

# Aktiengesetz: AktG

Hölters / Weber

4. Auflage 2022

ISBN 978-3-8006-6357-6

Vahlen

aufzunehmen. Den Anforderungen der Vorschrift genügt sowohl die Angabe einer **konkreten** Zahl als auch die Festsetzung einer **Mindest- und Höchstzahl**.<sup>148</sup> Dabei sind die Vorgaben des § 76 Abs. 2 zu beachten. „Stellvertretende Vorstandsmitglieder“ iSd § 94 sind bei der Ermittlung der Anzahl iSd § 23 Abs. 3 Nr. 6 als echte Vorstandsmitglieder zu berücksichtigen; besondere Regelungen über deren Anzahl sind daher nicht erforderlich.<sup>149</sup> Bei Unterschreitungen der durch die Satzung festgelegten (Mindest-)Anzahl ist eine Satzungsänderung nur dann erforderlich, wenn Neubesetzung auf Dauer nicht vorgenommen werden soll.<sup>150</sup> Als „Regel“ iSd § 23 Abs. 3 Nr. 6 ausreichend sind Bestimmungen, nach denen die Zahl der Vorstandsmitglieder durch die Hauptversammlung<sup>151</sup> – oder in der Praxis weit verbreitet – durch den **Aufsichtsrat**<sup>152</sup> bestimmt wird.

**g) Form der Bekanntmachungen (Abs. 4).** Nach § 23 Abs. 4 muss die Satzung ferner Bestimmungen über die Form der Bekanntmachungen der Gesellschaft enthalten. Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist durch § 25 eingeschränkt. § 25 bestimmt abschließend als Publikationsorgan für die sog. „Pflichtbekanntmachungen“ der Gesellschaft, dh die Bekanntmachungen, die nach Gesetz oder Satzung in den Gesellschaftsblättern vorgenommen werden müssen (→ § 25 Rn. 1 ff.), den Bundesanzeiger. Die Satzungsregelungen iSd § 23 Abs. 4 betreffen daher nur die sog. „**freiwilligen Bekanntmachungen**“ der Gesellschaft, die nach Gesetz oder Satzung nicht in den Gesellschaftsblättern erfolgen müssen (zB Vierteljahresbericht). Insoweit besteht Wahlfreiheit. Neben dem Bundesanzeiger, Tageszeitungen und eingeschriebenem Brief sind auch nicht papiergebundene Bekanntmachungen zulässig, zB in elektronischen Medien (Internetseite der Gesellschaft).<sup>153</sup>

## V. Grundsatz der Satzungsstrenge (Abs. 5)

**1. Grundlagen.** Nach § 23 Abs. 5 kann die Satzung von den Vorschriften des AktG nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Bestimmungen der Satzung sind zulässig, es sei denn, dass das AktG eine abschließende Regelung enthält. § 23 Abs. 5 liegt der Gedanke zugrunde, dass die Regelungen des AktG grundsätzlich zwingendes Recht sind. Der in § 23 Abs. 5 verankerte sog. „Grundsatz der Satzungsstrenge“, gegen den in der Lit. vereinzelt europarechtliche Bedenken geltend gemacht werden,<sup>154</sup> schränkt zum Schutz von Gläubigern und künftigen Aktionären und zur Sicherstellung der Verkehrsfähigkeit der Aktien die Satzungsautonomie ein. Er gewährleistet, dass außen stehende Dritte ungewöhnliche und eventuell mit Nachteilen für sie verbundene Satzungsregelungen nicht befürchten müssen.<sup>155</sup> § 23 Abs. 5 gilt nur für Abweichungen und Ergänzungen in Bezug auf das AktG. Auf Aktiengesellschaften bezogene Regelungen in anderen Gesetzen (zB im MitbestG) werden weder unmittelbar noch im Wege der Analogie von der Vorschrift erfasst.<sup>156</sup> So ergibt sich der zwingende Charakter der §§ 27–29, 31 MitbestG und § 32 MitbestG aus diesen Bestimmungen selbst; ein Rückgriff auf § 23 Abs. 5 S. 1 ist weder erforderlich noch zulässig.<sup>157</sup>

**2. Abweichungen (Abs. 5 S. 1).** Eine Abweichung iSd § 23 Abs. 5 S. 1 liegt vor, wenn eine gesetzliche Regelung durch eine andere Regelung ersetzt wird. Die Satzung bestimmt etwas anderes als das Gesetz. Die **Abweichungsbefugnis** muss sich eindeutig aus dem Gesetz, dh aus dessen Wortlaut oder durch Auslegung, ergeben. Bloßes Schweigen des Gesetzes kann eine Abweichungsbefugnis nicht begründen.<sup>158</sup> Dabei ist nicht nur die Frage nach dem „ob“ der Abweichung, sondern auch die nach deren Reichweite zu stellen.<sup>159</sup> Maßgeblich dafür ist der **Zweck** der von der Abweichung betroffenen Norm des Gesetzes, anhand dessen zu klären ist, ob jede Art von Abweichungen oder nur bestimmte Abweichungen zulässig sind (zB Frage der Zulässigkeit einer von § 121 Abs. 5 S. 1

<sup>148</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 8/1678, 12; Hüffer/Koch/Koch Rn. 31; MüKoAktG/Pentz Rn. 144; Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 124.

<sup>149</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 143.

<sup>150</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 145; Hüffer/Koch/Koch Rn. 31; HK-AktG/Körber Rn. 37.

<sup>151</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 146.

<sup>152</sup> BGH NZG 2002, 817 (818); LG Köln DB 1998, 1855; MüKoAktG/Pentz Rn. 146; Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 124; NK-AktR/Braunfels Rn. 37.

<sup>153</sup> Hüffer/Koch/Koch Rn. 32; MüKoAktG/Pentz Rn. 151.

<sup>154</sup> Vgl. Hüffer/Koch/Koch Rn. 34 mwN; ausf. zur Kritik Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 130 ff.; grds. krit. Schmidt/Lutter/Seibt Rn. 53.

<sup>155</sup> Vgl. MüKoAktG/Pentz Rn. 158; BeckOGK/Limmer Rn. 46; NK-AktR/Braunfels Rn. 40.

<sup>156</sup> HK-AktG/Körber Rn. 40a; BeckOGK/Limmer Rn. 47; NK-AktR/Braunfels Rn. 41.

<sup>157</sup> BeckOGK/Limmer Rn. 47.

<sup>158</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 161; Hüffer/Koch/Koch Rn. 35; BeckOGK/Limmer Rn. 48; NK-AktR/Braunfels Rn. 41.

<sup>159</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 162; BeckOGK/Limmer Rn. 48.

abweichenden Satzungsregelung, wonach Hauptversammlung auch im Ausland abgehalten werden kann).<sup>160</sup> Gesetzliche Regelungen, von denen Abweichungen zugelassen sind, sind häufig durch Formulierungen wie „wenn die Satzung nichts anderes bestimmt“ oder „die Satzung kann bestimmen“ gekennzeichnet.<sup>161</sup> In der Sache handelt es sich vorwiegend, aber nicht ausschließlich um „andere Mehrheiten“ oder „weitere Erfordernisse“ bei Hauptversammlungsbeschlüssen.<sup>162</sup> Abweichende Regelungen sind ausgeschlossen bei den Normen, die den Zuständigkeitsbereich der Organe, ihre Zusammensetzung und innere Organisation regeln,<sup>163</sup> bei den Bestimmungen über die Minderheitenrechte (mit Ausnahme des § 122 Abs. 1 S. 2)<sup>164</sup> und den Regelungen über die Verschwiegenheit (§ 93 Abs. 1 S. 3, § 116) und die Sorgfaltspflichten der Verwaltungsmitglieder (§§ 93, 116).<sup>165</sup> Auch in Bezug auf das Zustimmungserfordernis der Vorzugsaktionäre (§ 141 Abs. 1) kommt eine abweichende Satzungsregelung nach zutreffender Ansicht nicht in Betracht.<sup>166</sup>

**31 3. Ergänzungen (Abs. 5 S. 2).** Eine Ergänzung iSd § 23 Abs. 5 S. 2 liegt vor, wenn das Gesetz über die in der Satzung geregelte Frage nichts bestimmt<sup>167</sup> oder aber die vorhandene gesetzliche Regelung ihrem Gedanken nach weitergeführt wird, im Grundsatz jedoch unberührt bleibt.<sup>168</sup> Ergänzungen in diesem Sinne sind zulässig, sofern das Gesetz keine abschließende Regelung enthält.<sup>169</sup> Eine Ergänzung schließt damit eine Regelungslücke. Aus dem Wortlaut des § 23 Abs. 5 S. 2 ergibt sich, dass eine abschließende, eine Ergänzung ausschließende Regelung den Ausnahmefall bildet. Ob eine gesetzliche Regelung abschließend ist, ist durch Auslegung zu ermitteln, soweit Ergänzungen im Gesetz nicht ausdrücklich zugelassen sind. Sind Ergänzungen danach zulässig, haben sie die durch die allgemeinen Gesetze und die zwingenden Vorschriften des Aktienrechts gesetzten Grenzen zu beachten.<sup>170</sup> Freiräume für entsprechende Ergänzungen basieren insbesondere auf Gestattungen, in der Satzung zusätzliche, vom Gesetz nicht vorgesehene Gestaltungen zu treffen, zB Schaffung verschiedener Aktiengattungen (§ 11) oder Begründung von Nebenverpflichtungen (§ 55 Abs. 1), oder im Gesetz enthaltene Regelungen inhaltlich zu ergänzen (zB nähere Bestimmungen über die Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden und seiner Stellvertreter gemäß § 107 Abs. 1).<sup>171</sup> In der Praxis von großer Bedeutung sind die Möglichkeiten, besondere persönliche Voraussetzungen für die Vorstandsmitglieder (vgl. § 76 Abs. 3) und Mitglieder des Aufsichtsrates (vgl. § 100) aufzustellen und dem Aufsichtsrat generell die Befugnis zur Fassungsänderung der Satzung (§ 179 Abs. 1 S. 2) einzuräumen.<sup>172</sup>

**32 4. Rechtsfolgen von Verstößen.** Eine gegen § 23 Abs. 5 S. 1 oder 2 verstoßende Satzungsbestimmung ist nach zutreffender Ansicht unter den Voraussetzungen des analog anzuwendenden § 241 Nr. 3 nichtig.<sup>173</sup> Voraussetzung für die Nichtigkeit ist danach, dass die mit § 23 Abs. 5 nicht zu vereinbarende Regelung der Satzung nach ihrem konkreten Inhalt gegen eine Vorschrift des AktG verstößt, die zum aktienrechtlichen Regelungskern gehört und die ausschließlich oder überwiegend Gläubigerschutzfunktion hat oder dem öffentlichen Interesse dient. Ist dies nicht der Fall, führt der Verstoß gegen § 23 Abs. 5 lediglich zur Anfechtbarkeit der Satzungsregelung.<sup>174</sup> Soweit in der Lit.<sup>175</sup> unter Hinweis auf den Wortlaut des § 241 Nr. 3 der Verstoß gegen § 23 Abs. 5 als solcher als ausreichender alleiniger Nichtigkeitsgrund betrachtet wird, lässt dies die Vielgestaltigkeit der möglichen Verstöße gegen § 23 Abs. 5 und das damit verbundene unterschiedliche Gewicht von Verstößen

<sup>160</sup> Unter bestimmten Voraussetzungen bejahend BGHZ 203, 68 Rn. 12 ff. = NZG 2015, 18; aA OLG Hamburg AG 1993, 384; dies für möglich haltend MüKoAktG/Pentz Rn. 162.

<sup>161</sup> Vgl. MüKoAktG/Pentz Rn. 163.

<sup>162</sup> Vgl. die Übersichten bei MüKoAktG/Pentz Rn. 163; Hüffer/Koch/Koch Rn. 35; Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 139 ff.; BeckOGK/Limmer Rn. 48; Schmidt/Lutter/Seibt Rn. 55.

<sup>163</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 164; Hüffer/Koch/Koch Rn. 36; vgl. MHdB AG/Sailer-Coceani § 6 Rn. 10.

<sup>164</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 164; Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 148.

<sup>165</sup> Vgl. BGHZ 64, 325 (326 f.) = NJW 1975, 1412.

<sup>166</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 164; Hüffer/Koch/Koch Rn. 36; aA Kölner Komm AktG/Zöllner § 141 Rn. 36.

<sup>167</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 165; Hüffer/Koch/Koch Rn. 37; Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 149; Kölner Komm AktG/Zöllner § 179 Rn. 70; aA Kölner Komm AktG/Mertens Vor § 76 Rn. 12.

<sup>168</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 165; Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 149; Hüffer/Koch/Koch Rn. 37.

<sup>169</sup> Hüffer/Koch/Koch Rn. 37; BeckOGK/Limmer Rn. 49; HK-AktG/Körber Rn. 42; MHdB AG/Sailer-Coceani § 6 Rn. 11.

<sup>170</sup> Vgl. HK-AktG/Körber Rn. 42; MüKoAktG/Pentz Rn. 167.

<sup>171</sup> Vgl. BeckOGK/Limmer Rn. 49.

<sup>172</sup> Vgl. ferner die Übersichten über mögliche Ergänzungen bei Hüffer/Koch/Koch Rn. 38 und MüKoAktG/Pentz Rn. 169.

<sup>173</sup> Schmidt/Lutter/Seibt Rn. 62; NK-AktR/Braunfels Rn. 50.

<sup>174</sup> Vgl. Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 154.

<sup>175</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 170 f.; vgl. Hüffer/Koch/Koch Rn. 43; MHdB AG/Sailer-Coceani § 6 Rn. 12.

außer Betracht. Ferner wäre es nicht zu rechtfertigen, an eine durch Satzungsänderung eingefügte, mit § 23 Abs. 5 nicht zu vereinbarende Satzungsbestimmung hinsichtlich ihrer Wirksamkeit andere Maßstäbe anzulegen als an eine gleichlautende, in der Gründungssatzung enthaltene Bestimmung.<sup>176</sup>

## VI. Gründungsmängel

**1. Grundlagen.** Der Gründungsvorgang, dh die Feststellung der Satzung (§ 23 Abs. 1; → Rn. 3 ff.) und die Übernahmeerklärung der Gründer (§ 23 Abs. 2; → Rn. 15 ff.), kann an Mängeln leiden, die ihn in seiner Gesamtheit betreffen (zB Willensmängel, Mitwirkung nicht ordnungsgemäß vertretener Personen, Verstöße gegen § 23 Abs. 1 wegen fehlender oder unvollständiger notarieller Beurkundung), oder an spezifisch aktienrechtlichen Mängeln (zB Fehlen oder Nichtigkeit einer nach § 23 Abs. 3 zwingend erforderlichen Regelung, Verstoß gegen § 23 Abs. 5). Beide Arten von Mängeln stellen **Eintragungshindernisse** dar (vgl. § 38 Abs. 1 S. 2, in Bezug auf Mängel der Satzung iVm Abs. 4, → § 38 Rn. 13 f.), so dass das Registergericht die Eintragung abzulehnen hat. Hinsichtlich der Möglichkeit, sich auf die entsprechenden Gründungsmängel zu berufen oder diese geltend zu machen, ist zwischen drei Phasen zu unterscheiden:

**2. Vor Eintragung und vor Invollzugsetzung.** Vor Invollzugsetzung der Vor-AG kommen mit Ausnahme des § 139 BGB<sup>177</sup> die allgemeinen Vorschriften des BGB über Willensmängel und sonstige Fehler von Rechtsgeschäften zur Anwendung.<sup>178</sup> Beschränkt sich der Mangel auf einzelne Bestandteile der Satzung (zB Verstoß gegen § 23 Abs. 3–5), haben die einzelnen Gründer im Rahmen ihrer gesellschaftlichen Treuepflicht an der Beseitigung des Satzungs mangels im Rahmen des Zumutbaren durch Beteiligung an einer entsprechenden Satzungsänderung mitzuwirken.<sup>179</sup>

**3. Vor Eintragung und nach Invollzugsetzung.** Nach Invollzugsetzung der Vor-AG, dh in jedem Fall nach Beginn einer nach außen gerichteten Tätigkeit der Gesellschaft<sup>180</sup> oder nach der Bildung von Gesellschaftsvermögen,<sup>181</sup> findet das Sonderrecht der „fehlerhaften Gesellschaft“ Anwendung. Danach ist der fehlerhaft zustande gekommene Gesellschaftsvertrag nach seiner Invollzugsetzung grundsätzlich – Ausnahmen können bei entgegenstehenden gewichtigen Interessen der Allgemeinheit oder bestimmter besonders schutzwürdiger Personen gelten<sup>182</sup> – nach außen und innen als wirksam zu behandeln und der Gesellschafter, der sich auf den Mangel beruft, auf den Weg der Auflösung (ex nunc) und Abwicklung der Vor-AG zu verweisen.<sup>183</sup> Hinsichtlich sich auf einzelne Satzungsbestandteile beschränkender Mängel gilt das in → Rn. 34 Gesagte.

**4. Nach Eintragung.** Trägt das Registergericht die Aktiengesellschaft trotz Gründungsmängeln ein, ist die Aktiengesellschaft als solche wirksam entstanden (§ 41 Abs. 1 S. 1). Gründungsmängel entfalten ab dem Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft im Grundsatz keine Wirkung mehr. Dies gilt gleichermaßen für Mängel, die den gesamten Gründungsvorgang erfassen, wie für einzelne inhaltliche Mängel der Satzung. Ohne Bedeutung ist dabei, ob sich ein Gründer bereits vor Eintragung auf den Mangel berufen hat oder nicht.<sup>184</sup> Ausnahmen von diesem Grundsatz der Unbeachtlichkeit der Mängel ergeben sich ausschließlich aus § 275 sowie den §§ 397, 398 FamFG und § 399 FamFG.

**a) Mängel der Erklärungen einzelner Gründer.** Sämtliche die Abgabe der Erklärungen einzelner Gründer in der Gründungsurkunde betreffende Mängel werden unmittelbar durch die Eintragung der Gesellschaft geheilt. Das gilt insbesondere für Willensmängel (§§ 119 ff., 123 BGB) und unzuläs-

<sup>176</sup> Vgl. BGHZ 144, 365 (368) = NJW 2000, 2819 zur entsprechenden Problematik bei § 242 Abs. 2.

<sup>177</sup> Vgl. RGZ 114, 77 (80 f.); MüKoAktG/Pentz Rn. 175; Hüffer/Koch/Koch Rn. 41; Schmidt/Lutter/Seibt Rn. 59; diff. Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 159.

<sup>178</sup> RGZ 127, 186 (191); MüKoAktG/Pentz Rn. 175; Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 158; BeckOGK/Limmer Rn. 55; Schmidt/Lutter/Seibt Rn. 59; diff. NK-AktR/Braunfels Rn. 46.

<sup>179</sup> Vgl. MüKoAktG/Pentz Rn. 180; Schmidt/Lutter/Seibt Rn. 61; NK-AktR/Braunfels Rn. 46.

<sup>180</sup> Vgl. RGZ 165, 192 (205); BGHZ 3, 285 (288) = NJW 1952, 97; BGHZ 13, 320 (321) = NJW 1954, 1562; Hüffer/Koch/Koch Rn. 41; Schmidt/Lutter/Seibt Rn. 59; BeckOGK/Limmer Rn. 56; nach MüKoAktG/Pentz Rn. 177 ist maßgebliche Zäsur die Bestellung des ersten Aufsichtsrats.

<sup>181</sup> Vgl. RGZ 166, 51 (58); BGHZ 13, 320 (321) = NJW 1954, 1562; Hüffer/Koch/Koch Rn. 41; Schmidt/Lutter/Seibt Rn. 59.

<sup>182</sup> StRspr, vgl. zB BGHZ 3, 285 (288) = NJW 1952, 97; BGHZ 13, 320 (322 f.) = NJW 1954, 1562; aA Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 163; MüKoAktG/Pentz Rn. 178.

<sup>183</sup> Vgl. BGHZ 3, 285 (287 f.) = NJW 1952, 97; BGHZ 13, 320 (324) = NJW 1954, 1562; BeckOGK/Limmer Rn. 56; Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 160.

<sup>184</sup> Vgl. RGZ 82, 375 (378 f.); BGHZ 21, 378 (382 f.) = NJW 1957, 19; Hüffer/Koch/Koch Rn. 42; MüKoAktG/Pentz Rn. 182; Schmidt/Lutter/Seibt Rn. 60.

sige Befristungen und Bedingungen bei der Beitritts- und Übernahmeverklärung.<sup>185</sup> Auch Mängel, die zu einer Nichtzurechenbarkeit der Erklärung führen, stellen das Entstehen der Gesellschaft infolge der Eintragung nicht in Frage. Bei vollmachtloser Vertretung, die vom Vertretenen nicht genehmigt wird, bei Handeln unter fremden Namen oder Unterschriftsfälschung wird der handelnde Dritte Aktionär, kann aber zur Übertragung der übernommenen Aktien auf die Gründer verpflichtet sein.<sup>186</sup> Ein geschäftsunfähiger Gründer und ein nicht ordnungsgemäß vertretener minderjähriger Gründer werden nach der Rspr.<sup>187</sup> nicht Aktionär der Gesellschaft. In diesem Fall ist die Neufassung der Satzung unter gleichzeitiger Übernahme der auf den ausgefallenen Gründer entfallenden Aktien durch andere Gründer oder einen Dritten (§ 23 Abs. 1, 2 Nr. 1 und 2) erforderlich. Ist dies nicht möglich und scheidet auch eine Anpassung des Grundkapitals durch Kapitalherabsetzung aus, ist die Gesellschaft aufzulösen.<sup>188</sup>

- 38 b) Mängel einzelner Satzungsbestandteile.** Die Ausnahmen zu dem Grundsatz, dass Mängel einzelner Satzungsbestandteile nach Eintragung der Gesellschaft deren Bestand unberührt lassen, sind abschließend in § 275 und in den §§ 397, 398 FamFG und § 399 FamFG geregelt. Die Aktionäre und jedes Mitglied der Verwaltung können nur dann Nichtigkeitsklage erheben, wenn die Satzung keine Bestimmungen über die Höhe des Grundkapitals (vgl. § 23 Abs. 3 Nr. 3; → Rn. 24) oder über den Gegenstand des Unternehmens (vgl. § 23 Abs. 3 Nr. 2; → Rn. 21) enthält oder die Bestimmungen der Satzung über den Gegenstand des Unternehmens nichtig sind (§ 275 Abs. 1 S. 1). Dabei kann ein den Unternehmensgegenstand betreffender Mangel durch Satzungsänderung geheilt werden (§ 276). Ferner kann das Registergericht in den vorgenannten Fällen die Gesellschaft von Amts wegen löschen (vgl. § 397 FamFG). Fehlende oder nichtige Bestimmungen nach § 23 Abs. 3 Nr. 1 (→ Rn. 20), Nr. 4 (→ Rn. 25), Nr. 5 (→ Rn. 26) und Nr. 6 (→ Rn. 27) sowie eine nichtige Bestimmung nach § 23 Abs. 3 Nr. 3 können darüber hinaus zur Auflösung der Gesellschaft nach § 399 FamFG iVm § 262 Abs. 1 Nr. 5 führen, wenn der Mangel trotz Aufforderung durch das Registergericht nicht beseitigt wird. Sind die Voraussetzungen eines der in der Praxis seltenen vorstehend genannten Ausnahmefälle nicht gegeben, können die Aktionäre oder Organmitglieder lediglich gemäß § 256 ZPO Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der betreffenden Satzungsregelung erheben.<sup>189</sup> Nach Ablauf von drei Jahren nach Eintragung sind Mängel von Satzungsbestandteilen geheilt (§ 242 Abs. 2 analog).<sup>190</sup> Trotz dieser Heilung kann das Registergericht von Amts wegen die gesetzeswidrige, gleichwohl zwischenzeitlich wirksam gewordene Satzungsbestimmung löschen (§ 242 Abs. 2 S. 3 iVm § 398 FamFG).<sup>191</sup>

## VII. Schuldrechtliche Nebenabreden

- 39 1. Begriff und Inhalt.** Schuldrechtliche oder „satzungsergänzende“ Nebenabreden werden Vereinbarungen genannt, die Aktionäre vor, bei oder nach der Gründung einer Aktiengesellschaft außerhalb der Satzungsurkunde treffen und in denen sie ihre Rechtsverhältnisse untereinander oder zur Gesellschaft regeln.<sup>192</sup> Gegenstand solcher Nebenabreden sind in der Praxis insbesondere die Besetzung und Besoldung der Gesellschaftsorgane, die Beschränkung und Öffnung des Kreises der Aktionäre durch Vorkaufs- und Vorerwerbsrechte, die Regelung von Finanzierungsbeiträgen über die Einlagepflicht hinaus und Stimmbindungen.<sup>193</sup> Gegenstand schuldrechtlicher Nebenabreden können auch Regelungen sein, die als Satzungsbestandteil unzulässig wären;<sup>194</sup> unzulässig sind jedoch Nebenabreden, deren Gegenstand notwendiger Satzungsinhalt ist.<sup>195</sup>
- 40 2. Bedeutung und Rechtsnatur.** Schuldrechtliche Nebenabreden sind insbesondere bei personalistisch strukturierten Gesellschaften und bei „Joint Ventures“ von Bedeutung, weil sie neben den durch die Satzung gewährten Möglichkeiten weitere Einflussnahmemöglichkeiten auf die Gesellschaft

<sup>185</sup> Vgl. MüKoAktG/Pentz Rn. 183.

<sup>186</sup> Vgl. MüKoAktG/Pentz Rn. 184; Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 168; NK-AktR/Braunfels Rn. 53.

<sup>187</sup> Vgl. BGH WM 1980, 866 f. zur GmbH; aA MüKoAktG/Pentz Rn. 188; Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 167; NK-AktR/Braunfels Rn. 53 Fn. 157.

<sup>188</sup> Vgl. MüKoAktG/Pentz Rn. 188; NK-AktR/Braunfels Rn. 53.

<sup>189</sup> Hüffer/Koch/Koch § 275 Rn. 18.

<sup>190</sup> BGHZ 144, 365 (368) = NJW 2000, 2819.

<sup>191</sup> Vgl. BGHZ 144, 365 (368) = NJW 2000, 2819.

<sup>192</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 195; Hüffer/Koch/Koch Rn. 45; Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 172; MHdB AG/Sailer-Coceani § 6 Rn. 13.

<sup>193</sup> MHdB AG/Sailer-Coceani § 6 Rn. 13; Hüffer/Koch/Koch Rn. 45; MüKoAktG/Pentz Rn. 196, jeweils mwN.

<sup>194</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 196; NK-AktR/Braunfels Rn. 57.

<sup>195</sup> HK-AktG/Körber Rn. 53; vgl. BeckOGK/Limmer Rn. 60, 62.

gewähren. Darüber hinaus unterliegt ihr Gegenstand nicht der Publizität des Handelsregisters. Da für sie nicht die Formvorschriften des Aktienrechts und insbesondere nicht § 23 Abs. 1, §§ 179 ff. gelten, können sie mit Zustimmung aller Beteiligten flexibel geändert werden. Schuldrechtliche Nebenabreden sind zwei- oder mehrseitige schuldrechtliche Verträge, die in der Regel – wegen der gemeinsamen Zweckverfolgung – zu einer (Innen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts führen.<sup>196</sup> Für ihre Auslegung gelten die §§ 133, 157 BGB; die Folgen einer Vertragsverletzung richten sich nach den allgemeinen Regelungen über Leistungsstörungen. Ob die Gesellschaft aus der Nebenabrede eigene Rechte erwerben soll, richtet sich ausschließlich nach § 328 BGB.<sup>197</sup> Schuldrechtliche Nebenabreden gehen bei der Veräußerung von Aktien nicht automatisch auf den eintretenden Aktionär über; insoweit ist eine Vertragsübernahme erforderlich.<sup>198</sup>

**3. Verhältnis zur Satzung.** Schuldrechtliche Nebenabreden sind von der Satzung unabhängige 41 Rechtsgeschäfte. Dies gilt auch dann, wenn alle Aktionäre einer Gesellschaft an ihnen beteiligt sind. Schuldrechtliche Nebenabreden haben keine Bedeutung für die Auslegung der Satzung. Sie können Inhalt und Umfang der gesellschaftlichen Treuepflicht nicht beeinflussen.<sup>199</sup> Entgegen der älteren BGH-Rspr. zur GmbH<sup>200</sup> kann ein Hauptversammlungsbeschluss auch dann nicht wegen entgegenstehender schuldrechtlicher Nebenabreden angefochten werden, wenn alle Aktionäre an deren Abschluss beteiligt waren.<sup>201</sup> Denn die Verletzung schuldrechtlicher Vereinbarungen kann nur schuldrechtliche Rechtsfolgen haben.

## VIII. Sonstiges

**1. Kosten.** Die Notargebühren für die Beurkundung der Feststellung der Satzung und der Über- 42 nahmeerklärung bestimmen sich nach KV 21100 GNotKG oder KV 21200 GNotKG. Bei einer Mehrpersonengründung fällt eine 2,0 Gebühr nach KV 21100 GNotKG, bei einer Einpersonengründung eine 1,0 Gebühr nach KV 21200 GNotKG an. Der Geschäftswert richtet sich nach § 97 Abs. 1 GNotKG. Maßgeblich ist grundsätzlich die Höhe des Grundkapitals; übersteigt der Ausgabebetrag der Aktien den Nennbetrag des Grundkapitals, ist der Ausgabebetrag maßgeblich.<sup>202</sup> Ein in der Satzung vorgesehenes genehmigtes Kapital wird hinzugerechnet.<sup>203</sup> Der Geschäftswert der Feststellung der Satzung beträgt jedoch höchstens 10.000.000 Euro (§ 107 Abs. 1 S. 1 GNotKG). Die Übernahme der Aktien durch die Gründer ist Bestandteil der Satzung und daher nicht gesondert zu bewerten. Bei Mitbeurkundung der Beschlüsse über die Bestellung des ersten Aufsichtsrates und des ersten Abschlussprüfers im Gründungsprotokoll gilt Folgendes: Diese Beschlüsse haben einen anderen Beurkundungsgegenstand als die Feststellung der Satzung (vgl. § 110 Nr. 1 GNotKG), werden jedoch untereinander kostenrechtlich wie ein Beschluss behandelt, wenn und soweit – zB zum Aufsichtsrat – keine Einzelwahlen stattfinden (§ 109 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GNotKG).<sup>204</sup> Der Geschäftswert beläuft sich auf 1% des Grundkapitals (ohne genehmigtes Kapital), mindestens 30.000 Euro (§ 108 Abs. 1 S. 1 GNotKG, § 105 Abs. 4 Nr. 1 GNotKG), höchstens aber 5.000.000 Euro (108 Abs. 5 GNotKG). Bei einer Mehrpersonengründung werden die nach vorstehenden Maßgaben ermittelten Geschäftswerte der Feststellung der Satzung und der Beschlüsse über die Bestellung des ersten Aufsichtsrates und des ersten Abschlussprüfers addiert (§ 35 Abs. 1 GNotKG) und aus der Summe der Beträge eine 2,0 Gebühr gemäß KV 21100 GNotKG erhoben. Bei einer Einpersonengründung fällt neben der 1,0 Gebühr gemäß KV 21200 GNotKG für die Feststellung der Satzung eine 2,0 Gebühr gemäß KV 21100 GNotKG für die Beschlüsse über die Bestellung des ersten Aufsichtsrates und des ersten Abschlussprüfers an, insgesamt jedoch höchstens ein Betrag, der einer 2,0 Gebühr aus der Summe der Geschäftswerte für Feststellung der Satzung und den vorgenann-

<sup>196</sup> Vgl. MüKoAktG/Pentz Rn. 198; Hüffer/Koch/Koch Rn. 46; NK-AktR/Braunfels Rn. 56; HK-AktG/Körper Rn. 50; MHD AG/Sailer-Coceani § 6 Rn. 13.

<sup>197</sup> Hüffer/Koch/Koch Rn. 46; vgl. HK-AktG/Körper Rn. 52.

<sup>198</sup> Hüffer/Koch/Koch Rn. 46; Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 177; NK-AktR/Braunfels Rn. 56; HK-AktG/Körper Rn. 51.

<sup>199</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 201; Hüffer/Koch/Koch Rn. 47; Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 175; BeckOGK/Limmer Rn. 62.

<sup>200</sup> Vgl. BGH NJW 1983, 1910 (1911); 1987, 1890 (1891).

<sup>201</sup> Hüffer/Koch/Koch Rn. 47; Hüffer/Koch/Koch § 243 Rn. 10; NK-AktR/Braunfels Rn. 57; MHD AG/Sailer-Coceani § 6 Rn. 14 und MüKoAktG/Pentz Rn. 202, jeweils unter Hinweis auf BGHZ 123, 15 (20) = NJW 1993, 2246; vgl. OLG Stuttgart NZG 2001, 416 = BB 2001, 794.

<sup>202</sup> Korintenberg/Tiedtke GNotKG § 97 Rn. 85; vgl. LK-GNotKG/Heinze, 2. Aufl. 2016, GNotKG § 107 Rn. 10a.

<sup>203</sup> Korintenberg/Tiedtke GNotKG § 97 Rn. 79, 85; vgl. LK-GNotKG/Heinze GNotKG § 107 Rn. 10a.

<sup>204</sup> Vgl. OLG München RNotZ 2006, 69 = MittBayNot 2006, 444; OLG Zweibrücken RNotZ 2002, 463 = MittBayNot 2002, 312 zu § 47 KostO aF.

ten Beschlüssen entspricht (vgl. § 94 Abs. 1 GNotKG). Für die Beurkundung einer Gründungsvollmacht und für die Beglaubigung der Unterschriften unter einer vom Notar entworfenen Gründungsvollmacht fällt eine 1,0 Gebühr an (KV 21200 GNotKG bzw. KV 24101 GNotKG iVm § 92 Abs. 2 GNotKG). Für die Beglaubigung der Unterschriften unter einer nicht vom Notar entworfenen Gründungsvollmacht wird eine 0,2 Gebühr erhoben, mindestens 20 Euro, höchstens 70 Euro (KV 25100 GNotKG). Der Geschäftswert richtet sich sowohl bei der Beurkundung einer Gründungsvollmacht als auch bei der Beglaubigung der Unterschriften unter einer Gründungsvollmacht nach der Hälfte des Werts der Einlage, die der vertretene Gründer erbringt (§ 98 Abs. 1 und 2 GNotKG); der Geschäftswert ist jedoch höchstens mit 1.000.000 Euro anzunehmen (§ 98 Abs. 4 GNotKG). Kostenschuldner des Notars sind die Gründer als Gesamtschuldner (§§ 29, 30 Abs. 1 GNotKG, § 32 Abs. 1 GNotKG). Im Innenverhältnis zwischen der Gesellschaft und den Gründern können die Notarkosten als Teil der Gründungskosten von der Gesellschaft getragen werden (§ 26 Abs. 2). Zu den Kosten der Eintragung und Bekanntmachung der Aktiengesellschaft → § 38 Rn. 17.

- 43 **2. Mitteilungspflichten.** Übernimmt ein Gründer mehr als ein Viertel der Aktien oder eine Mehrheitsbeteiligung, löst dies die Mitteilungspflicht nach § 20 Abs. 1, 4 gegenüber der (Vor-)Gesellschaft aus, wenn es sich bei dem betreffenden Gründer um ein Unternehmen im Sinne des Rechts der verbundenen Unternehmen handelt.<sup>205</sup> Auch nur mittelbar beteiligte Unternehmen sind mitteilungs pflichtig.<sup>206</sup>

### IX. Exkurs: Vorratsgesellschaften und Mantelgesellschaften

- 44 **1. Einführung.** Seit der flächendeckenden Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs mit dem Handelsregister zum 1.1.2007 (vgl. § 12 HGB) durch das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) vom 10.11.2006 (BGBl. 2006 I 2553) haben sich die Bearbeitungszeiten bei den Registergerichten und damit auch die Eintragungszeiten für neu gegründete Kapitalgesellschaften verkürzt. Dennoch kann nach wie vor in der Praxis das Bedürfnis nach einer unmittelbar, dh ohne Gründungsformalitäten verfügbaren Kapitalgesellschaft, die bereits im Handelsregister eingetragen ist, bestehen, wenn eine sofortige Geschäftsaufnahme erforderlich ist und die in der Gründungsphase bestehenden Haftungsgefahren vermieden werden sollen.<sup>207</sup> In diesem Zusammenhang wurden lange Zeit die Frage der Zulässigkeit der Gründung von Gesellschaften für solche Fälle „auf Vorrat“ sowie die Anforderungen an die Verwendung solcher „Vorratsgesellschaften“ und an die „Wiederverwendung“ ehemals tätiger, nun aber unternehmensloser Gesellschaften („Mantelgesellschaften“) diskutiert,<sup>208</sup> bis der BGH im Anschluss an seine Entscheidung vom 16.3.1992<sup>209</sup> mit zwei Beschlüssen vom 9.12.2002<sup>210</sup> und vom 7.7.2003<sup>211</sup> in wesentlichen Punkten für Klarheit gesorgt hat. Auch wenn lediglich die Entscheidung vom 16.3.1992 zu einer Vorrats-AG erging und die Entscheidungen vom 9.12.2002 sowie vom 7.7.2003 die Vorrats-GmbH und die Verwendung eines GmbH-„Mantels“ betrafen, gelten die Grundsätze der neuen Rspr. des BGH – unter Berücksichtigung der jeweiligen rechtsformspezifischen Besonderheiten – gleichermaßen für Aktiengesellschaften wie auch für Gesellschaften mit beschränkter Haftung.<sup>212</sup>

- 45 **2. Begriffe und Problemstellung.** Unter einer **Vorratsgesellschaft** wird eine Gesellschaft verstanden, die nach ihrer Errichtung vorerst – mit Ausnahme der Verwaltung des eigenen Vermögens – kein Unternehmen betreiben soll.<sup>213</sup> Eine solche Vorratsgründung – auch „Mantelgründung“ genannt<sup>214</sup> – ist nach ganz hM zulässig, wenn sie „offen“ betrieben und als Unternehmensgegenstand ausschließlich die Verwaltung eigenen Vermögens in die Satzung aufgenommen wird.<sup>215</sup> Wird die

<sup>205</sup> BGH NZG 2006, 505 Rn. 13; MüKoAktG/Pentz Rn. 194; Hüffer/Koch/Koch § 20 Rn. 2.

<sup>206</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 194; Hüffer/Koch/Koch § 20 Rn. 3; MHDb AG/Krieger § 69 Rn. 120; vgl. BGHZ 114, 203 (217) = NJW 1991, 2765.

<sup>207</sup> Vgl. Werner NZG 2001, 397 (398); Schaub NJW 2003, 2125.

<sup>208</sup> Vgl. die Darstellung über die Entwicklung der Diskussion und den aktuellen Meinungsstand bei MüKoAktG/Pentz Rn. 87 ff.

<sup>209</sup> BGHZ 117, 323 = NJW 1992, 1824.

<sup>210</sup> BGHZ 153, 158 = NJW 2003, 892.

<sup>211</sup> BGHZ 155, 318 = NJW 2003, 3198.

<sup>212</sup> BeckOGK/Limmer Rn. 69; MüKoAktG/Pentz Rn. 95; Gerber Rpfleger 2004, 469 (469); vgl. BGHZ 153, 158 (161).

<sup>213</sup> Vgl. BeckOGK/Limmer Rn. 63; MüKoAktG/Pentz Rn. 87; Hüffer/Koch/Koch Rn. 25.

<sup>214</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 87; Hüffer/Koch/Koch Rn. 25.

<sup>215</sup> BGHZ 117, 323 (335 f.) = NJW 1992, 1824; Hüffer/Koch/Koch Rn. 25; MüKoAktG/Pentz Rn. 91; Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 93; BeckOGK/Limmer Rn. 63; NK-AktR/Braunfels Rn. 27.

Vorratsgründung hingegen „**verdeckt**“, dh unter Angabe eines fiktiven oder ernstlich nicht gewollten Unternehmensgegenstandes vorgenommen, führt dies zur Nichtigkeit der Satzung und damit zur Nichtigkeit der Gründung insgesamt.<sup>216</sup> Eine „verdeckte“ Vorratsgründung soll auch dann vorliegen, wenn die Absicht der Gründer nicht darauf gerichtet ist, einen entsprechenden Geschäftsbetrieb innerhalb eines absehbaren Zeitraums unter Berücksichtigung der üblichen Anlaufzeiten aufzunehmen.<sup>217</sup> Von der Vorratsgründung zu unterscheiden ist die spätere Verwendung der Vorratsgesellschaft – im Folgenden: **Verwendung einer Vorratsgesellschaft** – im Rechtsleben. Diese wird ebenso als „Mantelverwendung“ bezeichnet<sup>218</sup> wie die „Wiederbelebung“ einer ursprünglich unternehmerisch tätigen, nunmehr aber unternehmenslosen Gesellschaft (sog. „Mantelgesellschaft“<sup>219</sup> oder „alter Mantel“<sup>220</sup>) – im Folgenden: **Verwendung einer „Mantelgesellschaft“** –. In beiden – rechtlich gleich zu behandelnden<sup>221</sup> – Fällen liegt bei einer „Aktivierung“ der betreffenden Gesellschaft formal keine Gesellschaftsgründung vor. Obwohl die Gesellschaft – vergleichbar einer neu gegründeten Gesellschaft – erstmals (wieder) im Rechtsverkehr gegenüber Dritten (Vertragspartnern und Gläubigern) auftritt, ist die reale Aufbringung der gesetzlich vorgeschriebenen Mindestkapitalausstattung der Gesellschaft als Ausgleich für die Beschränkung ihrer Haftung auf das Gesellschaftsvermögen zu diesem Zeitpunkt ohne weiteres nicht gewährleistet. Diese Schutzlücke ist nach der nun gefestigten Rspr. und der überwiegenden Lit. sowohl bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft als auch bei der einer Mantelgesellschaft durch eine **entsprechende Anwendung der die Kapitalausstattung betreffenden Gründungsvorschriften** und eine entsprechende **registergerichtliche Kontrolle** zu schließen, sofern die Voraussetzungen einer sog. „**wirtschaftlichen Neugründung**“ erfüllt sind.<sup>222</sup> Zwischenzeitlich wird als weitere Fallgestaltung, bei der eine „wirtschaftliche Neugründung“ in Betracht kommt, die „Mutation zur Vorratsgesellschaft“ – bei deren anschließender Verwendung – erörtert, die dadurch gekennzeichnet ist, dass bei Gründung der Gesellschaft die Absicht zur zeitnahen Verwirklichung des Unternehmensgegenstandes besteht, dann aber zwischen Eintragung und tatsächlicher Aufnahme der Geschäfte ein (zu) langer Zeitraum vergeht.<sup>223</sup>

**3. Abgrenzung einer „wirtschaftlichen Neugründung“ von einer Umorganisation oder Sanierung.** Für die Abgrenzung einer „wirtschaftlichen Neugründung“ von einer bloßen Umorganisation oder Sanierung einer bereits bestehenden Gesellschaft ist entscheidend, ob die Gesellschaft bereits ein aktives Unternehmen betrieben hat und noch betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebes – sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung des Tätigkeitsgebietes – in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpft, oder ob es sich tatsächlich um eine von Anfang an (bei Vorratsgesellschaft) bzw. inzwischen (bei Mantelgesellschaft) unternehmenslose Gesellschaft ohne Geschäftsbetrieb („inhaltslose Hülle“) handelt, die ihren – neuen oder alten – Gesellschaftern nur dazu dient, unter Vermeidung der rechtlichen Neugründung und unter Verwendung einer die beschränkte Haftung gewährleistenden Kapitalgesellschaft eine gänzlich neue Geschäftstätigkeit – ggf. wieder – aufzunehmen.<sup>224</sup> Nur im zweiten Fall liegt eine „wirtschaftliche Neugründung“ vor. Lediglich **Indizien** für eine wirtschaftliche Neugründung sind die mit dieser regelmäßig einhergehenden eintragungspflichtigen Änderungen des Unternehmensgegenstandes und der Firma sowie die Verlegung des Gesellschaftssitzes und die Neubestellung von Organmitgliedern.<sup>225</sup> **Kennzeichnend** für eine „wirtschaftliche Neugründung“ ist allein – unabhängig vom Vorliegen einzelner oder aller

<sup>216</sup> BGHZ 117, 323 (333 f.) = NJW 1992, 1824; Hüffer/Koch/Koch Rn. 25; MüKoAktG/Pentz Rn. 91; Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 93; Schmidt/Lutter/Seibt Rn. 40; NK-AktR/Braunfels Rn. 27; *Winnen* RNotZ 2013, 389 (392).

<sup>217</sup> BGHZ 117, 323 (334 f.) = NJW 1992, 1824; aA wohl OLG Stuttgart ZIP 1992, 250 (252); vgl. ferner *Melchior AG* 2013, R223 (R223 ff.), der hinsichtlich der Offenlegung zwischen Verwendung einer Vorratsgesellschaft und Verwendung einer Mantelgesellschaft differenziert.

<sup>218</sup> Vgl. BGHZ 153, 158 (160) = NJW 2003, 892; MüKoAktG/Pentz Rn. 88.

<sup>219</sup> *Gerber Rpfleger* 2004, 469 (469); vgl. auch *Nolting* ZIP 2003, 651; *Heidinger* ZNotP 2003, 82 (83); *Schau* NJW 2003, 2125 (2126).

<sup>220</sup> Vgl. BGHZ 155, 318 (322) = NJW 2003, 3198.

<sup>221</sup> BGHZ 192, 341 Rn. 9 = NZG 2012, 359; MüKoAktG/Pentz Rn. 98; vgl. Hüffer/Koch/Koch Rn. 25.

<sup>222</sup> BGHZ 153, 158 (161) = NJW 2003, 892; BGHZ 155, 318 (321 f.) = NJW 2003, 3198; vgl. auch OLG Jena NZG 2004, 1114; ZIP 2007, 124; OLG Köln ZIP 2008, 973; OLG Schleswig NZG 2007, 75; MüKoAktG/Pentz Rn. 96 ff.; BeckOGK/Limmer Rn. 64 ff.; Schmidt/Lutter/Seibt Rn. 39 ff., jeweils mwN.

<sup>223</sup> *Goette DStR* 2010, 764 (765); DNotl-Report 2011, 1 (2 ff.); *Apfelbaum* notar 2011, 279 (280); *Winnen* RNotZ 2013, 389 (396 f.); diff. und insoweit krit. BeckOGK/Stilz/Limmer Rn. 67; abl. *Bachmann* NZG 2011, 441 (447).

<sup>224</sup> StRspr seit BGHZ 155, 318 (324) = NJW 2003, 3198; bestätigt zB in BGH NJW 2010, 1459 Rn. 6 ff. = NZG 2010, 427; BGHZ 192, 341 Rn. 11 = NZG 2012, 359.

<sup>225</sup> Vgl. BGHZ 153, 158 (163) = NJW 2003, 892; BGHZ 155, 318 (325) = NJW 2003, 3198; HK-AktG/Körber § 179 Rn. 24; BeckOGK/Limmer Rn. 66; MüKoAktG/Pentz Rn. 101.



der vorgenannten Indizien – die bisherige oder aktuelle „**Unternehmenslosigkeit**“ der Gesellschaft bzw. das **Fehlen eines Geschäftsbetriebs**.<sup>226</sup> An einer solchen „Unternehmenslosigkeit“ fehlt es jedoch bereits dann, wenn die Gesellschaft nach Registereintragung konkrete Aktivitäten zur Planung und Vorbereitung der Aufnahme ihrer nach außen gerichteten Geschäftstätigkeit im Rahmen des statuarischen Unternehmensgegenstandes entfaltet.<sup>227</sup> Denn die Anwendung der aus Gründen des Gläubigerschutzes entwickelten Regeln der „wirtschaftlichen Neugründung“, mit denen der Gefahr der Umgehung der Gründungsvorschriften begegnet werden soll, ist nicht geboten, wenn die Gesellschaft mit Vorbereitungsmaßnahmen im Hinblick auf zukünftig in Aussicht genommene Geschäfte befasst ist.<sup>228</sup> Die Grundsätze der „wirtschaftlichen Neugründung“ finden auch in der **Liquidation** einer Gesellschaft Anwendung.<sup>229</sup> Jedoch ist allein die mit einer Fortführung beabsichtigte Zweckänderung von einer Abwicklungs- hin zu einer werbenden Gesellschaft als solche (noch) keine „wirtschaftliche Neugründung“, weil die aufgelöste Gesellschaft nicht per se ein unternehmensleerer Mantel ist.<sup>230</sup> Die eine „leere Hülle“ ausschließende andauernde aktive unternehmerische Tätigkeit ist nicht stets mit dem dem Unternehmensgegenstand entsprechenden operativen Geschäft gleichzusetzen. In der Abwicklungsphase ist vielmehr darauf abzustellen, ob noch nennenswerte Liquidationsaufgaben wahrgenommen werden, die auf den Schluss der Liquidation zusteuern, oder ob die Abwicklung über längere Zeit nicht mehr betrieben wurde und deshalb vom Vorliegen eines leeren Geschäftsmantels ohne Geschäftsbetrieb auszugehen ist.<sup>231</sup> Bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft im Sinne der Aufnahme eines über die Verwaltung eigenen Vermögens hinausgehenden Geschäftsbetriebs liegen die Voraussetzungen für eine wirtschaftliche Neugründung immer vor.<sup>232</sup> Bei „Alt-Gesellschaften“ kann die Abgrenzung zwischen einer „wirtschaftlichen Neugründung“ und einer bloßen Umorganisation im Einzelfall in der Praxis mit Problemen verbunden sein.<sup>233</sup>

47 **4. Einzelfragen.** Für das bei Vorliegen einer „wirtschaftlichen Neugründung“ heranzuziehende „Gründungsrecht für die Verwendung von Vorrats- und Mantelgesellschaften“ ist im Grundsatz von der entsprechenden Anwendung der Bestimmungen über das Gründungsverfahren auszugehen. Dabei treten die „**Verwender**“ der Gesellschaft, dh die Aktionäre zum Zeitpunkt der „wirtschaftlichen Neugründung“, an die Stelle der Gründer und die Offenlegung der „wirtschaftlichen Neugründung“ an die Stelle der Anmeldung der neu gegründeten Gesellschaft (§ 37); die Prüfung des Registergerichts erfolgt entsprechend den Maßstäben bei der Eintragung einer neu errichteten Gesellschaft (§ 38). Im Einzelnen gilt ferner Folgendes:

48 **a) Kapitalaufbringung.** Die erforderliche Kapitalausstattung bei der Verwendung von „Vorrats“- oder „Mantelgesellschaften“ richtet sich nach §§ 7, 36, 36a. Sie ist nicht auf das gesetzliche Mindestkapital beschränkt,<sup>234</sup> sondern bemisst sich nach dem **satzungsmäßigen Grundkapital**.<sup>235</sup> Ausreichend aber auch erforderlich ist, wenn das satzungsmäßige Grundkapital – abzüglich eventuell mit der Satzung übernommener Gründungskosten – wertmäßig in Form von Bar- und bzw. oder Sachvermögen vorhanden ist.<sup>236</sup> Soweit bei der Gesellschaft noch Restvermögen vorhanden ist, ist es auf die Einlageverpflichtungen anzurechnen; eine Überschuldung der Gesellschaft erhöht die Einlageverpflichtungen.<sup>237</sup> Ungeklärt ist insoweit die Bedeutung eines in der Satzung vorgesehenen, bei der

<sup>226</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 100; Hüffer/Koch/Koch Rn. 27d; BeckOGK/Limmer Rn. 67; vgl. Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 99; aA NK-AktR/Braunfels Rn. 30; vgl. Jeep NZG 2012, 1209 (1214 f.), der mit beachtlichen Gründen als weitere Voraussetzung für „wirtschaftliche Neugründung“ den Erwerb von Anteilen an unternehmensloser Gesellschaft verlangt.

<sup>227</sup> BGH NJW 2010, 1459 Rn. 2 = NZG 2010, 427; KG DStR 2012, 1817 = NJW-Spezial 2012, 561; Hüffer NJW 2011, 1772 (1774); Hüffer/Koch/Koch Rn. 27d; DNotl-Report 2011, 1 (2 f.); vgl. BGHZ 117, 323 (334 f.) = NJW 1992, 1824.

<sup>228</sup> BGH NZG 2014, 264 Rn. 14 = GmbHR 2014, 317; NJW 2010, 1459 Rn. 6 ff. = NZG 2010, 427.

<sup>229</sup> BGH NZG 2014, 264 Rn. 10 = GmbHR 2014, 317.

<sup>230</sup> BGH NZG 2014, 264 Rn. 13 = GmbHR 2014, 317.

<sup>231</sup> BGH NZG 2014, 264 Rn. 15 = GmbHR 2014, 317; iErg ebenso bereits KG DStR 2012, 1817 = NZG 2012, 1224; iErg zust. MüKoAktG/Pentz Rn. 101; NK-AktR/Braunfels Rn. 29.

<sup>232</sup> BGHZ 153, 158 (160 f.) = NJW 2003, 892; MüKoAktG/Pentz Rn. 101; Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 99.

<sup>233</sup> Vgl. *Winnen* RNotZ 2013, 389 (394 ff.) mwN.

<sup>234</sup> So aber OLG Schleswig NZG 2003, 35 (36) zur GmbH.

<sup>235</sup> BGHZ 155, 318 (326) = NJW 2003, 3198; BGHZ 192, 341 Rn. 28 = NZG 2012, 539; MüKoAktG/Pentz Rn. 106; Kölner Komm AktG/A. Arnold Rn. 102; BeckOGK/Limmer Rn. 70; Hüffer/Koch/Koch Rn. 27; *Winnen* RNotZ 2013, 389 (401); *Gerber* Rpfleger 2004, 469 (470).

<sup>236</sup> *Winnen* RNotZ 2013, 389 (404) mwN; vgl. BGHZ 155, 318 (321 ff.); OLG Nürnberg MittBayNot 2011, 417 Rn. 48 = GmbHR 2011, 582; BeckOGK/Limmer Rn. 70.

<sup>237</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 108; Hüffer/Koch/Koch Rn. 27; vgl. BGHZ 192, 341 Rn. 28 = NZG 2012, 539.