner, § 280 HGB, Anm. 1). Aus dem gleichen Grund ist hier bei einer unechten Gesamtvertretung auch die Mitwirkung eines Prokuristen bei der Anmeldung nicht zulässig (v. Godin-Wilhelmi, Anm. 3). Zieht auch nur eines der Organmitglieder vor der Eintragung des Beschlusses seine Erklärung zurück, so ist die Anmeldung hinfällig (Brodmann, § 280 HGB, Anm. 1 b).

Anm. 3

3. Der Inhalt der Anmeldung

Wie bei einem gewöhnlichen satzungsändernden Beschluß sind auch hier die in § 181 Anm. 2 angegebenen Urkunden einzureichen. Zu diesen Urkunden gehören auch die nach § 182 Abs. 2 notwendigen Sonderbeschlüsse, weil sie für die Wirksamkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses wesentlich sind. Darüber hinaus ist gemäß Abs. 2 in der Anmeldung anzugeben, welche Einlagen auf das bisherige Grundkapital rückständig sind und warum sie nicht erlangt werden können. Die Angaben müssen so umfassend sein, daß sie dem Registerrichter bei der ihm obliegenden Prüfung die Feststellung ermöglichen, ob die Rückstände auf die Einzahlung des Kapitals unerheblich sind und, wenn dies nicht der Fall ist, ob deren Beitreibung unmöglich ist (§ 182, Anm. 13); ergibt die Prüfung, daß Einlagen in verhältnismäßig erheblichem Umfang ausstehen und noch geleistet werden können, so darf die Eintragung nicht erfolgen. Die Angaben über die rückständigen Einlagen stehen unter der Strafsanktion des § 399 Abs. 1 Nr. 4, wobei es sich bei dieser Vorschrift freilich nicht um ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handelt.

Bei *Versicherungsgesellschaften* sind die Angaben über die rückständigen Einlagen nicht erforderlich, wenn in ihrer Satzung eine Kapitalerhöhung auch bei rückständigen Einlagen zugelassen ist (vgl. dazu § 182, Anm. 14; ebenso Ritter, § 149 AktG 1937, Anm. 4, 5 b; v. Godin-Wilhelmi, Anm. 4; zu weitgehend Brodmann, § 280 HGB, Anm. 2).

Anm. 4

4. Die Behandlung durch den Registerrichter

Wie bei dem gewöhnlichen satzungsändernden Beschluß hat auch hier der Registerrichter vor der Eintragung zu prüfen, ob die gesetz- und satzungsmäßigen Voraussetzungen für den Kapitalerhöhungsbeschluß in *sachlicher* wie in *förmlicher* Hinsicht gegeben sind. Es kann insoweit auf die Ausführungen zu § 181, Anm. 4ff. verwiesen werden. Bei den Angaben über die rückständigen Einlagen kann sich der Registerrichter im allgemeinen auf die Richtigkeit dieser Angaben verlassen. Die Frage, ob die rückständigen Einlagen verhältnismäßig unerheblich sind und deshalb der Eintragung nach § 182 Abs. 4 Satz 3 nicht entgegenstehen, hat der Registerrichter selbst zu entscheiden. Die Gültigkeit der Kapitalerhöhung wird durch die Unrichtigkeit der Erklärung nicht in Frage gestellt (vgl. Brodmann, § 280 HGB, Anm. 2).

Anm. 5

5. Die Prüfung bei Sacheinlagen

Bei Sacheinlagen trifft den Registerrichter eine besondere *zusätzliche* Prüfungspflicht. Nach Abs. 3 Satz 3 hat er die Eintragung abzulehnen, wenn der Wert der Sacheinlagen

nicht unwesentlich hinter dem Nennbetrag der für sie zu gewährenden Aktien zurückbleibt. Damit werden die bei der früheren Fassung („offensichtlich“) aufgetretenen Zweifel, ob auch ein unerhebliches Zurückbleiben zur Ablehnung der Eintragung führt (vgl. Schlegelberger-Quassowski, § 151 AktG 1937, Anm. 3), geklärt.

Da dem Registerrichter für die Beurteilung dieser Frage unter Umständen die Sachkunde fehlt, empfahl sich früher die Hinzuziehung eines Sachverständigen (vgl. Robert Fischer, 2. Aufl., § 151 AktG 1937, Anm. 6). Die jetzt neu eingeführte Regelung des Abs. 3 Satz 1, 2 trägt diesen Schwierigkeiten Rechnung. Hat das Registergericht Zweifel, ob der Wert der Sacheinlage den Wert der dafür zu gewährenden Aktien erreicht, so hat es eine *Prüfung durch einen oder mehrere von ihm zu ernennende Prüfer* herbeizuführen. Auf die Prüfung finden dann wesentliche Vorschriften über die Gründungsprüfung, nämlich die §§ 33 Abs. 3—5, 34 Abs. 2 und 3 und 35, entsprechende Anwendung. Das Ergebnis der Prüfung ist bei der Entscheidung über die Ablehnung der Eintragung nach Abs. 3 Satz 3 zu berücksichtigen. Dies schließt aber nicht aus, daß der Registerrichter sich auch ohne eine Prüfung durch besondere Prüfer eine Überzeugung darüber bildet, ob der Wert der Sacheinlage nicht unwesentlich hinter dem Nennbetrag der für sie zu gewährenden Aktien zurückbleibt (vgl. Baumbach-Hueck, Rdn. 3). Darüber hinaus wird man in Anlehnung an die Regelung bei der Gründungsprüfung (§ 38 Abs. 2 Satz 2) dem Registergericht die Befugnis einräumen müssen, sich eine von dem Prüfungsergebnis abweichende Meinung zu bilden: es kann auf Grund eigener Ermittlungen die Eintragung auch dann ablehnen, wenn nach Auffassung der Prüfer der Wert der Sacheinlagen nicht oder nur unwesentlich hinter dem Nennbetrag der dafür zu gewährenden Aktien zurückbleibt. Auch im umgekehrten Fall ist es denkbar, daß sich der Registerrichter über das Prüfungsergebnis hinwegsetzt und die Eintragung trotz negativer Prüfungsergebnisse vornimmt. Ohne einen besonderen Anhaltspunkt für die Unrichtigkeit des Prüfungsergebnisses wird sich der Registerrichter freilich nicht über die Bewertung der Prüfer hinwegsetzen.

Zur Frage, wann eine *Überbewertung* vorliegt, vgl. oben die Ausführungen von Barz, § 38, Anm. 7.

Der Kapitalerhöhungsbeschluß, der eine nicht unwesentliche Überbewertung der Sacheinlage aufweist, ist nach den §§ 9, 241 Nr. 3 *nichtig* (Ritter, § 151 AktG 1937, Anm. 4; anderer Ansicht BGHZ 29, S. 300, der Nichtigkeit nur bei grober Überbewertung annimmt). Wird der Beschluß gleichwohl — zu Unrecht — eingetragen, so heilt die Eintragung nach drei Jahren den nichtigen Beschluß. Eine Gründerhaftung (§ 46) oder etwas Ähnliches gibt es bei der Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen nicht. Es kommt insoweit lediglich die allgemeine Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft nach den §§ 93 und 116 in Betracht.

§ 185 Zeichnung der neuen Aktien

(1) Die Zeichnung der neuen Aktien geschieht durch schriftliche Erklärung (Zeichnungsschein), aus der die Beteiligung nach der Zahl, dem Nennbetrag und, wenn mehrere Gattungen ausgegeben werden, der Gattung der Aktien hervorgehen muß. Der Zeichnungsschein soll doppelt ausgestellt werden. Er hat zu enthalten

1. den Tag, an dem die Erhöhung des Grundkapitals beschlossen worden ist;
2. den Ausgabebetrag der Aktien, den Betrag der festgesetzten Einzahlungen sowie den Umfang von Nebenverpflichtungen;
3. die bei einer Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen vorgesehenen Festsetzungen und, wenn mehrere Gattungen ausgegeben werden, den Gesamtnennbetrag einer jeden Aktiengattung;

Anm. 1

4. den Zeitpunkt, an dem die Zeichnung unverbindlich wird, wenn nicht bis dahin die Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals eingetragen ist.
- (2) Zeichnungsscheine, die diese Angaben nicht vollständig oder die außer dem Vorbehalt in Abs. 1 Nr. 4 Beschränkungen der Verpflichtung des Zeichners enthalten, sind nichtig.
- (3) Ist die Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals eingetragen, so kann sich der Zeichner auf die Nichtigkeit oder Unverbindlichkeit des Zeichnungsscheins nicht berufen, wenn er auf Grund des Zeichnungsscheins als Aktionär Rechte ausgeübt oder Verpflichtungen erfüllt hat.
- (4) Jede nicht im Zeichnungsschein enthaltene Beschränkung ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam.

Übersicht

	Anm.		Anm.
Einleitung		3. Die Nichtigkeit des Zeichnungsscheins	3
1. Die Zeichnung der neuen Aktien	1	4. Die Heilung der Nichtigkeit	4
2. Der Inhalt des Zeichnungsscheins	2	5. Die Beschränkungen der Zeichnungs- verpflichtung	5

Einleitung

Die Vorschrift stimmt bis auf sprachliche Änderungen in Abs. 1 Nr. 1 und 4 mit dem früheren § 152 AktG 1937 überein. Die Vorschriften über die Stufengründung (vgl. zuletzt § 30 AktG 1937), an die sich § 152 anlehnte, sind im neuen Gesetz mangels eines praktischen Bedürfnisses entfallen. Dagegen hielt man bei der Kapitalerhöhung an der Möglichkeit fest, neue Aktien im Publikum unterzubringen, obwohl auch ihr große praktische Bedeutung nicht mehr zukommt, da die jungen Aktien in der Regel von einer Bank oder einem Bankenkonsortium übernommen werden.

Anm. 1

1. Die Zeichnung der neuen Aktien

a) Rechtsnatur der Aktienzeichnung und Wirkung

Die Zeichnung der neuen Aktie enthält eine Doppelerklärung: sie ist eine gegenüber der *Allgemeinheit* abgegebene *Erklärung* in Verbindung mit einem an die bestehende *Gesellschaft* gerichteten *Vertragsangebot*, durch das sich der Zeichner bis zu einem gewissen Zeitpunkt (Abs. 1 Ziff. 4) unter der auflösenden Bedingung bindet, daß bis dahin die Durchführung der Kapitalerhöhung gemäß den Bestimmungen des Kapitalerhöhungsbeschlusses in das Handelsregister eingetragen ist (RGZ 79, S. 112, 114; RG, JW 1927, S. 2981; OLG Düsseldorf, LZ 1916, Sp. 1059, 1060). Der Vertrag mit der Aktiengesellschaft ist kein Kaufvertrag; zweifelhaft ist, wie weit die Regeln über gegenseitige Verträge auf den Beitrittsvertrag als einen dem Körperschaftsrecht angehörenden Vertrag Anwendung finden können (vgl. dazu RGZ 79, S. 174, 177; Robert Fischer, 2. Auflage, § 30 AktG 1937, Anm. 3).

Mit der Zeichnung wird der Zeichner noch nicht Mitglied der Gesellschaft, denn es steht noch offen, ob die beschlossene Änderung in Kraft tritt und die gezeichneten Aktien ausgegeben werden (RGZ 55, S. 65, 67). Er wird es auch noch nicht dadurch, daß die Gesellschaft sein Vertragsangebot in Höhe der ihm zuzuteilenden Aktien ausdrücklich oder stillschweigend annimmt. Entsprechend der im Zeichnungsschein ebenfalls enthaltenen, sich an den allgemeinen Verkehr wendenden Erklärung wird der Zeichner vielmehr erst dann Mitglied der Gesellschaft, wenn die Durchführung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister eingetragen wird. Ist die Durchführung der

Kapitalerhöhung eingetragen, so ist der Zeichner damit Aktionär geworden; die Verpflichtung zur Gewährung des Aktienrechts ist erfüllt.

Gerät er nunmehr in Konkurs, so kann die Aktiengesellschaft den noch rückständigen Teil seiner Einlage als Konkursforderung geltend machen. Zur Aushändigung der Aktienurkunde ist sie nicht verpflichtet, solange nicht die volle Einlage geleistet ist, § 17 KO ist nach allgemeiner Ansicht nicht anwendbar; überdies hat die Gesellschaft ihre Pflicht bereits erfüllt.

Von der Zeichnung bei der nach § 30 AktG 1937 früher möglichen Stufen Gründung, der § 185 im übrigen angeglichen ist, unterscheidet sich die Zeichnung bei der Kapitalerhöhung dadurch, daß bei dieser dem Zeichner die bestehende Gesellschaft bereits als Vertragsgegnerin gegenübersteht.

Vor der Beschlußfassung über die Erhöhung des Grundkapitals darf der Zeichnungsschein nicht unterzeichnet werden, da der Willenserklärung des Zeichners sonst die erforderliche sichere Grundlage fehlt (KG, KGJ 19, S. 9).

Die Gesellschaft darf keine eigenen Aktien zeichnen.

b) Die Form der Zeichnung

Die Zeichnung geschieht in Form einer *schriftlichen Erklärung*, die Zeichnungsschein genannt wird. Der Zeichnungsschein ist kein Wertpapier (RGZ 85, S. 286), denn seine Innehabung ist nicht Bedingung für die Ausübung des darin verbrieften Rechts. Er ist nur eine Urkunde über eine gegenüber der Gesellschaft übernommene Verpflichtung, und weder bestimmt noch geeignet, von einem anderen als von der Gesellschaft verwendet zu werden. Aber er ist eine begründende (konstitutive), keine nur beweisende (deklaratorische) Urkunde. Die Verpflichtung des Zeichners entsteht, ähnlich wie die des Schuldners aus einem abstrakten Schuldversprechen (§ 780 BGB), durch den Zugang der unterzeichneten Urkunde und deren Annahme. Geht der Zeichnungsschein verloren, wogegen übrigens die Vorschrift schützt, daß er doppelt ausgestellt werden soll, so ist damit die Verpflichtung des Zeichners nicht etwa erloschen; nötigenfalls muß auf andere Weise bewiesen werden, daß der Zeichner den Schein ausgestellt hat. Die Schriftform ist wesentlich; eine mündliche Zusage ist auch als Vorvertrag gänzlich wirkungslos.

Die Schriftform muß dem § 126 BGB entsprechen. Sie gilt nur für die Zeichnungserklärung, nicht aber auch für ihre *Annahme*; diese kann vielmehr auch formlos und selbst stillschweigend erfolgen. Bei der Zeichnungserklärung ist Vertretung zulässig, Vollmacht und Genehmigung bedürfen keiner Form (RGZ 63, S. 96). Der Zeichnende muß eigenhändig unterschreiben; der Vertreter kann entweder mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnen oder mit seinem eigenen Namen, indem er die Person des Vertretenen erkennbar macht. Der Registerrichter wird in der Regel keinen Anlaß haben, sich die Vollmacht oder Genehmigung nachweisen zu lassen, da der Vertreter ohne Vertretungsmacht für die volle Einlage haftet (vgl. dazu Robert Fischer, 2. Auflage, § 30 AktG 1937, Anm. 8). Zeichnungsscheine, die im Ausland ausgestellt sind, müssen den deutschen Vorschriften genügen, die nicht nur die Form, sondern auch den Inhalt betreffen, und müssen, da sie für die deutsche Öffentlichkeit bestimmt sind, in deutscher Sprache abgefaßt sein.

Aus dem Ausdruck „Zeichnungsschein“ darf nicht geschlossen werden, daß jeder Zeichner eine besondere Urkunde auszustellen hat. Es ist zulässig, daß an einen Zeichnungsschein mit gesetzlichem Inhalt eine Liste angeschlossen wird, in der jeder Zeichner seine Beteiligung nach Zahl, Nennbetrag und Gattung der Aktien angibt und die Angabe unterschreibt.

Der Zeichnungsschein soll *doppelt ausgestellt* werden. Die Unterlassung hat auf seine Gültigkeit keinen Einfluß. Die Lieferung des Doppelstücks kann nachgeholt werden. Es ist bei der Anmeldung der Durchführung einzureichen (§ 188 Abs. 3 Nr. 1).

c) Das Unwirksamwerden der Zeichnungserklärung

Gerät die Gesellschaft vor der Eintragung der Durchführung in *Konkurs*, so entfällt die Einzahlungspflicht des Zeichners, da die Schaffung neuer Mitgliedschaften mit dem Zweck des Konkursverfahrens nicht in Einklang steht und eine Kapitalerhöhung des-

Anm. 2

halb nach Konkurseröffnung nicht mehr eingetragen werden kann (vgl. dazu oben § 182, Anm. 15). War hingegen die Durchführung der Kapitalerhöhung schon in das Handelsregister eingetragen, als das Konkursverfahren über die Gesellschaft eröffnet wurde, so muß der Zeichner die Einzahlung zur Konkursmasse leisten; immerhin nur so weit, als es bei der Einstellung des Betriebes der Gesellschaft zum Zweck der Abwicklung der Geschäfte noch erforderlich ist (RGZ 79, S. 174, 175). Die Aktienzeichnung ist kein beiderseitiger Vertrag im Sinne des § 17 KO (RGZ 79, S. 174, 177).

d) Fehlerhafte Zeichnungserklärungen

Wie oben betont, richtet sich die Zeichnungserklärung auch an die Öffentlichkeit, sie begründet für diese einen *Rechtsschein*. Nach heute einhelliger Ansicht hat dies zur Folge, daß Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe, die die Erklärung betreffen, in § 185 abschließend geregelt sind. Nach Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung gibt es darüber hinaus keinen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgrund für die Beitrittserklärung.

Anm. 2

2. Der Inhalt des Zeichnungsscheins

Für die Erklärung des Zeichners im Zeichnungsschein ist ein bestimmter Inhalt vorgeschrieben. Der Zeichnungsschein muß die Zahl der zu übernehmenden Aktien, ihren Nennbetrag und bei Ausgabe mehrerer Gattungen von Aktien die betreffende Gattung angeben. Eine hinreichende Angabe der Zahl liegt bereits dann vor, wenn im Zeichnungsschein der Gesamtnennbetrag der gezeichneten Aktien angegeben ist und der Kapitalerhöhungsbeschluß eine bestimmte Stückelung vorsieht (vgl. Robert Fischer, 2. Auflage, § 30 AktG 1937, Anm. 11; Brodmann, § 189 HGB, Anm. 3a; Düringer-Hachenburg-Bing, § 189 HGB, Anm. 17; abweichend wohl v. Godin-Wilhelmi, Anm. 5). Die Angaben im Zeichnungsschein sind genügend, wenn sie durch Auslegung ergänzt werden können (RGZ 85, S. 284, 286); zur Ergründung der Verpflichtungen aus dem Zeichnungsschein kann der Erhöhungsbeschluß zur Hilfe gezogen werden; die Gattung der gezeichneten Aktien muß sich bei Vorhandensein mehrerer Gattungen aus beiden Erklärungen zusammen feststellen lassen (RG, JW 1927, S. 2981).

Außer diesen Angaben muß der Zeichnungsschein noch die folgenden Angaben enthalten:

(1) den *Tag*, an dem die Erhöhung des Grundkapitals beschlossen worden ist. Hieraus ergibt sich, daß — wie bereits in Anm. 1 erwähnt — die Beschlußfassung erfolgt sein muß, ehe der Schein zu zeichnen ist;

(2) den *Ausgabebetrag* der Aktien, den Betrag der festgesetzten Einzahlungen sowie den Umfang von Nebenverpflichtungen.

Als Ausgabebetrag gilt in dem Fall, daß eine Bank die neuen Aktien übernimmt, um sie den Aktionären anzubieten, der Betrag, zu dem die Bank die Aktien übernimmt (KG, OLGE 43 [1924], S. 316; vgl. aber für die Einstellung in die gesetzliche Rücklage § 150 Abs. 2 Ziff. 2). Als Betrag der festgesetzten Einzahlungen ist nur der Betrag der ersten Einzahlung anzugeben, wenn die späteren Beträge nach Höhe und Tag, bis zu welchem sie zu zahlen sind, noch nicht feststehen; andernfalls sind auch spätere Einzahlungsverpflichtungen anzugeben (herrschende Meinung; v. Godin-Wilhelmi, Anm. 9);

(3) die im Fall der Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen vorgesehenen *Festsetzungen* und, wenn mehrere Aktiengattungen ausgegeben werden, den Gesamtnennbetrag einer jeden Gattung.

Die Festsetzungen bei der Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen sind die in § 183 Abs. 1 Satz 1 aufgeführten, nämlich der Gegenstand der Sacheinlagen, die Person, von der die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Nennbetrag der bei der Sacheinlage zu gewährenden Aktien. Diese Angaben sind in alle Zeichnungsscheine aufzunehmen, also auch in diejenigen, die nicht Sacheinlagen, sondern Bareinlagen zum Gegenstand haben (v. Godin-Wilhelmi, Anm. 10). Sind mehrere Aktiengattungen ausgegeben, so muß der Gesamtnennbetrag jeder dieser Gattungen angegeben werden.