

AKTIENGESETZ

Sammlung Guttentag

Aktiengesetz

vom 6. September 1965

Kommentar

begründet von Freiherr von Godin und Dr. Hans Wilhelmi

4. Auflage

neubearbeitet von Sylvester WILHELMI

Rechtsanwalt, Frankfurt a. M.

Band I

§§ 1—178



1971

WALTER DE GRUYTER · BERLIN · NEW YORK

ISBN 3 11 003857 9

©

Copyright 1971 by

Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., Berlin 30. — Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der photomechanischen Wiedergabe, der Herstellung von Mikrofilmen und der Übersetzung, vorbehalten. — Printed in Germany. — Satz und Druck: Thormann & Goetsch, 1 Berlin 44

Dem Andenken an

Dr. Hans Wilhelmi

meinen Vater und Ratgeber

VORWORT ZUR 4. AUFLAGE

Die Entwicklung im Aktienrecht hat es mit sich gebracht, daß verschiedene Erweiterungen gegenüber der Voraufgabe vorgenommen werden mußten. Einige inzwischen eingetretene Gesetzesänderungen bedurften ebenfalls der Einarbeitung. Die seit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes erschienene, zum Teil recht umfangreiche Literatur und Rechtsprechung ist bis Januar 1971 berücksichtigt.

Bereits bei der dritten Auflage konnte einer der Mitbegründer des Kommentars — Freiherr von Godin — nicht mehr mitwirken. Vor der eigentlichen Ausarbeitung der 4. Auflage ist auch der zweite Mitbegründer — mein Vater Dr. Hans Wilhelmi — gestorben. Trotz seiner Krankheit hatte er sich bei seinen Ärzten die Erlaubnis erwirkt, Arbeiten für den Kommentar durchzuführen. Es war ihm aber nur noch vergönnt, einige Vorarbeiten zu leisten. Ich habe mich bemüht, auch sein Gedankengut im Kommentar zu erhalten.

Ich möchte an dieser Stelle allen danken, die sich bemüht haben, uns in unserer Arbeit zu unterstützen und diese zu erleichtern, insbesondere Fräulein Ulrike Brauer.

Frankfurt am Main, im März 1971

Sylvester Wilhelmi

INHALTSÜBERSICHT

BAND I

Erstes Buch

Aktiengesellschaft (§§ 1—277)

	§§		Seite
Erster Teil	1—22	Allgemeine Vorschriften	1
Zweiter Teil	23—53	Gründung der Gesellschaft	118
Dritter Teil	54—75	Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter	276
Vierter Teil	76—147	Verfassung der Aktiengesellschaft	401
1. Abschnitt	76—94	Vorstand	401
2. Abschnitt	95—116	Aufsichtsrat	511
3. Abschnitt	117	Benutzung des Einflusses auf die Gesellschaft	651
4. Abschnitt	118—147	Hauptversammlung	660
1. Unterabschnitt	118—120	Rechte der Hauptversammlung	660
2. Unterabschnitt	121—128	Einberufung der Hauptversammlung	685
3. Unterabschnitt	129—132	Verhandlungsniederschrift. Auskunftsrecht ...	736
4. Unterabschnitt	133—137	Stimmrecht	770
5. Unterabschnitt	138	Sonderbeschluß	818
6. Unterabschnitt	139—141	Vorzugsaktien ohne Stimmrecht	821
7. Unterabschnitt	142—147	Sonderprüfung. Geltendmachung von Ersatz- ansprüchen	834
Fünfter Teil	148—178	Rechnungslegung. Gewinnverwendung	868
1. Abschnitt	148—161	Aufstellung des Jahresabschlusses und des Ge- schäftsberichts	868
2. Abschnitt	162—171	Prüfung des Jahresabschlusses	992
1. Unterabschnitt	162—169	Prüfung durch Abschlußprüfer	992
2. Unterabschnitt	170—171	Prüfung durch den Aufsichtsrat	1032
3. Abschnitt	172—176	Feststellung des Jahresabschlusses. Gewinnver- wendung	1042
1. Unterabschnitt	172—173	Feststellung des Jahresabschlusses	1042
2. Unterabschnitt	174	Gewinnverwendung	1053
3. Unterabschnitt	175—176	Ordentliche Hauptversammlung	1060
4. Abschnitt	177—178	Bekanntmachung des Jahresabschlusses	1072

Inhaltsübersicht

BAND II

	§§		Seite
Sechster Teil	179—240	Satzungsänderung. Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und Kapitalherabsetzung	1083
1. Abschnitt	179—181	Satzungsänderung	1083
2. Abschnitt	182—221	Maßnahmen der Kapitalbeschaffung	1098
1. Unterabschnitt	182—191	Kapitalerhöhung gegen Einlagen	1098
2. Unterabschnitt	192—201	Bedingte Kapitalerhöhung	1137
3. Unterabschnitt	202—206	Genehmigtes Kapital	1166
4. Unterabschnitt	207—220	Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln	1193
5. Unterabschnitt	221	Wandelschuldverschreibungen. Gewinnschuldverschreibungen	1246
3. Abschnitt	222—240	Maßnahmen der Kapitalherabsetzung	1252
1. Unterabschnitt	222—228	Ordentliche Kapitalherabsetzung	1252
2. Unterabschnitt	229—236	Vereinfachte Kapitalherabsetzung	1286
3. Unterabschnitt	237—239	Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Aktien	1310
4. Unterabschnitt	240	Ausweis der Kapitalherabsetzung	1333
Siebenter Teil	241—261	Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen und des festgestellten Jahresabschlusses. Sonderprüfung wegen unzulässiger Unterbewertung	1336
1. Abschnitt	241—255	Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen	1336
1. Unterabschnitt	241—249	Allgemeines	1336
2. Unterabschnitt	250—255	Nichtigkeit bestimmter Hauptversammlungsbeschlüsse	1393
2. Abschnitt	256—257	Nichtigkeit des festgestellten Jahresabschlusses	1413
3. Abschnitt	258—261	Sonderprüfung wegen unzulässiger Unterbewertung	1428
Achter Teil	262—277	Auflösung und Nichtigerklärung der Gesellschaft	1454
1. Abschnitt	262—274	Auflösung	1454
1. Unterabschnitt	262—263	Auflösungsgründe und Anmeldung	1454
2. Unterabschnitt	264—274	Abwicklung	1465
2. Abschnitt	275—277	Nichtigerklärung der Gesellschaft	1509
Zweites Buch			
Kommanditgesellschaft auf Aktien (§§ 278—290)			1526

Inhaltsübersicht

Drittes Buch

Verbundene Unternehmen (§§ 291—338)

	§§		Seite
Erster Teil	291—307	Unternehmensverträge	1575
1. Abschnitt	291—292	Arten von Unternehmensverträgen	1575
2. Abschnitt	293—299	Abschluß, Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen	1604
3. Abschnitt	300—309	Sicherung der Gesellschaft und der Gläubiger	1636
4. Abschnitt	304—307	Sicherung der außenstehenden Aktionäre bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen	1657
Zweiter Teil	308—318	Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Abhängigkeit von Unternehmen	1695
1. Abschnitt	308—310	Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags	1695
2. Abschnitt	311—318	Verantwortlichkeit bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags	1705
Dritter Teil	319—327	Eingegliederte Gesellschaften	1757
Vierter Teil	328	Wechselseitig beteiligte Unternehmen	1797
Fünfter Teil	329—338	Rechnungslegung im Konzern	1805

Viertes Buch

Verschmelzung. Vermögensübertragung. Umwandlung (§§ 339—393)

Erster Teil	339—358	Verschmelzung	1854
1. Abschnitt	339—353	Verschmelzung von Aktiengesellschaften	1854
1. Unterabschnitt	340—352	Verschmelzung durch Aufnahme	1861
2. Unterabschnitt	353	Verschmelzung durch Neubildung	1919
2. Abschnitt	354	Verschmelzung von Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie von Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften	1933
3. Abschnitt	355—356	Verschmelzung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien	1935
4. Abschnitt	357—358	Verschmelzung einer bergrechtlichen Gewerkschaft mit einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien	1939
Zweiter Teil	359—361	Vermögensübertragung	1948

Inhaltsübersicht

	§§		Seite
Dritter Teil	362—393	Umwandlung	1958
1. Abschnitt	362—365	Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Kommanditgesellschaft auf Aktien	1958
2. Abschnitt	366—368	Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine Aktiengesellschaft	1967
3. Abschnitt	369—375	Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung	1971
4. Abschnitt	376—383	Umwandlung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine Aktiengesellschaft	2004
5. Abschnitt	384—385	Umwandlung einer bergrechtlichen Gewerkschaft in eine Aktiengesellschaft	2031
6. Abschnitt	385a—385c	Umwandlung einer Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts in eine Aktiengesellschaft	2035
7. Abschnitt	385d—385l	Umwandlung eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit in eine Aktiengesellschaft..	2038
8. Abschnitt	385m—385q	Umwandlung einer Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft	2049
9. Abschnitt	386—388	Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung	2054
10. Abschnitt	389—392	Umwandlung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine Kommanditgesellschaft auf Aktien	2056
11. Abschnitt	393	Umwandlung einer bergrechtlichen Gewerkschaft in eine Kommanditgesellschaft auf Aktien	2058

Fünftes Buch

Sonder-, Straf- und Schlußvorschriften (§§ 394—410)

Erster Teil	394—395	Sondervorschriften bei Beteiligung von Gebietskörperschaften	2059
Zweiter Teil	396—398	Gerichtliche Auflösung	2065
Dritter Teil	399—410	Straf- und Bußgeldvorschriften. Schlußvorschriften	2071
Einführungsgesetz zum Aktiengesetz			2099
Sachverzeichnis			2133

LITERATURVERZEICHNIS

- | | |
|-------------------------------|--|
| Adler-Düring-Schmaltz | Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft
4. Auflage, Stuttgart 1968 |
| Arch. ziv. Pr. | Archiv für zivilistische Praxis (Band und Seite) |
| Arb. u. Recht | Arbeit und Recht |
| BA | Bankarchiv, Zeitschrift für Bank und Börsenwesen
(Jahr und Seite) |
| Balsler | Die Aktiengesellschaft, Band 1, Baden-Baden 1966 |
| Ballerstedt | Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, 1949
(Jahr und Seite) |
| Bankbetrieb | Die Stimmabgabe im System unserer Rechtshandlungen |
| Bartholomeyczik | Baumbach — Duden — Kuzkommentar zu HGB,
13. Auflage 1959 |
| Baumbach HGB | Kurzkommentar zum Aktiengesetz 13. Auflage 1968
und Ergänzungsband 1970 |
| Baumbach-Hueck (B.-H.) | Betriebsberater (Jahr und Seite) |
| BB | Bergwerkszeitschrift |
| Bergwerkszeitschrift | BGH |
| BGH | Bundesgerichtshof und Entscheidungen des Bundesgerichtshofes (Band und Seite) |
| Benkhard | Patentgesetz, Kurzkommentar, 3. Auflage 1953 |
| BlIntPr | Blatt für internationale Praxis |
| Böttcher-Meilicke | Umwandlung und Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 5. Auflage 1958 |
| Boldt | Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle, München und Berlin 1952 |
| Brandt-Marowski | Registersachen |
| Brodmann | Kommentar zum Aktienrecht, 1928 |
| Brönner | Die Bilanz nach Handels- und Steuerrecht, 7. Auflage
Stuttgart 1968 |
| Crisolli-Groschuff-
Kämmel | Umwandlung und Löschung von Kapitalgesellschaften
1937 |
| Coing-Kronstein | Die nennwertlose Aktie als Rechtsproblem, Frankfurt
1959 |
| DB | Der Betrieb (Jahr und Seite) |

Literaturverzeichnis

- Deuss Das Auskunftsrecht des Aktionärs in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft nach § 112 AktG und das Problem der Aktienrechtsform, München und Berlin 1962
- DFG Deutsche freiwillige Gerichtsbarkeit (Jahr und Seite)
- DGemWR Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht (Jahr und Seite)
- Die AktGes. Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen (Jahr und Seite)
- Dietz Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 1953
- DJ Deutsche Justiz (Jahr und Seite)
- DJZ Deutsche Juristenzeitung (Jahr und Seite)
- DNZ Zeitschrift des deutschen Notarvereins (Jahr und Seite)
- Dose Die Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, 2. Auflage Hamburg 1968
- DR Deutsches Recht (Jahr und Seite)
- DRW Deutsche Rechtswissenschaft (Jahr und Seite)
- DRZ bis 1935 Deutsche Richterzeitung (Jahr und Seite); Nr. des Rechtssprechungsteiles ab 1946 Deutsche Rechtszeitschrift
- Düringer-Hachenburg Kommentar zum HGB, 3. Auflage 1932
- Ebenroth Das Auskunftsrecht des Aktionärs und seine Durchsetzung im Prozeß, Bielefeld 1970
- Eckart Die Substanzerhaltung industrieller Betriebe, Köln und Opladen 1963
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Auflage 1960
- Falkenhausen Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheitsherrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaften, 1967
- Filbinger Schranken der Mehrheitsherrschaft im Aktienrecht und Konzernrecht 1942
- Fitting-Kraegeloh-Auffahrt Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 7. Auflage Berlin und Frankfurt 1966
- Friedländer Das Konzernrecht
- Georgakopoulos Die Gründung der Aktiengesellschaft, Diss. 1959
- Gessler, Jörg Kommentar zum Aktiengesetz, Frankfurt am Main 1969
- Gierke Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 7. Auflage 1955
- GmbH-R. GmbH-Rundschau, Monatsschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Handelsrecht (Jahr und Seite)

Literaturverzeichnis

- Golling Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder für ihre Geschäftsführung innerhalb der nicht-konzerngebundenen Aktiengesellschaft Bad Schwartau 1969
- Grossfeld Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär 1968
- Großkomm. Großkommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage 1961 und teilweise 3. Auflage 1970 und 1971
- GRUR Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr und Seite)
- Hachenburg-Schilling Kommentar zum GmbH-Gesetz, 6. Auflage 1956
Handbuch für den Aufsichtsrat München 1971
HansRGZ Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitung (Jahr und Seite)
- HRR Höchstrichterliche Rechtsprechung (Band und Nummer)
- Hueck Der Treue-Gedanke im modernen Privatrecht 1947
- Hueck Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften 1924
- Hueck Das Recht der oHG
- Jahr und Stützel Aktien ohne Nennbetrag, 1963
- IherJahrb Jehrmlas-Jahrbücher (Jahr und Seite)
- JR Juristische Rundschau (Jahr und Seite)
- JW Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
- JZ Juristenzeitung (Jahr und Seite)
- KGJ Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (Band und Seite)
- Klausing Reform des Aktienrechts
- Klausing Aktiengesetz 1937
- Kölner-Komm. Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Köln, Berlin, Bonn, München 1970 und 1971
- Krieger-Lenz Firma und Handelsregister
- Kronstein-Claussen Publizität und Gewinnverteilung im neuen Aktienrecht, Frankfurt am Main 1960
- Kropff Aktiengesetz 1965
- Küster Inhalt und Grenzen der Rechte der Gesellschafter 1954
- Lehmann Heinrich Lehmann, Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 1959
- Lehmann (Dresdner Bank) Karlheinz Lehmann, Aktiengesetz 1965
- Lehmann-Hirsch Handelsgesetzbuch

Literaturverzeichnis

- Lind.-Möhr. Lindenmeyer-Möhring, Nachschlagewerk der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes (Gesetzesstelle und Nummer)
- Lobedanz Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittsgeschäfte 1938
- LZ Leipziger Zeitschrift (Jahr und Seite)
- MDR Monatsschrift für deutsches Recht (Jahr und Seite)
- Mestmäcker Verwaltung, Konzerngewalt und Recht der Aktionäre, 1958
- Möhr.-Schw. Möhring-Schwartz, Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung, 2. Auflage 1966
- Möhr.-Tank Möhring-Tank, Handbuch der Aktiengesellschaft
- Müller-Erzbach Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, 1948
- NJW Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
- NB Neue Betriebswirtschaft (Jahr und Seite)
- Neum.-D. Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, 1960
- Obermüller-Werner-Winden Aktiengesetz 1965, 1965
- Obermüller-Werner-Winden In die HV der AG — die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, Düsseldorf 1967
- OGH Entscheidungssammlung des obersten Gerichtshofes der britischen Zone (Band und Seite)
- OLGR Entscheidungshandlung der Oberlandesgerichte (Band und Seite)
- Neuhaus Die Haftung des Vorstandes einer beherrschten Aktiengesellschaft, S. 1970
- Rasch Deutsches Konzernrecht, 2. Auflage 1966
- Rath Die Schwierigkeiten bei der Ausübung der Gesamtvertretung beim Vorstand der Aktiengesellschaft, Diss. Köln 1965
- Rauch Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, 3. Auflage 1947
- Reimer Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, 2. Auflage 1947
- RG Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und Seite)
- RGR-Komm. Kommentar der Reichsgerichtsräte zum HGB, 2. Auflage
- RFH Entscheidungen des Reichsfinanzhofes (Band und Seite)
- Ritter Kommentar zum Aktiengesetz, 1939

Literaturverzeichnis

RJA	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
RStBl.	Reichssteuerblatt
RuW	Rechts- und Wirtschaftspraxis
Scheu	Das Auskunftsrecht des Aktionärs, Diss. Köln 1959
Schlegelberger	Kommentar zum Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit, 6. Auflage 1952
Schl.-Qu.	Schlegelberger-Quassowski-Herbig-Gessler-Hafermehl, Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage 1939
Schmaltz-Sauding-Forster	Formblätter für den Jahresabschluß, 1955
Schmolder-Geßler-Merkel	Kommentar zum GMBilG, 1950
Scholz	Ausschließung und Austritt aus der GmbH, 1950
Scholz	Kommentar zum GmbH-Gesetz 2./3. Auflage 1950
Sengelmann	Die Sachübernahme im Aktienrecht, Diss. 1965
Serik	Rechtsform und Realität juristischer Personen
Seuff.Arch.	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte (Band und Seite)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr und Seite)
Soz.Pr.	Sozialistische Praxis (Band und Seite)
Staub	Staub-Pinner, Kommentar zum HGB, 14. Auflage
Stein-Jonas	Stein-Jonas-Schönke, Kommentar zum ZPO, 18. Auflage
StuW	Steuer und Wirtschaft
Teichmann-Köhler	Aktiengesetz, 3. Auflage 1950
Trumpler	Die Bilanz der Aktiengesellschaft 1937
Volkswirt	Der Volkswirt (Jahr und Seite)
Warm.Rspr.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (Jahr und Nummer)
W	Das Wertpapier
Wiedemann	Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München und Berlin 1965
Wiesenhöfer	Die Kompetenzverteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat der deutschen Aktiengesellschaft, Diss. Köln 1960
Wilhelmi-Friedrich	Kleine Aktienrechtsreform 1960
Wirtz	Der Wirtschaftstreuhänder 1938
WM	Wertpapiermitteilungen (Jahr und Seite)
Wp	Die Wirtschaftsprüfung (Jahr und Seite)
Würdinger	Aktienrecht und Konzernrecht, 2. Auflage 1966

Literaturverzeichnis

ZAK
ZGHR (ZHR)
Zöllner

Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht
Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht
bei den privaten Personenverbänden, München und
Berlin 1963

AKTIENGESETZ

vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089 ff.)

Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz beschlossen:

ERSTES BUCH

Aktiengesellschaft

ERSTER TEIL

Allgemeine Vorschriften

§ 1

Wesen der Aktiengesellschaft

(1) Die Aktiengesellschaft ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen.

(2) Die Aktiengesellschaft hat ein in Aktien zerlegtes Grundkapital.

I. Übersicht (Anm. 1)

II. Die AG als Gesellschaft

1. Begriffsbestimmung (Anm. 2)

2. Die Treupflicht des Aktionärs
(Anm. 3—5)

3. Die eigene Rechtspersönlichkeit
(Anm. 6—12)

4. Die Einmangesellschaft (Anm. 13)

III. Das Grundkapital

1. Begriffsbestimmung (Anm. 14)

2. Zerlegung in Aktien

a) Nennbetrag (Anm. 15)

b) Rechtliche Selbständigkeit der
Aktie (Anm. 16)

IV. Haftung für die Verbindlichkeiten
der Gesellschaft

1. Grundsätzlicher Ausschluß der
Haftung (Anm. 17)

2. Die Durchgriffstheorie (Anm. 18)

I. Übersicht

Anm. 1: Wie schon im bisherigen Recht, hat der Gesetzgeber auf eine umfassende Begriffsbestimmung verzichtet und nur einige typische Merkmale als Wesen der Aktiengesellschaft im § 1 aufgeführt. Man kann darüber streiten, ob es die wichtigsten Merkmale sind, denn es gehört keineswegs

§ 1

Allgemeine Vorschriften

Anm. 1, 2

begrifflich zum Wesen einer Aktiengesellschaft, daß sie ein in Aktien zerlegtes Grundkapital hat, und daß das Mitgliedschaftsrecht, das in den Aktien verkörpert wird, auf das Grundkapital bezogen wird.

Die Vorschrift weicht in verschiedenen Punkten von dem früheren § 1 AktG 37 ab. Die wichtigste Änderung ist der Wegfall des Erfordernisses der Beteiligung mit Einlagen. Die jetzt zugelassene Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln hat zur Folge, daß Aktionäre Aktien erhalten, auf die Einlagen auf das erhöhte Grundkapital nicht geleistet worden sind (§§ 207 ff.). Es handelt sich hierbei um den gleichen Vorgang wie bei dem sogenannten Splitting (im amerikanischen Recht).

Die negative Bestimmung, daß die Gesellschafter nicht persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften, ist positiv ausgedrückt worden, womit inhaltlich das Gleiche zum Ausdruck kommt. Damit ist die alte Vorschrift des § 48 II AktG 37 überflüssig geworden.

Abs. 2 ist an dieser Stelle neu eingefügt. Es handelt sich um die alte Vorschrift des § 6 I AktG 37.

II. Die AG als Gesellschaft

1. Begriffsbestimmung

Anm. 2: Die Aktiengesellschaft ist ihrem Wesen nach eine Personenvereinigung. Ob sie als Verein oder Gesellschaft im Sinne des BGB anzusehen ist, war und bleibt streitig. Von besonderer praktischer Bedeutung ist dieser Streit allerdings nicht, denn § 1 bezeichnet die AG zwar als eine „Gesellschaft“, legt aber gleichzeitig fest, daß sie eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit ist, also keineswegs eine Gesellschaft des BGB nach §§ 705 ff. Indem das Gesetz die Aktiengesellschaft ausdrücklich als Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit bezeichnet, hat es die Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Gesellschaft auch hilfsweise abgelehnt, weil es offensichtlich den Rechtsstoff erschöpfend regeln wollte. Eine wichtige, aus der Rechtsnatur als Gesellschaft abzuleitende Folge, die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ist sogar ausdrücklich ausgeschlossen. Die Bestimmungen des BGB über die Gesellschaft sind allenfalls im Gründungszustand vor Eintragung der Gesellschaft anwendbar. Die §§ 26, 30, 31, 35, 43 BGB über Vereine dagegen sind anwendbar. (Meyer-Landrut in Großkomm. § 1 Anm. 4; Kölner Komm. Anm. 3). Die Anwendung insbesondere der §§ 30, 31 BGB ergibt sich aus der Fassung des Gesetzes, da die Bestimmungen nicht von der Rechtsnatur, sondern von der Struktur der juristischen Person bedingt sind. Bei der Haftung der AG nach § 31 BGB kommen jedoch nicht nur Personen in Betracht, die kraft Satzung für die AG tätig sind. Wenn dem Vertreter der juristischen Person wesensmäßige Funktionen zur eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen worden sind, ist der Begriff des

Vertreters nach § 31 BGB erfüllt. (BGH 49, 21; Meyer-Landrut in Großkomm. Anm. 4).

Vom Verein wird die Aktiengesellschaft durch Versachlichung der Mitglieder unterschieden. Anstelle der §§ 29 und 43 BGB s. §§ 85 und 396. Wichtiger war die Streitfrage für den Gründungsabschnitt (vgl. Huth JW 34, 2687; Anm. 4 zu § 29).

2. Die Treupflicht des Aktionärs

Anm. 3: Ein Teil der Rechtsprechung (RG 146, 71; 158, 25) und der Rechtslehre (Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht Anm. 38; Küster, Inhalt und Grenzen der Rechte der Gesellschafter; Schl.-Qu. § 4 Anm. 1) will in der Bezeichnung „Gesellschaft“ eine gesetzliche Anerkennung der sogenannten Treupflicht im Aktienrecht sehen. Aus der gesellschaftlichen Natur müsse sich ein Anspruch unter den Aktionären gegeneinander ergeben, den Gesellschaftszweck nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages zu fördern. Dieser Anspruch der Aktionäre untereinander besteht nicht. Sie stehen *untereinander* in keiner rechtlichen Beziehung (RG 158, 254; BGH 18, 365; Geßler Soz.Pr. 1938, 1450). Rechtsbeziehungen bestehen lediglich zwischen dem Aktionär und der Gesellschaft. Es kann daher auch bei der AG nicht wie bei den Personalgesellschaften ein Gesellschafter aus wichtigem Grund ausgeschlossen werden (BGH 9, 163).

Dagegen haben an anderer Stelle RG und BGH (BGH 14, 38) eine Treupflicht des Aktionärs *gegenüber der Gesellschaft* anerkannt und leiten hieraus das Verbot des Stimmenmißbrauchs ab. Gerade bei diesem ist aber u. E. der Gesichtspunkt einer aus der Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft abzuleitenden Treupflicht entbehrlich, weil hier ein anderer Gesichtspunkt eingreift. Die Aktiengesellschaft ist vom Recht als ein besonderes Lebewesen anerkannt, aber ein solches eigener Art, ohne eigenen Willen und eigene Handlungen. Sie ist darauf angewiesen, daß natürliche Personen an seiner Statt handeln und wollen. Um eine dem Interesse der Aktiengesellschaft dienenden vernünftigen Willensbildung der Aktiengesellschaft willen ist das Stimmrecht gegeben. Aus diesem Grunde heraus muß deshalb gefordert werden, daß die an ihrer Stelle wollenden und handelnden physischen Personen so wollen und handeln, wie sie selbst in der Lage der Aktiengesellschaft wollen und handeln würden. Dies gilt für alle Willensorgane der Aktiengesellschaft: Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung, bzw. die natürlichen Personen, aus denen sie sich zusammensetzen, ohne daß sich daran durch die Verteilung der Zuständigkeit etwas ändern würde. Mit Treue hat diese Forderung nichts zu tun. Sie ist vielmehr unmittelbar eine Folgerung aus der Anerkennung der Rechtspersönlichkeit und der Willensfähigkeit der Aktiengesellschaft. Durch sie wird das Stimmrecht inhaltlich bestimmt. Wer anders stimmt, sein Stimmrecht zu anderen Zwecken verwendet, handelt ohne Recht und mißbraucht es. Dieses

§ 1

Allgemeine Vorschriften

Anm. 3, 4

Handeln ohne Recht mag, auch wenn es eigensüchtig ist, hingehen, solange das Interesse der Aktiengesellschaft und der übrigen Gesellschafter dadurch nicht beeinträchtigt wird. Von dieser Grenze an wird der Mißbrauch aber unerträglich. Es ergibt sich deshalb nicht unter dem Gesichtspunkt der guten Sitten, sondern als aktienrechtliche Norm, daß ein Beschluß anfechtbar ist, wenn ein Aktionär bei der Abstimmung vorsätzlich gesellschaftsfremde Vorteile zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre verfolgt (§ 243 II). Es wäre nicht denknotwendig und ist auch mit der Annahme einer Treupflicht unvereinbar, daß das Gesetz dabei Halt gemacht und grundsätzlich eine Schadenersatzpflicht ausgeschlossen hat (§ 117 VII). Abweichend von diesem Grundsatz ist in den konzernrechtlichen Haftungsvorschriften der §§ 311, 317 das herrschende Unternehmen nicht von der Haftung für die Ausübung des Stimmrechts befreit. Hiervon abgesehen, besteht eine Schadenersatzpflicht aufgrund Abstimmung, wenn keine Schutzvorschrift (§ 405 III Nr. 2 und 3, Stimmenkauf, und § 405 III Nr. 1, strafbarer Stimmrechtsmißbrauch) verletzt ist, weder gegenüber der Gesellschaft noch gegenüber einem Minderheitsaktionär. Sie kann sich nur aus besonderen rechtlichen Beziehungen ergeben, wie Abstimmungsvereinbarungen (RG 119, 386; 133, 90) oder aus besonderer echter Treupflicht des Legitimationsaktionärs (§ 129 Anm. 4) gegenüber dem Legitimationsgeber. Nur ausnahmsweise bei schrankenloser Ausbeutung durch die Mehrheit, nämlich wenn diese sich Vorteile unmittelbar auf Kosten der anderen Gesellschafter verschafft und hierin ein Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden liegt, wird zugunsten der Minderheit § 826 BGB trotz § 117 VII für anwendbar gehalten (so auch Schmidt in Großkomm. § 1 Anm. 8b).

Anm. 4: Das Recht jedes Aktionärs auf Gleichbehandlung, die Geltung des Grundsatzes gleiches Recht für alle, wird gleichfalls oft aus der Treupflicht und aus Treu und Glauben abgeleitet oder als ein rechtspolitisches und rechtsethisches aktienrechtliches Prinzip anerkannt, das ohne weiteres zu gelten habe, denn die Treupflicht habe auch das Verhalten der Gesellschaft zu den Gesellschaftern zu bestimmen. Andere (Gierke § 63, 47; Raiser ZGHR 111, 84 ff.) begründen es mit dem genossenschaftlichen Ordnungsprinzip oder führen dafür gar den der Rechtsidee eigenen Gerechtigkeitsgrundsatz selbst an. Indessen ist das Recht auf Gleichbehandlung entsprechend seiner begrenzten Funktion starrer als das gleiche Recht der Geborenen nach § 1 BGB. Es bedeutet nicht, daß alle Aktionäre schlechthin gleich zu behandeln seien (vgl. BGH 33, 175 ff.), sondern daß die Gesellschafter bei gleichen Voraussetzungen nicht unterschiedlich behandelt werden dürfen. Der Gleichheitsgrundsatz ist von der Rechtsprechung (RG 132, 165; 149, 300; OHG BrZ NJW 1950, 427; BGH in Lind.-Möhr. § 35 BGB Nr. 1; BGH 20, 369; 21, 354; 33, 175 ff.; BVG im BB 62, 900 = Feldmühle-Urteil) und Rechtslehre (Enneccerus-Nip-

perdey S. 445; Meyer-Landrut in Großkomm. § 1 Anm. 36) als ein das gesamte Korporationsrecht und damit auch das Aktienrecht beherrschender Grundsatz anerkannt worden. Unter Umständen ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrag (auch Raiser a.a.O. unterwirft ja den Gleichheitsgrundsatz der Vertragsautonomie), daß die Aktionäre, wenn nicht im Gesellschaftsvertrag selbst eine unterschiedliche Behandlung vorgesehen ist, gleichmäßig zu behandeln sind, so daß der Aktiengesellschaft diese Pflicht durch die Satzung — das für sie maßgebende autonome Gesetz — in die Wiege gelegt ist. Diese Erkenntnis liegt wohl auch — vielleicht unbewußt — § 237 I S. 2 über die Zwangseinziehung zugrunde, wo der Schutz gegen ungleiche Behandlung noch gesteigert wird (vgl. Anm. 8 zu § 237). Die Gesellschaft muß sonach nach ihrem Lebensgesetz gleiches Recht für alle wollen und wer an ihrer Willensbildung beteiligt ist, muß ebenso wollen und dieses Gesetz beachten. Wer anders stimmt, handelt daher ohne Recht, auch wenn er nicht eine Treupflicht gegenüber dem Mitaktionär verletzt. Ein selbständiges zum Aktieninhalt gehörendes Recht (wie das Stimmrecht, Gewinnrecht usw.) ist das Recht auf Gleichbehandlung übrigens wohl nicht, sondern der Reflex der nach dem Gesellschaftsvertrag gleichen Rechtsstellung aller. Erst recht ist es kein selbständiges Sonderrecht. Ein Beschluß, der einen Teil der Aktionäre benachteiligt, bedarf nicht deren Einzelzustimmung und ist ohne diese nicht ihnen gegenüber unwirksam (Anm. 5 zu § 119; Anm. 2 zu § 179), sondern anfechtbar (§§ 243 II, 245 Nr. 3; jetzt auch Meyer-Landrut in Großkomm. Anm. 36 entgegen ihrer Vorauf.). Sonderfälle siehe Anm. 8 zu § 237 und Anm. 7 zu § 222.

Daß das Verhalten des Aktionärs außerhalb der Abstimmung sich nach einer allgemeinen Treupflicht zu richten habe, läßt sich auch nicht aus § 117 nachweisen (s. hierüber dort), da dort als Täter kein Aktionär vorausgesetzt wird.

Anm. 5: Aus dem Dargelegten ergibt sich, daß Fälle, für deren Lösung von verschiedenen Seiten die besondere Treupflicht im Aktienrecht eingeführt wurde, auch ohne diese Treupflicht gelöst werden können. Der allgemeine Rechtsgedanke, daß jede Rechtsausübung den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht widersprechen darf, gilt selbstverständlich auch im Aktienrecht. Er ist u. E. völlig ausreichend. Es darf nicht übersehen werden, daß die Aktiengesellschaft die Gesellschaftsform ist, die ihrem ganzen Zuschnitt nach am meisten auf einen Wechsel der Gesellschafter eingestellt ist; dieser gehört geradezu zu ihrem Wesen. In aller Regel wollen Personen, die Aktien erwerben, nicht mit ihren Mitaktionären in irgendwelche Rechtsbeziehungen treten. Sie wollen auch keine Treupflicht gegenüber der Gesellschaft eingehen, sondern sie behalten sich ganz selbstverständlich vor, durch Verkauf ihrer Aktien aus der Gesellschaft wieder auszuscheiden. Die rechtliche Konstruktion

§ 1

Allgemeine Vorschriften

Anm. 5, 6

einer Treupflicht, sowohl der Gesellschafter untereinander, wie auch gegenüber der Gesellschaft erscheint uns deshalb eine dem Wesen der Aktiengesellschaft völlig fremde Konstruktion (im Ergebnis ähnlich Meyer-Landrut in Großkomm. § 1 Anm. 34; Möhring-Tank Rz. 178; Würdinger S. 50). Das schließt nicht aus, daß durch positive Bestimmung im Aktiengesetz die Aktionäre gegen vorsätzliches Handeln zum Schaden der Gesellschaft geschützt werden, wie in § 117 und im Konzernrecht in den Bestimmungen über den Schutz der außenstehenden Aktionäre.

3. Die eigene Rechtspersönlichkeit

Anm. 6: Die Gesellschaft hat eigene Rechtspersönlichkeit. Auf die in Lehre und Schrifttum auseinandergehenden Meinungen darüber, was unter Rechtspersönlichkeit zu verstehen ist, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Was gemeint ist, ist für die Praxis hinreichend klar: Die AG ist nicht nur Gegenstand von Rechten ihrer Gesellschafter, sondern auch selbständiger Träger eigener Rechte und eigener Pflichten. Sie hat ihr eigenes, von jedem der Aktionäre getrenntes Vermögen. Die Einlagen dieser scheiden aus deren Vermögen gänzlich aus. Die Gesellschaft tritt zwischen die Aktionäre und das Gesellschaftsvermögen, von dem letzteren besitzergreifend und erstere davon abhaltend.

Die Aktionäre sind an dem Gesellschaftsvermögen *in keiner Form des Miteigentums beteiligt*. Sie haben nur Anspruch auf anteilmäßige Berücksichtigung, wenn es zu Ausschüttungen aus dem Gesellschaftsvermögen kommt. Das gilt auch vom Einmannaktionär. Deshalb ist zur Übertragung von Gesellschaftsvermögen auf ihn ein besonderes schuldrechtliches bzw. dingliches Rechtsgeschäft erforderlich, und zwar gilt Sonderrechtsnachfolge, Gesamtrechtsnachfolge nur, wenn das Vermögen im ganzen durch Umwandlung nach § 15 UmwG übertragen wird. Der Gläubiger des Einmannaktionärs kann nicht in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken (vgl. Anm. 17).

Auch im *strafrechtlichen* Sinn ist das Vermögen der Gesellschaft für die Aktionäre ein fremdes und sind ihre Interessen, wenn der Aktionär Vorstand ist, ihm anvertraute fremde Interessen, selbst wenn er zugleich Einmann-gesellschafter ist (RG St 42, 383 über Untreue).

Über Abmilderungen dieses Grundsatzes in der Rechtsprechung und Rechtslehre siehe Anm. 18. Der Reichsfinanzhof hat die Unterscheidung, welche die Grundlage für den Aufbau der *Körperschafts- und Kapitalverkehrssteuer* ist, immer streng durchgeführt, auch bei Einmanngesellschaften trotz der sonst im Steuerrecht vorherrschenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise (RFH 19, 139; 27, 89; RSt Bl. 30, 440; 31, 741; 35, 615). Indes wurde das Mißbrauchsverbot des § 6 Steueranpassungsgesetz vom Reichsfinanzhof vom 21. 10. 36 (StuW 1937 Nr. 75) für anwendbar gehalten in einem Falle, in dem eine AG, die des Schachtelprivilegs aus § 9 Körperschaftssteuergesetz

teilhaftig wurde, gegründet wurde, um in ihr die Dividenden einer anderen AG aufzufangen und aufzuspeichern, welche anderenfalls einkommenssteuerpflichtig gewesen wäre.

Verpflichtungen des Aktionärs sind niemals Verpflichtungen der AG, auch solche des Mehrheitsaktionärs nicht, etwa aus einem Wettbewerbsverbot, selbst dann nicht, wenn er die AG zur Umgehung gegründet hat (RG 142, 119).

Der schlechte Glaube eines Aktionärs, eine von ihm ausgehende Täuschung oder verübte unerlaubte Handlung ist der Gesellschaft nicht zuzurechnen, wohl aber in ihren Angelegenheiten, wenn er Alleinaktionär ist (RG 129, 53; 156, 27).

Anm. 7: Wo es auf persönliche Eigenschaften ankommt, sind niemals diejenigen der Aktionäre, auch nicht des Einmanns, entscheidend (anders für die Anfechtung wegen Irrtums über die Kreditwürdigkeit RG 143, 431), schon deshalb nicht, weil er jederzeit den Besitz ganz oder teilweise veräußern kann. Eine AG mit Sitz im Inland hat Inländereigenschaft, auch wenn alle Aktionäre Ausländer sind, desgl. umgekehrt; vgl. RG 159, 133. Ein Darlehen an eine AG ist auch dann kein Kommunalkredit im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 1 Körperschaftsteuergesetz, wenn eine öffentlich rechtliche Körperschaft alle Aktien besitzt (RFH 29. 10. 1935 JW 1936, 531). Die AG wird weder dadurch zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechts (RFH 29, 464; 38, 271), noch dadurch, daß sie staatlichen Aufgaben dient und dabei Hoheitsrechte ausübt (RG 158, 262—265). Dann haben aber Ansprüche gegen sie aus dieser Betätigung öffentlich rechtliche Natur und unterstehen hier nicht der bürgerlichen Gerichtsbarkeit, insbesondere kann diese Betätigung nicht durch Unterlassungsklage gehindert werden (RG a.a.O. S. 264). Sucht sie diese Aufgaben durch privatwirtschaftliche Leistungen im bürgerlichen Verkehr zu erreichen, sind Ansprüche aus dieser Betätigung bürgerlichrechtlich. Es kann beides zutreffen, wie bei den Kriegsgesellschaften (RG in GRUR 1937, 73). In allen Fällen bleibt die AG aber selbst eine Rechtsperson des Privatrechts, so daß bezüglich ihrer Schadenshaftung die §§ 31, 831 BGB, nicht § 839 BGB, gelten (RG a.a.O. S. 265), weil sie eine Organisationsform des Privatrechts ist.

Da die AG eigene Rechtspersönlichkeiten hat, ist sie mit der Fähigkeit ausgestattet, durch ihre eigenen Organe unmittelbar eigene Rechtshandlungen wirksam vorzunehmen und an jedem Rechtsvorgang unmittelbar teilzunehmen. Auf den Streit über das Wesen einer juristischen Person geht das Gesetz nicht ein. Wenn es auch diesen Ausdruck vermeidet, spricht es eben der AG doch den Charakter eines besonderen Rechtssubjekts zu. Nach ihrer eigenen Natur könnte die AG jedes Recht haben und auch jede Rechtshandlung vornehmen, ebenso an jedem Rechtsvorgang teilnehmen. Eine Einschränkung ergibt sich nur daraus, daß es Rechte, Rechtshandlungen und Rechtsvorgänge gibt, welche nach ihrer Natur nur auf natürliche Personen passen.

§ 1

Allgemeine Vorschriften

Anm. 8, 9

Anm. 8: Die AG kann jedes Vermögensrecht erwerben, also auch Grundstücke. Die sich früher aus Art. 86 EGBGB in Zusammenhang mit landesgesetzlichen Vorschriften ergebenden Beschränkungen beim Erwerb von Rechten durch juristische Personen sind gegenstandslos geworden, da Art. 86 und die entsprechenden landesgesetzlichen Vorschriften durch das Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 5. 3. 1953 (BGBl. Seite 33) insoweit aufgehoben worden sind, als sie den Erwerb von Rechten durch juristische Personen mit Sitz im Inland von einer staatlichen Genehmigung abhängig machten. Die AG kann auch Mitgliedschaftsrechte bei anderen Gesellschaften erwerben, sogar persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft sein (RG 105, 101; 123, 289), kann immaterielle Rechte erwerben und genießt insbesondere Firmen- und Namensschutz (BGH in WM 55, 1250). Sogar der strafrechtliche Schutz der Ehre wird ihr nach neuerer Rechtsprechung (RG Str 70, 140, BGH Str 6, 186) zuerkannt, ihr wird strafrechtlicher Schutz zuerkannt, soweit sie Inhaberin geschützter Rechtsgüter ist (vgl. OLG Braunschweig in NJW 66, 263). Sie kann Urheber- und Erfinderrechte erwerben, und zwar auf abgeleitetem Weg schlechthin. Ob auf ursprünglichem Wege, hängt von der betreffenden Schöpfung ab, kann aber nicht allgemein verneint werden. Warum sollte eine Großbank kein ursprüngliches Urheberrecht an den Veröffentlichungen ihres Archivs haben (a. A. Meyer-Landrut in Großkomm. Anm. 10).

Anm. 9: Die Gesellschaft kann erben, aber nicht Erblasser sein, da der Erbgang von einem Rechtssubjekt auf ein anderes den Tod einer Person voraussetzt (§ 1922 BGB). Ebenso sind ihr alle *familienrechtlichen Verhältnisse* verschlossen. Daß sie Vormund sein könnte, wird allgemein verneint, weil die Vormundschaft nach ihrem hauptsächlichsten Inhalte dem elterlichen Verhältnis nachgebildet ist und vor allem das Recht und die Pflicht begründet, für die Person des Mündels zu sorgen. Dagegen kann die AG *Treuhänder*, *Vertreter* nach § 1189 BGB, *Vermögensverwalter*, auch *Testamentsvollstrecker*, *Nachlaßverwalter* und *Nachlaßpfleger* sein (ebenso Kölner Komm., Anm. 10; Meyer-Landrut, Anm. 8), ebenso *Abwickler* (vgl. § 265) und *Prüfer* (§§ 33; 164 usw.). Ob sie *Konkursverwalter* sein kann, ist streitig. Dagegen kann sie Mitglied eines Gläubigerausschusses oder Gläubigerbeirats sein (Jaeger, § 87 Anm. 5), sie kann unbeschränkt Vollmachten ausüben, nur nicht nach geltendem Recht *Prokura* haben (a. A. nur Ritter § 48 Anm. 2 a), weil diese an eine bestimmte Person geknüpft ist (§ 52 II HGB), auch die Vorschrift des § 53 II HGB nicht erfüllt werden könnte. Auch als Kommanditistin kann ihr u. E. eine Prokura nicht erteilt werden, wie Meyer-Landrut (in Großkomm. Anm. 9) zu Unrecht der Entscheidung in BGH 17, 392 ff. entnehmen möchte. Es können also immer nur Angestellte einer AG unter deren Haftung Prokura

für einen Dritten annehmen. Sie kann ferner nicht *Vorstands-* oder *Aufsichtsratsmitglied* sein. Ihr kann auch keine Handlungsvollmacht erteilt werden (ebenso Meyer-Landrut in Großkomm. Anm. 9; a. A. Kölner Komm. Anm. 11 und wohl auch B.-H. Rn. 6).

Anm. 10: Die AG ist im Zivil- und Strafprozeß parteifähig (nicht prozeßfähig), so daß nur sie und kein Aktionär Partei ist. Das schließt nicht aus, daß bei entsprechend großer Beteiligung an der AG ein Aktionär als Zeuge als am Ausgang des Rechtsstreits interessiert oder als Richter befangen erscheinen kann. Als Nebenintervenient kann der Aktionär dem Rechtsstreit der AG nach RG 83, 182 nicht beitreten (so auch B.-H. Rn. 9; Meyer-Landrut in Großkomm. Anm. 13), anders im Anfechtungsprozeß wegen § 248. In anderen Fällen hat ein für oder gegen die AG ergangenes Urteil keine Rechtskraft für oder gegen einen Aktionär.

Anm. 11: Strafrechtlich kann die AG nach geltendem Recht nur in Ausnahmefällen zur Rechenschaft gezogen werden. Wirtschaftliche und steuerrechtliche Vorschriften sehen Geldbußen vor (vgl. § 5 WiStG von 1954; § 59 KWG u. a.). Grundsätzlich besteht auch keine strafrechtliche Haftung für Organe der AG (vgl. OLG Hamm in MDR 52, 567; OLG Köln in NJW 61, 422). Dagegen ist aufgrund ausdrücklicher Bestimmungen die Haftung der AG für Geldstrafen oder Geldbußen ihrer Vertreter möglich (§§ 416, 417, 103, 107 AO u. a.).

Dagegen ist sie allgemein fähig, bürgerlichrechtliche unerlaubte Handlungen zu begehen und dadurch schadenersatzpflichtig zu werden. §§ 31, 831 BGB sind für sie anwendbar. Ob eine unerlaubte Handlung einer Organperson in Ausführung der ihr zustehenden Verrichtungen begangen ist, ist oft zweifelhaft, wenn die Organperson ihre Befugnisse überschreitet oder mißbraucht. Die Haftung besteht dann, wenn die Handlung nach Maßgabe aller Umstände von außen gesehen als Handlung der Gesellschaft, personifiziert durch ihre Organpersonen, erscheint. Verrichtungen bedeutet nicht Befugnisse oder gar Möglichkeiten. Beispiele: Ein Vorstandsmitglied läßt die Aktien der AG zweimal drucken oder die ihr gehörigen Wertpapiere nachdrucken und verkauft oder lombardiert die Duplikate. Handelt er im eigenen Namen, so liegt ein Delikt der AG nicht vor. Wohl aber haftet sie nicht nur rechtsgeschäftlich, sondern auch deliktisch, wenn er in ihrem Namen handelt. Ebensowenig haftet die AG, wenn ein Vorstandsmitglied aus Behältnissen der AG Wertpapiere entnimmt oder sonst Eigentum der Gesellschaft entwendet und für sich veräußert oder verpfändet. In gleicher Weise, wie für die Handlungen des Vorstandes, haftet die Gesellschaft für Handlungen besonderer satzungsmäßiger Vertreter im Sinne des § 30 BGB (siehe Anm. 13 zu § 76). Es genügt für die Haftung der Gesellschaft aus §§ 30, 31 BGB, wenn ihre Vor-

§ 1

Allgemeine Vorschriften

Anm. 11—13

aussetzungen nur bei einer der für sie handelnden Personen zutrifft, auch wenn Gesamtvertretung besteht. Im Falle der Verkehrssicherungspflicht muß nicht immer die verantwortliche Person festgestellt werden. Nach der Rechtsprechung genügt zur Begründung der Haftung der Gesellschaft häufig mangelnde Aufsicht oder mangelnde Organisation (vgl. BGH 24, 213; 27, 280; 39, 130). Die Gesellschaft kann ihre Haftung aus §§ 31, 30 BGB weder durch die Satzung (§ 40 BGB) noch überhaupt allgemein, noch für Vorsatz (§ 276 II BGB), sondern nur im Einzelfall für Fahrlässigkeit abdingen. Anderes gilt von der Haftung für Angestellte nach § 831 BGB. Hier ist unabdinglich nur die Haftung für Vorsatz bei der Auswahl oder Aufsicht.

Anm. 12: Die eigene *Rechtspersönlichkeit erlangt die Gesellschaft* erst mit der Eintragung in das Handelsregister, da sie bis dahin als AG nicht besteht (§ 41 I 1) und die eigene Rechtspersönlichkeit eine Eigentümlichkeit der AG ist. Vor Erlangung der eigenen Rechtspersönlichkeit ist sie als Gesellschaft errichtet, sobald die Gründer alle Aktien übernommen haben (§ 29).

Die *Rechtspersönlichkeit* der AG geht nicht ohne weiteres unter, wenn sie vermögenslos wird. Sie kann dann aufgrund des Gesetzes über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften vom 9. 10. 34 (RGBl. 914) auf Antrag der amtlichen Berufsvertretung des Handelsstandes, der Steuerbehörde oder auch von amtswegen vom Registergericht gelöscht werden. Erst aufgrund dieser Löschung endet die Rechtspersönlichkeit der AG. Stellt sich aber heraus, daß die Löschung zu Unrecht erfolgt ist und daß noch Vermögen vorhanden war, können die Gläubiger sie trotz Löschung als Rechtspersönlichkeit belangen (RG 149, 296). Es sind allerdings nur noch die notwendigen Abwicklungsmaßnahmen zulässig (RG 156, 27). Die sehr umstrittene Frage, inwieweit eine vermögenslos gewordene AG als sogenannter Mantel weiter existiert und durch Satzungsänderung neu belebt werden kann, hat damit stark an Bedeutung verloren. Wir sind der Auffassung, daß die Forterhaltung und Wiederverwendung solcher leerer Mäntel in Widerspruch zu dem Gesetzeszweck stehen und deshalb als unzulässig angesehen werden müssen.

4. Die Einmanngesellschaft

Anm. 13: Die Rechtspersönlichkeit geht auch nicht unter bei einer Einmanngesellschaft, d.h., wenn alle Aktien in der Hand eines einzigen Gesellschafters vereinigt sind. Denn § 262 kennt unter den Auflösungsgründen die Vereinigung aller Aktien in einer Hand, selbst der AG selbst, nicht, es kann ja auch sein, daß sie bloß vorübergehend ist. Daraus ergibt sich auch, daß die Gesellschaft als Aktiengesellschaft fortbesteht, d. h., sie allein ist Subjekt des Gesellschaftsvermögens, nicht der Aktionär. Er haftet grundsätzlich nicht für die Schulden der Gesellschaft (vgl. aber Anm. 18). Niemals aber sind die Verpflichtungen des Einmannaktionärs Verpflichtungen der Gesellschaft. Er kann

Rechtsgeschäfte mit ihr abschließen, auch Unternehmensverträge nach §§ 291, 292 (vgl. Leo in Die AktGes 1965, 352 ff.), Schuldner und Gläubiger der Aktiengesellschaft sein und darf seine Forderungen auch sicherstellen lassen, es sei denn, daß mißbräuchlich von vornherein das Eigenkapital der Gesellschaft so niedrig bemessen wurde, daß sie auf Kredit des Gesellschafters oder der Gesellschafter angewiesen war. Auch der Einmann kann nach § 118 Rechte in den Angelegenheiten der Aktiengesellschaft nur in der Hauptversammlung ausüben, übt sie aber in dieser allein aus, kann sich selbst zum Mitglied des Aufsichtsrates oder mittelbar durch letzteren zum Vorstand bestellen und sein Gehalt bestimmen. So wenig wie sonst ein Aktionär kann der Einmann seine Rechte willkürlich nur unter Beachtung eigener Wünsche und Belange ausüben. Auch für ihn ist die Wahrung der Interessen der Gesellschaft Voraussetzung der Rechtsausübung (vgl. RG JW 36, 3611). Bei seinen Bezügen und Gewinnausschüttungen hat er § 58, §§ 86, 87 zu beachten. Für den Einmann hat § 117 besondere Bedeutung. § 117 VII Nr. 1 gilt für ihn nicht.

Die Veräußerung sämtlicher Aktien durch den Einmannaktionär an einen anderen kann eine Veräußerung des Unternehmens sein, was von der Auslegung der Vereinbarung abhängt. Ggf. finden die Gewährleistungsbestimmungen des Kaufrechts Anwendung (vgl. Loos in NJW 62, 519; Neumann-Duesberg in WM 68, 494 ff. und in WM 69, 1002).

Früher vorgebrachte Bedenken gegen die Zulässigkeit brauchen hier nicht weiter erörtert zu werden, da diese heute nicht mehr erhoben werden (vgl. für viele Meyer-Landrut in Großkomm. Anm. 30; BGH 22, 229; 26, 33).

III. Das Grundkapital

1. Begriffbestimmung

Anm. 14: Unter Verzicht auf eine gesetzliche Definition des Begriffs Grundkapital stellt das Gesetz lediglich fest, daß die Aktiengesellschaft ein in Aktien zerlegtes Grundkapital hat. Eine Begriffsbestimmung des Grundkapitals kann nur aus seinen Funktionen gewonnen werden. Diese sind dreierlei. Die wichtigste unter ihnen ist die Gläubigerschutzfunktion. Durch die Einstellung der Grundkapitalsziffer auf der Passivseite der Jahresbilanz in Verbindung mit der Bestimmung des § 57, daß den Aktionären die Einlagen nicht zurückgewährt werden dürfen und sie nur Anspruch auf den Bilanzgewinn haben, wird erreicht, daß das auf der Aktivseite ausgewiesene Vermögen der Gesellschaft in Höhe der Grundkapitalsziffer für eine Ausschüttung an die Aktionäre gesperrt wird. Bei der Gründung der Gesellschaft, §§ 23 ff., ist das Grundkapital der Mindestbetrag des Anfangsvermögens. Aber schon in diesem Stadium braucht das Grundkapital nicht mit dem Anfangsvermögen übereinzustimmen. Es kann durchaus kleiner sein, denn die Einlagen der Aktionäre können von vornherein mit einem Aufgeld vorgenommen werden (§ 9 II).

§ 1

Allgemeine Vorschriften

Anm. 14—16

Grundsätzlich hat das Grundkapital mit dem Vermögen der Gesellschaft nichts zu tun. Es ist weder ein Fond, aus dem sich die Gläubiger befriedigen können, noch sind am Grundkapital die Aktionäre beteiligt. Den Gläubigern haftet das gesamte Vermögen der Gesellschaft ohne Rücksicht auf die Höhe des Grundkapitals. Die Aktionäre sind am Gesamtvermögen der Gesellschaft beteiligt und nicht an dem Grundkapital. Allerdings gibt es eine zweite Funktion des Grundkapitals. Es dient als Bezugsgröße für die Ermittlung der Beteiligung der Gesellschafter an einer Aktiengesellschaft, die — wie in unserem Recht — nur die Nennwertaktie kennt. Die Summe des Nennwertes aller Aktien ist gleich dem Grundkapital. Es ergibt sich alsdann, mit welchem Prozentsatz der einzelne Aktionär am tatsächlichen Vermögen der Gesellschaft und nicht etwa am Grundkapital beteiligt ist. Auch im Verhältnis zu den Gesellschaftern hat die Grundkapitalziffer eine gewisse Sperrfunktion, da sie nicht ohne Innehaltung der gesetzlichen Vorschriften (Mindestmehrheiten usw.) durch gesellschaftliche Maßnahmen verändert werden kann und dadurch, daß es im Fall eines derartigen Verlustes wieder aufgefüllt werden muß, bevor Ausschüttungen stattfinden.

2. Zerlegung in Aktien

a) Nennbetrag

Anm. 15: Das Grundkapital ist in Aktien zerlegt. Daraus ergibt sich, daß auch diese auf einen ziffernmäßigen Betrag — Nennwert — lauten müssen (§ 6). Da es mindestens 5 Gründer sein müssen, die Aktien übernehmen (§ 2), müssen es mindestens 5 Aktien sein. Der Nennbetrag ist nach oben unbegrenzt. Die Nennbeträge können also auch ungleich sein, was aber bei Aktien, zu deren Wesen die ungehinderte freie Veräußerlichkeit gehört, nur in der Weise vorkommt, daß wenigstens ganze Reihen auf den gleichen Nennbetrag lauten. Es läßt sich jedoch daraus nicht ableiten, daß ungleiche Nennbeträge unzulässig sind. Nichtsdestoweniger ist den Aktien gerade infolge der Regel, daß sie wenigstens reihenweise gleichen Nennbetrag haben, die Vertretbarkeit und gegenseitige Austauschbarkeit eigentümlich, denn sie sind inhaltlich einander gleich und durch den gleichen Nennbetrag auch mengenmäßig.

Da das Grundkapital einen bestimmten Nennbetrag hat und in Aktien zerlegt wird, die auch einen bestimmten Nennbetrag haben, muß die Summe der Aktiennennwerte gleich der Ziffer des Grundkapitals sein.

b) Rechtliche Selbständigkeit der Aktie

Anm. 16: Die rechtliche Selbständigkeit der Aktien als solche ist der Widerchein zu der eigenen Rechtspersönlichkeit der AG. Die Aktie ist der Inbegriff aller mit der Beteiligung an der Gesellschaft verbundenen Vermögens- und Mitgliedschaftsrechte (über diese s. Anm. 3 zu § 11).

Sie ist dadurch befähigt, selbständig Gegenstand des Rechtsverkehrs zu sein. Sie ist hierzu besonders als Inhaberaktie geeignet, weil sie, von einem für diese niemals zutreffenden Ausnahmefall (§ 55) abgesehen, nach Leistung der Einlage mit vermögensrechtlichen Verpflichtungen nicht mehr verbunden ist.

Diese rechtliche Selbständigkeit der Aktie bedeutet, daß eine Veräußerung und Belastung des Gesellschaftsvermögens ebensowenig eine Veräußerung und Belastung der Aktie ist, wie umgekehrt. Der auf Erwerb aller Aktien einer Aktiengesellschaft, der nichts als ein Grundstück gehört, gerichtete Vertrag bedarf nach JW 1925, 1109 nicht der Form des § 313 BGB. Der Aktien-erwerber ist nicht der Erwerber des Grundstücks (RG 118, 185; 119, 126), wenigstens nicht für das Anwendungsgebiet des § 892 BGB. Über die Haftung für Rechts- und Sachmängel der Gesellschaft beim Verkauf von Aktien vgl. Loos in NJW 62, 519 ff.

Die Selbständigkeit der Aktien wird auch von Bedeutung, wenn nach dem Verkauf der Aktien vor Erfüllung des Kaufvertrages die AG in Konkurs gerät, wodurch sie zwar aufgelöst wird (§ 262), aber zunächst doch nicht untergeht, so daß das verkaufte selbständige Aktienrecht bestehen bleibt. Der von Schlüter in DJZ 1936, 866 vertretenen Auffassung, daß in diesem Falle eine Unmöglichkeit der Erfüllung vorliege, weil der Verkäufer dem Käufer die Rechtsstellung nicht mehr gewähren kann, die der Aktionär einer nicht in Konkurs befindlichen Gesellschaft hat, kann nicht gefolgt werden, zumal das nicht gelten sollte, wenn nach Verkauf, aber vor Erfüllung der Gesellschaft beschlossen wird. In allen Fällen, in denen die Gesellschaft aufgelöst wird, tritt sie in Liquidation. Der Erwerber erhält stets die gleiche rechtliche Stellung. Daß in dem einen Fall, dem Konkurs, sein Anspruch am Reinerlös nach der Beendigung der Liquidation vermutlich Null sein wird, ist hierbei belanglos. Das ist das Risiko, welches jeder Aktionär zu tragen hat. Es liegt demnach in beiden Fällen keine Unmöglichkeit vor.

IV. Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft

1. Grundsätzlicher Ausschluß der Haftung

Anm. 17: Das Gesetz sagt, daß für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet. Daraus ergibt sich, daß der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht haftet, auch nicht mit seiner Einlage oder seiner Verpflichtung zur Einlage, denn diese ist Gesellschaftsvermögen und letzteres ist das, was ausschließlich haftet.

Der Ausschluß der Haftung des jeweiligen Aktionärs als solchen für die Schuld der AG gehört nach deutschem Recht zum Wesen der AG. Natürlich kann der einzelne Aktionär, aber nicht als solcher, sondern nur für seine Person durch besonderen bürgerlichrechtlichen Verpflichtungsgrund die Haf-

§ 1

Allgemeine Vorschriften

Anm. 17, 18

tung übernehmen, aber der Sonderrechtsnachfolger tritt nicht ohne neuen, in seiner Person hergestellten Rechtsgrund in die Verpflichtung ein.

Der Ausschluß der Haftung der Gesellschafter ist im Gesetz immer wieder hervorgehoben. Er ist der Aktiengesellschaft, wenn man sie mit dem Gesetz als Gesellschaft auffaßt, gegenüber anderen Gesellschaften eigentümlich, ergibt sich aber keineswegs zwingend (Schl.-Qu. § 1 Anm. 3) aus ihrer eigenen Rechtspersönlichkeit und der damit zusammenhängenden eigenen Haftung der Gesellschaft für ihre Verbindlichkeiten und Scheidung des Gesellschaftsvermögens, mußte vielmehr angesichts der vom Gesetz betonten Gesellschaftsnatur der AG, um zweifellos zu gelten, besonders bestimmt werden.

2. Die Durchgriffstheorie

Anm. 18: Von dieser Regel gibt es jedoch Ausnahmen, da es Fälle gibt, in denen der sogenannte Durchgriff auf die Aktionäre und deren Vermögen zugelassen werden muß. Eine ausführliche Behandlung dieser Frage ist in der Schrift von Serik „Rechtsform und Realität juristischer Personen“ enthalten.

Der Gesetzgeber hat dieser Möglichkeit im Steuerrecht bereits Rechnung getragen: vgl. § 6 Steueranpassungsgesetz (RGBl. 1936 I, 925); § 1 III Grunderwerbsteuergesetz (RGBl. 1940 I, 585); § 19 KörperschaftsSt. DVO (BGBl. 1955 I, 102). Die Rechtssätze des Steuerrechts sind jedoch deshalb nicht ohne weiteres auf das Zivilrecht übertragbar, weil das Steuerrecht von der tatsächlichen wirtschaftlichen Lage ausgeht und sich nicht an die Rechtslage hält.

Rechtsprechung und Rechtslehre haben den Durchgriff für den sogenannten Mißbrauchstatbestand anerkannt; d. h. in den Fällen, in denen die Form der juristischen Person dazu benutzt wird, Gesetze zu umgehen, Verträge zu verletzen oder Dritte zu schädigen. Daß derjenige, der so handelt, keinen Rechtsschutz verdient, ergibt sich aus § 226 BGB. Derartige Durchgriffe müssen jedoch immer die Ausnahme bilden, wenn nicht die eigene Rechtspersönlichkeit der juristischen Person verleugnet werden soll (BGH in BB 70, 1024; BGH 20, 4; 10, 240; Beitzke NJW 1956, 49). In der Zulassung eines Durchgriffes geht u. E. der BGH zu weit (BGH 20, 4), indem er einen Durchgriff in allen Fällen zuläßt, in denen es an einer rechtsordnungsmäßigen Verwendung der juristischen Person fehlt. Er stellt allein auf objektive Zweckmomente ab. Dieser Rechtsprechung kann nicht zugestimmt werden. Lediglich der subjektive Mißbrauch der Gestaltungsform macht den Durchgriff zulässig (Möhring NJW 1956, 1791; Meyer-Landrut in Großkomm. § 1 Anm. 25; Landessozialgericht Hamburg, GmbH-Rundschau 64, 95 ff.). Auch der BGH hat nunmehr die objektive Mißbrauchslehre aufgegeben (vgl. BGH 29, 392; BGH in WM 68, 891; BGH in BB 58, 169; BGH 45, 204). Die Lösung der Mißbrauchstatbestände dürfte daher über § 826 BGB und § 823 II BGB in Verbindung mit § 263 StGB zu finden sein.

Bei den sogenannten Kriegsgesellschaften wurden insbesondere hinsicht-

lich der Aufrechnung Durchgriffstatbestände entwickelt. Diese dürfen keinesfalls auf Gesellschaften angewandt werden, die ihre Entstehung den Bedürfnissen des Erwerbslebens verdanken (BGH 26, 31).

§ 2

Gründerzahl

An der Feststellung des Gesellschaftsvertrags (der Satzung) müssen sich mindestens fünf Personen beteiligen, welche die Aktien gegen Einlagen übernehmen.

I. Übersicht (Anm. 1)

II. Gesellschaftsvertrag; Satzung (Anm. 2)

III. Feststellung der Satzung und Übernahme der Aktien (Anm. 3)

IV. Gründer

1. Zahl (Anm. 4)

2. Gründerfähigkeit (Anm. 5)

3. Übernahme von Aktien (Anm. 6)

4. Einlageforderung (Anm. 7, 8)

V. Verstoß (Anm. 9)

I. Übersicht

Anm. 1: Die Vorschrift ist gegenüber dem alten Gesetz *in zwei Punkten geändert* worden. Während bislang jeder Gründer lediglich eine Aktie übernehmen mußte, sind nunmehr sämtliche Aktien von den Gründern zu übernehmen. Ferner ist bestimmt, daß die Übernahme der Aktien gegen Einlagen zu erfolgen hat. Dies ergab sich früher bereits aus § 1, in dem gesagt war, daß die Gesellschafter mit Einlagen am Grundkapital beteiligt seien. Da § 1 insoweit geändert worden ist (siehe dort Anm. 1), ist jetzt die Pflicht zur Einlageleistung in § 2 festgelegt.

II. Gesellschaftsvertrag; Satzung

Anm. 2: Das Gesetz gibt dem Gesellschaftsvertrag der Aktiengesellschaft die Bezeichnung Satzung (über Rechtsnatur des Vorvertrags vergleiche Anm. 2 zu § 23; über Willensmängel bei Feststellung der Satzung Anm. 7 vor § 23; über Vertretung bei Feststellung Anm. 4 zu § 23). Grund hierfür sind verschiedene Gesichtspunkte. Es ist eine alte Streitfrage, ob Satzungsfeststellung und Aktienübernahme Verträge seien. Die Frage ist jedoch ohne große praktische Bedeutung, es sei denn für die Anwendung des § 181 BGB bei nicht rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht. Zweifellos wäre es, wenn das geltende Recht es zuließe, denkbar, daß eine einzige Person die Satzung feststellt, alle Aktien übernimmt und die Eintragung des Aktienunternehmens im Handelsregister herbeiführt. Von einem Vertrag könnte dann nicht gesprochen werden, da nur eine einzige Person handelt. Aber man kann sich schwer vorstellen, daß kein

§ 2

Anm. 2

Allgemeine Vorschriften

Vertrag vorliegen soll, wenn eine Mehrzahl von Personen an der Feststellung der Satzung mitwirkt und die Aktien unter sich aufteilt. In einem solchen Fall können langwierige Verhandlungen vorausgehen, deren Ergebnis dann die Feststellung der Satzung und die Aktienaufteilung ist. Dann noch von ebenso vielen einseitigen, wenn auch übereinstimmenden Erklärungen zu sprechen, als Personen an der Gründung mitgewirkt haben, tut der Sache Gewalt an (vgl. Georgakopoulos, S. 100).

Es darf nicht irre machen, daß auch Punkte — übereinstimmend — zu regeln sind, welche, wie die Vertretung der AG nach außen, Firma, Sitz, Berufung der HV und dgl., für das künftige rechtliche Verhältnis der Gründer zur AG bedeutungslos sind und mitunter auch ihre Belange nicht berühren. Das gleiche gilt für die Besonderheit, daß das Gesetz an die gefundene Einigung nach der Eintragung der AG ins Handelsregister Folgen knüpft, die über das Verhältnis der Vertragsteilnehmer untereinander hinausgehen. Denn wenn man davon absieht, daß die Rechtsprechung Willensmängel nach der Eintragung nicht mehr berücksichtigen will, beruht auch diese vom Gesetz zugelassene Wirkung auf der vorangegangenen Einigung. Weil die Gründer sich geeinigt haben, treten sie zusammen und lassen über das, worüber die Einigung zustande gekommen ist, eine öffentliche Urkunde aufnehmen; nicht weil sie festgestellt haben, daß die einseitigen Erklärungen, die sie abzugeben willens sind, übereinstimmen. Wenn somit die Feststellung der Satzung als Abschluß eines Vertrages anzusehen ist, so kann auf der anderen Seite nicht verkannt werden, daß diese Satzung außer der vertraglichen Regelung der Beziehungen der Gesellschafter untereinander außervertragliche Momente dadurch enthält, daß eine selbständige Rechtspersönlichkeit entsteht (§ 1), die als solche im Rechtsverkehr auftritt. Dies ist einer der Gründe, aus denen das Gesetz es nicht einfach bei dem Begriff des Gesellschaftsvertrages beläßt, sondern ihn als „Satzung“ bezeichnet.

Tatsächlich unterscheidet sich die Satzung von einem Vertrag nach der Entstehung der AG in mancherlei Hinsicht. Kann ein Vertrag von allen Vertragsschließenden ohne weiteres geändert werden, so können dies die Gründer nicht ohne weiteres, vielmehr ist die Änderung nur noch in einer Hauptversammlung möglich, bei der allerdings nicht alle Aktionäre der Änderung zustimmen müssen, sondern nur eine qualifizierte Mehrheit, während die Änderung eines gewöhnlichen Vertrages die Einstimmigkeit aller am Vertrag Beteiligten voraussetzt. Willensmängel bei Feststellung in der Satzung sind nach Eintragung der AG unbeachtlich.

Aus dem Dargelegten ergibt sich, daß der Gesellschaftsvertrag kein Vertrag im üblichen Sinne ist, so daß die Bezeichnung „Gesellschaftsvertrag“ sachlich unrichtig wäre. Da die AG einem Verein verwandt ist, hat der Gesetzgeber die Bezeichnung „Satzung“ normiert.

III. Feststellung der Satzung und Übernahme der Aktien

Anm. 3: Die auf technischen Gründen beruhende gesetzliche Scheidung zwischen *Feststellung der Satzung* und *Aktienübernahme* kann den Zusammenhang nicht zerreißen. Die Vorstellung einer Aktienübernahme ohne Bezug auf eine festgestellte Satzung, der vielmehr geradezu Bestandteil der Aktienübernahmeerklärung ist, läuft, mag sie auch einmal mißbräuchlich im Schwange gewesen sein, den Denkgesetzen zuwider. Es ist Spielerei, die Satzungsfeststellung, Unterwerfung unter die Satzung, Aktienübernahme und Aktienzuteilung, obwohl sie nur nach Einigung einer Mehrzahl von Personen möglich sind und in einem durch diese Einigung hergestellten rechtlichen Zusammenhang stehen, in lauter einseitige Rechtsgeschäfte aufzulösen.

IV. Gründer

1. Zahl

Anm. 4: Es müssen wenigstens fünf Personen die Satzung feststellen, welche alle Aktien übernehmen und die volle strafrechtliche (§ 399 I Nr. 1 u. 2) und vermögensrechtliche (§ 46) Verantwortung für die Gründung tragen.

Diese Personen nennt der Gesetzgeber Gründer (§ 28). Zulässig ist, daß sich Personen an der Feststellung der Satzung beteiligen, welche keine Aktien übernehmen; diese sind jedoch keine Gründer, da sie nicht Aktionäre sind (§ 28; anders die Voraufgabe). Ihre Mitwirkung ist aber rechtlich irrelevant, da ihre Erklärungen keine Bedeutung haben können. Nach Wegfall des § 30 AktG 37 ist es nicht mehr möglich, daß Personen Aktien übernehmen, welche bei der Feststellung des Gesellschaftsvertrages nicht mitgewirkt haben.

2. Gründerfähigkeit

Anm. 5: Nur die Mindestzahl der Gründer ist vorgeschrieben. Das Gesetz sagt aber nichts über die Gründerfähigkeit. Da es damit — wie auch schon das Gesetz von 1937 — die Klärung einiger seit jeher vorhandener Zweifel nicht für erforderlich erachtet hat, muß angenommen werden, daß es sich hier überall der herrschenden Lehre und Rechtssprechung anschließen wollte. Danach können Gründer sein und bei der Fünffzahl mitgezählt werden:

alle natürlichen Personen, gleichgültig ob geschäftsfähig oder nicht,
juristische Personen, auch wenn in Abwicklung befindlich,
auch offene Handelsgesellschaften können Gründer sein, jedoch neben ihnen nicht noch deren Gesellschafter, da sie ohnedies als Gesellschafter der oHG bereits voll haften. Dagegen kann auch der Kommanditist neben der KG Gründer sein, weil seine Haftung mit ihrer Haftung nicht zusammenfällt.

Dagegen kann eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts überhaupt nicht Gründer sein. Die Gemeinmeinung (Kölner Komm. Anm. 46; Schnorr v.

§ 2

Allgemeine Vorschriften

Anm. 5, 6

Carolsfeld in DNZ 63, 416; Ritter Anm. 36) verkennt, daß die BGB-Gesellschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt und deshalb jeder Gesellschafter als Gründer auftreten muß (ebenso Meyer-Landrut Anm. 9 und 10). Ebenfalls kann ein Verein ohne Rechtsfähigkeit, eine Erbengemeinschaft, ein Testamentsvollstrecker (a. A. Ritter aaO.) nicht Gründer sein. Dagegen ist die Übernahme von Aktien durch mehrere Personen in Bruchteilsgemeinschaft möglich (ebenso Kölner Komm. Anm. 40; B.-H. § 8 Rn. 10; a. A. Meyer-Landrut in Großkomm. Anm. 10; sowie die Voraufgabe). Alle Gemeinschaftler zählen jedoch nur als ein Gründer.

In Fällen gesetzlicher Vertretung ist der Vertretene der Gründer und trägt er die vermögensrechtliche Gründerhaftung, wird Gesellschafter und als solcher berechtigt und verpflichtet. Die strafrechtliche Gründerhaftung aber trägt der Vertreter, da dieser und nicht der Vertretene sich insoweit strafbar machen kann.

Es kann aber auch für fremde Rechnung durch einen Strohmann gehandelt werden, dann muß dieser die Gründerfähigkeit haben und wird er echter Gründer, der die vermögensrechtliche und strafrechtliche Haftung trägt. Erstere trägt aber neben ihm auch sein Auftraggeber (§ 46). Herwig (DNZ 37, 195) will den Strohmann bei Errechnung der Mindestzahl nicht mitrechnen. Dagegen ist Meyer-Landrut (Großkomm. Anm. 16) nunmehr unserer Meinung beigetreten. Das OLG Celle (NJW 1951, 847) hat in dem Fall von einem Scheingeschäft gesprochen und Nichtigkeit des Vertrages angenommen, in dem zwei Strohmänner eine GmbH gegründet und ihre Geschäftsanteile noch am Tage der Gründung einem Dritten übertragen haben. Der BGH hat dieser Rechtssprechung ausdrücklich widersprochen (BB 1956, 1118). Er hat die Gründung durch Strohmänner ausdrücklich zugelassen, wenn diese die Gründung selbst wollen. Im Augenblick der Eintragung der Gesellschaft sind Gesellschafter vorhanden und die erforderliche Gründerzahl gegeben, da die Abtretung der Geschäftsanteile erst mit der Eintragung der Gesellschaft wirksam wird (BGH 21, 242). Lediglich, wenn vor der Eintragung ein Verstoß gegen das Gesetz oder die guten Sitten offenkundig ist, kann die Eintragung abgelehnt werden.

Steuerrechtlich wird nicht der Strohmann, sondern dessen Auftraggeber als Erwerber der Aktien angesehen (RFH 14, 228). Diese Auslegung erfolgt jedoch aus rein steuerrechtlichen Erwägungen und ist daher für das Aktienrecht bedeutungslos.

3. Übernahme von Aktien

Anm. 6: Die Gründer haben sämtliche Aktien zu übernehmen. Dies erfolgt durch die Übernahmeerklärung, die zusammen mit der Feststellung der Sat-

zung erfolgt (vgl. Anm. 3 und im einzelnen Anm. 19—22 zu § 23 und Anm. 2 zu § 29).

4. Einlageforderung

Anm. 7: Die Verpflichtung des Gesellschafters zu Leistungen von Vermögenswerten erschöpft sich in der Einlage. Sie besteht auch nur der Gesellschaft gegenüber. Zur Einlage eignen sich nur Geld oder Güter mit Verkehrswert. Die Einlagen müssen wenigstens den Aktienwert erreichen (§ 9), brauchen aber nicht, auch nicht nur verhältnismäßig, gleich zu sein und auch nicht notwendig aus dem Vermögen des Aktionärs zu stammen, mindestens nicht unmittelbar, aber wohl auch nicht mittelbar. Über den möglichen Gegenstand der Einlage außer Geld siehe Anm. 11—14 zu § 27.

Der Aktionär ist verpflichtet, diese Einlage einzuzahlen, da es erstes Ziel der Aktiengesellschaft sein muß, das gesamte Grundkapital voll zu erhalten. Um dies zu erreichen, sind in den Vorschriften über die Gründung, § § 23 ff., eine Reihe von Sondervorschriften enthalten.

Anm. 8: Die in der Rechtslehre und Rechtsprechung umstrittene Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Anspruch der Gesellschaft gegen den Aktionär auf die Einlage abtretbar ist, spielt praktisch nur insofern eine Rolle, als die Abtretbarkeit Voraussetzung der Pfändbarkeit ist. Die Abtretbarkeit könnte aus zwei Gesichtspunkten unzulässig sein: aus a) § 399 BGB, wonach eine Forderung nicht abgetreten werden kann, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann; b) aus dem aktienrechtlichen Gesichtspunkt des § 66, nach dem die Aufbringung des Grundkapitals unter allen Umständen sichergestellt sein soll. Eine Veränderung des Inhalts der Leistung würde eintreten, wenn man sich auf den Standpunkt der älteren Rechtsprechung des Reichsgerichts stellen würde, daß die Fälligkeit der abgetretenen Einlageforderung nicht von der Aufforderung zur Einzahlung nach § 63 Absatz 1 abhängig sei. Die Rechtsprechung ist inzwischen überholt. Es liegt keine Veranlassung vor, aus der Abtretung allein eine Veränderung des Inhalts der Einlageforderung zu folgern. Nach wie vor wird die Forderung erst nach Einforderung der Einlage unter Berücksichtigung des Gleichheitsgrundsatzes gegenüber allen Aktionären fällig. Die Bestimmung des § 399 BGB steht der Abtretbarkeit also nicht entgegen. Wohl aber schränkt der in § 66 zum Ausdruck kommende Grundsatz die Abtretbarkeit praktisch erheblich ein. Es ist allgemeine Auffassung, daß sie nur dann zulässig ist, wenn die Gesellschaft als Gegenleistung ein vollwertiges Entgelt erhält (RG 133, 83; 135, 57; 156, 25; JW 1936, 445). Auch das gesamte Schrifttum hat sich dieser Auffassung angeschlossen (vgl. Großkomm. Fischer § 60 Anm. 21; Schl.-Qu. § 60 Anm. 3; B.-H. § 66 Rn. 7).

V. Verstoß

Anm. 9: Sind an der Feststellung der Satzung nicht fünf Personen beteiligt, so darf nicht eingetragen werden, vgl. im einzelnen Vorbemerkungen vor § 23 Anm. 9.

§ 3

Die Aktiengesellschaft als Handelsgesellschaft

Die Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht im Betrieb eines Handelsgewerbes besteht.

Anm. 1: Die dem bisherigen Recht entsprechende Bestimmung besagt, daß die AG jeden gesetzlich nicht verbotenen Zweck verfolgen kann, nicht etwa nur ein Handelsgewerbe, also auch einen sozialen (Konsumverein), idealen (studentisches Verbindungshaus), oder auch einen wirtschaftlichen, der kein Handelsgewerbe voraussetzt (landwirtschaftlicher, bergbaulicher Betrieb, Hausbesitz oder -verwaltung, Verwaltung von Beteiligungen, z. B. „Holding“, Geschäftsstelle für Syndikat oder Interessengemeinschaft).

Welchen Zweck sie auch betreiben mag, immer sind die Vorschriften der Vollkaufleute (§ 6 HGB) anzuwenden, und zwar von der Eintragung der AG in das Handelsregister ab (§ 41 Abs. 1 S. 1).

Anm. 2: Daraus folgt, daß der Name der AG immer eine Firma ist (§ 17 HGB) und ferner folgende Bestimmungen auf sie Anwendung finden:

- § 22 HGB (Fortführung der Firma bei Erwerb des Handelsgeschäfts);
- §§ 38 ff. HGB (Handelsbücher), soweit nicht besondere Vorschriften bestehen;
- §§ 48 ff. HGB (Porkura);
- § 343 HGB (Begriff der Handelsgeschäfte) immer, obwohl er nach seinem Wortlaut ein Handelsgewerbe voraussetzt, da die Lebensbetätigungen einer AG nicht unterschieden werden können, wie die einer natürlichen Person, so daß ihre ganze Lebenstätigkeit die Ausübung eines Gewerbebetriebes darstellt, auch wenn sie keinen solchen hat, d. h., alle ihre Geschäfte sind Handelsgeschäfte;
- § 348 HGB (keine Herabsetzung der Vertragsstrafe);
- § 349 HGB (selbstschuldnerische Bürgschaft);
- §§ 352 bis 354 HGB (gesetzliche Zinsen);
- § 363 HGB (kaufmännische Orderpapiere);
- § 366 HGB (erweiterter Schutz des guten Glaubens);
- § 368 HGB (kürzere Frist bei Pfandverkauf);
- §§ 369 ff. HGB (kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht);

§ 377 HGB (Mängelrüge);

§ 196 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB (Verjährung).

Ansprüche gegen die Gesellschaft gem. § 196 Ziff. 1 BGB verjähren nicht in zwei, sondern in vier Jahren (§ 196 Abs. 2 BGB) (B.-H. Rn. 2; a. A. Schl.-Qu. Anm. 3).

§ 59 HGB (Handlungsgehilfe).

Betreibt sie ein eigentliches Handelsgewerbe, so findet § 59 direkt Anwendung. Es sind also alle die Angestellten Handlungsgehilfen, die Dienste leisten, die kaufmännische Vorbildung und Fähigkeit verlangen. Betreibt sie kein eigentliches Handelsgewerbe und ist nur kraft der Vorschrift des § 3 eine Handelsgesellschaft, so sind die als Handlungsgehilfen anzusehen, deren Fähigkeit den kaufmännischen Diensten entspricht, so bei einer Hausverwaltung der Buchhalter, nicht dagegen die sogenannten Gewerbegehilfen, wie der Bote oder die Schreibkraft.

Anm. 3: Steuerrechtlich sind alle Einkünfte der AG nach den einschlägigen Bestimmungen der Steuergesetze gewerbliches Einkommen, so auch Einkünfte von Gesellschaften, deren ganzes Vermögen in einem einzigen Grundstück besteht (trotz § 1 Steueranpassungsgesetz, RFH 39, 211, auch für die Aufbringungspflicht RFH 23, 309 ff., insbesondere 345 u. 346). Dies gilt auch bei Aktiengesellschaften, die rein idealen Zwecken dienen, ferner bei Verwaltungs-(Holding)gesellschaften. Die frühere Ausnahme für Aktiengesellschaften, die im Besitz der öffentlichen Hand sind oder staatlich geförderte Zwecke erfüllen, ist durch das Steueranpassungsgesetz 1961 (BGBl I 981) wieder aufgehoben worden. Gem. § 56 Abs. 1 Ziffer 1 Bewertungsgesetz ist bestimmt, daß alle Gegenstände, die der AG gehören, deren Betriebsvermögen bilden.

Anm. 4: § 3 gilt auch für die nach § 44 eingetragenen Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften. Im übrigen sind die Folgerungen aus § 3 auf Rechtsverhältnisse für ausländische Aktiengesellschaften nur anwendbar, in soweit auf diese Rechtsverhältnisse nach deutschem internationalen Privatrecht das Deutsche Recht anwendbar ist.

Anm. 5: Die Bestimmung des § 3 greift jedoch nicht in alle Rechtsgebiete ein. So gilt z. B. eine AG im Sinne der Gewerbeordnung nur dann als gewerbetreibend, wenn sie auch tatsächlich ein Gewerbe betreibt.

§ 4

Firma

(1) Die Firma der Aktiengesellschaft ist in der Regel dem Gegenstand des Unternehmens zu entnehmen. Sie muß die Bezeichnung „Aktiengesellschaft“ enthalten.

§ 4

Allgemeine Vorschriften

Anm. 1—3

(2) Führt die Aktiengesellschaft die Firma eines auf sie übergegangenen Handelsgeschäfts fort (§ 22 des Handelsgesetzbuchs), so muß sie die Bezeichnung „Aktiengesellschaft“ in die Firma aufnehmen.

- | | |
|---|---|
| I. Übersicht (Anm. 1) | 5. Zusatz „Aktiengesellschaft“ (Anm. 6) |
| II. Firma | 6. Firmenänderung (Anm. 7) |
| 1. Notwendiger Bestandteil der Satzung (Anm. 2) | III. Übernahme eines Handelsgeschäftes (Anm. 8) |
| 2. Schutz (Anm. 3) | IV. Veräußerung und Verpachtung (Anm. 9) |
| 3. Unterscheidungskraft (Anm. 4) | V. Unzulässige Firma (Anm. 10) |
| 4. Sachfirmen (Anm. 5) | |

I. Übersicht

Anm. 1: Die Vorschrift hat gegenüber dem früheren § 4 AktG 37 in Absatz 2 insofern eine *Änderung* erfahren, als nicht mehr von einem von der AG „erworbenen“, sondern von einem auf sie „übergegangenen“ Handelsgeschäft die Rede ist. Damit ist der Wortlaut des Gesetzes lediglich der Rechtslage angepaßt worden, ohne daß eine rechtliche Änderung herbeigeführt worden wäre, da auch der alte § 4 AktG 37 durch die Verweisung auf § 22 HGB nicht nur den Erwerb, sondern auch die Übernahme eines Handelsgeschäftes mit umfaßt hat.

II. Firma

1. Notwendiger Bestandteil der Satzung

Anm. 2: Die Firma ist notwendiger Bestandteil der Satzung (§ 23 III Nr. 1), kann also nur durch Satzungsänderung geändert werden. Sie ist der Name der AG schlechthin, nicht nur wie beim natürlichen Kaufmann der Name, unter dem er „im Handel seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift abgibt“ (§ 17 HGB). Deshalb kann die AG für alle Unternehmungen und Niederlassungen nur eine Firma haben, doch sind Zusätze zur Unterscheidung statthaft. Stets muß die Firma die Bezeichnung „Aktiengesellschaft“ enthalten. Nach Artikel 22 Einführungsgesetz zum HGB können jedoch auch heute noch die vor Inkrafttreten des HGB eingetragenen Gesellschaften die nach damaligem Recht zulässigen Firmenbezeichnungen beibehalten.

2. Schutz

Anm. 3: Aus der Anführung des § 22 HGB durch Absatz 2 ergibt sich, daß die Firmenvorschriften des HGB auch für die Aktiengesellschaft gelten. Die Firma wird nicht nur durch § 30 HGB, sondern gegen Verwechslungsgefahr auch durch § 16 UWG geschützt (Prioritätsgrundsatz), ferner durch die §§ 1, 3, 4 UWG (täuschende Nachahmung) sowie durch § 12 BGB (Na-

menschenschutz). Nach diesen Bestimmungen ist Unterlassungsklage, bei Verschulden des Verletzers Schadenersatzklage gegeben. Über die Firma der Zweigniederlassung siehe Anm. 4 zu § 42.

3. Unterscheidungskraft

Anm. 4: Als Name muß die Firma Unterscheidungskraft haben, nicht nur im Sinne des § 30 HGB, wonach sie sich von allen an demselben Ort bereits bestehenden und eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden muß, sondern sie muß auch, obwohl dem Gegenstand entnommen, doch eine eigentümliche Namensbezeichnung sein (KGJ 37, 172). Unter Umständen ist dies schon durch Verbindung mit einem Ortsnamen möglich, nicht aber durch den Zusatz „Aktiengesellschaft“ allein (RG 133, 318 und 325). Kein Bestandteil der Firma, am wenigstens der dem Gegenstand des Unternehmens entnommene, darf zu einer Täuschung geeignet sein (§ 18 Abs. 2 HGB, §§ 1, 3, 4 UWG). „Fabrik“, „Werk“ oder gar „Fabriken“, „Werke“, ferner „Industrie“, „Zentrale“, „Haus“ erwecken die Vorstellung großer Betriebe, die sich heute jedenfalls nicht ohne weiteres schon aus dem Mindestgrundkapital der AG nach § 7 von 100 000,— DM ergeben. Erstere Bezeichnungen sind außerdem nur für Erzeugnisstätten, nicht für Handelsbetriebe erlaubt. Auch die Zusätze „Deutsch“, „Europäisch“ gelten nach allgemeiner Rechtsauffassung nicht mehr als farblos. Es entscheidet vielmehr die Stellung des Unternehmens innerhalb der Gesamtwirtschaft und seiner Bedeutung für diese, nicht so sehr sein Umfang, sein Personal oder die Herkunft seines Materials, als die Unterscheidung von ausländischen Unternehmungen gleicher Art. Wird die Firma nachträglich wegen veränderter Verhältnisse oder Verkehrsauffassung irreführend, so ist sie nach § 142 FGG von Amts wegen zu löschen, wenn sie nicht geändert wird. Besonderen Schutz genießen nach §§ 39—43 des Kreditwesengesetzes vom 10. 7. 61 die Bezeichnungen „Bank“ und „Sparkasse“, welche nur unter den daselbst angeführten Voraussetzungen geführt werden dürfen.

4. Sachfirmen

Anm. 5: Die Firma soll dem Gegenstand des Unternehmens entnommen werden, also eine Sachfirma sein. Danach muß sie deutsch, zumindest aber für Deutsche verständlich sein. Die Meinung, daß sie nicht deutsch zu sein braucht, kann nur für Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften als richtig anerkannt werden. Nach der von der herrschenden Ansicht mißbilligten Rechtsprechung des Reichsgerichts, welche Sachfirmen wie „Kosmopharm“ (kosmotechnisch-pharmazeutisch) und „Aeriola“ zuläßt, ist auch die Sachfirma nur Unterscheidungszeichen und nicht bestimmt, über den Gegenstand aufzuklären.

Die Vorschrift, daß die Firma in der Regel dem Gegenstand des Unternehmens entnommen sein soll, entspricht zwar Denkgesetzen, weil es an einem

§ 4

Anm. 5, 6

Allgemeine Vorschriften

physischen Inhaber fehlt, auf den ein Personennamen hinweisen würde, schließt aber nicht aus, daß die Firma daneben auch Bestandteile enthält, welche Personennamen oder Phantasieworte sind. Durch Artikel 22 des EG zum HGB ist es sogar möglich, daß die Firma ausschließlich aus einem Personennamen besteht, wobei allerdings dann der Zusatz „Aktiengesellschaft“ erforderlich ist. Ausschließlich aus einem Phantasiewort darf die Firma dann bestehen, wenn dieses Wort zugleich der wahre Name für das Fabrikat der AG ist und sich dieser schon durchgesetzt hat (Schl.-Qu. § 4 Anm. 4; Meyer-Landrut in Großkomm. § 4 Anm. 2; speziell für Warenzeichen Wessel in NJW 68, 733). Phantasieworte mit der für die Aktiengesellschaft üblich gewordenen Abkürzung „AG“ am Ende (INDROHAG) sind nach § 18 Abs. 2 HGB unzulässig auch als Zusatz, wenn sie eine Firma bezeichnen soll, die nicht AG ist (BGH 22, 88 bis 90). Es spielt hierbei keine Rolle, daß aus der Gesamtheit der Firma zu erkennen ist, daß es sich nicht um eine AG handelt, (INDROHAG, Industrie-Rohstoffe Handlungsgesellschaft mit beschränkter Haftung).

Die Firma der AG muß wie die nach § 17 HGB Kennzeichnungskraft haben. Daher sind Firmen wie „Transportbeton Aktiengesellschaft“ (OLG Hamm in NJW 61, 2018) oder „Mineralöl-Vertrieb Aktiengesellschaft“ (LG Hannover in BB 69, Beilage 10, 14) unzulässig.

In der Firma darf keine Täuschung liegen, z. B. über die Größe des Unternehmens mit der Bezeichnung „Werk“. Diese ist nur Großunternehmen der Industrie vorbehalten (vgl. OLG Frankfurt in BB 65, 803; OLG Hamm in BB 68, 311; Wessel in BB 69, 1195 in einer Anmerkung zu der zu Recht abgelehnten Entscheidung des OLG Stuttgart).

Nur in Ausnahmefällen ist eine reine Personenfirma zulässig. Hierzu muß ein besonderes Interesse vorliegen. § 24 II HGB ist dann nicht anwendbar (vgl. BGH in BB 69, 1410).

Ein Anspruch auf ein bestimmtes Schriftbild bei der Eintragung der Firma im Handelsregister besteht grundsätzlich nicht (vgl. OLG Karlsruhe in NJW 70, 1379; Bay. OLG in NJW 68, 364). Die Schreibweise liegt vielmehr im Bereich der Ermessensentscheidung des Registergerichtes.

5. Zusatz „Aktiengesellschaft“

Anm. 6: Die Firma muß die Bezeichnung „Aktiengesellschaft“ enthalten, und zwar nach Absatz 2 auch im Falle des § 22 HGB. Der Zusatz muß im allgemeinen ausgeschrieben sein, doch hat sich im Verkehr die Abkürzung „AG“ durchgesetzt (vgl. B.-H. Rn. 7). Unzulässig ist zum Beispiel „Aktienbrauerei“, zulässig „Berliner Droschken Aktiengesellschaft“ (RJA 11, 25; KGJ 41 A 263; Meyer-Landrut in Großkomm. Anm. 3 zu § 4). Eine Sachfirma, die von einer am 1. Januar 1900 bestanden habenden AG aufgrund § 22 EGHGB ohne Zusatz „Aktiengesellschaft“ geführt werden kann, kann ohne

diesen bestehen bleiben, auch wenn unwesentliche Firmenbestandteile geändert werden (KG JW 38, 1171) oder die Firma eines übernommenen Unternehmens fortgeführt wird.

6. Firmenänderung

Anm. 7: Die Änderung oder Erweiterung des Gegenstandes der AG erfordert nicht ohne weiteres die Firmenänderung (allgemeine Ansicht). Nur wenn wettbewerbsrechtliche Bestimmungen eine Änderung verlangen oder eine Täuschung über die Art der Geschäfte vorliegt, muß auch die Firma geändert werden. Wird eine Firma geändert, muß sie den Anforderungen an eine neue Firma entsprechen (KG JW 1937, 47 Nr. 32), auch wenn sie bisher zulässigerweise keine Sachfirma gewesen war. Änderung der Firma ist Satzungsänderung, bedarf also eines Hauptversammlungsbeschlusses (§ 179 Abs. 1) mit der dazu erforderlichen Mehrheit (§ 179 Abs. 2 und 3) und der Eintragung ins Handelsregister (§ 181). Wenn es die Übersichtlichkeit erfordert, ist ein neues Registerblatt anzulegen, auf welches die AG mit allen noch gültigen Eintragungen unter der neuen Firma einzutragen ist; dabei ist jeweils auf das andere Blatt zu verweisen (§ 13 III Handelsregisterverordnung vom 12. 8. 1937). Zusätze bei der Firma einer Zweigniederlassung bedürfen keiner Satzungsänderung und können vom Vorstand vorgenommen werden.

III. Übernahme eines Handelsgeschäftes

Anm. 8: Bei Übernahme eines Handelsgeschäftes ist die Fortführung der bisherigen Firma statthaft, auch wenn die bisherige Firma des übernommenen Geschäftes keine Sachfirma ist. Es genügt auch in diesem Fall der Zusatz „Aktiengesellschaft“, wenn es sich um das einzige Unternehmen der AG handelt, sei es, daß sie zwecks Übernahme des Geschäftes gegründet worden ist oder daß sie es mit ihrem bestehenden Unternehmen vereinigt und ihre Firma durch Satzungsänderung ändert. Dagegen kann sie die übernommene Firma, wenn sie diese nur für eine von mehreren Unternehmungen oder Zweigniederlassungen fortführt, im übrigen aber ihre bisherige Firma weiterführen will, nur als Zusatz zur letzteren (ohne Satzungsänderung) bei der Zweigniederlassung annehmen. Es muß erkennbar bleiben, daß es sich um die Zweigniederlassung einer AG handelt und welche Firma diese führt (RG 113, 213). Eine wesentliche Veränderung der fortzuführenden Firma ist nicht statthaft, es sei denn, daß die AG die veränderte Firma auch als ursprüngliche führen könnte. Wird zunächst die eigene Firma beibehalten, so kann die erworbene auch noch nach einiger (Dresden ZHR 37, 350), immerhin begrenzter Zeit angenommen werden, aber nicht mehr, wenn schon eine neue Firma angemeldet ist. Die Fortführung der erworbenen Firma bringt die unbeschränkte Haftung für die Schulden des übernommenen Geschäftes mit sich

(§ 25 HGB). Ohne Fortführung der Firma gilt § 419 BGB. Sämtliche vorstehende Grundsätze gelten auch im Falle einer Pacht oder Verpachtung eines Unternehmens, die wie der Erwerb bzw. die Veräußerung zu behandeln sind.

IV. Veräußerung und Verpachtung

Anm. 9: Veräußert oder verpachtet die AG ihr Unternehmen und gestattet sie dem Erwerber oder Pächter die Fortführung ihrer bisherigen Firma, so muß sie, um ihm dies zu ermöglichen, durch Satzungsänderung eine neue Firma annehmen und ist gegenüber dem Vertragsgegner dazu verpflichtet.

V. Unzulässige Firma

Anm. 10: Die Eintragung einer unzulässigen Firma ist vom Registergericht abzulehnen. Bei trotzdem erfolgter Eintragung kann auf folgenden Wegen dagegen vorgegangen werden:

Die Gesellschaft kann aufgefordert werden, durch Satzungsänderung den Mangel zu beheben; mit den Vorschriften wegen Firmenmißbrauchs gemäß § 37 HGB; schließlich kann die Gesellschaft nach § 142 FGG von Amts wegen gelöscht werden. Das gleiche gilt, wenn die Firma nachträglich unzulässig wird.

Eine Nichtigkeitsklage nach § 275 und ein Amtslöschungsverfahren nach § 144 FGG sind nicht mehr möglich. Das Nichtigkeitsrecht der AG ist durch das Gesetz zur Durchführung der ersten Richtlinien des Rates der europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (BGBl 1969 I, 1146) mit Wirkung vom 1. 9. 1969 erheblich geändert worden. Die Unzulässigkeit der Firma zählt danach nicht mehr zu den Nichtigkeiten des § 275. Ein Auflösungsverfahren kann nach § 114 a FGG vom Registergericht eingeleitet werden in Verbindung mit den neu geschaffenen §§ 262 I Nr. 5, 289 II Nr. 2 (vgl. zu Vereinbarung dieser Bestimmungen mit den Richtlinien Einmahl in Die AktGes. 69, 210 ff.).

§ 5

Sitz

- (1) Sitz der Gesellschaft ist der Ort, den die Satzung bestimmt.
 (2) Die Satzung hat als Sitz in der Regel den Ort, wo die Gesellschaft einen Betrieb hat, oder den Ort zu bestimmen, wo sich die Geschäftsleitung befindet oder die Verwaltung geführt wird.

I. Übersicht (Anm. 1)

II. Begriffsbestimmung

1. Allgemeine Regel (Anm. 2)

2. Ausnahmen (Anm. 3)

III. Doppelsitz (Anm. 4)

IV. Ausländische Gesellschaften

(Anm. 5)

V. Rechtswirkung des Sitzes (Anm. 6)

VI. Sitzverlegung (Anm. 7)

I. Übersicht

Anm. 1: Die Vorschrift ist sprachlich geändert worden, damit klargestellt ist, daß der in der Satzung festgelegte Sitz maßgebend ist, wenn er nicht mit dem tatsächlichen Sitz übereinstimmt. Daß der Sitz in der Satzung festgelegt sein muß, ergab sich schon aus § 16 III AktG 1937 — heute § 23 III.

II. Begriffsbestimmung

1. Allgemeine Regel

Anm. 2: Sitz ist der von der Satzung unter Beachtung der vorliegenden Vorschriften bestimmte Ort. Das Gesetz geht von der häufigen Erscheinung aus, daß der gewerbliche Betrieb sich an einem anderen Ort befindet als der kaufmännische und die Geschäftsleitung, ja daß sogar diese an einem Ort ist, wo weder ein gewerblicher noch ein kaufmännischer Betrieb ist. Nicht selten auch — bei ganz großen Unternehmungen — befindet sich ein vielköpfiger Vorstand verstreut an mehreren Orten. Das Gesetz stellt alle diese Orte zur Wahl. Notwendigerweise bestimmt die Wahl gleichzeitig die Hauptniederlassung.

An dem Sitz muß sich

a) entweder ein Betrieb der Gesellschaft befinden, ein gewerblicher oder ein kaufmännischer, wenn Fabrikation und Geschäftsverkehr an getrennten Orten ausgeübt werden, oder einer von mehreren gewerblichen oder mehreren kaufmännischen Betrieben, aber nicht nur eine Betriebsstätte, welches der weiteste Begriff ist und auch bloße Warenlager und dergleichen mit umfaßt;

b) oder die Geschäftsleitung oder Verwaltung befinden.

Die Bestimmung stammt aus dem Steueranpassungsgesetz (§ 15 III). Geschäftsleitung ist der Mittelpunkt der geschäftlichen Oberleitung; Verwaltung wird meist dasselbe sein. Da aber die AG nicht notwendig einen gewerblichen oder kaufmännischen Zweck haben muß (siehe Anm. 1 zu § 3), gibt es auch Gesellschaften, die keine Geschäftsleitung, sondern eine Verwaltung haben.

2. Ausnahmen

Anm. 3: Vorstehendes gilt nur in der Regel. Ausnahmen davon kann das Registergericht zulassen, indem es aufgrund pflichtmäßiger Erwägung einen davon abweichenden Sitz einträgt. Es dürfte sonach bei schon eingetragenen Gesellschaften, auch wenn die Bestimmung der Satzung über den Sitz der Vorschrift des § 5 nicht entspricht, nicht erst Heilung des Mangels durch Satzungsänderungsbeschluß nach § 276 notwendig sein, wohl aber bleibt es dem Registerrichter unbenommen, der AG nach § 144 a FGG eine Frist zu setzen, um den Mangel durch Satzungsänderung zu beseitigen und nach

§ 5

Allgemeine Vorschriften

Anm. 3, 4

fruchtlosem Ablauf der Frist ein Auflösungsverfahren einzuleiten (vgl. § 4 Anm. 10). Dasselbe gilt, wenn am ursprünglichen Sitz die Sitzvoraussetzung wegfällt. Das Registergericht kann die Bewilligung der Ausnahme unter gleichgebliebenen Verhältnissen nicht zurücknehmen. Heilung des Mangels kann, wenn gegen § 5 verstoßen wird, demnach auch durch Duldung des Registerrichters eintreten, doch kann dieser bei nur versehentlicher Eintragung nach §§ 144 III, 142 II FGG vorgehen.

III. Doppelsitz

Anm. 4: Bis 1945 war es einhellige Ansicht, daß eine AG begriffsnotwendig nur einen Sitz haben könne. Die Teilung Deutschlands und die politische Sonderstellung West-Berlins haben die Frage der Zulässigkeit der Begründung eines zweiten Sitzes aufkommen lassen (Bernau in NJW 1949, 86; Consbruch in NJW 1949, 375; Springer NJW 1949, 561; W. Schmidt in JR 1949, 208; Geßler in SJZ 1949, 342). Gegen die Zulässigkeit haben sich manche auf verschiedene Bestimmungen des Aktiengesetzes berufen (§§ 5, 14, 23, 36, 45, 245 Abs. 3). Dies ist nicht stichhaltig. In diesen Bestimmungen wird der Sitz zwar lediglich im Singular verwandt, dies kann jedoch nicht gegen die Zulässigkeit eines Doppelsitzes sprechen, da auf die Bestimmungen über den Wohnsitz natürlicher Personen nur von „dem“ Wohnsitz sprechen, mehrere Wohnsitze aber zulässig sind. Die analoge Anwendung der Wohnsitzbestimmungen auf juristische Personen ergibt sich bereits aus den Protokollen zum BGB (vgl. auch Bernau in BB 49, 89; Kölner Kommentar Anm. 12).

Auch die sich evtl. aus einer Zulässigkeit ergebenden Schwierigkeiten können nicht als Argument angeführt werden, insbesondere, da die Rechtsprechung diese Schwierigkeiten einer Lösung zugeführt hat (vgl. OLG Stuttgart in NJW 53, 748; Bay. ObLG in BB 62, 497 = Die AktGes 62, 280 = NJW 62, 101).

Eine abschließende Regelung hinsichtlich des Doppelsitzes enthält das Gesetz nicht, so daß auch § 23 V 2 AktGes. nicht gegen die Zulässigkeit spricht.

Die neuerlich aufgestellte Behauptung (vgl. Kölner Kommentar Anm. 12), es entstände in der Öffentlichkeit der falsche Eindruck, es würden zwei verschiedene Gesellschaften bestehen, leuchtet nicht ein. Die Gesellschaft kann insbesondere nach § 80 nur als eine Gesellschaft mit zwei Sitzorten auftreten, so daß ein derartiger Eindruck in der Öffentlichkeit gar nicht entstehen kann. Von der herrschenden Lehre ist daher in den Fällen die Errichtung eines zweiten Sitzes zugelassen, in denen durch die Teilung Deutschlands eine besondere Notlage entstanden ist (AG Bonn in BB 1948, 462; AG Heidelberg in SJZ 1949, 342; LG Köln in NJW 1950, 352; AG München in Versicherungswirtschaft 1948, 380; AG Hamburg und Wuppertal in Versicherungswirt-

schaft 1949, 210; B.-H. Rn 3; Meyer-Landrut in Großkomm. Anm. 5 a; Haberlandt in Möhring-Schwartz, S. 20).

Die Begrenzung auf die sich aus der Teilung Deutschlands ergebende Notlage ist nicht gerechtfertigt. Die amtliche Begründung läßt einen Doppelsitz bei Vorliegen eines Ausnahmezustandes zu, ohne diesen Begriff näher zu definieren. Es ist oben festgestellt worden, daß es ein Verbot eines Doppelsitzes nicht gibt. Es ist auch keine Bestimmung zu erkennen, die das Vorliegen eines Ausnahmezustandes zur Voraussetzung zur Begründung eines Doppelsitzes macht. Der Doppelsitz muß daher als allgemein zulässig angesehen werden. Da er Kosten und Schwierigkeiten für die betreffende Gesellschaft mit sich bringt, wird er die Ausnahme bleiben.

Der Gesetzgeber selbst hat die Tatsache des Bestehens von Doppelsitzen schon mehrfach berücksichtigt: § 5 der 3. DVO, § 2 der 35. DVO, § 1 der 43. DVO zum UmStG; § 62 des Wertpapierbereinigungsgesetzes; § 5 DMBil-ErgG; § DMBilG Berlin. Die Anerkennung einer doppelten Staatsangehörigkeit ergibt sich aus Artikel 84 Anlage 29 des Saarstaatsvertrages vom 27. 10. 1956 (BGBl II, 1589 ff.; vgl. hierzu Bärman in NJW 57, 613 ff.).

Die Errichtung eines zweiten Sitzes hat zur Folge, daß zwei Registergerichte federführend sind. Sämtliche Eintragungsanträge müssen an beide Gerichte gerichtet werden; von beiden Gerichten müssen den Handelsregistern der Zweigniederlassungen Eintragungsnachrichten zugehen. Beide Gerichte haben daher gleiche Rechte. Jedes kann selbständig die Erfüllung handelsrechtlicher Verpflichtungen überwachen (Bayerisches oberstes Landesgericht, a. a. O.; OLG Stuttgart in NJW 53, 748).

IV. Ausländische Gesellschaften

Anm. 5: Ausländische AG ist AG mit dem Sitz im Ausland. Ob sie AG im Sinne des deutschen Rechts ist, bestimmt sich nach diesem insofern, als zwar bei ihrer Gründung nicht die deutschen Vorschriften beachtet worden sein müssen (§ 44), als sie aber doch nach ausländischem Recht diejenigen Merkmale aufweisen muß, welche nach deutschem Recht einer AG wesenseigentümlich sind.

Demnach ist eigene Rechtspersönlichkeit, geschlossene Zahl der Beteiligungen, deren Selbständigkeit notwendig (vgl. Anm. 15 zu § 1). Nicht erforderlich ist Ausschluß der Haftung der Gesellschafter (Anm. 17 zu § 1), ein Nennbetrag der Beteiligung, ebenso nicht ein Grundkapital im Sinne des deutschen Rechts. Auch ausländische Gesellschaften mit nennwertlosen Anteilscheinen können AG sein. Wo eine derartige Gesellschaft im Ausland ihren Sitz, also auch ihren Heimatstaat hat, bestimmt sich dagegen ausschließlich nach ausländischem Recht. Regelmäßig wird die Satzung maßgebend sein. Würde aber eine solche AG mit satzungsmäßigem Sitz im Ausland nur diesen

§§ 5/6

Anm. 5—7/1, 2

Allgemeine Vorschriften

im Ausland, dagegen dort gar keinen Betrieb, sondern Betriebe nur im Inland haben, so würde nach § 5 weder die streitigen Gerichte sie anerkennen können, noch könnten die inländischen Betriebe als Zweigniederlassungen gem. § 44 eingetragen werden (vgl. dort).

V. Rechtswirkung des Sitzes

Anm. 6: Durch den Sitz wird bestimmt: die Zuständigkeit des Registergerichts (§ 14) und der allgemeine Gerichtsstand (§ 17 ZPO, vgl. hierzu OGH Köln DRZ 49, 469 = MDR 49, 615), woneben besonders der Gerichtsstand der gewerblichen Niederlassung (§ 21 ZPO), sofern er nicht mit ersterem zusammenfällt, also für Zweigniederlassungen Bedeutung hat und die Satzung einen Gerichtsstand wählen kann (§ 17 III ZPO). Der Sitz ist nach deutscher Sitztheorie auch entscheidend für die Staatszugehörigkeit (Personalstatut) einer AG und neben der Geschäftsleitung für die Steuerpflicht (§ 1 Körperschaftsteuergesetz) im Inland.

VI. Sitzverlegung

Anm. 7: Über Sitzverlegung siehe § 45.

Über die Frage des Sitzes einer in der Ostzone enteigneten AG, die Vermögen in Westdeutschland oder West-Berlin hatte, vgl. § 45 Anm. 6.

§ 6

Grundkapital

Das Grundkapital und die Aktien müssen auf einen Nennbetrag in Deutscher Mark lauten.

I. Übersicht (Anm. 1 u. 2)

II. Aktien und Grundkapital

1. Nennbetrag (Anm. 3)

2. Ausnahmen (Anm. 4)

3. Aktienrecht und Aktienurkunde (Anm. 5)

I. Übersicht

Anm. 1: Die Vorschrift stimmt mit dem alten § 6 II im wesentlichen überein. Absatz 1 ist nicht mehr aufgenommen worden, da bereits im § 1 II normiert ist, daß die AG ein in Aktien zerlegtes Grundkapital hat.

Anm. 2: Der Gesetzgeber hat daran festgehalten, daß es auch im neuen Recht nur Aktien geben kann, die auf einen Nennbetrag in DM lauten. Die Versuche, neben diesen die nennwertlose Aktie oder Stückeaktien einzuführen und den einzelnen Gesellschaften die Wahl zwischen den beiden Aktienarten zu überlassen, ist gescheitert trotz der sehr eingehenden Arbeit der Professoren Jahr und Stützel, die vollständige Gesetzentwürfe für die Einführung

der Aktienart vorgesehen haben (Aktien ohne Nennbetrag). Die Arbeit hat jedenfalls gezeigt, daß es möglich ist, unter Beibehaltung der für das deutsche Aktienrecht wichtigen Haftungsfunktionen des Grundkapitals eine echte nennwertlose Aktie zu schaffen (siehe auch Coing-Kronstein, Die nennwertlose Aktie als Rechtsproblem). Bei dieser wäre allerdings der falsche Bezug der Aktien auf das Grundkapital beseitigt worden. Damit hätte man nicht nur eine saubere rechtliche Konstruktion schaffen können, es wäre auch das wirtschaftspolitische Ergebnis erreicht worden, die irreführenden Vergleiche hinsichtlich der Höhe der Kurse und der Dividende unmöglich zu machen. Da die nennwertlose Aktie den Vorteil hat, daß sie leichter als die Nennbetragsaktie zerlegt werden kann, ist sie für die Erreichung des weiteren wirtschaftspolitischen Ziels, das der Gesetzgeber sich gesetzt hat, nämlich breite Streuung der Aktien, besonders geeignet. Die Mehrheit in den Ausschüssen hat sich jedoch auf den Standpunkt gestellt, daß ein Nebeneinander beider Aktientypen zu einer Verwirrung des Publikums führen könne. Man wird die Weiterentwicklung nicht nur in der Bundesrepublik, sondern auch im Ausland in dieser Richtung beobachten müssen (Kompromißvorschläge *de lege ferenda* im Interesse der Harmonisierung des EWG-Rechts macht Geßler in DB 66, 215).

In der Bundesrepublik ist durch die VO über die Feststellung des Börsenpreises von Wertpapieren vom 17. 4. 1967 (BGBl. 479) die Stückerotierung für Aktien im Nennbetrag von DM 50,— vorgesehen und inzwischen auch eingeführt worden.

II. Aktien und Grundkapital

1. Nennbetrag

Anm. 3: Die Summe der Nennbeträge aller Aktien in DM ergibt das Grundkapital der AG in DM. Der Nennbetrag bezieht sich sowohl auf die Aktie wie auf das Grundkapital. Letzteres ist jedoch keineswegs gleichzusetzen mit dem wahren Wert des Gesellschaftsvermögens. Dies mag allenfalls im Augenblick der Gründung zutreffen, es sei denn, daß schon Auslagen aufgrund der Satzung gemacht wurden. Der wahre Wert der Gesellschaft ergibt sich aus deren Aktiven nach Abzug der Passiven. Dabei kann keineswegs von dem Jahresabschluß ausgegangen werden, vielmehr müßten jeweils die Aktiven nach den Tageswerten oder das gesamte Unternehmen nach seinem Wert durch Sachverständige geschätzt werden. Auch der Börsenkurs ist nicht immer mit dem wahren Wert der Aktie gleichzusetzen, da der Kurs unter anderem von Umständen beeinflusst wird, die mit dem Wert in keinem Zusammenhang stehen, wie z. B. Spekulationsgeschäfte oder politische Gründe. Vgl. hinsichtlich der Ermittlung des Wertes einer Aktie Klinger in DB 65, 1709 ff.; Flohr in DB 64, 705).

Wertbeständigkeitsklauseln zur Erhaltung des Wertes der Aktie sind aus diesem Grunde undurchführbar. Sie wären darüber hinaus ohne Genehmigung der Bundesbank gemäß § 3 Währungsgesetz nichtig.

2. Ausnahmen

Anm. 4: Ausnahmen von dem Grundsatz, daß der Nennbetrag in DM ausgedrückt sein muß, sind nach § 1 EG möglich. Danach wird unterschieden zwischen Aktiengesellschaften, deren Grundkapital und Aktien bei Inkrafttreten des Aktiengesetzes nicht auf einen Nennbetrag in DM lauteten, und zwischen solchen Aktiengesellschaften, die nach Inkrafttreten des Aktiengesetzes nach Maßgabe des § 2 DMBilErgG vom 28. 12. 1950 (BGBl. 811) ihren Sitz in den Geltungsbereich des Aktiengesetzes verlegen.

Zur ersten Gruppe gehören Aktiengesellschaften, die sich in Abwicklung befinden, weil sie ihr Grundkapital nicht nach den Vorschriften des DMBilG in DM neu festgesetzt haben (§ 80 DMBilG vom 21. August 1949, BGBl. 279 und § 56 I DMBilG für das Saarland vom 30. Juni 1959 BGBl. 372).

Ferner gehören in diese Gruppe Kreditinstitute in der Form einer Aktiengesellschaft, die keinen Sitz im Rechtssinn in der Bundesrepublik haben und deshalb ihr Grundkapital nicht in DM neu festsetzen können (§ 4 der 42. DVO zum Umstellungsgesetz, § 1 des Berliner Altbankenbilanzgesetzes vom 10. 12. 1953 — Gesetz und Verordnungsbl. für Berlin, 1483), die gleichwohl aber eine Geschäftstätigkeit im Bundesgebiet ausüben, weil sie nach der 35. DVO zum Umstellungsgesetz als „Verlagerte Geldinstitute“ anerkannt oder als „Berliner Altbanken zum Neugeschäft“ zugelassen worden sind. Auch Berliner Altbanken mit Sitz in Berlin sind zur Neufestsetzung ihres Grundkapitals in DM erst verpflichtet, wenn sie zum Neugeschäft zugelassen werden (§§ 11, 22 der Berliner Altbankenbilanzgesetze).

Zur zweiten Gruppe gehören Aktiengesellschaften mit Sitz außerhalb des Bundesgebietes, die mit einem Grundkapital in Reichsmark gegründet worden sind und künftig noch nach Maßgabe des § 2 DMBilErgG vom 28. 12. 1950 ihren Sitz in die Bundesrepublik verlegen. In diesem Fall haben sie ihr Grundkapital nach § 2 III DMBilErgG innerhalb der durch das Gericht zu bestimmenden Frist in DM neu festzusetzen.

3. Aktienrecht und Aktienurkunde

Anm. 5: Aktienrecht und Aktienurkunde sind nicht das gleiche. Leider unterscheidet das Gesetz beide nicht. Das Aktienrecht kann auch ohne Aktienurkunde bestehen, wenn letztere von keiner Seite verlangt wird. Jeder Aktionär hat allerdings ein Recht auf eine Aktienurkunde. Das Gesetz geht in den §§ 10, 13, 64 III und IV, §§ 68, 72, 226 von der Urkunde aus, muß diese also auch gewollt haben. Tatsächlich entspricht die Ausgabe von Aktienurkunden auch der Regel. Trotzdem ist die Urkunde nicht so wesentlich, daß es unzu-

lässig wäre, von der Ausgabe von Urkunden abzusehen, solange kein Aktionär eine Urkunde verlangt. Daß der Anspruch des Aktionärs auf eine Urkunde durch die Satzung nicht ausgeschlossen werden kann, wird von der herrschenden Ansicht angenommen. Der Anspruch auf Ausstellung der Urkunde ist nach § 888 ZPO zu vollstrecken. Hat die AG die Urkunde ausgestellt und verweigert sie die Aushändigung, so ist diese durch Wegnahme nach §§ 883, 897 ZPO und die weiter erforderliche Übereignungserklärung nach § 894 ZPO zu vollstrecken. Die Ausstellung einer Gesamturkunde für mehrere Einzelurkunden kann der Aktionär nicht verlangen, umgekehrt aber den Umtausch einer Gesamturkunde in Einzelurkunden. Sind Urkunden ausgegeben, so sind diese Träger und Verkörperung der Aktienrechte, Wertpapiere (vgl. Anm. 1 zu § 10) in dem Sinne, daß zur Übertragung und Verpfändung des Rechtes, das durch die Urkunde verkörpert wird, die Übergabe, zur Pfändung die Wegnahme des Papiers notwendig ist. Dies gilt von der Inhaberaktie wie von der Namensaktie (JW 32, 2599). Erstere wird durch Übergabe der Aktie, letztere durch Abtretungsvertrag oder Indossament (§ 68) in Verbindung mit der Übergabe der Urkunde übertragen, wenn eine solche vorhanden ist. Unbeurkundete Aktienrechte werden durch Abtretungsvertrag übertragen, der keiner besonderen Form bedarf. Freie Übertragbarkeit wird nach § 65 vorausgesetzt. Auf Inhaberaktien ist § 935 BGB über den Schutz des gutgläubigen Erwerbs selbst gestohlener und verloren gegangener Papiere anzuwenden (vgl. aber § 367 HGB, wo praktisch die Umlauffähigkeit gestohlener Aktien zugunsten des Eigentümers aufgehoben wird). Der durch eine zusammenhängende, bis auf ihn führende Reihe von Indossamenten ausgewiesene gutgläubige Erwerber einer Namensaktie ist nach Art. 16 II WG geschützt. Es findet also ein Wechsel der Gesellschafter durch Wanderung der Aktie von Hand zu Hand statt. Mitglied ist, wer eine Aktie erworben hat. Durch Erwerb und Veräußerung der Aktie wird ohne Vertrag mit der Gesellschaft die Mitgliedschaft erworben und verloren.

Trotz dieser Bedeutung der Aktienurkunde bei der Übertragung des Aktienrechtes geht letzteres mit der Zerstörung der Urkunde nicht etwa unter. Es darf darum aus der Verkörperung des Rechtes durch die Urkunde auch nicht etwa gefolgert werden, daß in vollem Umfange diese auch topographisch bestimmt würde (so Petersen, Godesberger Juristentagung 1947). Dies ist z. B. für eine Beschlagnahme in der Zone von Bedeutung. Diese ist durch die Grenzen der Gebietshoheit begrenzt. Freilich reicht sie bis zu dieser und ist dieses schwer zu begründen. Man darf vielleicht sagen, daß die Mitgliedsrechte, wenn schon nicht da, wo das Mitglied ist, sich dort befinden, wo immer Vermögen ist, auf das sie sich beziehen, herrschaftsrechtlich da, wo Herrschaftsrechte auszuüben sind, am Sitze der Gesellschaft.

§ 7

Anm. 1—4

Allgemeine Vorschriften

§ 7

Mindestnennbetrag des Grundkapitals

Der Mindestnennbetrag des Grundkapitals ist einhunderttausend Deutsche Mark.

Anm. 1: Das neue Gesetz hält an dem seit dem DMBilGes. geltenden Mindestnennbetrag des Grundkapitals von 100 000,— DM fest. Während bisher der Reichsminister der Justiz im Einvernehmen mit dem Reichswirtschaftsminister Ausnahmen zulassen konnte, ist das jetzt nicht mehr der Fall.

Anm. 2: Bei der Bestimmung des Grundkapitals bei der Gründung darf ein zu diesem Zeitpunkt schon vorgesehenes genehmigtes Kapital (§ 202) nicht mitgezählt werden. Ein Verstoß gegen § 7 macht die Gesellschaft und Satzung nichtig. Im Falle einer Kapitalherabsetzung, die ein Absinken des Grundkapitals auf weniger als 100 000,— DM zur Folge haben würde, ist der entsprechende Hauptversammlungsbeschluß nichtig, es sei denn, der Mindestnennbetrag wird durch eine gleichzeitig beschlossene Kapitalerhöhung wieder erreicht (§ 228).

Eine Gesellschaft mit geringerem Grundkapital kann nicht eingetragen werden und daher nicht entstehen. Versehentlich eingetragen wäre sie unheilbar nichtig mit der Folge des § 275 und des § 144 FGG.

Anm. 3: Da nach dem Aktiengesetz von 1937 das Mindestgrundkapital 500 000,— Reichsmark betrug und durch die Bestimmungen des DMBilGes. das Grundkapital auf Deutsche Mark im Verhältnis 1 : 10 umgestellt wurde, bestehen noch Gesellschaften mit einem Grundkapital von weniger als 100 000,— DM bis herab zu 50 000,— DM. Für diese gilt § 2 EG, wonach das für sie durch das DMBilGes. neu festgesetzte Grundkapital als Mindestgrundkapital im Sinne des § 7 gilt. Ändern solche Gesellschaften ihre Verhältnisse wesentlich, insbesondere durch Änderung des Gegenstandes des Unternehmens oder ihrer Verfassung, so können derartige Veränderungen nur dann in das Handelsregister eingetragen werden, wenn das Grundkapital spätestens gleichzeitig mit der Änderung auf einhunderttausend Deutsche Mark erhöht wird. Ist durch eine Kapitalerhöhung das Grundkapital von einhunderttausend Deutsche Mark erreicht, so ist das das Mindestgrundkapital der Gesellschaft, und sie kann nicht mehr durch Kapitalherabsetzung auf das ihr durch das DMBilGes. im § 2 EG zugebilligte geringere Grundkapital herabgehen.

Anm. 4: Nicht geregelt ist der Mindestnennbetrag des Grundkapitals der Gesellschaften, deren Grundkapital auf Grund ministerieller Genehmigung

geringer als einhunderttausend Deutsche Mark ist. Die Nichterwähnung dieser Fälle könnte den Schluß zulassen, daß diese Gesellschaften ihr Grundkapital den Vorschriften des § 7 anpassen oder als AG gelöscht werden müßten. Wäre dies der Wille des Gesetzgebers gewesen, so hätte er diesen Gesellschaften eine Frist zur Durchführung der erforderlichen Kapitalerhöhung gesetzt. Da er dies nicht getan hat und die Festsetzung des neuen Grundkapitals durch das DMBilGes. eine Art der Ausnahmegenehmigung darstellt — und zwar eine generelle anstatt einer Einzelgenehmigung — kann davon ausgegangen werden, daß § 2 EG auch für die Gesellschaft angewandt werden kann, deren Grundkapital auf Grund ministerieller Genehmigung unter 100 000,— DM liegt.

§ 8

Mindestnennbetrag der Aktien

(1) Der Mindestnennbetrag der Aktien ist fünfzig Deutsche Mark. Aktien über einen geringeren Nennbetrag sind nichtig. Für den Schaden aus der Ausgabe sind die Ausgeber den Inhabern als Gesamtschuldner verantwortlich.

(2) Höhere Aktiennennbeträge müssen auf volle hundert Deutsche Mark lauten.

(3) Die Aktien sind unteilbar.

(4) Diese Vorschriften gelten auch für Anteilscheine, die den Aktionären vor der Ausgabe der Aktien erteilt werden (Zwischenscheine).

I. Nennbetrag der Aktie

1. Mindestnennbetrag (Anm. 1)
2. Über den Mindestnennbetrag hinausgehende Nennbeträge (Anm. 2)
3. Übergangsbestimmungen (Anm. 3)

II. Verstoß gegen § 8

1. Arten (Anm. 4)
2. Folgen (Anm. 5 u. 6)

III. Unteilbarkeit der Aktie
(Anm. 7—9)

IV. Zwischenscheine (Anm. 10)

I. Nennbetrag der Aktie

1. Mindestnennbetrag

Anm. 1: Gegenüber dem geltenden Recht ist der Mindestnennbetrag der Aktie von bisher 100,— DM auf 50,— DM herabgesetzt worden. Es ist dies eine der Maßnahmen, die eine breite Streuung der Aktien ermöglichen soll, insbesondere auch in weniger kapitalkräftigen Kreisen. Vom Unternehmen her gesehen wird damit die Möglichkeit geschaffen, Personenkreise anzusprechen, die sonst nicht erreicht werden können. Vom einzelnen Kapitalanleger her betrachtet ist ihm die Möglichkeit gegeben, das in jedem Aktien-

§ 8

Allgemeine Vorschriften

Anm. 1—3

kauf steckende Risiko dadurch zu verringern, daß er die zur Verfügung stehenden Mittel auf Aktien verschiedener Gesellschaften verteilt.

Ferner sollte durch Aktien zum Nennbetrag von DM 50,— ein gewisser Ersatz für die Nichteinführung der nennwertlosen Aktie geschaffen werden, in der Erwartung, daß sich dadurch ein Handel in Stücken entwickelt. Diese Erwartung hat sich inzwischen erfüllt (s. § 6 Anm. 2).

2. Über den Mindestnennbetrag hinausgehende Nennbeträge

Anm. 2: Das Gesetz bestimmt lediglich die untere Grenze des Nennbetrages. Nach oben ist eine Grenze nicht gezogen. Nach Abs. 2 müssen über den Mindestnennbetrag hinausgehende Nennbeträge durch 100 teilbar sein. Nennbeträge über 60,—, 80,— oder 150,— DM sind daher unzulässig.

3. Übergangsbestimmungen

Anm. 3: Nach § 44 DMBilGes. waren Ausnahmen von § 8 möglich, indem Nennbeträge von 20,—, 50,— und ein Vielfaches hiervon zugelassen wurden — also auch von 40,—, 60,—, 150,— DM —.

Nach § 3 III 1 EG bleiben diese Aktien, deren Nennbetrag mit § 8 nicht übereinstimmt, weiter in Kraft.

§ 3 III 2 EG läßt die Möglichkeit zu, eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln durch Erhöhung des Nennbetrages dieser Aktien durchzuführen. Eine derartige Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln ist im Gesetz (§ 215 II) nur bei teileingezahlten Aktien vorgesehen. Bei einer solchen Kapitalerhöhung können Aktien auf jeden durch 10 teilbaren Nennbetrag gestellt werden; der Nennbetrag darf jedoch — es sei denn, es handelt sich um teileingezahlte Aktien (§ 3 IV 3 EG) — nicht über den nächsten durch 100 teilbaren Betrag oder bei unter 50,— DM liegenden Nennbeträgen nicht über 50,— DM hinaus erhöht werden.

§ 3 II EG läßt darüber hinaus die Möglichkeit zu, daß nach Inkrafttreten dieses Gesetzes Aktien mit einem dem § 6 des Gesetzes über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln entsprechenden Nennbetrag ausgegeben werden können. Voraussetzung hierfür ist, daß der Beschluß über eine solche Kapitalerhöhung vor Inkrafttreten des Gesetzes in das Handelsregister eingetragen worden ist.

§ 3 V EG bestimmt, daß bei Aktiengesellschaften, die Aktien mit Nennbeträgen unter 50,— DM ausgegeben haben, der Nennbetrag dieser Aktien als ihr Mindestnennbetrag im Sinne der Vorschriften über die Kapitalherabsetzung gilt.

§ 4 EG gibt es den Gesellschaften an die Hand, Aktien, deren Nennbetrag den Erfordernissen des § 8 nicht entsprechen, mit Zustimmung der Aktionäre zu vereinigen. Die Vorschriften über die Kraftloserklärung von Aktien (§§ 73, 226) finden hierbei keine Anwendung.

Über den Zeitpunkt der Satzungsänderung und der Ausgabe der Aktienurkunden siehe § 4 II und III EG.

Dem allgemeinen Grundsatz, daß zu Recht ausgegebene Aktien nicht dadurch ungültig werden, daß sie dem neuen Mindestnennbetrag nicht angepaßt sind, steht der Grundsatz des § 3 I EG gegenüber, daß künftig Aktien nur noch unter Berücksichtigung des Mindestnennbetrages nach § 8 ausgegeben werden dürfen.

II. Verstoß gegen § 8

1. Arten

Anm. 4: Ein Verstoß gegen die Vorschriften über den Mindestnennbetrag kann in dreifacher Weise vorliegen:

a) die Übernahmeerklärung entspricht nicht § 8 I; dann kann das Aktienrecht nicht entstehen,

b) in der Satzung sind Aktien vorgesehen, die unter dem Mindestnennbetrag liegen; dann ist die Eintragung unzulässig. Im Falle der Eintragung entsteht jedoch nicht eine unheilbar nichtige AG, da in § 275 neuer Fassung dieser Verstoß nicht mehr als Nichtigkeitsgrund aufgeführt wird, vielmehr der Gesellschaft nur die Auflösung nach § 144 a FGG in Verbindung mit § 23 Abs. 3 und 4 droht. Der Fall ist daher ebenso zu behandeln wie unten unter c) (ebenso Meyer-Landrut Anm. 5).

Ebenso wäre ein Satzungsänderungs-, z. B. Kapitalerhöhungs- oder Kapitalherabsetzungsbeschuß nichtig und würde nicht eingetragen werden, durch den ein zu geringer Nennbetrag für die neuen Aktien festgesetzt würde. Ein gewisser Unterschied besteht insofern, als bei Festsetzung eines zu geringen Nennbetrages in der ursprünglichen Satzung nach § 277 III die Einlageforderungen in gewissem Umfange entstehen, wenn die AG unzulässigerweise eingetragen wird, während die Eintragung eines wegen des Verstoßes nichtigen Satzungsänderungsbeschlusses unmittelbare Folgen überhaupt nicht hat, also nicht etwa die Nichtigkeit des Beschlusses unmittelbar heilt, wohl aber nach drei Jahren, wenn sie bis dahin nicht geltend gemacht wurde (§ 242 II), vorbehaltlich der Löschung von Amts wegen. Ein nichtiger Kapitalherabsetzungsbeschuß läßt die Rechte unberührt. Auch hier gilt bei Eintragung das gleiche.

c) Schließlich kann die Satzung den Bestimmungen des § 8 I entsprechen, die Aktienurkunde jedoch auf einen geringeren Nennbetrag lauten. In diesem Fall ist zwar das Aktienrecht entstanden, die Aktienurkunde ist jedoch nichtig und stellt keine Verkörperung des Aktienrechts dar. Sie ist besonders bei Inhaberaktien ungeeignet, ihre auf die Übertragbarkeit des Rechtes durch die Übergabe der Urkunde und auf den Ausweis des Berechtigten abzielende Bestimmung zu erfüllen. Sie vermittelt demnach nicht den Übergang des

Rechtes, gewährt keinen Anspruch auf den Anteil am Bilanzgewinn oder am Abwicklungserlös und weist den Aktionär nicht als stimm- und teilnahmeberechtigt in der Hauptversammlung aus. Die Gesellschaft bleibt verpflichtet, dem Inhaber des Rechtes eine ordnungsmäßige Urkunde auszustellen. Bis dahin ist das Recht unbeurkundet.

Ein Verstoß gegen § 8 II hat die Nichtigkeit nicht zur Folge, da die Nichtigkeitsfolge lediglich hinsichtlich des Verstoßes gegen die Bestimmungen des Mindestnennbetrages festgelegt worden ist (so auch B.-H. Rn. 4). Der Beschluß, durch den eine dem § 8 II nicht entsprechende Aktie geschaffen worden ist, ist jedoch anfechtbar.

2. Folgen

Anm. 5: Das Kauf- oder andere Veräußerungsgeschäft ist gültig. Der Veräußerer haftet für Beschaffung des Rechts nach den §§ 437 ff. BGB mittels Übergabe einer rechtsgültigen Urkunde, die er sich von der AG beschaffen kann.

Anm. 6: Die Ausgeber der Urkunde handeln ordnungswidrig (§ 405 I Nr. 3) und sind dem Inhaber der Urkunde schadenersatzpflichtig auch ohne Verschulden (h. A., a. M. Schl.-Qu. Anm. 12). Der ursprüngliche Zeichner bei der Gründung hat meist keinen Schaden, da ihm der Anspruch auf Lieferung einer ordnungsgemäßen Urkunde zusteht. Er kann nur wegen verzögerter Ausgabe geschädigt sein. Für den Umfang des Schadenersatzes gelten die §§ 249 ff. BGB, also auch § 252 BGB hinsichtlich des entgangenen Gewinns (Kölner Komm. Anm. 20) und § 254 bezüglich des Mitverschuldens (Meyer-Landrut in Großkomm. Anm. 6). Für die Verjährung gilt § 852 BGB. Um derart wichtige Urkunden aus dem Verkehr zu ziehen, wird man § 73 entsprechend anwenden können.

Ausgeber der Aktienurkunden ist nicht die Gesellschaft, sondern die für sie handelnden Personen, also die Mitglieder des Vorstandes, des Aufsichtsrats oder Abwickler. Wer die Aktienurkunde unterzeichnet hat, ist nicht deshalb Ausgeber. Unter Ausgeben ist jedes absichtliche In-den-Verkehr-Bringen, die Ausreichung der Urkunde, nicht nur an den Zeichner, sondern an irgend jemand zu verstehen, womit sich der Ausgeber der ausschließlichen eigenen Verfügungsmacht begibt, auch die Verpfändung.

Unter *Inhabern* der Aktie versteht das Gesetz den Inhaber im Sinne des § 793 BGB. Das Gesetz hat die irreführende Bezeichnung „Besitzer“ fallengelassen, da hierunter immer schon der Inhaber im Sinne des § 793 BGB und nicht der Besitzer im Sinne des § 854 BGB zu verstehen war.

III. Unteilbarkeit der Aktie

Anm. 7: Über die Tragweite des Grundsatzes der Unteilbarkeit der Aktie herrscht nicht volle Klarheit. Unzweifelhaft unstatthaft ist die Teilung der

Aktie *durch den Aktionär*. Er kann sie nicht nur ziffernmäßig nicht teilen, sondern auch inhaltlich nichts davon abspalten. So ist der Anspruch auf den Anteil am Abwicklungsreinvermögen — auf das Auseinandersetzungsguthaben anders als nach § 135 HGB bei der oHG — nicht für sich allein abtretbar oder verpfändbar (was von Bedeutung ist, wenn die Übertragbarkeit der Aktie von der Zustimmung der AG abhängt), noch pfändbar (RG 132, 159; a. A. Teichmann-Köhler Anm. 2 c). Der Aktionär kann ferner zwar die Aktie mit einem Nießbrauch belasten, wobei das gesamte Recht belastet wird, aber er kann nicht das Gewinnstammrecht von der Aktie trennen und gesondert abtreten. Ebenso unzweifelhaft statthaft kann der Aktionär den Anspruch auf die beschlossene Dividende, auch die künftigen Ansprüche auf etwa künftig beschlossene Dividenden, selbständig veräußern, besonders, wenn darüber Dividendenscheine ausgegeben sind, denn es ist anerkannt, daß durch den Gewinnverwendungsbeschluß rechtlich selbständige Forderungsrechte begründet werden, die zwar für den Aktionär als solchen entstehen, dann aber eigener Schicksale fähig sind.

Anm. 8: Der Grundsatz der *Unteilbarkeit* richtet sich aber nur gegen den Aktionär, *nicht gegen die Gesellschaft*. Diese kann im Wege der Satzungsänderung die Stückelung der Aktien ändern. Sie könnte also z. B. in Anpassung an den neuen Mindestnennbetrag je Aktie für 100,— DM zwei Aktien für 50,— DM setzen. Damit würde keine materielle Änderung der durch die Aktie verkörperten Mitgliedschaft entstehen. Dasselbe geschieht letztlich auch dann, wenn eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln erfolgt, und zwar entstehen hier neue Aktienrechte; diese fließen aber aus den bestehenden Aktienrechten zwangsläufig, so daß auch hier eine Teilung des bisherigen Aktienrechts stattfindet. Eine Zustimmung der betroffenen Aktionäre ist zu einer derartigen Teilung der Aktie aus diesen Gründen nicht erforderlich (a. A. nur Balsler, S. 104). In der Schaffung von Genußrechten liegt nicht die Teilung des Aktienrechts. Nicht jede Beeinträchtigung des materiellen Inhalts der Aktien ist eine Teilung, sonst müßte man jede Kapitalerhöhung als eine solche Teilung ansehen.

Anm. 9: Die Unteilbarkeit der Aktien schließt nicht eine Rechtsgemeinschaft an der Aktie aus (zum Teil a. A. Meyer-Landrut in Großkomm. Anm. 12). Die Möglichkeit einer solchen ist in § 69 anerkannt. Möglich ist die Gemeinschaft zur gesamten Hand (Gesellschaft, Erbengemeinschaft, Gesamtgut), wie auch Miteigentum nach Bruchteilen (§ 741 BGB), wobei es sich um eine Gemeinschaft nach Bruchteilen an einem unteilbaren Gegenstand handelt (§ 753 BGB). Es entstehen dadurch nicht mehrere Teilmitgliedschaften. Ebenso schließt die Vorschrift nicht aus, daß die Aktie Gegenstand einer rein forderungsrechtlichen Teilungsvereinbarung sein kann, insbesondere Gegenstand

§§ 8/9

Allgemeine Vorschriften

Ann. 9, 10/1

eine Unterbeteiligung. Es besteht dann eine Gesellschaft ohne Gesellschaftsvermögen mit rein forderungsrechtlichen Vereinbarungen, welche die nur im Eigentum eines einzigen Gesellschafters stehende, aber für Rechnung aller Gesellschafter gekaufte, verwaltete, zu verwertende Aktie, insbesondere Art und Zeitpunkt der Verwertung und Teilung des Gewinnes, betreffen. Handelt es sich um ein Aktienpaket, so wird freilich regelmäßig dieses unter die Gesellschafter anteilig aufgeteilt und tritt nur nach außen, insbesondere gegenüber der Gesellschaft und bei Verwertung einer der Gesellschafter für Rechnung aller als Eigentümer der Aktien auf.

IV. Zwischenscheine

Ann. 10: Zwischenscheine (früher Interimscheine genannt) sind vorläufige Urkunden, welche als vorläufiger Ersatz für die endgültige Aktienurkunde ausgegeben werden. Sie müssen nach § 10 III und IV auf Namen lauten. Sie werden meist gerade dann ausgegeben, wenn die Ausgabe von Inhaberaktien beabsichtigt und vorgesehen ist, aber noch nicht erfolgen kann, weil die Vollzahlung noch nicht geleistet ist (§ 10 II). Es ist für solchen Fall nicht vorgeschrieben, daß sie die Teilleistung angeben müssen. Sie sind zu unterscheiden von bloßen Quittungen über Teilzahlungen, sie stellen vielmehr richtige Verkörperungen des Aktienrechts dar, genau wie die Aktienurkunde, so daß also die für diese geltenden Vorschriften und Grundsätze auch für sie gelten. Der Aktionär braucht sich mit einem Zwischenschein nicht zu begnügen, weil er einen Anspruch auf eine Urkunde hat, den ihm auch die Satzung nicht nehmen kann.

§ 9

Ausgabebetrag der Aktien

(1) Für einen geringeren Betrag als den Nennbetrag dürfen Aktien nicht ausgegeben werden.

(2) Für einen höheren Betrag ist die Ausgabe zulässig.

Ann. 1: Die unveränderte Vorschrift enthält das Verbot der sogenannten Unternennwertausgabe. Damit richtet sie sich gegen die Leeraktie, der kein Aktivwert in Höhe ihres Nennbetrages gegenübersteht. Es ist daher unzulässig, den Nennwert des Grundkapitals höher als die Summe der geleisteten Einlagen festzusetzen und demgemäß Aktien zu gewähren und auszugeben, deren Nennbetrag die für sie geleistete Einlage übersteigt. Das schließt nicht aus, daß die Gesellschaft ihrerseits bereits im Gründungsstadium über die Einlagen verfügt, indem sie den Gründungsaufwand trägt, wozu auch die Kosten der Beurkundung der Satzung, der Eintragung und der Kapitalverkehrssteuer gehören (s. § 26).

Die Gefahr, daß die Vorschrift umgangen wird, besteht hauptsächlich bei Sacheinlagen. Über die Verhütung der Umgehung s. Anm. 7 zu § 2, § 1 Anm. 1 über Aktien aus Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln. Die Ausgabe von Aktien unter pari ist verboten. Das Verbot gilt auch bei Kapitalerhöhungen. Unter Ausgabe ist nur die erste Hingabe von Aktien zu verstehen. Der Verkauf bereits früher ausgegebener Aktien, die sich im Besitz der Gesellschaft befinden, fällt nicht unter § 9. Ein strafrechtlicher Schutz der Vorschrift befindet sich in § 405 I Nr. 1—3.

Anm. 2: § 9 äußert sich nicht über die Herkunft der für die Aktien verlangten Deckung. Diese kann mithin aus Gesellschaftsmitteln erfolgen. Darum steht die Vorschrift auch einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (§§ 207 ff.) nicht entgegen.

Das Grundkapital wird durch die Auflösung von Rücklagen erhöht. Die so aufgelösten und dem Grundkapital zugeführten Reserven müssen mindestens den Betrag des Nennwertes der neu geschaffenen Aktie erreichen. Andernfalls ist der Kapitalerhebungsbeschluß nichtig (s. Anm. 3).

Anm. 3: Ein Verstoß macht die Satzung, welche Ausgabe unter dem Nennwert vorsieht, nichtig. Die Gesellschaft kann auch dann nicht eingetragen werden, wenn die vereinbarten Einlagen voll geleistet worden sind. Erfolgt die Eintragung dennoch, so entsteht die Gesellschaft trotz des Verstoßes, da § 275 die Nichtigkeit der Bestimmung über den Ausgabebetrag nicht als Grund für die Nichtigkeit der Gesellschaft aufführt. Analog zu § 27 II bleibt der Aktionär verpflichtet, den Unterschiedsbetrag einzuzahlen. Gleiches gilt für den Fall, daß zwar der Nennbetrag richtig festgesetzt, diese Festsetzung jedoch aufgrund einer Abrede nicht eingehalten wird; denn § 9 betrifft einmal die Festsetzung, die den Nennbetrag des Grundkapitals darstellen muß und zum anderen die Ausgabe und die damit verbundene Einlage der Aktionäre. Nur so wird der Zweck erreicht, die Aufbringung des Grundkapitals zu sichern, was im Interesse der Öffentlichkeit Ziel des Gesetzgebers ist.

Sonderevereinbarungen, wonach dem Aktionär in irgendeiner Form Rückvergütungen oder Rabatte gewährt werden sollen, sind nach §§ 66, 67 mit den Folgen aus den §§ 62, 93 nichtig.

Als einen Sonderfall der Unternennwertausgabe kann man die Überbewertung von Sacheinlagen ansehen, wenn der objektive Wert der Sacheinlage den Nennbetrag der dafür hingegebenen Aktien nicht deckt. Für ihn gilt § 46 II. Es haftet daneben der Einleger aufgrund einer Wertdeckungszusage auf Zahlung bis zur Parideckung, siehe Anm. 15 zu § 27 (vgl. auch M.-L. in Großkomm. Anm. 5; B.-H. Rn. 2 u. Klette in BB 68, 1101). Deckt der Wert der Sacheinlage den über Nennwert liegenden Ausgabebetrag, nur das Auf-

geld nicht, so kann von einer Unternennwertausgabe nicht gesprochen werden. Ein Fall des § 46 II kann aber auch dieser Fall sein.

Die Beachtung des Verbots hat das Registergericht nach § 38 zu prüfen. Soweit es sich um Sacheinlagen bei der Gründung handelt, hat sich darauf die Gründungsprüfung nach § 33 II zu erstrecken (vgl. auch BGH 29, 300).

Eine Bestrafung der Unterpariausgabe ergibt sich aus § 399 I Nr. 1 und evtl. nach § 266 StGB.

Anm. 4: Übernennwertausgabe ist sowohl bei der Gründung als auch bei der Kapitalerhöhung statthaft. Das sogenannte Agio (Aufgeld), das ist der über den Nennbetrag hinausgehende Teil der Einlage, ist in der Urkunde über die Feststellung der Satzung (§ 23 II) festzusetzen. Bei der Kapitalerhöhung, wenn neue Aktien für einen höheren Betrag als den Nennbetrag ausgegeben werden, ist der Mindestbetrag, unter dem sie nicht ausgegeben werden sollen, im Kapitalerhöhungsbeschuß festzusetzen (§ 182 III). Das Aufgeld braucht nicht für alle Aktien, auch nicht derselben Emission, gleich hoch zu sein. Ohne Festsetzung des Aufgeldes in der Urkunde über die Feststellung der Satzung bzw. im Beschuß über die Kapitalerhöhung ist der Aktienübernehmer nicht verpflichtet, ein Aufgeld zu entrichten, auch dann nicht, wenn es in der Übernahmeerklärung angegeben wird; ebensowenig, wenn letztere Angabe fehlt. Endlich muß das Aufgeld vor der Anmeldung der Gesellschaft oder der Durchführung der Kapitalerhöhung zur Eintragung (§ 36 II, § 188 II) eingezahlt sein und sich in der freien Verfügung des Vorstandes befinden (§§ 36 und 188 II). Dies ist bei der Anmeldung zu erklären und nachzuweisen. Übernennwertausgabe bei Sacheinlagen siehe § 10 Anm. 2.

Eine nachträgliche Änderung des Aufgeldes ist bei der Gründung bis zur Eintragung der AG möglich. Hierzu ist Einigung der daran beteiligten Personen und öffentliche Beurkundung erforderlich (§ 23). Von einer Erhöhung kann aber ohne seine Zustimmung derjenige nicht mehr betroffen werden, dem Aktien schon zugeteilt waren. Bei der Kapitalerhöhung ist eine Herabsetzung des Aufgeldes nicht in der Weise möglich, daß sie bereits ausgeübten Zeichnungen zustatten kommt, denn hierin liegt ein Erlaß der Einlageverpflichtung (§ 66), wenn der Kapitalerhöhungsbeschuß schon eingetragen ist. Außerdem muß sie für die bezugsberechtigten Aktionäre, weil diese Anspruch auf Gleichbehandlung haben, gleichmäßig, im übrigen kann sie auch ungleichmäßig sein. Sie ist Sache des Vorstandes, wenn im Erhöhungsbeschuß kein fester, sondern ein Mindestausgabebetrag vorgesehen ist. Andernfalls und für den Fall, daß der Vorstand unter ersteren bzw. letzteren heruntergehen will, bedarf es eines neuen Hauptversammlungsbeschlusses, für den dieselbe Mehrheit wie für den Kapitalerhöhungsbeschuß zu fordern ist — ungeachtet dessen, daß ein solcher bis zur Eintragung der durchgeführten Kapitalerhöhung mit einfacher Mehrheit aufgehoben werden kann —, weil es andernfalls der einfachen Mehrheit

mit Hilfe eines willfähigen Vorstandes möglich wäre, sich einen günstigeren Kurs für junge Aktien festzusetzen, als die qualifizierte Mehrheit zulassen wollte, überdies solchenfalls wohl auch über den Ausschluß des gesetzlichen Bezugsrechtes der Aktionäre neu beschlossen werden müßte. Eine (Teil-) Rückzahlung des bereits entrichteten Aufgeldes ist nach Eintragung der AG nicht nur gemäß §§ 66, 222, 226, sondern nach § 150 gänzlich ausgeschlossen.

§ 10

Aktien und Zwischenscheine

- (1) Die Aktien können auf den Inhaber oder auf Namen lauten.
- (2) Sie müssen auf Namen lauten, wenn sie vor der vollen Leistung des Nennbetrags oder des höheren Ausgabebetrags ausgegeben werden. Der Betrag der Teilleistungen ist in der Aktie anzugeben.
- (3) Zwischenscheine müssen auf Namen lauten.
- (4) Zwischenscheine auf den Inhaber sind nichtig. Für den Schaden aus der Ausgabe sind die Ausgeber den Inhabern als Gesamtschuldner verantwortlich.

Anm. 1: Die Bestimmung der Aktienurkunde ist, das Recht zu verbrieften. Dieses entsteht durch die Eintragung (§ 41). Folgerichtig können vor der Eintragung der Aktiengesellschaft Urkunden nicht ausgegeben werden; sie sind nichtig, wenn diesem Verbot zuwider gehandelt wird (§ 41 IV). Für den Schaden sind die Ausgeber (s. Anm. 6 zu § 8) den Inhabern als Gesamtschuldner haftbar. Außerdem werden die dem Verbot zuwiderhandelnden Vorstandsmitglieder bestraft (§ 405 I Nr. 1—3). Dasselbe gilt entsprechend im Fall der Kapitalerhöhung. Das Recht entsteht durch die Eintragung, also unabhängig von der Ausgabe der Urkunde. Es ist zwar die Gesellschaft den Aktionären zur Ausgabe von Aktienurkunden verpflichtet (s. Anm. 5 zu § 6), die Urkunde aber demnach nicht wesentlich für das Recht (vgl. Hans, OLG Hamburg in die AktGes 1970, 230). Der Aktionär erwirbt es unabhängig von der Aushändigung einer Urkunde durch die Eintragung der Gesellschaft. Die Urkunde hat sonach keinen rechtsbegründenden Charakter. Nach ihrer Ausgabe aber stellt sie die Verkörperung des Rechts dar, das durch sie versachlicht wird. Die Vereinigung des Rechts mit der Urkunde und seine Verkörperung in dieser geht vor sich, sobald und indem die Gesellschaft die Urkunde an den in diesem Zeitpunkt legitimierten Aktionär begibt. Dazu ist Übergabe- und Übereignungsvertrag erforderlich; § 952 BGB ist in diesem Stadium nicht anwendbar. Gibt die Gesellschaft die Urkunde an einen Falschen, oder wird ihr die Urkunde gestohlen, so geht die Vereinigung des Rechtes mit der Urkunde nicht vor sich. Das Recht verbleibt vielmehr unbeurkundet dem bisherigen Aktionär. Gutgläubiger Erwerb des unbeurkun-

§ 10

Allgemeine Vorschriften

Anm. 1, 2

deten Rechtes ist nach den Regeln über die Abtretung von Rechten ebenso ausgeschlossen, wie gutgläubiger Erwerb des Eigentums an dem abhanden gekommenen Papier, für das § 935 II BGB nicht gilt, weil er sich nur auf begebene Wertpapiere bezieht und deren Umlauffähigkeit gewährleisten soll, wie endlich des Rechts durch gutgläubigen Erwerb des Papiers (s. Anm. 5 über Unanwendbarkeit des § 794 BGB). Nur wenn die abhanden gekommene Urkunde in den Besitz des Aktionärs kommen sollte, wird ausnahmsweise anzuerkennen sein, daß Recht und Urkunde sich auch dann vereinigen.

Über die Form und den sonstigen Inhalt der Aktienurkunde vergleiche § 13.

Anm. 2: Inhaberaktien und Namensaktien und unbeurkundete Aktien bedeuten verschiedene Aktienarten, aber keine verschiedenen Aktiengattungen im Sinne des Gesetzes, weil sie keine inhaltlich verschiedenen Gesellschaftsrechte darstellen. Der Unterschied hat mit dem Aktienrecht als Beteiligung und Mit herrschaftsrecht überhaupt nichts zu tun, sondern besteht nur in der Urkunde, ihrer Eignung, ihren Besitzer als solchen auch als Aktionär auszuweisen und — damit zusammenhängend — in der Übertragung des Rechtes (vergl. § 6 Anm. 5). Das Gesetz schreibt, umgekehrt wie bisher, Inhaberaktien vor, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt (§ 24). Die Satzung kann die Bestimmung auch dem Vorstand überlassen, sie steht ihm im Fall des § 204 sogar gesetzlich gemäß eigener EntschlieÙung zu, wenn die Ermächtigung zur Kapitalerhöhung nichts anderes vorsieht, und zwar auch, wenn die Satzung eine Bestimmung gemäß Abs. I enthält. In der Satzung kann auch eine Umwandlungsmöglichkeit vorgesehen werden (§ 24 II), auch, daß bestimmte Aktien oder Aktienreihen oder Gattungen als Namens- oder als Inhaberaktien ausgegeben werden sollen.

Die Satzung kann dagegen nach herrschender Ansicht nicht bestimmen, daß keine Urkunde ausgegeben werden soll. Bei Sacheinlagen hat man bisher unterschieden, ob der den Nominalbetrag der Aktie übersteigende Sachwert im Gesellschaftsvertrag festgestellt wird oder ob dies nicht geschieht. Im ersteren Fall, der auch heute durchaus noch möglich ist, liegt echte Überpariemission vor. Der zweite Fall ist heute nicht mehr zulässig, er würde zur Bildung einer stillen Rücklage führen, die grundsätzlich das Gesetz nicht mehr zuläßt. Da die Sacheinlagen in der Jahresbilanz als Aktivposten erscheinen, wird man davon ausgehen müssen, daß bei ihrer Bewertung die Grundsätze für die Festansätze in der Jahresbilanz (§§ 153—156) sinngemäß Anwendung zu finden haben. Aktien, die nicht beurkundet sind, sind weder Namensaktien noch Inhaberaktien. Umgekehrt hören aber beurkundete Aktien nicht deshalb auf, beurkundete zu sein, weil die Urkunde nach ordnungsgemäÙer Ausgabe unter- oder verlorengelht, was zur Folge hat, daß gutgläubiger Erwerb nach § 935 II BGB möglich ist.

In Ausnahmefällen ist die gebundene Namensaktie gesetzlich vorgeschrieben, wie z. B. bei Nebenleistungsaktiengesellschaften (§ 55 I) und für Kapitalanlagegesellschaften nach § 1 des Gesetzes vom 16. 4. 1957 in der Fassung vom 28. 7. 1969 (BGBl I 1986).

Anm. 3: Mit Rücksicht auf die Haftung für ausstehende Einzahlungen und das Rückgriffsrecht der Gesellschaft gegen die Vormänner eines Aktionärs dürfen vor der Vollzahlung nur Namensaktien ausgegeben werden. Zuwiderhandlung macht die Vorstandsmitglieder haftbar (§ 93 III Nr. 4) und strafbar (§ 405 I Nr. 1). Vor der Vollzahlung ausgegebene Namensaktien müssen Angaben über die gemachten Teilleistungen enthalten, damit der Erwerber die Verpflichtungen erkennen kann, welche er übernimmt. Zuwiderhandlungen ziehen dieselben Folgen nach sich. Dagegen sind die Urkunden, welche dieser Vorschrift nicht entsprechen, nicht nichtig (anders bei den Zwischenscheinen, vergl. Anm. 4). Es kann also auch das Aktienrecht durch Übergabe einer solchen Urkunde übertragen werden. Über gutgläubigen Erwerb siehe Anm. 5 zu § 54. Vor Bewirkung einer Sacheinlage dürfen Aktienurkunden dem Einlagepflichtigen überhaupt nicht ausgehändigt werden, auch dann nicht, wenn die AG eingetragen und die Einlagepflicht gestundet ist. Ist sie zum Teil erfüllt, z. B., wenn von mehreren Sacheinlagen eine einzelne geleistet ist, so hat die AG ein Zurückbehaltungsrecht auch an den durch die Teileinlage belegten Aktienurkunden.

Anm. 4: Zwischenscheine (§ 8 Anm. 10), welche auf den Inhaber lauten, sind nichtig; sie können nur auf den Namen lauten. Das hängt damit zusammen, daß der Zwischenschein die geleistete Teilzahlung nicht anzugeben braucht, also ebenso teil- wie vollgezahlt sein kann. Die Nichtigkeitsfolge ergibt sich aus Absatz 4.

Auch hier besteht gesamtschuldnerische Haftung der Ausgeber für den den Inhabern entstandenen Schaden; Strafbarkeit ist dagegen nicht vorgesehen.

Anm. 5: Die Aktie ist keine rechtsbegründende Urkunde (s. Anm. 1), weil das Aktienrecht auch ohne sie schon durch die Eintragung der AG entsteht (§ 41). Von den Vorschriften über die Schuldverschreibungen auf den Inhaber sind deshalb und auch, weil es sich nicht um Schuldverschreibungen handelt, auf Inhaberaktien nur anwendbar § 793 I und §§ 799, 800 BGB nach § 72, nicht §§ 794, 796 BGB (weil über den Inhalt des Aktienrechts die Urkunde überhaupt nichts enthält) sowie § 797 BGB hinsichtlich der Aktienurkunde. Auf Gewinnanteilscheine ist § 797 BGB anwendbar. Ebenso sind auf Gewinnanteilscheine anwendbar die ausdrücklich davon handelnden Vorschriften über Vorlegungsfrist und Verjährung (§ 801 BGB).

§§ 10/11
Anm. 6/1, 2

Allgemeine Vorschriften

Anm. 6: Nach § 9 EG können Gesellschaften, die ohne entsprechende Satzungsbestimmung Namensaktien ausgegeben haben, durch ihren Aufsichtsrat (§ 179) eine entsprechende Satzungsergänzung beschließen lassen. Eine Frist ist nicht bestimmt, aber bevor diese Satzungsänderung nicht eingetragen ist, dürfen andere Satzungsänderungen nicht eingetragen werden.

§ 11

Aktien besonderer Gattung

Die Aktien können verschiedene Rechte gewähren, namentlich bei der Verteilung des Gewinns und des Gesellschaftsvermögens. Aktien mit gleichen Rechten bilden eine Gattung.

- | | |
|---|--|
| I. Übersicht (Anm. 1) | 2. Unterscheidungsmöglichkeiten (Anm. 4—6) |
| II. Grundsatz der Gleichbehandlung (Anm. 2) | 3. Schaffung (Anm. 7 u. 8) |
| III. Verschiedene Gattungen | 4. Änderung und Beendigung (Anm. 9) |
| 1. Inhalt des Aktienrechts (Anm. 3) | |

I. Übersicht

Anm. 1: Die Vorschrift stimmt sinngemäß mit dem früheren § 11 überein, ist aber sprachlich geändert worden. Der Sinn der Vorschrift, daß Aktien mit verschiedenen Rechten bestehen können und dadurch Aktien besonderer Gattungen geschaffen werden, kommt durch die neue Formulierung besser zum Ausdruck.

II. Grundsatz der Gleichbehandlung

Anm. 2: Auch für die AG gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung (vgl. Anm. 4 zu § 1). Dies besagt nicht, daß sämtliche Aktionäre gleich zu behandeln seien (insoweit bedenklich RG 119, 252), sondern die Aktionäre sind bei Vorliegen gleicher Voraussetzungen gleich zu behandeln. Die Rechtsprechung hat hiervon eine Ausnahme zugelassen, wenn nämlich eine ungleiche Behandlung aus besonderen Umständen heraus sachlich berechtigt ist und damit nicht den Charakter der Willkür trägt (BGH 33, 175 = Die AktGes. 1960, 329). Daß verschiedene Voraussetzungen dadurch geschaffen werden können, daß Aktien, die ihren Inhabern verschiedene Rechte gewähren, ausgegeben werden können, ist Gegenstand der vorliegenden Bestimmung. Die Verschiedenheit der Rechte muß sich aus der ursprünglichen Satzung ergeben oder durch Satzungsänderung in diese aufgenommen werden. Damit werden verschiedene Gattungen von Aktien geschaffen. Der Gleichheitsgrundsatz gilt nunmehr nur noch innerhalb der einzelnen Gattungen.

III. Verschiedene Gattungen

1. Inhalt des Aktienrechts

Anm. 3: Die Schaffung von Aktien verschiedener Gattungen ist aber nur möglich, soweit der *Inhalt des Aktienrechts* überhaupt dispositiv ist, d. h. durch die Satzung abweichend vom Gesetz bestimmt werden kann. Er besteht aus den sogenannten allgemeinen Mitgliedschaftsrechten, Vermögens- und Herrschaftsrechten.

Die Vermögensrechte sind:

das Gewinnrecht (§ 58 IV),
die Beteiligung am Abwicklungsreinvermögen (§ 271 I) und das Bezugsrecht (§ 186 I). Davon kann nur das letztere satzungsmäßig nicht, wohl aber von Fall zu Fall ausgeschlossen werden (§ 186 III).

Die Herrschaftsrechte sind:

Recht der Teilnahme an der Hauptversammlung, Rederecht, Stimmrecht, Recht auf Auskunft, Widerspruchs- und Anfechtungsrecht; letzteres ist eigentlich nur ein Hilfsrecht. Die Herrschaftsrechte sind mit Ausnahme des Stimmrechts überhaupt nicht dispositiv, auch letzteres nur bei bestimmten Gesellschaften (vergl. § 12). Gänzlich fehlen darf es nur bei der Hälfte der Aktien in Verbindung mit einem bevorzugten Gewinnrecht (§ 139 II). Vorstehendes ist nur der typische Aktieninhalt. Zum Aktieninhalt können aber auch noch andere allgemeine Mitgliedsrechte gehören, z. B. Gebrauchsrechte. Soweit der Aktieninhalt nicht zwingend gesetzlich bestimmt ist, unterliegen die allgemeinen Mitgliedsrechte der Verbandsgewalt (Gesellschaftsautonomie). Diese ist begrenzt durch § 23 V (s. Anm. dort). In diesem Umfang ist keine Aktie gegen eine Änderung ihres Inhalts durch Satzungsänderung gefeit (§ 179). Dies gilt sogar von dem Bestand des Rechts (Ausnahme § 237 Abs. 1 Satz 2). Eine Grenze gegen Willkür zieht nur der Grundsatz der Gleichbehandlung (siehe Anm. 4 zu § 1).

Sind in der Satzung verschiedene Aktiegattungen vorgesehen, so ist es denkbar, daß zunächst nur Aktien der Gattung ausgegeben werden, die gewisse Vorrechte den Inhabern einräumt. Dann besteht zunächst nur eine Gattung, in der sämtliche Aktionäre Vorrechte haben. Werden im Wege der Kapitalerhöhung Aktien mit dem gesetzlichen Inhalt geschaffen, so entstehen dadurch verschiedene Aktiegattungen.

2. Unterscheidungsmöglichkeiten

Anm. 4: Zur Bildung verschiedener Aktiegattungen sind nur Unterschiede geeignet, welche den Inhalt des Aktienrechts betreffen, gleichgültig, ob sie sich auf eine Mehrzahl von Aktien oder nur eine einzelne beziehen, ob sie dauernd oder von vornherein vorübergehend und zeitlich begrenzt sind.

Eine Gattungsverschiedenheit begründet daher zum Beispiel nicht die Stellung auf Inhaber oder Namen, unterschiedliche Stückelung, die Ein-

§ 11

Allgemeine Vorschriften

Anm. 4, 5

schränkung der Veräußerlichkeit (RG 132, 161), nach besonderer Vorschrift auch nicht das Entsendungsrecht zum Aufsichtsrat (§ 101 I) oder die Beschränkung der Ausübung des Stimmrechts für einen Aktionär, dem mehrere Aktien gehören. Die gegenteilige Ansicht von Grussendorf (Die AktGes. 59, 152 ff.) übersieht, daß der Unterschied in der Aktie begründet sein muß, also an der Aktie ein solcher haftet und demnach auch bei einer Veräußerung bestehen bleiben muß. Die Beschränkung nach § 134 trifft ausdrücklich den Aktionär und nicht die Aktie, schafft daher niemals eine Gattungsverschiedenheit.

Anm. 5: Gattungsverschiedenheiten werden *begründet* durch Verschiedenheiten im Herrschaftsrecht, wie die freilich nicht allein, sondern nur in Verbindung mit vermögensrechtlichen Vorzügen statthafte Stimmrechtslosigkeit (§ 139) und das Mehrstimmrecht (a. M. nicht überzeugend nur Schl.-Qu. Anm. 4); dieses ist in Zukunft nach § 12 nur noch für bestimmte Gesellschaften zulässig, hat aber nicht mehr wie früher zur Voraussetzung, daß daneben noch andere Gattungsunterschiede bestehen. Die aus der Zeit vor Inkrafttreten des Gesetzes vorhandenen Mehrstimmrechtsaktien bleiben erhalten (§ 5 EG); bei einer Kapitalerhöhung kann jedoch auf die neuen Aktien kein Mehrstimmrecht mehr gewährt werden. Die Schaffung einer besonderen Gattung durch Einräumung eines Einspruchs-(Veto-)rechts halten wir nicht für zulässig. Ein solches Recht paßt nicht zu dem Grundsatz, daß Hauptversammlungsbeschlüsse, abgesehen von der Geltendmachung einer etwa vorhandenen Nichtigkeit, nur durch Anfechtung beseitigt werden können. Daß praktisch der Erfolg eines Einspruchsrechts dadurch erzielt werden kann, daß es zulässig ist, zu bestimmen, daß Beschlüsse bestimmter Art oder auch alle Beschlüsse einstimmig gefaßt werden müssen oder daß durch Schaffung einer Gattung durch ein weiteres Sondermerkmal praktisch die Inhaber dieser Aktien in allen Fällen, in denen Sonderbeschluß der Aktiengattung vorgeschrieben ist, ein Einspruchsrecht haben, spricht nicht für die Zulässigkeit eines Einspruchsrechts als Gattungsmerkmal.

Der Gattungsunterschied braucht nicht nur in der Ausstattung der Aktie mit verschiedenen Rechten, sondern kann auch in der Verpflichtung zu Nebenleistungen bestehen.

Die Gattungsverschiedenheit kann ferner in Unterschieden vermögensrechtlichen Inhalts bestehen. So können Aktien einer Gattung von der Teilnahme am Bilanzgewinn oder Abwicklungseinvermögen ausgeschlossen sein. Aber am beliebtesten und am weitesten verbreitet ist der Vorrang bei der Verteilung des Schlußvermögens. Hauptsächlich wird eine Vorwegberücksichtigung mit oder ohne Aufgeld, mit oder ohne Teilnahme an dem nach Rückzahlung der übrigen Aktien noch verbleibenden Reinvermögens garantiert. Dadurch trägt die eine Gattung das Risiko stärker als die andere.

Anm. 6: Eine weitere Gattungsverschiedenheit wird durch das Vorzugsrecht bei der Verteilung des Bilanzgewinnes begründet. Auch hier sind zahlreiche Abwandlungen möglich. Gewöhnlich wird der einen Gattung ein Vorzugsgewinnanteil eingeräumt und sie entweder auf diesen beschränkt oder ihr daneben auch ein Anteil an dem weiteren Bilanzgewinn oder dem nach Ausschüttung auf die übrigen Aktien in bestimmter Höhe verbleibenden Anteil des Bilanzgewinns eingeräumt. Bei diesen Aktien mit Vorzugsgewinnanteil spielt das *Nachbezugsrecht* eine große Rolle. Es besteht darin, daß die Vorzugsaktionäre den Ausfall des ihnen zustehenden Vorzugsgewinnes in gewinnlosen Jahren in späteren Gewinnjahren nachgezahlt erhalten, sofern in diesen eine Gewinnausschüttung beschlossen wird. Dieses Nachbezugsrecht ist gesetzlich Voraussetzung einer stimmrechtslosen Aktie und für diese in §§ 139 ff. besonders geregelt. Auch bei stimmberechtigten Vorzugsaktien mit Vorzugsgewinnanteilen ist das Nachbezugsrecht zulässig und kann in diesem Fall dieselbe Regelung wie in §§ 139 ff. für die stimmrechtslose Vorzugsaktie oder eine andere erfahren. Letzterenfalls kann das Nachbezugsrecht mit der Aktie verbunden unselbständig sein (wie nach § 140 III) und durch bloßen Satzungsänderungsbeschluß mit Sonderabstimmung nach § 179 III beseitigt werden, ohne daß der einzelne Aktionär ein Widerspruchsrecht hat. Beides ist, wenn nichts anderes bestimmt ist, zu bejahen (RG 82, 144). Das Nachbezugsrecht (vgl. BGH 7, 263; 9, 279 und WM 1956, 87) kann aber auch selbständig, d. h. mit dem Dividendenschein des Ausfalljahres verbunden sein. In diesem Fall wird in dem Dividendenschein versprochen, daß auf ihn gegen Vorlegung ein Gewinnanteil von X vom Hundert bezahlt und evtl. aus dem Gewinn folgender Jahre die Zahlung erfolgen werde. Dann kann dieses Nachbezugsrecht aus dem Dividendenschein eines eingetretenen Ausfalljahres nicht mehr nachträglich mit Wirkung für den bereits entstandenen Nachbezugsanspruch beseitigt werden (RG 82, 138; sowie fast das gesamte Schrifttum), bleibt aber trotzdem abhängig von dem Jahresabschluß und der Verteilung vom Gewinn. Der Vorzugsdividendenschein des Gewinnjahres geht im Zweifel dem des Ausfalljahres vor (RG 39, 30). Für das gesetzliche Nachbezugsrecht der Vorzugsaktien ohne Stimmrecht ist in § 140 III diese Streitfrage für diesen Fall dahin geregelt, daß das Nachbezugsrecht ein unselbständiges Recht ist, soweit die Satzung nichts anderes bestimmt.

Man wird diesen Grundsatz auch auf die vertraglich vereinbarten Vorzugsaktien mit Stimmrecht und Nachbezugsrecht anwenden müssen.

3. Schaffung

Anm. 7: Die Schaffung von Aktien besonderer Gattung erfolgt, wenn sie nicht schon in der ursprünglichen Satzung vorgesehen ist, durch Satzungsänderungsbeschluß (§§ 179 ff.). Abgesehen von den stürmischen Jahren 1914 bis 1933 bildete gewöhnlich eine Sanierung den Anlaß der Schaffung von beson-

deren Aktiengattungen. Man suchte neues Geld und war gezwungen, Vorzugsbedingungen einzuräumen; dies tat man, indem man mittels Kapitalerhöhung Aktien als Vorzugsaktien ausgab oder, indem man den Aktionären nahelegte, Zuzahlungen (vgl. zu § 182) auf ihre Aktien zu leisten und diejenigen Aktien, auf welche Zuzahlungen geleistet wurden, in Vorzugsaktien umwandelte. Die früher angezweifelte grundsätzliche Zulässigkeit ist seit 1937 durch § 130 II Nr. 4 und jetzt durch § 150 II Nr. 4 gesetzlich anerkannt. Da der Aktionär grundsätzlich zu Nachschüssen nicht verpflichtet ist, kann kein Zwang ausgeübt werden, es kann auch nicht die Androhung von Nachteilen erfolgen, wenn er das Recht nicht ausübt. Andererseits wirkt sich ein Vorrecht, das die Aktionäre erhalten, die die Zuzahlung leisten, als Nachteil der anderen aus. Deshalb ist es umstritten, in welchem Umfang in Zuzahlung ein Vorzugsrecht begründet werden darf. Die Grenze ist hier das wohlverstandene Interesse der Gesellschaft, welches allen Aktionären gemeinschaftlich ist. Darüber hinaus Äquivalenz der Vorteile mit den Zuzahlungen zu verlangen (Ritter 2 c), besteht kein Anlaß.

Dieselbe Frage tritt auch auf bei der Zuzahlung zwecks Vermeidung der Zusammenlegung. Es kann vorkommen, daß alle Zuzahlungen leisten und nur noch Vorzugsaktien bestehen. In diesem Falle ist die Gattungsverschiedenheit zunächst gegenstandslos, aber vorhanden und tritt hervor, sobald neue Stammaktien geschaffen werden.

Vorzugsaktien können auch aufschiebend befristet oder bedingt geschaffen, nicht nur, wie erwähnt, von Zuzahlungen, sondern auch anderen Voraussetzungen, z. B. der Umwandlung von Inhaber- in Namensaktien, abhängig gemacht werden. Dagegen wäre es unzulässig — abgesehen etwa von der Ausgabe aufgrund genehmigter Kapitalerhöhung (§§ 202 ff.) entsprechend dem Erhöhungsbeschluß —, den Vorstand zu ermächtigen, Aktien in Vorzugsaktien umzuwandeln und die Bedingungen der Umwandlung zu bestimmen, weil hierin eine Verschiebung der gesetzlich geordneten Zuständigkeiten läge.

Anm. 8: Unter *bestehenden Aktienrechten* nachträglich durch Satzungsänderung Unterschiede zu schaffen, ohne daß diese auf Voraussetzungen abgestellt sind, die jeder Aktionär erfüllen kann, ist nach dem Grundsatz der Gleichberechtigung nur mit Zustimmung der benachteiligten Aktionäre zulässig (ebenso Meyer-Landrut in Großkomm. Anm. 2; a.A.Schl.-Qu. Anm. 3). Ohne sie wäre ein solcher Beschluß anfechtbar, nicht nichtig.

4. Änderung und Beendigung

Anm. 9: Nachträgliche Änderung und Beendigung der Gattungsverschiedenheiten bis zur Gleichstellung der Aktien ist statthaft durch Satzungsänderungsbeschluß mit besonderer Abstimmung (§ 179 III). Ist eine Aktie mit einem als unentziehbar bezeichneten Vorrecht ausgestattet, so ist die Zustimmung ihres Inhabers zur Aufhebung des Rechts schon deshalb erforder-

lich, weil dadurch im Verhältnis zu allen Aktien, bei denen das Vorzugsrecht nicht als unentziehbar bezeichnet ist, eine besondere Gattung gegeben ist. Der damit erforderliche Sonderbeschluß besteht in der Zustimmung des einzigen Inhabers dieser Aktie; (ebenso Meyer-Landrut in Großkomm. Anm. 8; Schl.-Qu. Anm. 3). Sind mehrere Aktien mit unentziehbaren Rechten ausgestattet, so können ihre Inhaber einen Beschluß über die Aufhebung oder Beschränkung dieses Rechtes nach § 179 fassen.

Es ist nicht die Zustimmung jedes einzelnen notwendig, vielmehr können einzelne überstimmt werden (a. A. Meyer-Landrut in Großkomm. § 11 Anm. 8). Ein Sonderbeschluß ist entbehrlich, wenn von vornherein die Vorrechte so begründet sind, daß sie von der AG mit oder ohne Abfindung beseitigt werden können, denn in diesem Fall liegt in der Beseitigung der Vorrechte oder gar der Aktien keine Änderung des bisherigen Verhältnisses der Gattungen zum Nachteil der einen. Ein satzungsändernder Beschluß ist überhaupt entbehrlich, wenn die AG sich die Befugnisse vorbehalten hat, das Vorrecht durch einfachen Hauptversammlungsbeschluß ohne Sonderbeschluß aufzuheben. Auch ein solcher ist nicht nötig, wenn von vornherein das Vorrecht oder der Bestand der Aktie auflösend bedingt oder befristet ist, womit gleichfalls die Gewährung einer Entschädigung nach der Satzung verbunden sein kann. Dagegen kann es nicht dem Ermessen des Vorstandes überlassen werden, die Vorzugsaktien in Stammaktien umzuwandeln, weil hierin ein Einbruch in die gesetzlich geregelte Zuständigkeit der Hauptversammlung zur Satzungsänderung läge. Wohl aber kann dem Vorzugsaktionär das Recht eingeräumt werden, ohne weiteres zu verlangen, daß die Vorzugsaktie in eine Stammaktie umgewandelt werde. Es handelt sich auch in diesem Falle um ein auflösend bedingtes Vorrecht, da die *conditio sine voluero* als echte Bedingung anerkannt ist und die Frage der Zuständigkeit der AG hier nicht auftaucht.

Desgleichen kann mit der Umwandlung einer Namens- in eine Inhaberaktie der Wegfall des Vorrechts (Mehrstimmrecht) verbunden und dem Aktionär nach § 24 das Recht eingeräumt werden, den Umtausch zu verlangen.

Wenn nach Vorstehendem ein Vorzugsrecht durch Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines auflösenden Termins wegfällt, muß gleichwohl die Fassung der Satzungsbestimmung über Einteilung des Grundkapitals (evtl. durch Aufsichtsratsbeschluß nach § 179 I 2) geändert und diese Änderung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.

§ 12

Stimmrecht. Keine Mehrstimmrechte

(1) Jede Aktie gewährt das Stimmrecht. Vorzugsaktien können nach den Vorschriften dieses Gesetzes als Aktien ohne Stimmrecht ausgegeben werden.

§ 12

Allgemeine Vorschriften

Anm. 1

(2) Mehrstimmrechte sind unzulässig. Die für Wirtschaft zuständige oberste Behörde des Landes, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat, kann Ausnahmen zulassen, soweit es zur Wahrung überwiegender gesamtwirtschaftlicher Belange erforderlich ist.

I. Übersicht (Anm. 1)

II. Grundsatz für das Stimmrecht
(Anm. 2)

III. Vorzugsaktien (Anm. 3)

IV. Die Mehrstimmrechtsaktie (Anm. 4)

V. Übergangsbestimmungen (Anm. 5)

I. Übersicht

Anm. 1: Abs. 1 und Satz 1 von Abs. 2 entsprechen wörtlich dem bisherigen § 12 AktG 37. Nachdem zuerst der Grundsatz zwingend ausgesprochen wird, daß jede Aktie das Stimmrecht gewährt, nämlich das gleiche Stimmrecht im Verhältnis der Aktiennennbeträge (§ 134 Abs. 1), führt § 12 im Anschluß an § 11 zwei besondere Fälle von Gattungsverschiedenheiten an, bei denen der Gattungsunterschied in einem Herrschaftsrecht besteht, dem Stimmrecht. Die stimmrechtslose Vorzugsaktie ist der eine, sie wird in § 139 eingehend behandelt, die Mehrstimmrechtsaktie ist der andere Fall. Wie bisher schon ist sie auch jetzt grundsätzlich unzulässig. Während bisher die zuständigen Minister Ausnahmen zulassen konnten, wenn das Wohl der Gesellschaft oder gesamtwirtschaftliche Belange es erforderten, so kann jetzt die für die Wirtschaft zuständige oberste Behörde des Landes, in dem die Gesellschaft ihren Satz hat, Ausnahmen zulassen, soweit es zur Wahrung überwiegender gesamtwirtschaftlicher Belange erforderlich ist. Weggefallen ist also „das Wohl der Gesellschaft“. Neu hinzugekommen ist, daß nur dann eine Ausnahme gewährt werden kann, wenn die gesamtwirtschaftlichen Belange überwiegend sind und nur soweit es zur Wahrung dieser Belange erforderlich ist. Die Bestimmung war sehr umstritten. Nach dem Regierungsentwurf sollten Mehrstimmrechtsaktien unzulässig sein. Bestehende Mehrstimmrechtsaktien sollten drei Jahre nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes erlöschen. Bei der Beratung in den Ausschüssen hat sich ergeben, daß es Fälle gibt, in denen ein öffentliches Interesse daran besteht, daß die in einer Gesellschaft bestehenden Herrschaftsverhältnisse erhalten bleiben. In solchen Fällen sollte es erlaubt werden, als Mittel zur Herrschaftssicherung auch das Mehrstimmrecht zu benutzen. Die Entscheidung darüber, ob ein solches öffentliches Interesse besteht oder nicht, kann nicht jeder einzelnen Gesellschaft überlassen bleiben. Dies muß vielmehr von einer Behörde beurteilt werden. Aufgrund dieser Erwägungen kam man zu dem Ergebnis, daß Mehrstimmrechte zwar grundsätzlich für unzulässig erklärt werden sollten, jedoch Ausnahmen durch die für Wirtschaft zuständige oberste Landesbehörde zugelassen werden könnten, soweit es zur Wahrung überwiegender gesamtwirtschaftlicher Belange erforderlich ist. Bei dieser Formulierung ging es in erster Linie darum, das Interesse der öffentlichen Hand

an einer Sicherung ihres Einflusses in Versorgungsunternehmen zu berücksichtigen.

Auch gegen die im Regierungsentwurf zum Einführungsgesetz vorgeschlagene Abschaffung der Mehrstimmrechtsaktien innerhalb eines verhältnismäßig kurzen Zeitraumes wurden Bedenken dahingehend erhoben, daß ein solcher Eingriff in den gegenwärtigen Besitzstand und bestehende Rechtspositionen rechtspolitisch unerwünscht und möglicherweise verfassungsrechtlich unzulässig sei. Die Übergangsbestimmung des § 5 EG ist völlig neu gefaßt. Dies war schon mit Rücksicht auf die Änderung des § 12 II notwendig.

Vgl. zu diesem Fragenkomplex auch Dempewolf in DB 1959, 131; Uhlenbruck in DB 1967, 1927; Hamann in Die AktGes. 1962, 287.

II. Grundsatz für das Stimmrecht

Anm. 2: Der Grundsatz, daß jede Aktie das Stimmrecht gewährt, wird in § 134 dahin ergänzt, daß es nach Aktiennennbeträgen ausgeübt wird. Der Grundsatz gilt nicht unbeschränkt. Abgesehen von den Ausnahmen in der vorliegenden Bestimmung kann nach § 134 I 2 durch die Satzung ein Höchststimmrecht in der Weise eingeführt werden, daß ein Aktionär, dem mehrere Aktien gehören, nur bis zu einem bestimmten Betrag stimmberechtigt ist. Ferner bestimmt § 134 II, daß das Stimmrecht erst mit der vollständigen Leistung der Einlage beginnt. Die Satzung kann allerdings Abweichendes bestimmen. Im einzelnen vgl. Anmerkung dort.

III. Vorzugsaktien

Anm. 3: Nach der Bestimmung des § 11, wonach einzelne Gruppen von Aktien mit verschiedenen Rechten geschaffen werden können, ist es möglich, eine ganze Skala von verschiedenen Aktien mit einem Vorzug gegenüber anderen Aktien zu schaffen. In der vorliegenden Bestimmung wird nur eine ganz bestimmte Art der Vorzugsaktie angesprochen, nämlich die ohne Stimmrecht. Für diese gelten im einzelnen die Bestimmungen der §§ 139 bis 141. Im Zusammenhang mit der Einschränkung der Zulässigkeit von Mehrstimmrechtsaktien ist in § 139 II nunmehr zugelassen, Vorzugsaktien ohne Stimmrecht bis zu einem Gesamtnennbetrag in Höhe des Gesamtnennbetrages der anderen Aktien auszugeben. Bisher konnte dies nach § 115 II AktG 1937 nur in Höhe der Hälfte des Gesamtnennbetrages der anderen Aktien geschehen. Die Möglichkeit zur Ausgabe von Vorzugsaktien ist also verdoppelt worden. Das bedeutet, wenn man berücksichtigt, daß nunmehr das Splitting von Aktien durch Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln möglich ist, daß Familiengesellschaften, die vor allem von der Möglichkeit, Vorzugsaktien ohne Stimmrecht auszugeben, Gebrauch machen, nunmehr ihre Herrschafts-

rechte auch dann länger beibehalten können, wenn sie durch Ausgabe von Aktien den Kapitalmarkt in Anspruch nehmen wollen (im einzelnen vgl. hierzu §§ 139, 141 und Anm. dort).

IV. Die Mehrstimmrechtsaktie

Anm. 4: Die an sich in die ganze Konstruktion des Aktiengesetzes nicht hineinpassende Mehrstimmrechtsaktie wird, wie schon im bisherigen Recht, grundsätzlich für unzulässig erklärt. Sie läuft in zweierlei Hinsicht aktienrechtlichen Grundsätzen zuwider. Zunächst einmal wird durch ein Mehrstimmrecht der allgemeine Grundsatz verletzt, daß sich der Einfluß der Aktionäre auf die Gesellschaft nach der Größe ihrer Kapitalbeteiligung bestimmt. Ferner wird der im Absatz 1 Satz 1 zum Ausdruck kommende Gesichtspunkt verletzt, daß grundsätzlich jede Aktie das Stimmrecht, und zwar gleiches Stimmrecht, gewährt. Das ist zwar auch bei befugter Ausgabe von Vorzugsaktien ohne Stimmrecht der Fall. Es besteht aber insoweit ein Unterschied, als derjenige, der eine solche Vorzugsaktie erwirbt, beim Erwerb weiß, daß er kein seinem Kapitaleinsatz entsprechendes Stimmrecht hat, während derjenige, der eine mit normalem Stimmrecht ausgestattete Aktie einer Gesellschaft, in der Mehrstimmrechtsaktien vorhanden sind, erwirbt, nicht ohne weiteres sehen kann, daß durch das Mehrstimmrecht der ihm nicht bekannten Aktien sein an sich aus der erworbenen Aktie sich ergebendes Herrschaftsrecht eingeschränkt wird. Sicherlich ist es leicht, diese Tatsache festzustellen. Immerhin sind besondere Erkundigungen notwendig, die bei einem Papier, bei dem der ungehinderte Umsatz eine entscheidende Rolle spielt, nicht notwendig sein sollten.

Dennoch kann von dem grundsätzlichen Verbot eine Ausnahmegenehmigung erteilt werden, allerdings ist diese gegenüber dem bisherigen Recht erheblich eingeschränkt (vgl. Anm. 1). Es kommt unter keinen Umständen mehr auf das Wohl der Gesellschaft an. Eine Ausnahme kann auch nicht schlechthin dann zugelassen werden, wenn gesamtwirtschaftliche Belange es erfordern, sondern es müssen diese gegenüber anderen Erwägungen überwiegend sein. Es scheint uns deshalb auch nicht sicher, ob der in den Beratungen erörterte Fall zutrifft, ob zur Abwehr einer drohenden Überfremdung die Zulassung von Mehrstimmrechtsaktien erfolgen kann. Ganz sicherlich ist es nicht zulässig, wenn die Abwehr der Überfremdung nur dem Wohl der Gesellschaft dienen würde. Darauf kann keine Rücksicht genommen werden (offenbar a. A. B.-H. Rn. 5). Es müssen schon überwiegende Belange der Gesamtwirtschaft im Spiele sein. Das kann bei der wachsenden internationalen Verflechtung der Wirtschaft, die durchaus erwünscht ist, nur in ganz besonderen Fällen in Frage kommen (vgl. auch Peupelmann in DB 65, 1507). Entschließt sich die Behörde, die Ausnahmegenehmigung zu erteilen, so kann sie auch unter Auflagen erteilt werden, soweit die Auflagen in einem

sachlichen Zusammenhang mit dem Mehrstimmrecht stehen. Die Zuständigkeit der obersten Behörde für die Wirtschaft des Landes ist insofern unerfreulich, weil das Aktiengesetz ein Bundesgesetz ist und es deshalb sachlich richtiger wäre, wenn eine Bundesbehörde über Anträge auf Ausnahmegenehmigung zu entscheiden hätte, zumal damit auch eine Einheitlichkeit für die Auslegung der Bestimmungen im ganzen Bundesgebiet gesichert wäre. Dies war aber nicht möglich, da verfassungsrechtliche Bedenken entgegenstanden. Eine Zuständigkeit des Bundes auf diesem Gebiet ist nicht gegeben.

Die Bedeutung des Mehrstimmrechts wird teilweise überschätzt. In der Hauptsache kommt es nur bei der Beschlußfassung rein organisatorischer Art in Frage, nämlich den Aufsichtsratswahlen und hier nur insoweit, als die Hauptversammlung an Wahlvorschläge nicht gebunden ist und überhaupt berechtigt ist, Aufsichtsratsmitglieder zu wählen. Dagegen fällt seine Bedeutung für vermögensrechtliche und finanzielle Maßnahmen von irgendwelcher Tragweite dadurch aus, daß das Gesetz für das Zustandekommen eines Beschlusses außer der Stimmenmehrheit auch eine Kapitalmehrheit verlangt, bei der nach RG 125, 356 das erhöhte Stimmrecht nicht berücksichtigt werden darf. Es kommt außerdem hinzu, daß das Mehrstimmrecht selbst einen Unterschied im Recht begründet, also verschiedene Aktiengattungen schafft, obwohl es nach dem Gesetz, wenn die Ausnahmegenehmigung erteilt wird, auch für Aktien begründet werden kann, die keine weiteren Gattungsunterschiede gegenüber den übrigen Aktien aufweisen.

V. Übergangsbestimmungen

Anm. 5: Nach § 5 EG bleiben Mehrstimmrechte, die vor dem 1. 1. 66 — dem Inkrafttreten des Aktiengesetzes — rechtmäßig geschaffen worden sind, aufrechterhalten. Damit wird zunächst der oben in Anm. 1 bereits erwähnte bedenkliche Eingriff gegen wohlerworbene Rechte vermieden. Daneben hat man berücksichtigt, daß die alten Mehrstimmrechte bei dem starken Kapitalbedarf der Wirtschaft sich selbst langsam verbrauchen, weil kaum eine Gesellschaft ohne Kapitalerhöhung auskommt und die Ausgabe von Mehrstimmrechtsaktien bei der Kapitalerhöhung nur nach Maßgabe des Abs. II erfolgen kann. Je mehr das Kapital erhöht wird, um so geringer wird die Bedeutung der bestehenbleibenden alten Mehrstimmrechte. Hinzu kommen die Unbequemlichkeiten, die sich nach Anm. 4 aus den Mehrstimmrechten ergeben können. Soweit die Gesellschaft, bzw. die Mehrheit der Hauptversammlung selbst, die Beseitigung des Mehrstimmrechtes wünscht, soll dies dadurch erleichtert werden, daß sie dies durch einen Beschluß tun kann, der eine Mehrheit von mindestens $\frac{3}{4}$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals bedarf, aber nicht der Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Das bedeutet, daß sich die Mehrstimmrechte bei dieser Abstimmung der Hauptversammlung nicht auswirken. Weiterhin bedarf es zum Wirksamwerden einer solchen Sat-

zungsänderung — denn das ist die Abschaffung der Mehrstimmrechte, die ja nur durch die Satzung begründet werden können — nicht eines Sonderbeschlusses der Aktionäre mit Mehrstimmrechten, was sonst nicht möglich wäre, da die Aktien mit Mehrstimmrechten eine besondere Gattung darstellen und durch den Beschluß das Verhältnis zwischen den Mehrstimmrechtsaktien zu den Stammaktien im Sinne des § 179 III geändert wird. Es kann also auch durch einen Hauptversammlungsbeschluß mit qualifizierter Kapitalmehrheit dem einzelnen Inhaber einer Mehrstimmrechtsaktie dessen Recht entzogen werden, ohne daß es seiner Zustimmung bedarf.

Es kommt vor, daß einem Aktionär mehr Stimmrechte eingeräumt worden sind, weil dieser über seine Einlage hinaus der Gesellschaft eine besondere Leistung erbracht hat, z. B., wenn eine Gebietskörperschaft als Aktionärin einer Elektrizitätsgesellschaft das Recht, ihre Leitung über ihr Gelände zu legen, eingeräumt hat. Wenn in einem solchen Fall das Mehrstimmrecht einen Ausgleich für diese Sonderleistung darstellen soll, so hat der Aktionär einen Anspruch auf ein angemessenes Entgelt (§ 5 II S. 4 EG). Die Sonderleistung muß sich im Verhältnis zu den Leistungen der anderen Aktionäre als Sonderleistung darstellen. Es ist also nicht möglich, etwa allen Aktien Mehrstimmrechte beizulegen, wenn alle Aktionäre ähnliche „Sonderleistungen“ über die Einlage hinaus erbracht haben. Der Anspruch des Aktionärs richtet sich gegen die Gesellschaft. Durch Zahlungen zur Abgeltung des Anspruches wird das Grundkapital nicht gefährdet, da ja die Leistungen neben der Einlage auf die Aktie gemacht sein müssen.

Um möglichst rasch klare Rechtsverhältnisse herzustellen, ist die Geltendmachung des Anspruches an eine Ausschlußfrist von 2 Monaten gebunden (§ 5 II S. 5 EG). Die Frist beginnt mit dem Tag, an dem die Eintragung der Satzungsänderungen in das Handelsregister nach § 10 des Handelsgesetzbuchs als bekanntgemacht gilt, d. h. nach dem Erscheinen des letzten Blattes, in dem das Registergericht seine Eintragung bekanntzumachen hat (§ 5 II S. 6 EG). Ist gegen den Beschluß der Hauptversammlung eine Anfechtungsklage erhoben, so beginnt die Frist erst mit der rechtskräftigen Abweisung oder Zurücknahme der Anfechtungsklage (§ 5 II S. 7 EG). Diese zweite Frist ist nur dann sinnvoll, wenn trotz der Anfechtungsklage die Satzungsänderung bereits eingetragen und bekanntgemacht worden war. Sie ist also dahin auszulegen, daß der Anspruch binnen 2 Monaten nach Beendigung der zweiten Frist noch geltend gemacht werden kann, auch wenn die erste Frist schon abgelaufen sein sollte.

§ 13

Unterzeichnung der Aktien

Zur Unterzeichnung von Aktien und Zwischenscheinen genügt eine vielfältigte Unterschrift. Die Gültigkeit der Unterzeichnung kann von der

Beachtung einer besonderen Form abhängig gemacht werden. Die Formvorschrift muß in der Urkunde enthalten sein.

Anm. 1: Über die Form der Aktienurkunde ergibt sich aus ihrem Begriff, daß sie eine schriftliche Erklärung der Gesellschaft ist. Das Gesetz sagt nur, daß handschriftliche Unterzeichnung, wie aus § 126 BGB zu folgern wäre, nicht erforderlich ist, daß vielmehr eine vervielfältigte Unterschrift (Faksimile, nicht Druckschrift) genügt. Die Urkunde muß von den gesetzlichen Vertretern oder einem Sonderbevollmächtigten unterzeichnet werden; Prokura genügt nicht. Die Gültigkeit der Unterzeichnung kann von der Erfüllung von Vorschriften abhängig gemacht werden, welche in die Urkunden selbst aufgenommen sind. Eine solche Formvorschrift, wie etwa die Mitunterzeichnung durch einen Kontrollbeamten oder ein Aufsichtsratsmitglied, soll die Gefahr von Fälschungen verringern, die gerade bei bloß vervielfältigter Unterschrift nicht unerheblich ist. Das Formerfordernis kann gerade auch in der vom Gesetz nachgelassenen Eigenhändigkeit bestehen (a.A. nur Ritter). Urkunden, welche der gesetzlichen oder nach Satz 2 und 3 besonders vorgeschriebenen Form nicht entsprechen, desgleichen gefälschte Urkunden, sind nichtig, verbriefen das Aktienrecht nicht und sind nicht geeignet, es zu übertragen, auch dann nicht, wenn der Erwerber gutgläubig ist. Da die Ausgabe der Urkunden auf die Entstehung der Anteilsrechte ohne Einfluß ist (siehe § 6 Anm. 5), ist ein Verstoß gegen § 13 für die Entstehung bedeutungslos.

Die Satzung braucht über die äußere Form der Urkunde nichts zu bestimmen, auch keine Vorschrift nach Satz 2 zu treffen. Schweigt sie, ist die Bestimmung der Form Sache des Vorstandes. Sie kann es aber natürlich, insbesondere den Vorstand anweisen, die Zustimmung des Aufsichtsrates einzuholen. Bei Börsenpapieren sind die Forderungen der Zulassungsstellen zu beachten.

Anm. 2: Über den Inhalt der Urkunde enthält das Gesetz, abgesehen von einigen Sondervorschriften (z. B. § 10 II), nichts. Hierüber kann die Satzung Näheres bestimmen, auch den Aufsichtsrat dazu ermächtigen. In die Urkunde braucht eine solche Bestimmung nicht aufgenommen zu werden. Ein Mindestinhalt ergibt sich aus der Bestimmung der Urkunde. Hiernach muß sie a) den Namen der AG angeben; wenn die Urkunde sich auch nicht als Aktie zu bezeichnen braucht, so muß sie doch b) erkennen lassen, daß sie eine Beteiligung, und zwar von der Natur des Aktienrechtes, verbrieft. Sie muß ferner c) den Nennbetrag angeben. Letzteres wird durch die Ausdrucksweise des Gesetzes in §§ 8 und 405 I Nr. 1 und 3 vorausgesetzt. Die Urkunde muß ferner, weil jedes Aktienrecht, wenn auch vertretbar, ein individuelles Recht ist, d) die Unterscheidungsmerkmale gegenüber den anderen Aktienrechten derselben Gesellschaft (Nummer od. dgl.) enthalten. Fehlen die nach Vorstehendem

wesentlichen Angaben, so ist die Aktienurkunde nichtig. Zum Inhalt der Urkunde gehört auch die Angabe, ob sie Inhaber- oder Namensaktie ist. Fehlt eine Angabe, so ist sie Inhaberaktie (§ 24). Bei der Namensaktie ist es kein Erfordernis ihrer Gültigkeit, daß sie den Namen des ersten Aktionärs angibt (a. A. B.-H. Rn. 4). Man kann mit dem Eintrag im Aktienbuch auskommen, aber dann muß die Aktie auf dieses verweisen. Urkunden, die sonstigen Satzungsvorschriften nicht entsprechen, sind nicht ordnungsgemäß und nicht „lieferbar“, so daß ihr Umtausch verlangt werden kann, aber nicht nichtig.

Über Genußscheine als Urkunden enthält das Gesetz ebensowenig eine Vorschrift wie über den möglichen Inhalt eines Genußscheinens, siehe hierüber § 221. Über die Form ergibt sich auch hier das Wesentliche aus dem Begriff der Urkunde. Hier ist handschriftliche Unterzeichnung unerläßlich, wenn die Ausstellung einer Urkunde vorgeschrieben ist (§ 126 BGB).

Über Wandelschuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen siehe § 221.

§ 14

Zuständigkeit

Gericht im Sinne dieses Gesetzes ist, wenn nichts anderes bestimmt ist, das Gericht des Sitzes der Gesellschaft.

Vorstehende Generalklausel bezieht sich nur auf das Registergericht (§ 8 HGB, § 125 FGG) und das Gericht des § 145 FGG und regelt die örtliche Zuständigkeit der nach diesen Bestimmungen sachlich zuständigen Amtsgerichte. Der Sitz der Gesellschaft muß sich nach § 23 III Ziffer 1 aus der Satzung ergeben. Darüber, wo der Sitz sein kann, siehe § 5 und Anm. dort.

Das für die Bestellung eines Notvorstandes nach § 85 zuständige Gericht kann in entsprechender Anwendung von § 5 I S. 2 FGG vom BGH zu bestimmen sein (BGH in Die AktGes. 1963, 215; BGH 19, 102 ff.).

§ 15

Verbundene Unternehmen

Verbundene Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, die im Verhältnis zueinander in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen (§ 16), abhängige und herrschende Unternehmen (§ 17), Konzernunternehmen (§ 18), wechselseitig beteiligte Unternehmen (§ 19) oder Vertragsteile eines Unternehmensvertrags (§§ 291, 292) sind.

- | | |
|-----------------------------------|---|
| I. Übersicht (Anm. 1) | III. Die rechtliche Selbständigkeit (Anm. 6) |
| II. Unternehmen | IV. Die verschiedenen Unternehmensverbindungen (Anm. 7—11) |
| 1. Begriff (Anm. 2) | V. Verwendung des Begriffs „verbundene Unternehmen“ im Gesetz (Anm. 12) |
| 2. Abgrenzung | |
| a) freie Berufe (Anm. 3) | |
| b) Gebietskörperschaften (Anm. 4) | |
| c) Stimmenpool (Anm. 5) | |

I. Übersicht

Anm. 1: Der Begriff verbundene Unternehmen ist aus gesetzestechnischen Gründen neu eingeführt worden. Er ist nicht als materielle Umschreibung einer besonderen Gruppe von Unternehmen zu verstehen (Reg.Begr., 99), sondern er hat lediglich den Zweck, die Gruppen von Unternehmensverbindungen, die das Gesetz behandelt, zusammenzufassen, damit überall dort, wo das Gesetz Vorschriften bringt, die für alle Unternehmensverbindungen gültig sind, ein einheitlicher Begriff benutzt werden kann, ohne daß die Aufzählung der verschiedenen Arten von Unternehmensverbindungen oder Verweisungen erforderlich sind.

Das bisherige Recht kannte als Unternehmensverbindung nur den Konzern. Dieser war einmal gegeben, wenn rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt waren (§ 15 I AktG. 37), zum anderen, wenn ein rechtlich selbständiges Unternehmen unter dem beherrschenden Einfluß eines anderen Unternehmens stand (§ 15 II AktG. 37).

Während der Grundsatz des § 15 I AktG 37 heute im § 18 I wiederkehrt, ist die im § 15 II AktG 37 enthaltene Fiktion, daß ein herrschendes und abhängiges Unternehmen zusammen einen Konzern bilden, aufgegeben. Der Begriff dieser Unternehmensverbindung wird jetzt gesondert im § 17 gegeben. Ein Konzern liegt immer nur dann vor, wenn mehrere Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sind. Fehlt diese, so kann zwar eine Unternehmensverbindung, wie sie in den §§ 16, 17 und 19 behandelt ist, vorliegen, nicht aber ein Konzern.

Die verbundenen Unternehmen werden zunächst in 5 Gruppen eingeteilt, deren Begriffsbestimmung im einzelnen in den folgenden §§ 16—19 und in denen des 3. Buches §§ 291 und 292 gegeben wird. Berücksichtigt man dies, so behandelt das Gesetz folgende Unternehmensverbindungen:

- A. In Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen (§ 16).
- B. Abhängige und herrschende Unternehmen (§ 17).
- C. Konzernunternehmen (§ 18).

Dabei wird unterschieden zwischen der Zusammenfassung selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung

§ 15

Allgemeine Vorschriften

Anm. 1, 2

1. als herrschendes und abhängiges Unternehmen (*Unterordnungskonzern* § 18 I), wobei wiederum zu unterscheiden ist, ob die einheitliche Leitung beruht auf
 - a) einem Beherrschungsvertrag (§ 291) oder der Eingliederung eines Unternehmens (§§ 319, 320)
 - b) einer tatsächlichen Beherrschungsmacht (faktischer Konzern), die vermutet wird, wenn ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des § 17 besteht (§ 18 I Satz 3);
 2. ohne daß ein Unternehmen von dem anderen Unternehmen abhängig ist (*Gleichordnungskonzern*) § 18 II.
- D. Wechselseitig beteiligte Unternehmen, und zwar:
- a) unabhängige (§ 19 I)
 - b) abhängige (§ 19 II und III).
- E. Vertragsteile eines Unternehmensvertrags der in den §§ 291 u. 292 einzeln aufgeführten Art:
1. Beherrschungsvertrag. Er schafft stets ein Konzernverhältnis, und zwar einen Unterordnungskonzern, da eine einheitliche Leitung (§ 18 I S. 2) begrifflich stets gegeben ist.
 2. Gewinnabführungsvertrag (§ 291).
 3. Gewinngemeinschaft (§ 292 Nr. 1).
 4. Teilgewinnabführungsvertrag (§ 292 Nr. 2).
 5. Betriebspachtvertrag (§ 292 Nr. 3).
 6. Betriebsüberlassungsvertrag (§ 292 Nr. 3).
- Die im Gesetz behandelten verschiedenen Unternehmensverbindungen sind nicht streng voneinander abzugrenzen. So gilt für die Gruppe A — in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen nach § 17 II — die widerlegliche Vermutung, daß sie in die Gruppe B — abhängige und herrschende Unternehmen — fallen. Herrschende und abhängige Unternehmen (B) können gleichzeitig Konzernunternehmen (C), wechselseitig beteiligte Unternehmen (D) und Vertragsteil eines Unternehmensvertrags (E) sein.

II. Unternehmen

1. Begriff

Anm. 2: Eine gesetzliche Definition des Unternehmensbegriffes erschien nicht notwendig, da bereits das Gesetz von 1937 den Begriff des Unternehmens im Zusammenhang mit der Definition des Konzerns in seinem § 15 gebrauchte. Man glaubte sich mit der in der Rechtslehre hierzu entwickelten Definition begnügen zu können, daß im Rahmen des Aktiengesetzes der Begriff „Unternehmen“ als rechtlich neutraler Begriff die Wirtschaftseinheit bezeichnen soll,

mit der eine Person, sei es eine natürliche oder juristische, oder eine Personengruppe am Wirtschaftsleben teilnimmt (vgl. im einzelnen Rasch, S. 24 ff.; Friedländer, S. 31 ff.). Das hat sich jedoch nicht als ausreichend erwiesen, denn an verschiedenen Stellen des Gesetzes kommt es entscheidend darauf an, ob es sich um ein Unternehmen handelt. So kommt es hierauf schon bei den gesetzlichen Definitionen nach den §§ 16—19 an, dann aber auch vor allem bei der Mitteilungspflicht der §§ 20 und 21 und endlich finden die gesamten Bestimmungen des dritten Buches nur Anwendung, wenn es sich um die Verbindung von Unternehmen handelt. In der umfangreichen Literatur, die inzwischen über den Unternehmensbegriff entstanden ist, besteht Einvernehmen darüber, daß es für die gesamte Rechtsordnung einen einheitlich verbindlichen Begriff des „Unternehmens“ nicht gibt, sondern daß dieser nach der Zweckbestimmung des betreffenden Gesetzes jeweils zu bestimmen ist (so KG in WuW 60, 446; Möhring in NJW 67, 1; Kropff in BB 65, 1285; Müller-Rieker in WP 67, 198). Da der wichtigste Fall der verbundenen Unternehmen der des Konzerns ist, wird die Zweckbestimmung des Unternehmensbegriffes vielfach von daher bestimmt. Danach komme es entscheidend auf den Schutz der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger bei einem Konflikt mit den Interessen des herrschenden Unternehmens an. Dabei sei es bedeutungslos, ob derjenige, der Eigeninteressen gegen die Gesellschaft verfolge, in seiner Person bestimmte Merkmale aufweise. Vielmehr sei die Art der von ihm verfolgten Interessen entscheidend. Das Unternehmen dürfe deshalb nicht als Inbegriff von Sachen und Rechten verstanden werden, sondern als Funktion (sogenannte Funktionstheorie, siehe Kropff, a. a. O.). Folgt man dieser Auffassung, so würde ein Großaktionär, der kein Unternehmen betreibt, dann selbst zum Unternehmen werden, wenn er gewissermaßen marktstrategisch das Ziel seiner Gesellschaft mitzubestimmen bereit und in der Lage ist und sich nicht lediglich auf die Verfolgung der Interessen eines reinen Anlageaktionärs beschränkt (so Möhring in NJW 67, 1). Nach Brauksiepe (BB 66, 872) ist Unternehmer im Sinne des Aktiengesetzes der Aktionär, von dem man erwarten kann, daß er seine Beteiligung an der Gesellschaft für eigene unternehmerische Interessen ausnutzen wird. Gessler (BB 65, 678) geht von einer gewerblichen Betätigung des Großaktionärs aus.

Wir halten diese Auffassung für nicht zutreffend. Bei einem Privataktionär, der eine Aktiengesellschaft, sei es durch Beteiligung oder auf andere Weise beherrscht und keine anderen gewerblichen Interessen hat, besteht nicht die Konfliktslage, auf die Kropff hingewiesen hat; denn es ist anzunehmen, daß sich die Interessen dieses Privataktionärs mit denen der Gesellschaft decken (ebenso Würdinger, S. 263; B.-H. Rn. 4). Am deutlichsten wird dies bei der Einmangengesellschaft (vgl. Leo in Die AktGes. 65, 352). Anders ist es, wenn ein privater Großaktionär mehrere Aktiengesellschaften beherrscht. Wenn er in dieser tatsächlich die Leitung ausübt, so hat nach Würdinger (S. 263,

§ 15

Allgemeine Vorschriften

Ann. 2

264) die Ausübung der einheitlichen Leitungsmacht durch den herrschenden Aktionär zur Folge, daß dieser als Unternehmen anzusehen ist (im Ergebnis ebenso B.-H. Rn. 4). Wir halten diese Auffassung schon mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 18 II nicht für zutreffend, weil im Gleichordnungskonzern die Leitung auch von einem Aktionär, der nicht ein Unternehmen ist, ausgeübt werden kann (Regierungsbegründung § 18). Das Gesetz geht also davon aus, daß durch die Ausübung der Leitung mehrerer Gesellschaften ein Privataktionär nicht bereits zu einem „Unternehmen“ wird. Der Wortlaut des Gesetzes steht auch an anderen Stellen der funktionellen Unternehmens- theorie entgegen, denn das Gesetz spricht stets von einem „Unternehmen“ und nicht etwa von einem „unternehmerisch“ handelnden Aktionär.

Vor allem läßt sich die Funktionstheorie aber nicht mit § 17 vereinen. Dort wird nicht auf die Ausübung eines beherrschenden Einflusses, sondern auf die Möglichkeit abgestellt, ob ein Unternehmen einen beherrschenden Einfluß ausüben kann. Die Vertreter der Funktionstheorie müßten hier also zu dem Ergebnis kommen, daß nach § 17 I ein Großaktionär, der einen beherrschenden Einfluß ausüben kann, dies aber nicht tut, nicht als Unternehmen anzusehen ist, daß er sich aber zu einem Unternehmen verwandelt, wenn er den beherrschenden Einfluß tatsächlich ausübt. Darin scheint uns eine unzulässige Spaltung des Unternehmensbegriffes zu liegen. Der Unternehmensbegriff kann zwar für verschiedene Gesetze verschieden sein, nicht aber für verschiedene Bestimmungen des gleichen Gesetzes.

Endlich ist zu beachten, daß bei konsequenter Anwendung der Funktions- theorie umgekehrt jede natürliche oder juristische Person, auch wenn sie eindeutig am Erwerbsleben in Form eines Unternehmens teilnimmt, dann als Unternehmen im Sinne des Aktienrechts ausscheidet, wenn sie den infrage- kommenden Aktienbesitz nur verwaltet und sich als Anlegeraktionär ver- hält, das in der Praxis zur Ausnutzung des steuerlichen Schachtelprivilegs geschieht (Habermann, Beiträge zum neuen Aktienrecht S. 190). Diese Auf- fassung wird aber auch nicht von den Anhängern der Funktionstheorie ver- treten.

Wir sind der Auffassung, daß der Begriff „Unternehmen“ neben einer gewerblichen Betätigung im Wirtschaftsleben ein gewisses Mindestmaß von institutioneller Einrichtung voraussetzt. Wenn diese fehlt, liegt nur die unter- nehmerische Tätigkeit einer Einzelpersonlichkeit vor, nicht aber ein „Unter- nehmen“. Wir kommen damit zu dem Ergebnis, daß ein privater Großaktio- när, auch wenn er Einfluß auf die Aktiengesellschaft nimmt, niemals als Unternehmen anzusehen ist, auch dann nicht, wenn er mehrere Aktiengesell- schaften beherrscht, obwohl in diesem Fall eine Interessenkollision gegeben sein kann (ebenso Müller-Rieker in WP 67, 201). Übt der Großaktionär bei beiden Aktiengesellschaften die Leitung aus, so kann der Fall des § 18 II vor- liegen. Er wird aber auch dann nicht zum Unternehmen (ebenso Bolsenkötter

in DB 67, 1098). Anders ist es, wenn ein privater Großaktionär, der beherrschenden Einfluß auf zwei verschiedene Aktiengesellschaften ausüben kann, sich hierzu eine Institution schafft, einen eigenen Geschäftsbetrieb. Dann kann dieser Geschäftsbetrieb ein Unternehmen im Sinne des Gesetzes sein, insbesondere dann, wenn der Großaktionär mit diesem Geschäftsbetrieb am Wirtschaftsleben teilnimmt, etwa dadurch, daß in seinem Namen Verhandlungen geführt werden (Müller-Rieker a. a. O.). Durch die von uns vertretene Auffassung entsteht keine Lücke im Gesetz. Im Fall des § 18 II werden die unter der gemeinschaftlichen Leitung eines privaten Großaktionärs stehenden Gesellschaften verbundene Unternehmen, ohne daß der Privataktionär selbst ein Unternehmen zu sein braucht. In allen übrigen Fällen fällt der Großaktionär jedenfalls unter die Bestimmung des § 17, wenn er seinen Einfluß auf die Gesellschaft zu deren Schaden ausnutzt.

In welcher Rechtsform das Unternehmen betrieben wird, ist gleichgültig. Es kann sich sowohl um einen Einzelkaufmann, als auch um eine Personengesellschaft oder juristische Person handeln. Auch in der Form einer BGB-Gesellschaft kann ein Unternehmen betrieben werden (vgl. Kropff in BB 65, 1285; Habermann in WP 66, 30; B.-H. Rn. 3). Ebenso kann ein Gesamtvermögen oder ein Sondervermögen ein Unternehmen sein. Voraussetzung ist lediglich, daß sie nach dem Gesetz oder nach der Satzung unter ihrem Namen handeln und Rechte erwerben, bzw. Verbindlichkeiten begründen können (so auch Müller-Rieker a. a. O.).

2. Abgrenzung

a) freie Berufe

Anm. 3: Man wird nicht sagen können, daß jede Teilnahme am Wirtschaftsleben die Beteiligten zu einem Unternehmen im aktienrechtlichen Sinne werden läßt. Im allgemeinen werden Angehörige der freien Berufe, wie Rechtsanwälte, Architekten, Ärzte usw., auch wenn sie z. B. als eine Sozietät von Rechtsanwälten in Form einer BGB-Gesellschaft am Wirtschaftsleben teilnehmen, nicht als Unternehmen im aktienrechtlichen Sinne angesehen werden können. Müller-Rieker (a. a. O.) weisen mit Recht darauf hin, daß das Berufsbild in diesen Fällen nicht in erster Linie durch die Absicht, Gewinne zu erzielen, sondern durch anderweitige Zielvorstellung, die ideeller Art sind, bestimmt wird. Nicht von der Hand zu weisen ist aber, daß sich die betreffenden Personen oder Personenvereinigungen neben der Berufsausübung im freien Beruf auch wirtschaftlich betätigen und einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhalten können. Dann werden sie zum Unternehmen im aktienrechtlichen Sinne, so wenn z. B. ein Architektenbüro eine Aktiengesellschaft beherrscht, die ein Baugeschäft betreibt.

b) Gebietskörperschaften

Anm. 4: Weitgehende Übereinstimmung besteht darin, daß Gebietskörper-

§ 15

Allgemeine Vorschriften

Anm. 4, 5

schaften, wie Bund, Länder und Gemeinden, im Verhältnis zu ihren eigenen Betrieben nicht als Unternehmen anzusehen sind. Leo (Die AktGes. 65, 352) und Schäfer (BB 66, 431) gehen davon aus, daß Gebietskörperschaften nur dann als Unternehmen anzusprechen sind, wenn sie eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit entfalten. Kropff (BB 65, 1285) meint, vom Bund könne nicht gesagt werden, daß er für die Bundesgesellschaft unternehmerisch plant und sie lenkt. Von seinem funktionellen Unternehmensbegriff ausgehend ist für ihn jedenfalls der Bund kein Unternehmen. Brauksiepe (BB 66, 872) erblickt in den Gebietskörperschaften deshalb kein Unternehmen, weil ihre Einflußnahme auf die Gesellschaft nicht unter Ausnutzung unternehmerischer Interessen, sondern in Erfüllung öffentlich rechtlicher Verpflichtungen geschieht, die in gleicher Weise den Zweck der Gesellschaft bestimmen. Müller-Rieker (a. a. O.) weisen zutreffend darauf hin, daß die Beteiligungsverwaltung durch die öffentlich rechtlichen Stellen in aller Regel nur den Charakter einer bloßen Vermögensverwaltung haben. Insoweit können die öffentlich rechtlichen Gebietskörperschaften hinsichtlich der von ihnen gehaltenen Beteiligung, etwa einem Großaktionär, der selbst einen eigenen Geschäftsbetrieb unterhält, gleichgestellt werden. Die Begründung, daß die Gebietskörperschaften deshalb nicht als Unternehmen anzusehen sind, weil sie keine unternehmerischen Ziele mit ihrem Einfluß auf von ihnen beherrschte Gesellschaften ausüben, ist nicht zutreffend. Der Bund hat insofern wiederholt Einfluß ausgeübt, als er beispielsweise die Fusion von bundeseigenen Gesellschaften betrieben hat. Es ist auch durchaus denkbar, daß eine Gemeinde, die eine Straßenbahn in Form einer AG betreibt, in unternehmerischer Konkurrenz mit Privatunternehmen eine Linie ausbaut oder sonst unternehmerische Entscheidungen trifft. Auch die ganz regelmäßig erfolgende Entscheidung über den Tarif ist letzten Endes eine unternehmerische Entscheidung, wenn sie auch unter sozialen oder gemeindepolitischen Gesichtspunkten geschieht. Das sind Motive, die das Handeln beeinflussen, aber nicht von Bedeutung für die Frage sein können, ob der Handelnde als „Unternehmen“ im aktienrechtlichen Sinne anzusehen ist. Wir sind der Auffassung, daß die Gebietskörperschaften im allgemeinen nicht als Unternehmen anzusehen sind, auch wenn sie im Einzelfall auf ein oder mehrere Aktiengesellschaften in unternehmerischer Weise einwirken. Sie werden nur dann Unternehmen, wenn sie eine Verwaltung einrichten mit dem Auftrag, unternehmerisch tätig zu werden. Dann ist diese Verwaltung eine Institution, die die unternehmerische Eigenschaft der Gebietskörperschaft begründet.

c) *Stimmenpool*

Anm. 5: Da es nicht darauf ankommt, in welcher Form das Unternehmen betrieben wird, ist zu prüfen, inwieweit der Zusammenschluß mehrerer Aktionäre eine Gesellschaft zur Ausübung des Stimmrechts (Stimmenpool) in der

Form einer BGB-Gesellschaft dazu führt, daß diese als Unternehmen anzusehen ist. Setzt sich der Stimmenpool nur aus Privataktionären zusammen, die sich nicht am gewerblichen Leben beteiligen, und beteiligt sich der Pool als solcher in der Einflußnahme auf die Gesellschaft, deren Aktien im Pool sind, so wird er nicht zum Unternehmen. Es wird behauptet (vgl. Kropff in BB 65, 1285; Haberlandt in Möhring-Schwartz, S. 284; Würdinger in Großkomm. vor § 15 II, 5; ders. in Festschrift für Kunze 1969, S. 183), daß dann, wenn sich zwei Unternehmen, die an einer Aktiengesellschaft je zu 40% beteiligt sind, zur gemeinsamen Ausübung von Beherrschungsmacht zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammenschließen, diese als Unternehmen anzusehen sei. Das ist so nicht zutreffend (ebenso Bolsenkötter in DB 67, 1098). Es kommt nicht darauf an, wer Gesellschafter der BGB-Gesellschaft ist, sondern ob diese im Sinne der Ausführungen in Anm. 2 als Unternehmen anzusehen ist. Ist sie dies nicht, so sind „Unternehmen“ nur die in der bürgerlichen Gesellschaft zusammengeschlossenen Unternehmen, nicht aber die bürgerliche Gesellschaft selbst als reines Abstimmungspool. Es wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob die Unternehmen als herrschende in bezug auf die Gesellschaft, um deren Aktien es sich handelt, anzusehen sind. Dabei sei verwiesen auf die Entscheidung des Reichsgerichts (RG 167, 49), wonach von einem herrschenden Einfluß nicht gesprochen werden kann, wenn das Unternehmen auf die Mitwirkung eines Dritten angewiesen ist, um seinen Willen durchzusetzen und es nicht mit Sicherheit auf deren Unterstützung rechnen kann (im Ergebnis ebenso Müller-Rieker in WP 67, 197). Über die Bedeutung eines Konsortialvertrages zur Schaffung eines Abhängigkeitsverhältnisses vgl. § 17 Anm. 3.

III. Die rechtliche Selbständigkeit

Anm. 6: Das Gesetz setzt die rechtliche — nicht wirtschaftliche — Selbständigkeit voraus. Es stellt im übrigen darauf ab, in welchem Verhältnis die einzelnen Unternehmen zueinander stehen. Das bedeutet, daß wenn 2 Unternehmen miteinander verbunden sind und eines davon mit einem Dritten, dieses Dritte noch nicht mit demjenigen Unternehmen, zu dem keine unmittelbare Verbindung besteht, im Sinne des § 15 verbunden ist. Von allzu großer Bedeutung ist dies allerdings nicht, da die wichtigste Unternehmensverbindung, der Konzern, insofern besonders behandelt wird, als verbundene Unternehmen sämtliche Konzernunternehmen sind. Wenn also ein herrschendes Unternehmen mehrere abhängige Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt hat (§ 18 I), so sind die abhängigen Unternehmen auch untereinander verbundene Unternehmen im Sinne des § 15, ohne daß es einer anderen Beziehung bedarf als der Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung. Das gleiche gilt, wenn mehrere nicht abhängige Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sind (§ 18 II).

IV. Die verschiedenen Unternehmensverbindungen

Anm. 7: Die Notwendigkeit, für verbundene Unternehmen besondere Bestimmungen zu erlassen, ergibt sich daraus, daß je nach der Intensität der Verbindung die ordnungsgemäße Funktion der Organe der Gesellschaft oder/und ihres Grundkapitals in Frage gestellt wird. Besteht die Verbindung in einer *Mehrheitsbeteiligung* im Sinne des § 16, so ist die ordnungsgemäße Funktion der Organe des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens noch nicht eingeschränkt, wohl aber gefährdet. Dem trägt die Bestimmung des § 17 II Rechnung, wonach die allerdings widerlegliche Vermutung besteht, daß ein in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen ein abhängiges Unternehmen ist. Wird die Vermutung widerlegt, so bleibt dennoch die Gefährdung des Grundkapitals. Gehören einer in Mehrheitsbesitz stehenden Gesellschaft Aktien der mit Mehrheit beteiligten Gesellschaft, so gehören zu den Vermögenswerten die in der Beteiligung verkörpert werden, eigene Aktien der mehrheitsbeteiligten Gesellschaft. Insoweit steht kein selbständiger Vermögenswert hinter dem Wert der Beteiligung. Deshalb werden Aktien, die einer in Mehrheitsbesitz befindlichen Gesellschaft gehören, wie eigene Aktien der mit Mehrheit beteiligten Gesellschaft behandelt (§§ 56 und 71).

Anm. 8: Bei *herrschenden und abhängigen Unternehmen* besteht die Unternehmensverbindung darin, daß das herrschende Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß auf das abhängige Unternehmen ausüben kann. Da dieser nicht auf einer Beteiligung beruhen muß, sondern auch andere Ursachen haben kann, steht die Gefährdung der Funktion des Grundkapitals nicht an erster Stelle, obwohl sie genauso gegeben ist wie bei einer Mehrheitsbeteiligung; deshalb finden auch alle Bestimmungen, die auf das Verhältnis des mehrheitsbeteiligten Unternehmens zum im Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen gelten, Anwendung auf das Verhältnis zwischen herrschendem und abhängigem Unternehmen. Darüber hinaus muß der Möglichkeit der Ausübung eines herrschenden Einflusses Rechnung getragen werden. Deshalb gibt es eine Reihe von Bestimmungen, die allein für herrschende und abhängige Unternehmen gelten, nicht aber für den Fall einer Mehrheitsbeteiligung, wenn diese nicht gleichzeitig einen herrschenden Einfluß ermöglicht. Zu beachten ist, daß ein Abhängigkeitsverhältnis bereits dann vorliegt, wenn nach der Gesamtsituation ein herrschender Einfluß ausgeübt werden kann. Es ist nicht notwendig, daß er tatsächlich ausgeübt wird.

Anm. 9: Bei allen *Konzernunternehmen* gehört es zum Wesen dieser Unternehmensverbindung, daß mehrere Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sind. Beim Gleichordnungskonzern (§ 18 II) ist dies das einzige Merkmal der Verbindung. Alle beteiligten Unternehmen haben einen mehr oder weniger großen Teil der Funktionen ihrer Organe dadurch, daß sie

sich unter eine einheitliche Leitung gestellt haben, aufgegeben. Bei dem Unterordnungskonzern (§ 18 I) tritt ein zweites, wesentliches Merkmal für die Unternehmensverbindung hinzu. Hier müssen ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sein. Alle Konzernunternehmen, auch wenn sie nicht unmittelbar miteinander verbunden sind, gelten als verbundene Unternehmen, vgl. oben Anm. 6. Es werden die Funktionen der Organe des herrschenden Unternehmens nicht von außen eingeschränkt, sie erhalten nur eine zusätzliche Funktion, indem unter ihrer Leitung nunmehr die abhängigen Unternehmen zusammengefaßt werden. Nur Letztere bedürfen des besonderen Schutzes.

Anm. 10: Besteht eine *wechselseitige Beteiligung*, ohne daß ein Unternehmen von dem anderen abhängig ist (§ 19 I), so besteht keine Gefährdung der Funktion der Organe der Gesellschaft, wohl aber eine Gefährdung der Funktion des Grundkapitals. Wenn zwei Gesellschaften wechselseitig in einer gewissen Höhe aneinander beteiligt sind — das Gesetz geht von mehr als 25 % aus —, so besteht ein nicht mehr unerheblicher Anteil des Aktivvermögens aus dieser Beteiligung nicht mehr aus echten Vermögenswerten. Dies läuft darauf hinaus, daß das Kapital in Höhe der Beteiligung doppelt erscheint. Darin liegt eine Beeinträchtigung der Funktion des Grundkapitals, die unerwünscht ist. Deshalb sieht § 328 eine Beschränkung der Rechte aus solchen wechselseitigen Beteiligungen vor.

Ist bei wechselseitig beteiligten Unternehmen ein Unternehmen von dem anderen abhängig (§ 19 II) oder sind beide wechselseitig voneinander abhängig (§ 19 III), so finden auf sie alle Vorschriften über verbundene Unternehmen und abhängige Unternehmen Anwendung, nicht aber die Vorschriften über wechselseitig beteiligte Unternehmen, bei denen kein Abhängigkeitsverhältnis besteht, also nicht der § 328 (§ 19 IV).

Anm. 11: Sind die einzelnen Unternehmen Vertragsteile eines *Unternehmensvertrags*, so ist zunächst einmal zu unterscheiden, ob durch die Art des Vertrages ein Konzern entsteht, was allein davon abhängt, ob mehrere Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt werden. Das ist nach der Begriffsbestimmung des Beherrschungsvertrages bei diesen immer der Fall (§ 291), in der Regel auch beim Gewinnabführungsvertrag (§ 291), in vielen Fällen aber keineswegs zwingend, stets bei den „anderen Unternehmensverträgen“ im Sinne des § 292. Soweit durch die Unternehmensverträge weder ein Abhängigkeits- noch ein Konzernverhältnis begründet wird, unterliegen sie ausschließlich den Bestimmungen des 3. Buches.

V. Verwendung des Begriffs „verbundene Unternehmen“ im Gesetz

Anm. 12: Die Zusammenfassung von teilweise ihrer Natur nach sehr unterschiedlichen Unternehmensverbindungen unter einen neu geschaffenen Ober-

§§ 15/16

Anm. 12

Allgemeine Vorschriften

begriff ist aus dem Bedürfnis heraus erfolgt, gewisse Folgen, die sich aus der Verbindung von Unternehmen ergeben, gesetzlich einheitlich zu regeln. Das ist an folgenden Stellen des Gesetzes geschehen:

1. §§ 33 V; 143 II Nr. 2 und 3, III Nr. 1; 164 II Nr. 2 und 3, III Nr. 1. Gründungsprüfer, Sonderprüfer, Abschlußprüfer kann nicht sein, wer gesetzlicher Vertreter, Aufsichtsratsmitglied, Gesellschafter, Inhaber oder Mitinhaber oder Angestellter eines Unternehmens ist, das mit der zu prüfenden Gesellschaft verbunden ist. Das gleiche gilt für eine Prüfungsgesellschaft, wenn sie oder ein mit ihr verbundenes Unternehmen mit der zu prüfenden Gesellschaft verbunden ist.

2. § 90 — Bericht des Vorstands an den Aufsichtsrat — vgl. dort Anm. 6 u. 9.

3. Nach den §§ 89 und 115 — Beschränkung der Kreditgewährung an den dort genannten Personenkreis — vgl. § 89 Anm. 6, § 115 Anm. 2 u. 3.

4. § 131 I — das Auskunftsrecht des Aktionärs in der Hauptversammlung — vgl. dort Anm. 5.

5. § 143 II und III, Auswahl der Sonderprüfer, vgl. dort Anm. 4 und 5.

6. § 145 IV — Prüfungsbericht der Sonderprüfer — vgl. dort Anm. 4.

7. § 151 I — Gliederung der Jahresbilanz, Aktivseite unter III B Ziff. 10, Passivseite unter VI Ziff. 5 — vgl. dort Anm. 28 u. 42.

8. § 160 III Nr. 8—10 — Inhalt des Geschäftsberichts — vgl. dort Anm. 12—14.

9. § 164 Auswahl der Abschlußprüfer, vgl. dort Anm. 3.

10. § 400 Strafvorschrift.

Abgesehen von diesen im Gesetz verstreuten Bestimmungen über verbundene Unternehmen, steht das 3. Buch des Gesetzes unter der Überschrift „Verbundene Unternehmen“. Hier sind alle Bestimmungen zusammengefaßt, die notwendig sind bei einer Unternehmensverbindung, an der eine Aktiengesellschaft beteiligt ist, um diese selbst, ihre Aktionäre und Gläubiger vor unangemessenen Nachteilen zu schützen.

§ 16

In Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen

(1) Gehört die Mehrheit der Anteile eines rechtlich selbständigen Unternehmens einem anderen Unternehmen oder steht einem anderen Unternehmen die Mehrheit der Stimmrechte zu (Mehrheitsbeteiligung), so ist das Unternehmen ein in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen, das andere Unternehmen ein an ihm mit Mehrheit beteiligtes Unternehmen.

(2) Welcher Teil der Anteile einem Unternehmen gehört, bestimmt sich bei Kapitalgesellschaften nach dem Verhältnis des Gesamtnennbetrags der

ihm gehörenden Anteile zum Nennkapital, bei bergrechtlichen Gewerkschaften nach der Zahl der Kuxe. Eigene Anteile sind bei Kapitalgesellschaften vom Nennkapital, bei bergrechtlichen Gewerkschaften von der Zahl der Kuxe abzusetzen. Eigenen Anteilen des Unternehmens stehen Anteile gleich, die einem anderen für Rechnung des Unternehmens gehören.

(3) Welcher Teil der Stimmrechte einem Unternehmen zusteht, bestimmt sich nach dem Verhältnis der Zahl der Stimmrechte, die es aus den ihm gehörenden Anteilen ausüben kann, zur Gesamtzahl aller Stimmrechte. Von der Gesamtzahl aller Stimmrechte sind die Stimmrechte aus eigenen Anteilen sowie aus Anteilen, die nach Absatz 2 Satz 3 eigenen Anteilen gleichstehen, abzusetzen.

(4) Als Anteile, die einem Unternehmen gehören, gelten auch die Anteile, die einem von ihm abhängigen Unternehmen oder einem anderen für Rechnung des Unternehmens oder eines von diesem abhängigen Unternehmens gehören und, wenn der Inhaber des Unternehmens ein Einzelkaufmann ist, auch die Anteile, die sonstiges Vermögen des Inhabers sind.

I. Übersicht (Anm. 1)

II. Die Rechtsnatur der Mehrheitsbeteiligung

1. Die verschiedenen Arten (Anm. 2)

2. Rechtsform der beteiligten Unter-

nehmen (Anm. 3)

3. Berechnung der Mehrheit
(Anm. 4—6)

III. Bezugnahme auf Mehrheitsbeteiligung im Gesetz (Anm. 7)

I. Übersicht

Anm. 1: Der Reg.-Entwurf hatte die Probleme, die aus einer Mehrheitsbeteiligung entstehen, dadurch gelöst, daß er ein Unternehmen, dem die Mehrheit der Anteile eines anderen Unternehmens gehört oder dem die Mehrheit der Stimmrechte zusteht, als das herrschende, das andere als das abhängige Unternehmen ansah. Die Ausschüsse sind nach Anhörung von Sachverständigen zu dem Ergebnis gekommen, daß eine Mehrheitsbeteiligung zwar in aller Regel, aber nicht schlechthin in allen Fällen einen beherrschenden Einfluß zur Folge hat. So ist z. B. eine Kapitalmehrheit, die deshalb nicht zu einer Stimmenmehrheit führt, weil ein erheblicher Teil aus Vorzugsaktien ohne Stimmrecht besteht, allein nicht geeignet, einen beherrschenden Einfluß zu begründen. Entscheidend war aber, daß Fälle nachgewiesen wurden, in denen ein mit Mehrheit beteiligtes Unternehmen sich im Verhältnis zu anderen Gesellschaftern vertraglich verpflichtet hat, die Stimmrechte nur aus einem Teil seiner Aktien auszuüben. Das kommt vor bei internationalen Gemeinschaftsgründungen sowie beim Übergang der Kapitalmehrheit einer Familiengesellschaft an ein familienfremdes Unternehmen oder in ähnlich gelagerten Situationen. Die Ausschüsse sind deshalb zu dem Ergebnis gekommen, daß die im Reg.-E. vorgesehene unwiderlegliche Vermutung in eine widerlegliche umgewandelt werden muß. Das ist in § 17 II mit der Folge geschehen, daß für

§ 16

Allgemeine Vorschriften

Ann. 1, 2

die durch Mehrheitsbeteiligung verbundenen Unternehmen, denen es gelingt, die gesetzliche Vermutung zu widerlegen, die Bestimmungen für abhängige Unternehmen keine Gültigkeit haben. Man hätte es sich dann ersparen können, den Begriff der Mehrheitsbeteiligung überhaupt in das Gesetz unter „Verbundene Unternehmen“ aufzunehmen. Tatsächlich wurde dieses Ergebnis auch von denjenigen, die die Umwandlung der unwiderleglichen Vermutung in eine widerlegliche beantragten, angestrebt. Dagegen bestanden jedoch Bedenken, die sich im Endergebnis durchgesetzt haben, und zwar deshalb, weil ein Teil der für abhängige Unternehmen geltenden Vorschriften dazu dienen, die Gefahren abzuwehren oder doch zu mindern, die sich aus einer vermögensmäßigen Verflechtung zweier Unternehmen ergeben. Das sind die Bestimmungen, die zur Erhaltung der Funktion des Grundkapitals und damit zum Schutze der Gläubiger geschaffen sind. Diese werden durch eine Mehrheitsbeteiligung auch dann gefährdet, wenn sich aus ihr kein herrschender Einfluß ergibt. Andererseits brauchten die für abhängige Unternehmen gegebenen Vorschriften, die deren Aktionäre und Gläubiger gegen Benachteiligungen schützen sollen, die durch den Einfluß des herrschenden Unternehmens auf die Willensbildung der Organe der abhängigen Gesellschaft entstehen können, dann keine Anwendung zu finden, wenn die gesetzliche Vermutung des § 17 II widerlegt ist und es sich um eine Mehrheitsbeteiligung handelt, durch die kein herrschender Einfluß ausgeübt werden kann.

II. Die Rechtsnatur der Mehrheitsbeteiligung

1. Die verschiedenen Arten

Ann. 2: Eine Mehrheitsbeteiligung kann einmal auf einer Kapitalmehrheit und zum anderen auf einer Stimmenmehrheit beruhen. Meist wird beides zusammenfallen. Es ist jedoch denkbar, daß eine Kapitalmehrheit ohne Stimmenmehrheit vorhanden ist, z. B. dann, wenn ein Teil der Anteile, die die Kapitalmehrheit ausmachen, Aktien ohne Stimmrecht sind, und es ist umgekehrt möglich, daß eine Mehrheit der Stimmrechte vorhanden ist, ohne daß eine Kapitalmehrheit vorliegt. Dazu bedarf es nicht einmal Mehrstimmrechtsaktien (§ 12), sondern es ist auch der Fall denkbar, daß, wenn eine größere Zahl von stimmrechtslosen Vorzugsaktien vorhanden ist, eine kapitalmäßige Minderheit eine Mehrheit der Stimmrechte besitzt. Hat eine AG, wie es nach § 139 II möglich ist, ebensoviel Vorzugsaktien ohne Stimmrecht wie Stammaktien, so hat ein Unternehmen, dem z. B. vom gesamten Grundkapital 40 % in stimmrechtslosen Vorzugsaktien und 20 % in Stammaktien gehören, zwar die Kapital- nicht aber die Stimmenmehrheit. Da nach § 5 Einführungsgesetz alte Mehrstimmrechtsaktien erhalten bleiben, ist es je nach der Ausstattung dieser Aktien mit Stimmrechten auch in Zukunft noch möglich, daß einige wenige Aktien die Stimmenmehrheit schaffen. Dann sind die Voraussetzungen des § 16 gegeben, mag ihr Kapitalanteil auch noch so klein sein.

2. Rechtsform der beteiligten Unternehmen

Anm. 3: Über den Begriff „rechtlich selbständige Unternehmen“ vgl. § 15 Anm. 6. Welche Rechtsformen die beteiligten Unternehmen haben, ist gleichgültig. Sie können eine AG, KGaA oder andere Kapitalgesellschaft, eine bergrechtliche Gewerkschaft, eine Personengesellschaft oder das Unternehmen eines Einzelkaufmannes sein. Das ergibt sich daraus, daß im Gesetz, wenn nur die Bezeichnung „Unternehmen“ gebraucht wird, die Rechtsform, in der sie betrieben werden, keine Rolle spielt, andernfalls wird die Rechtsform bezeichnet, so z. B. im § 19; dort heißt es, daß wechselseitig beteiligte Unternehmen solche in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder bergrechtlichen Gewerkschaft sind. Eine derartige Einschränkung ist hier nicht gegeben. Es kann deshalb das Unternehmen, das die Mehrheitsbeteiligung eines anderen Unternehmens besitzt, in jeder Rechtsform geführt werden. Gewisse Bedenken könnten für das in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen deshalb entstehen, weil das Gesetz davon ausgeht, daß die Mehrheitsbeteiligung darauf beruht, daß einem Unternehmen „die Mehrheit der Anteile“ eines anderen Unternehmens gehört. Von einer Mehrheit der Anteile kann man jedoch, genau genommen, nur bei Unternehmen sprechen, die in der Form einer Kapitalgesellschaft oder bergrechtlichen Gewerkschaft geführt werden. Es gibt zwar auch bei den Personengesellschaften einen Kapitalanteil des einzelnen Gesellschafters (§ 120 II HGB). Dieser ist aber ein Anteil an dem nach Gesamthandsprinzip gebundenen Vermögen. Eine selbständige Verfügung über ihn ist grundsätzlich nicht möglich (dies sind Ausführungen zum Kapitalanteil und nicht die Begründung, warum Personengesellschaften „beteiligte Unternehmen“ sein können, wie es fälschlich vom Kölner Komm. Anm. 7 interpretiert wird). Er spielt lediglich eine Rolle im Verhältnis der Gesellschafter untereinander insoweit, als sich nach der Höhe des Kapitalanteils die Gewinnansprüche und im Falle der Liquidation des Unternehmens der Auseinandersetzungsanspruch berechnet (vgl. Friedländer, Konzernrecht 2. Aufl. 64, sowie Kommentare zu §§ 105 und 120 HGB). Bei einer Personengesellschaft kann man nicht von einer „Mehrheit der Anteile“ sprechen, sondern allenfalls von einer verschiedenen Größe der Kapitalanteile der einzelnen Gesellschafter. Dasselbe gilt für andere Beteiligungen, also an einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und bei einer stillen Beteiligung, etwa an dem Unternehmen eines Einzelkaufmanns. In allen diesen Fällen ist eine Mehrheit der Anteile nicht gegeben. Hinzu kommt, daß im Abs. 2 die Frage, welcher Teil der Anteile einem Unternehmen gehört, nur in bezug auf die Kapitalgesellschaft und die bergrechtliche Gewerkschaft behandelt wird. Es liegt der Gedanke nahe, daß der Gesetzgeber eine besondere Berechnung für den Mehrheitsanteil gegeben hätte, wenn er in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen, die in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder als Unternehmen eines Einzelkaufmannes betrieben werden, in die Bestimmung hätte

§ 16

Anm. 3

Allgemeine Vorschriften

einbeziehen wollen. Denn im Grunde genommen sind diese Fälle schwieriger als die, bei denen das in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen eine Kapitalgesellschaft oder bergrechtliche Gewerkschaft ist. In der amtlichen Begründung zum Reg.-E., der in § 16 II und III, soweit es hier interessiert, die gleichen Bestimmungen enthielt, werden zwei Gründe dafür genannt, daß besondere Bestimmungen für die Berechnung der Mehrheitsbeteiligung an einer Kapitalgesellschaft und einer bergrechtlichen Gewerkschaft für notwendig gehalten wurden. Einmal wollte man bei der Berechnung der Anteile an einer Kapitalgesellschaft vermeiden, daß von deren Zahl ausgegangen wird und nicht von dem Verhältnis des Gesamtnennbetrages der Beteiligung zum Nennkapital, was man besonders bei einer Mehrheitsbeteiligung an einer GmbH für möglich hielt, und zum anderen sollte geklärt werden, wie eigene Anteile einer in Mehrheitsbesitz stehenden Kapitalgesellschaft zu behandeln sind. Man kann also daraus, daß der Gesetzgeber glaubte, zwei bestimmte Fragen besonders regeln zu müssen, die sich auf Kapitalgesellschaften beziehen, nicht die Folgerung ziehen, daß er damit zum Ausdruck bringen wollte, daß ein in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen nur eine Kapitalgesellschaft oder bergrechtliche Gewerkschaft sein könnte. Der gegenteilige Standpunkt würde auch zu einem unbefriedigenden Ergebnis führen. Die Berechnung der Beteiligung bei Personengesellschaften ist bei Vorhandensein fester Kapitalkonten einfach. Sind solche nicht vorhanden, so ist die Höhe des Kapitalanteils immer neu festzusetzen, und zwar für den jeweils relevanten Stichtag (ebenso WP — Handbuch 1968, 1104; Kölner Komm. Anm. 7).

Insoweit die Mehrheitsbeteiligung darauf beruht, daß einem Unternehmen die Mehrheit der Stimmrechte eines anderen Unternehmens zusteht, werden allerdings in der Praxis meist nur Kapitalgesellschaften und bergrechtliche Gewerkschaften als in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen in Frage kommen, denn nur dort gibt es grundsätzlich eine „Mehrheit der Stimmrechte“. Immerhin ist es auch bei Personengesellschaften denkbar, daß durch Vertrag ein gewisses Stimmrecht in bestimmter Höhe für die einzelnen Gesellschafter eingeräumt wird. Sollte sich aus einem solchen Stimmrecht ein Übergewicht eines Gesellschafter ergeben, der ein Unternehmen ist, so wird man nicht von einer in der Mehrheit der Stimmrechte liegenden Mehrheitsbeteiligung sprechen, sondern dann ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrag unmittelbar das Verhältnis eines herrschenden und eines abhängigen Unternehmens. Überhaupt nicht hierher gehört der Fall, wenn etwa bei einer OHG durch Ausschluß der übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung einem anderen Unternehmen diese allein zusteht, denn dann handelt es sich in der Regel nicht um ein in Mehrheitsbesitz befindliches Unternehmen, sondern um ein abhängiges (vgl. § 17 II; ebenso B.-H. Rn. 3).

Bei dem Unternehmen eines Einzelkaufmanns kann es begrifflich keine Mehrheitsbeteiligung, die auf einem Mehrstimmrecht beruht, geben.

Eines der beteiligten Unternehmen muß allerdings eine AG oder KGaA sein, weil sonst das Aktiengesetz keine Anwendung findet.

3. Berechnung der Mehrheit

Anm. 4: Wenn es in Abs.1 heißt, daß eine Mehrheitsbeteiligung dann vorliegt, wenn einem Unternehmen die Mehrheit der Anteile eines anderen Unternehmens gehört, so trifft dies wörtlich genommen nur auf einen einzigen Fall zu, nämlich wenn es sich bei dem in Mehrheitsbesitz befindlichen Unternehmen um eine bergrechtliche Gewerkschaft handelt. Dann ist in der Tat eine Mehrheitsbeteiligung gegeben, wenn die Mehrheit aller Anteile, d. h. in diesem Falle aller Kuxe, dem anderen Unternehmen gehört. In allen anderen Fällen kommt es nicht auf die Mehrheit der Anteile, sondern auf ihren Kapitalwert an. Dies gilt sowohl für die Unternehmen, die in der Form einer Personengesellschaft oder als Unternehmen eines Einzelkaufmannes geführt werden, wie auch für diejenigen, die in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft bestehen. Nur für Kapitalgesellschaften wird dies in Abs. 2 insoweit ausdrücklich bestimmt, als dort der Gesamtnennbetrag der zur Mehrheitsbeteiligung gehörigen Anteile in Verhältnis gesetzt wird zum Nennkapital der Kapitalgesellschaft. Diese ausdrückliche Bestimmung ist notwendig, weil vor allem bei der GmbH die Anteile verschieden hoch zu sein pflegen. Es kann also für die Berechnung, ob es sich um eine Mehrheitsbeteiligung handelt, nicht die Zahl der Anteile maßgebend sein, sondern deren Gesamtnennwert. Aber auch bei der AG sind sehr häufig die Nennwerte der Aktien verschieden. Daß im Abs. 2 noch einmal die bergrechtliche Gewerkschaft in diesem Zusammenhang aufgeführt wird, ist nur dadurch verständlich, daß die Frage, wie eigene Anteile des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens zu behandeln sind, für Kapitalgesellschaften und bergrechtliche Gewerkschaften einheitlich entschieden wird. Grundsätzlich sind eigene Anteile und solche, die ihnen gleichstehen, von dem Nennkapital, d. h. also bei der AG und der KGaA vom Grundkapital, bei der GmbH vom Stammkapital, abzuziehen. Auf das so verminderte Kapital wird dann der Gesamtnennbetrag, den das andere Unternehmen als Beteiligung besitzt, in Bezug gebracht, um festzustellen, ob die Beteiligung eine kapitalmäßige Mehrheitsbeteiligung ist. Da es bei einer bergrechtlichen Gewerkschaft kein Nennkapital gibt, ist hier die Bezugsgröße die Zahl aller Kuxe, vermindert um die Zahl eigener Kuxe.

Anm. 5: Beruht die Mehrheitsbeteiligung nicht auf einer Mehrheit an Anteilen, sondern auf der Mehrheit der Stimmrechte, so ist die Regelung insofern einfacher, weil es dann nicht auf die Zahl der Anteile ankommt, sondern auf die der Stimmrechte, die stets gesondert geregelt sind und nur in besonderen Fällen zufällig mit der Zahl der Anteile übereinstimmen können. Maßgebend ist deshalb hier auf der einen Seite die Gesamtzahl der Stimmen, die sich aus

§ 16

Anm. 5, 6

Allgemeine Vorschriften

der Beteiligung ergeben, im Verhältnis zur Gesamtzahl aller Stimmrechte. Von dieser Gesamtzahl der Stimmrechte sind dann die Stimmrechte aus eigenen Anteilen abzuziehen. Es handelt sich also um die gleiche Berechnungsweise wie bei der auf einer Mehrheit von Anteilen beruhenden Mehrheitsbeteiligung nach Abs. 2. In beiden Fällen stehen eigenen Anteilen des Unternehmens solche gleich, die ein anderer für Rechnung des Unternehmens hält. Das ist dann der Fall, wenn einerseits der Besitzer der Anteile verpflichtet ist, diese dem Unternehmen zur Verfügung zu stellen und den Weisungen des Unternehmens insoweit unterworfen ist, auf der anderen Seite das Unternehmen das Risiko für den Besitz der Aktien trägt (ebenso Fischer in Großkomm. § 51 Anm. 2). Darauf, wie derjenige, der die Anteile für Rechnung des Unternehmens besitzt, zu diesen Anteilen gekommen ist, kommt es hier nicht an, die Bestimmung gilt sowohl für einen originären (§ 56) wie auch für einen abgeleiteten (§ 71) Erwerb.

Nicht abzusetzen vom Nennkapital der Gesellschaft oder von der Gesamtzahl aller Stimmrechte sind die Anteile, die einem abhängigen Unternehmen des in Mehrheitsbesitz befindlichen Unternehmens gehören oder die für Rechnung des abhängigen Unternehmens von Dritten gehalten werden. Das ist dann, wenn das in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen eine AG ist, deshalb nicht selbstverständlich, weil aus Aktien, die einem abhängigen Unternehmen gehören oder von einem Dritten für dessen Rechnung gehalten werden, nach § 136 II das Stimmrecht ebensowenig ausgeübt werden kann wie für eigene Aktien und solche, die anderen für Rechnung der Gesellschaft gehören. Es spräche manches dafür, nicht nur — wie geschehen — für einen Teil dieser Aktien des mit Mehrheit beteiligten Unternehmens, sondern für alle Aktien das Stimmrecht von der Gesamtzahl aller Stimmrechte abzuziehen.

Anm. 6: Bei der Berechnung der Beteiligung des mit Mehrheit beteiligten Unternehmens sind die Anteile mitzurechnen, die einem abhängigen Unternehmen oder einem anderen für Rechnung des Unternehmens oder einem von diesem abhängigen Unternehmens gehören. Hier ist man also nicht vom Eigentum ausgegangen, sondern von der wirtschaftlichen Machtstellung. Man wollte, wie die Regierungsbegründung ausführt, die Umgehungstatbestände erfassen. Es wäre in der Tat für ein Unternehmen nichts einfacher, eine Mehrheitsbeteiligung dadurch zu verschleiern, daß es nicht selbst alle Anteile besitzt, sondern diese auf eine oder mehrere abhängige Unternehmen verteilt. Bei der Feststellung der Gesamtzahl der Anteile oder Stimmrechte des Unternehmens, an dem die Beteiligung besteht, brauchen die Umgehungstatbestände nicht erfaßt zu werden. Wenn nämlich das mit Mehrheit beteiligte Unternehmen, das allein interessiert sein kann, in der Lage ist, das andere Unternehmen zu einer Umgehung zu bestimmen, wird damit deutlich, daß es ein herrschendes und das andere ein abhängiges Unternehmen ist und mithin nicht

§ 16, sondern § 17 auf das Unternehmen anzuwenden ist. Immerhin bleibt die Möglichkeit bestehen, daß eine Mehrheitsbeteiligung an einer Gesellschaft, deren Aktien zum Teil bei von ihr abhängigen Gesellschaften liegen, leichter zu erreichen ist, als bei einer Gesellschaft, bei der dies nicht der Fall ist. Besitzt ein Unternehmen 10 % eigene Anteile, liegt eine Mehrheitsbeteiligung vor, wenn ein Unternehmen mehr als 45 % Anteile besitzt. Hat das Unternehmen 4 % eigene Anteile und besitzen von ihm abhängige Unternehmen insgesamt 6 % Anteile, so muß ein mit Mehrheit beteiligtes Unternehmen mehr als 48 % haben. Sind die Verhältnisse umgekehrt, d. h., hat das Unternehmen 6 % im Eigenbesitz, während sich 4 % in den Händen von abhängigen Unternehmen befinden, so besteht die Mehrheitsbeteiligung bereits, wenn mehr als 47 % in ihr vertreten sind. Das Ergebnis befriedigt insofern nicht, als Anteile, aus denen das Stimmrecht nicht ausgeübt werden kann, verschieden behandelt werden, je nachdem, ob es sich um eigene Anteile oder um solche handelt, die bei abhängigen Unternehmen liegen. Zu einem anderen Ergebnis könnte man nur gelangen, wenn man den Abs. 4 auf die Absätze 2 und 3 bezieht und nicht, wie hier geschehen, nur auf den Abs. 1. Eine solche Auslegung scheint uns aber nicht möglich, denn der Abs. 4 knüpft zunächst schon einmal rein sprachlich an den Abs. 1 an. Dort heißt es „gehört die Mehrheit der Anteile . . .“; im Abs. 4 heißt es „als Anteile, die einem Unternehmen gehören, gelten . . .“. Ferner ist zu beachten, daß, wenn man den Abs. 4 auch auf die Abs. 2 und 3 beziehen will, ein Fall, der dort bereits geregelt ist, im Abs. 4 noch einmal wiederholt würde. Nach Abs. 2 Satz 3 stehen eigenen Anteilen Anteile gleich, die einem anderen für Rechnung des Unternehmens gehören. Nach Abs. 4 gelten u. a. Anteile, die einem anderen für Rechnung des Unternehmens gehören, als dem Unternehmen selbst gehörig. Dazu kommt, daß im Abs. 4 noch ein Fall geregelt wird, der überhaupt nicht in den Abs. 2 hineinpaßt, nämlich daß dann, wenn der Inhaber des Unternehmens ein Einzelkaufmann ist, auch die Anteile, die sonstiges Vermögen des Inhabers sind, als dem Unternehmen gehörende Anteile gelten.

Anteile, die einem abhängigen Unternehmen gehören, gelten auch dann als Anteile des herrschenden Unternehmens, wenn dieses selbst keine Anteile besitzt (ebenso Adler-Düring-Schmaltz Vorbem. zu §§ 311—313 Tz 22; Habermann in WP 66, 34; Bernhard in BB 66, 68; Müller in Die AktGes. 68, 277; a. A. Würdinger, S. 269 und 273; ders. in Großkomm. Anm. 5; Schäfer in BB 66, 229).

Das Gleiche muß auch für die Zurechnung von Anteilen gelten, die einem Einzelkaufmann gehören. Diese sind auch dann zu einem Unternehmen zuzurechnen, wenn sie sich alle in seinem Privatvermögen befinden (ebenso B.-H. Rn. 8; Habermann in WP 66, 30 ff.). Die von Müller (a. a. O.) vertretene gegenteilige Auffassung stützt sich im wesentlichen auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise und eine weitgehende Auslegung des Gesetzes. Eine

solche scheint uns aber nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht zulässig zu sein.

III. Bezugnahme auf Mehrheitsbeteiligung im Gesetz

Anm. 7: Im Gesetz wird die Mehrheitsbeteiligung niemals allein, sondern nur im Zusammenhang mit dem Begriff der Abhängigkeit behandelt, weil stets dann, wenn Gefahren einer Mehrheitsbeteiligung begegnet werden muß, diese ganz sicher auch dann bestehen, wenn ein Abhängigkeitsverhältnis vorliegt.

Das sind folgende Fälle:

- a) § 20 IV, Mitteilungspflicht einer Mehrheit (vgl. dort Anm. 6);
- b) § 56, die Aktienübernahme durch ein abhängiges oder in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen sowie für Rechnung solcher Unternehmen (vgl. Anm. dort);
- c) § 71, Erwerb eigener Aktien (vgl. Anm. dort);
- d) § 151, Vorschriften über die Gliederung der Jahresbilanz (s. dort Anm. 27);
- e) § 160 III Ziff. 1 + 2, Geschäftsbericht, s. dort Anm. 5, 6 u. 11; alle diese Vorschriften beziehen sich auf die vermögensmäßige Verflechtung von Unternehmen.

§ 17

Abhängige und herrschende Unternehmen

(1) Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann.

(2) Von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen wird vermutet, daß es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist.

I. Übersicht (Anm. 1)

II. Grundlagen des Beherrschungs- und Abhängigkeitsverhältnisses

1. Allgemeine Grundlagen (Anm. 2)
2. Konsortialverträge (Anm. 3)

3. Die Einmann-Gesellschaft (Anm. 4)

4. Nichtigkeit des Abhängigkeitsverhältnisses (Anm. 5)

III. Bezugnahme auf abhängige Unternehmen im Gesetz (Anm. 6)

I. Übersicht

Anm. 1: Die Begriffsbestimmung des abhängigen und herrschenden Unternehmens ist die gleiche wie im bisherigen Recht. Über den Unternehmensbegriff vgl. § 15 Anm. 2 u. 3, über die rechtliche Selbständigkeit dort Anm. 6. Nach bisherigem Recht galten abhängige und herrschende Unternehmen zu-

sammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen (§ 15 II AktG 37), und zwar auch dann, wenn die Voraussetzungen des § 15 I AktG 37 nicht vorlagen, nämlich wenn die Unternehmen nicht unter einheitlicher Leitung zu wirtschaftlichen Zwecken zusammengefaßt waren. Diese Fiktion des alten Rechts, wonach ein Abhängigkeitsverhältnis immer auch ein Konzernverhältnis war, ist weggefallen, weil sie den wirtschaftlichen Tatsachen nicht entspricht. Es gibt Abhängigkeitsverhältnisse, die deshalb keine Konzerne sind, weil es an einer einheitlichen Leitung fehlt, die nach § 18 das entscheidende Merkmal eines Konzerns ist.

Nach bisherigem Recht wurden als Grund für ein Beherrschungs- und Abhängigkeitsverhältnis Beteiligungen genannt. Diese Hervorhebung einer besonderen Grundlage für das Verhältnis war bereits im Reg.-E. weggefallen. Dafür war aber in einem besonderen Absatz der heute in § 16 enthaltene Begriff der Mehrheitsbeteiligung definiert und die unwiderlegliche Vermutung festgelegt, daß bei Vorliegen einer Mehrheitsbeteiligung dieses Unternehmen als herrschendes und das andere als abhängiges Unternehmen anzusehen sei. Das Gesetz hat diese Konzeption nicht übernommen, vielmehr die mehrheitsbeteiligten Unternehmen nunmehr in einer besonderen Bestimmung (§ 16) behandelt und die unwiderlegliche Vermutung in eine widerlegliche umgewandelt. Über die Gründe, die zu dieser Änderung führten, vgl. § 16 Anm. 1. Klargestellt ist, daß ein Abhängigkeitsverhältnis bereits dann vorliegt, wenn der beherrschende Einfluß ausgeübt werden kann. Es ist nicht notwendig, daß er tatsächlich ausgeübt wird. Damit folgt das Gesetz der bisher schon überwiegend herrschenden Meinung. Anders ist es bei einem Konzern insoweit, als dort das entscheidende Kriterium, nämlich die einheitliche Leitung, nicht nur möglich sein kann, sondern sie muß tatsächlich ausgeübt werden, sonst liegt kein Konzern vor.

II. Grundlagen des Beherrschungs- und Abhängigkeitsverhältnisses

1. Allgemeine Grundlagen

Anm. 2: In der Begriffsbestimmung verzichtet das Gesetz auf die Aufzählung der möglichen Grundlagen eines Abhängigkeitsverhältnisses. Es setzt lediglich den herrschenden Einfluß des einen Unternehmens auf das andere voraus und folgt damit dem Gedankengang in RG 167, 49 ff. Ein beherrschender Einfluß liegt vor, wenn ein Unternehmen ein anderes veranlassen kann, sich seinem Willen zu fügen. Wie dies im einzelnen zustande kommt, ob dadurch, daß auf die Willensbildung innerhalb der Gesellschaft oder von außen her die Einwirkung möglich ist, ob sie auf rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnissen beruht, ist gleichgültig (h. M. und RG a.a.O.; ebenso Kölner Komm. Anm. 10, obwohl unsere Ansicht in Anm. 8 als „unspezifiziert“ bezeichnet wird; a. M. Klausing, Reform des Aktienrechts). Beide

werden sich häufig überschneiden, auch ist die Grenze nicht immer sicher zu ziehen. Im Grunde ist auch eine Abhängigkeit infolge Beteiligung des herrschenden Unternehmens vom rechtlichen Standpunkt aus eine tatsächliche, weil eine rechtliche Bindung daraus nicht hervorgeht. Von einem Abhängigkeitsverhältnis kann aber nur gesprochen werden, wenn das eine Unternehmen selbständig beherrschenden Einfluß auf das andere ausüben kann; dies ist nicht der Fall, wenn es auf Dritte angewiesen ist, um seinen Willen durchzusetzen, auf die es nicht mit Sicherheit rechnen kann (RG a.a.O.; B.-H. Rn. 4). Wenn das Gesetz heute nicht mehr die Beteiligung beispielhaft anführt, so wird diese nach wie vor sehr häufig die Grundlage für die Ausübung eines herrschenden Einflusses sein. Dabei kommt es keineswegs auf die Höhe an. So wie eine Mehrheitsbeteiligung im Sinne des § 16 nicht zwingend ein Abhängigkeitsverhältnis schaffen muß, sondern dies nur widerlegbar vermutet wird, so kann umgekehrt eine Minderheitsbeteiligung durchaus die Grundlage für ein Beherrschungsverhältnis sein, wenn sie nur, sei es für sich allein, etwa weil der übrige Beteiligungsbesitz zersplittert ist, oder zusammen mit anderen Einwirkungsmöglichkeiten einen beherrschenden Einfluß geben. Dieser kann z. B. dann angenommen werden, wenn bei einer Minderheitsbeteiligung im Zusammenhang mit Abstimmungsverträgen die Möglichkeit besteht, den Aufsichtsrat zu besetzen, insbesondere wenn auch zur vorzeitigen Abberufung nach der Satzung einfache Mehrheit genügt. In einem solchen Fall kann mittelbar auf die Zusammensetzung des Vorstandes Einfluß genommen werden. Im übrigen kommen neben der Beteiligung in Betracht die Kreditgewährung, Übernahme von Schuld-, Wandelschuldverschreibungen, ausnahmsweise selbst stimmrechtslose Vorzugsaktien und Genußrechte, das Entsendungsrecht zum Aufsichtsrat (§ 101 II), ein Konsortialvertrag, Abhängigkeit in der Frage der Rohstoffversorgung oder des Absatzes (ebenso Schl.-Qu. § 15 Anm. 21; Breska Bankarchiv XXXVII S. 2). Nach allem kommt es auf die sämtlichen Umstände des Falles an. Das bringt eine beträchtliche Unsicherheit mit sich. Diese wollte der Reg.-E. wenigstens auf dem Gebiet der Mehrheitsbeteiligung durch die von ihm vorgesehene Fiktion eines Abhängigkeitsverhältnisses ausschalten. Das ist durch die jetzige Gesetzesfassung nicht voll erreicht. Zwar ist eine gesetzliche Vermutung bestehen geblieben, diese ist aber widerlegbar. Wie diese Widerlegung zu erfolgen hat, ist im Gesetz nicht geregelt (vgl. hierzu Habermann in WP 66, 34 und Beiträge zum neuen Aktienrecht S. 196 ff.; Birkholz in BB 66, 678). Geßler (BB 65, 1696) verlangt einen Vertrag. Es ist erwogen worden, die Widerlegbarkeit der Vermutung nur zuzulassen, wenn die Ausübung des herrschenden Einflusses aus einer Mehrheitsbeteiligung durch die Satzung der Gesellschaft oder durch einen beim Registergericht hinterlegten Vertrag ausgeschlossen ist. Man hat jedoch von einer solchen Bestimmung abgesehen, weil man die eventuelle Folge befürchtete, daß bei Hinterlegung solcher Verträge, die Scheinverträge sein

könnten, ein beherrschender Einfluß stets als ausgeschlossen angesehen würde. Es kann aber nicht vom Vorhandensein solcher Verträge, sondern nur von dem Gesamtbild der Beziehungen zwischen den Unternehmen abhängen, ob eine Mehrheitsbeteiligung ausnahmsweise keinen beherrschenden Einfluß einräumt. Bei dessen Beurteilung besteht die Schwierigkeit, daß ein Abhängigkeitsverhältnis bereits dann gegeben ist, wenn der herrschende Einfluß ausgeübt werden kann, es also nicht notwendig ist, daß tatsächlich ein herrschender Einfluß ausgeübt wird. Es muß also zunächst festgestellt werden, ob die gesetzliche Vermutung, daß bei Vorliegen einer Mehrheitsbeteiligung ein herrschender Einfluß ausgeübt werden kann, widerlegt ist. Das ist z. B. dann der Fall, wenn das Unternehmen, das die Mehrheitsbeteiligung besitzt, auf die Geltendmachung der Mehrheitsbeteiligung in irgendeiner Form, sei es durch Satzungsbestimmungen — z. B. qualifizierte Mehrheit bei allen Abstimmungen —, sei es durch Vertrag, verzichtet hat. Wenn dieser Nachweis als erbracht anzusehen ist, so muß als zweites geprüft werden, ob das mit Mehrheit beteiligte Unternehmen nicht im Zusammenhang mit anderen Umständen trotz der Einschränkung seiner Rechte aus der Mehrheitsbeteiligung einen herrschenden Einfluß ausüben kann. Nur wenn auch das zu verneinen ist, liegt trotz Mehrheitsbeteiligung kein Abhängigkeitsverhältnis vor. Es sind auch Fälle denkbar, bei denen sich aus der ganzen Situation heraus ergibt, daß ein beherrschender Einfluß nicht ausgeübt werden soll und auch tatsächlich nicht ausgeübt werden kann. Etwa dann, wenn ein Bankenkonsortium oder auch eine einzelne Bank zum Zweck der Sanierung eines Großaktionärs dessen Aktienpaket übernimmt, um es anderweitig zu verwerten.

Ob ein Abhängigkeitsverhältnis vorliegt, ist letztlich vom Abschlußprüfer festzustellen, da dieser in seinem Bestätigungsvermerk auch zu bestätigen hat, daß der Geschäftsbericht entsprechend Gesetz und Satzung aufgestellt ist (§ 167). Nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 160 III Z. 10 hat der Vorstand im Geschäftsbericht Angaben über die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen zu verbundenen Unternehmen mit Sitz im Inland zu machen. Das bedeutet vor allem, daß die rechtliche Grundlage der Verbundenheit mit dem anderen Unternehmen anzugeben ist (vgl. § 160 Anm. 14). Der Abschlußprüfer ist verpflichtet, diese Angaben nachzuprüfen. Kommt es zu Meinungsverschiedenheiten mit dem Vorstand, so helfen ihm mehrere gesetzliche Vermutungen: die des § 18 I 2, wonach von einem abhängigen Unternehmen vermutet wird, daß es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet, und die hier behandelte des § 17 II. In beiden Fällen hat der Vorstand die Beweislast für die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung.

2. Konsortialverträge

Anm. 3: Grundlage für Beherrschung eines Unternehmens kann auch ein Konsortialvertrag sein. Konsortialverträge können verschiedenen Inhalt ha-

§ 17

Anm. 3, 4

Allgemeine Vorschriften

ben. Oft beschränken diese sich auf gemeinsame Interessen während Anschaffung, Verwertung und Verwaltung von Aktien. Häufig sehen sie aber auch den Ausschluß des Verkaufs von mehreren Aktienpaketen verschiedener Eigentümer während einer bestimmten Zeit vor. In diesem Fall bezwecken sie eine Befestigung und Erhöhung des gemeinsamen Einflusses auf das Unternehmen. Ein Minderheitenbesitzer kann auf diese Weise mit Hilfe eines anderen, den er innerhalb des Konsortiums beherrscht, weil seine Minderheit größer als die der Konsorten ist, in der Hauptversammlung die Mehrheit der Stimmen beherrschen. Meist enthalten diese Verträge auch Vereinbarungen über die Ausübung des Stimmrechts nach bestimmten Grundsätzen (vgl. über die Vollstreckbarkeit der Stimmrechtsbindung bei der GmbH BGH 48, 163). Solche Vereinbarungen sind, wenn nicht ein verbotener Stimmenkauf (§ 405 II Nr. 6 u. 7) anzunehmen ist, in ständiger Rechtsprechung vom Reichsgericht (HRR 36 Nr. 347, RG 161, 300, s. daselbst auch über Abstimmungsvereinbarungen deutscher Aktionäre einer ausländischen AG, sowie RG 156, 139; 160, 257; 165, 78) als zulässig und verbindlich anerkannt. Es ist unerheblich, ob die Bindung gegenüber der AG oder unter Aktionären eingegangen ist (HRR 36 Nr. 347), soweit damit nicht gegen § 136 III verstoßen wird (s. dort Anm. 7 u. 8). Nichtig ist ferner die Abrede, wenn sie einen Grundsatz des Aktienrechts umgeht oder zu einer Schädigung der AG führen kann oder die Treupflicht (hierüber s. Anm. 3—5 zu § 1) des beteiligten Aktionärs verletzt (DRW 40, 244; RG 131, 183; 133, 94, vgl. über Abstimmungsverträge im einzelnen Anm. 7 u. 8 zu § 136; Rasch. S. 65 ff.). Zur Frage, inwieweit aus einem Konsortialvertrag ein Unternehmen im Sinne des § 15 entstehen kann, siehe dort Anm. 5.

3. Die Einmann-Gesellschaft

Anm. 4: Über die rechtliche Gestaltung und Zulässigkeit der Einmann-Gesellschaft vgl. § 1 Anm. 13. Wenn sich alle Anteile eines Unternehmens in einer Hand befinden, so ist sicherlich ein besonders hoher Grad von Abhängigkeit gegeben. Dennoch finden die Vorschriften über abhängige Unternehmen nur dann Anwendung, wenn sie einem Unternehmen und nicht etwa einer Privatperson gehören (vgl. § 16 Anm. 2 u. 3; Leo in Die AktGes. 65, 352 ff.). Dabei ist § 16 IV zu beachten, wonach Anteile, die einem anderen für Rechnung eines Unternehmens gehören, sowie Anteile eines Einzelkaufmannes, der ein Unternehmen betreibt, auch dann, wenn sie zu seinem sonstigen Vermögen gehören, als Anteile eines Unternehmens gelten. Liegen die in § 16 IV behandelten Fälle nicht vor, so ist ein Unternehmen, dessen sämtliche Anteile einer Privatperson gehören, nicht als abhängiges Unternehmen im Sinne der vorliegenden Bestimmungen zu behandeln, es gelten vielmehr die für eine Einmann-Gesellschaft allgemein herausgearbeiteten Grundsätze (s. § 1 Anm. 13). Sind beide Unternehmen Aktiengesellschaften, so kann diejenige, der alle

Aktien der anderen gehören, diese sich eingliedern. Das geschieht durch Hauptversammlungsbeschluß beider Gesellschaften nach §§ 319 u. 320.

Es gibt mithin Einmann-Gesellschaften, die nicht unter den Begriff des abhängigen Unternehmens fallen, weil alle ihre Anteile nicht einem anderen Unternehmen, sondern einer Privatperson gehören. Ferner solche, die als abhängige Unternehmen anzusehen sind, weil alle ihre Anteile einem anderen Unternehmen gehören, die aber nicht als Konzernunternehmen anzusehen sind, weil es an einer einheitlichen Leitung fehlt. Endlich gibt es solche, die als Konzernunternehmen im Sinn des § 18 I S. 1 anzusehen sind, weil sie unter der einheitlichen Leitung des Unternehmens stehen, dem alle Anteile gehören. Das gleiche gilt nach § 18 I S. 2 im Fall der Eingliederung nach §§ 319 u. 320, jedoch wird man dann in Zukunft nicht mehr von einer Einmann-Gesellschaft sprechen, sondern von einer eingegliederten Gesellschaft. Für diese gelten dann auch die neuen besonderen Bestimmungen der §§ 321 bis 326.

4. Nichtigkeit des Abhängigkeitsverhältnisses

Anm. 5: Unter Umständen kann das Abhängigkeitsverhältnis gegen die guten Sitten verstoßen und, wenn es auf Vertrag beruht, nichtig sein oder, wenn es bloß tatsächlich begründet ist, Schadenersatzansprüche nach § 826 BGB erzeugen. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle dürfte das Abhängigkeitsverhältnis auf einem von vornherein schon bei der Gründung des abhängigen Unternehmens vorhandenen organischen Plan beruhen. Häufig werden reine Organgesellschaften gegründet zu dem Zweck, bestimmte Geschäfte des herrschenden Unternehmens nach dessen Weisungen wie dessen Angestellter zu führen. Dann kann von einer Unsittlichkeit keine Rede sein; auch nicht bei einer Einmann-Gesellschaft. Es kann aber auch nachträglich ein ursprünglich freies Unternehmen durch tatsächliche Verhältnisse in völlige Abhängigkeit von einem anderen Unternehmen geraten; alsdann greifen die Vorschriften der §§ 311 ff. ein. Wird ein Beherrschungsvertrag abgeschlossen, so kommen die Bestimmungen der §§ 300—307 zur Anwendung. Die Rechtsprechung über Knebelungsverträge ist praktisch nicht mehr von Bedeutung. Dagegen kann ein Schadenersatzanspruch nach § 117 begründet sein, daneben in einem solchen Ausnahmefall auch aus § 826 BGB.

III. Bezugnahme auf abhängige Unternehmen im Gesetz

Anm. 6: Der Begriff der abhängigen und herrschenden Unternehmen wird im wesentlichen in drei Gruppen von Vorschriften benutzt:

1. Über die Offenlegung von Unternehmensverbindungen. Diese gelten nicht nur für herrschende und abhängige Unternehmen, sondern für alle verbundenen Unternehmen im Sinn des § 15, vgl. im einzelnen dort Anm. 12.

§ 17

Anm. 6

Allgemeine Vorschriften

2. Zur Sicherung des Grundkapitals und der Gläubiger. Auch diese Gruppe von Vorschriften gilt nicht allein für herrschende und abhängige Unternehmen, sondern ebenso für mit Mehrheit beteiligte und in Mehrheitsbesitz befindliche Unternehmen im Sinne des § 16 (vgl. im einzelnen Anm. 7 zu § 16).

3. Zur Sicherung gegen Benachteiligung durch den beherrschenden Einfluß eines anderen Unternehmens auf die Willensbildung der abhängigen Gesellschaft, die dieser selbst, ihren Aktionären und ihren Gläubigern entstehen kann. Diese Bestimmungen finden allein auf herrschende und abhängige Unternehmen Anwendung. Es sind die folgenden:

a) §§ 89 II; 115 I — Beschränkung der Kreditgewährung an den dort genannten Personenkreis (s. § 89 Anm. 6, § 115 Anm. 2 und 3 und § 15 Anm. 9).

b) § 136 — Verbot der Ausübung des Stimmrechts (s. dort Anm. 6).

c) Hat eine abhängige Gesellschaft einen Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsvertrag im Sinn des § 292 I Nr. 3 abgeschlossen, bei dem die vereinbarte Gegenleistung das angemessene Entgelt nicht erreicht, so muß die herrschende Gesellschaft einen bei der abhängigen Gesellschaft entstehenden Jahresfehlbetrag während der Vertragsdauer ausgleichen (§ 302 II).

Daneben gibt es eine Reihe von Bestimmungen, deren Zweck in der gleichen Richtung liegt, die sich aber nicht nur auf abhängige Gesellschaften beziehen, sondern gleichzeitig auch auf Konzerngesellschaften. Es sind dies:

a) § 134 I 4 — Beschränkt die Satzung das Stimmrecht durch Festsetzung eines Höchstbetrages, so kann bestimmt werden, daß zu den Aktien, die einem Aktionär gehören, der ein Unternehmen ist, auch die Aktien rechnen, die einem von ihm abhängigen oder ihn beherrschenden oder einem mit ihm konzernverbundenen Unternehmen oder für Rechnung solcher Unternehmen einem Dritten gehören.

b) §§ 145 III und 165 IV — Die Rechte der Prüfer auf Auskunftserteilung gegenüber den Mitgliedern des Vorstandes und Aufsichtsrates erstrecken sich auch auf Konzernunternehmen sowie abhängige und herrschende Unternehmen.

c) §§ 49, 53, 144 und 168 — Gründungs-, Sonder- und Abschlußprüfer, die vorsätzlich oder fahrlässig ihre Pflichten verletzen, sind nicht nur der Gesellschaft selbst, sondern, wenn ein Konzernunternehmen oder ein herrschendes oder abhängiges Unternehmen geschädigt wird, auch diesem zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

Von besonderer Bedeutung sind die Bestimmungen des 2. Teils des 3. Buches, die sich mit der Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Abhängigkeit von Unternehmen befassen (§§ 308—318). Dabei wird im ersten Abschnitt die Leitungsmacht und die Verantwortlichkeit bei Abhängigkeit von Unternehmen, die in einem Konzernverband stehen, behandelt. Dort

wird das Bestehen eines Beherrschungsvertrages vorausgesetzt, der seinerseits begrifflich beinhaltet, daß eine Aktiengesellschaft oder KGaA die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt. Der zweite Abschnitt behandelt die Verantwortlichkeit bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages. Grundsätzlich finden die Bestimmungen auf jedes Abhängigkeitsverhältnis Anwendung, d. h. also insbesondere auch dann, wenn die abhängigen Unternehmen nicht unter einer einheitlichen Leitung stehen. In den weitaus meisten Fällen wird allerdings ein Konzernverhältnis vorliegen, das aber nicht auf einem Beherrschungsvertrag, sondern auf einem anderen Unternehmensvertrag oder auch in anderer Weise begründet sein kann.

§ 18

Konzern und Konzernunternehmen

(1) Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag (§ 291) besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319), sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt anzusehen. Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, daß es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet.

(2) Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne daß das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt, so bilden sie auch einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.

- | | |
|--|---|
| I. Übersicht (Anm. 1 u. 2) | 3. Gewinngemeinschaften (Anm. 11) |
| II. Wesen der Konzerne | 4. Führung für Rechnung eines anderen Unternehmens (Anm. 12) |
| 1. Rechtlich selbständige Unternehmen (Anm. 3) | 5. Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträge (Anm. 13) |
| 2. Einheitliche Leitung (Anm. 4) | IV. Formen von Konzernen |
| 3. Zusammenfassung (Anm. 5—8) | 1. Allgemeines (Anm. 14) |
| III. Abgrenzung des Konzernbegriffes | 2. Einzelne Arten (Anm. 15) |
| 1. Kartelle (Anm. 9) | V. Bezugnahme auf Konzerne und Konzernunternehmen im Gesetz (Anm. 16) |
| 2. Interessengemeinschaften (Anm. 10) | |

I. Übersicht

Anm. 1: Die Begriffe Konzern- und Konzernunternehmen sind im neuen Gesetz straffer bestimmt. Wie im bisherigen Recht sind Konzernunternehmen rechtlich selbständige Unternehmen (hierüber vgl. § 15 Anm. 6), die sich zu einem Konzern zusammenschließen. Dies kommt in Abs. 1 dadurch

zum Ausdruck, daß das Gesetz von einem herrschenden und einem oder mehreren abhängigen Unternehmen spricht, die sich zusammenschließen. Das bedeutet aber, daß es sich nach der Definition in § 17 I S. 1 um rechtlich selbständige Unternehmungen handeln muß.

In Abs. 2 des vorliegenden Paragraphen heißt es ausdrücklich, daß rechtlich selbständige Unternehmen, ohne daß ein Unternehmen von dem anderen abhängig ist, sich zusammenschließen. Abs. 1 ist der sogenannte Unterordnungskonzern, Abs. 2 der sogenannte Gleichordnungskonzern.

Anm. 2: Ein Bedürfnis, für seine Zwecke eine eigene Begriffsbestimmung aufzustellen, hat zuerst der RFH empfunden und in der Entscheidung vom 30. 1. 1930 (STuW 1930 Nr. 321) für das Steuerrecht eine von ihm seitdem festgehaltene Begriffsbestimmung aufgestellt. RFH verstand unter Konzern ein „Gesamtunternehmen, welches unter einheitlicher Leitung steht und dessen einzelne Teile als autonome Einheiten aus sich selbst nicht mehr begriffen werden können, so daß zur Erklärung ihrer Stellung in der Gesamtwirtschaft eine Bezugnahme auf den planmäßig aufgebauten Konzern notwendig ist“.

Die Begriffsbestimmung des Gesetzes ist insoweit vereinfacht, als es ausschließlich auf die einheitliche Leitung abstellt und sowohl die Worte „zu wirtschaftlichen Zwecken“ des § 15 AktG 37, als auch die Definition des RFH nicht übernommen hat (vgl. unten Anm. 5).

II. Wesen der Konzerne

1. Rechtlich selbständige Unternehmen

Anm. 3: Das Gesetz geht zunächst von Unternehmen aus, d. h., es ist gleichgültig, welche Rechtsform die einzelnen Teile eines Konzerns haben (vgl. hierzu § 15 Anm. 2). Es muß aber eine AG oder KGaA darunter sein, weil sonst das Aktiengesetz nicht gilt.

Es muß sich weiterhin um rechtlich selbständige Unternehmen handeln, vgl. hierzu § 15 Anm. 3 sowie oben Anm. 1. Die Zusammenfassung zu einem Konzern ändert die rechtliche Selbständigkeit der Unternehmen nicht (BGH 15, 389; 22, 234).

2. Einheitliche Leitung

Anm. 4: Das Wesen eines Konzerns ist sowohl beim Unterordnungs- als auch beim Gleichordnungskonzern ausschließlich die einheitliche Leitung, und zwar beim Unterordnungskonzern des herrschenden Unternehmens, beim Gleichordnungskonzern die von den gleichgeordneten selbständigen Unternehmen geschaffene einheitliche Leitung. Es ist deshalb folgerichtig, wenn in § 18 I S. 2 Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist, als unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt anzusehen sind und als Konzernunternehmen gel-

ten. Der Gedanke ist in Abs. 1 S. 3 allerdings nicht mehr durchgeführt. Es wäre vielleicht zweckmäßiger gewesen, dahin zu formulieren, daß von einem abhängigen Unternehmen vermutet wird, daß es unter der Leitung des herrschenden Unternehmens steht. Dann hätte sich im Zusammenhang mit Satz 1 ohne weiteres ergeben, daß beide Unternehmen einen Konzern bilden. Es wäre aber von dem einzigen entscheidenden Merkmal des Konzerns abhängig gemacht worden, nämlich von dem, daß eine einheitliche Leitung vorhanden ist. Was unter einheitlicher Leitung zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht, weil die möglichen Formen zu mannigfaltig sind. In der bereits recht umfangreichen Literatur ist man sich darüber einig, daß die einheitliche Leitung nicht ein Weisungsrecht verlangt (Geßler in DB 65, 695; Kropff in BB 65, 1285; Wallich in Die AktGes. 67, 41; B.-H. Rn. 5). Nach der Begründung des Regierungsentwurfes liegt eine einheitliche Leitung bereits dann vor, wenn die Geschäftspolitik der Konzerngesellschaften und sonstige grundsätzliche Fragen der Geschäftsführung durch die Konzernleitung aufeinander abgestimmt werden (Kropff S. 33 und BB 65, 1284). Aalbach (NB 66, 30 ff.) hält diese Formulierung für zu wenig präzise. Er meint, man könne von einer einheitlichen Leitung außer in den vom Gesetz besonders geregelten Fällen des Beherrschungsvertrages und der Eingliederung nur sprechen, wenn die Obergesellschaft mindestens einen Entscheidungsbereich, z. B. Investitionspolitik, Personalpolitik, Absatzpolitik, Finanzpolitik, des Konzernunternehmens bearbeitet oder die Kontrolle über das Konzernunternehmen ausübt. Rasch (S. 53) meint, die einheitliche Leitung müsse so weit gehen, daß von einer wirtschaftlichen Selbständigkeit der einzelnen Unternehmen nicht mehr gesprochen werden könne. Einmütigkeit besteht auf der anderen Seite darüber, daß es nicht genügt, wenn die Leitung ausgeübt werden kann — wie der herrschende Einfluß auf das abhängige Unternehmen —, sie muß tatsächlich ausgeübt werden.

Umstritten ist weiterhin die Frage, ob die einheitliche Leitung in einem Konzern von einer Seite ausgehen muß, oder ob mehrere Stellen innerhalb des gleichen Konzerns eine einheitliche Leitung ausüben können. Am einfachsten liegt der Fall, wenn in einem Unterordnungskonzern eine unter einheitlicher Leitung stehende Gesellschaft ihrerseits abhängige Gesellschaften hat, bei denen sie eine einheitliche Leitung ausübt. Dann sind alle Gesellschaften Konzerngesellschaften, und es handelt sich auch um einen einheitlichen Konzern mit einer obersten Spitze, die zwar nicht unmittelbar die Leitung aller Konzerngesellschaften übernommen hat, aber indirekt durch die Tochtergesellschaft die „Enkel“ leitet. Aber auch im Gleichordnungskonzern ist es durchaus denkbar und widerspricht es nicht dem Gesetz, wenn die Gesellschaften, die im Gleichordnungskonzern als nicht abhängige Unternehmen zusammengeschlossen sind, ihrerseits auf von ihnen abhängige Unternehmen eine Leitung ausüben.

Habermann in Wp 66, 30 und in Beiträgen zum neuen Aktiengesetz S. 220 ff. vertritt den Standpunkt, daß wenn mehrere Leitungszentren in einem Konzern vorhanden sind, dies nichts mehr daran ändert, daß es sich um einen einheitlichen Konzern handelt, selbst wenn die Leitung vielleicht in der Spitze schwach und in den unteren Zentren scharf ausgeübt wird. Er läßt es dahingestellt, ob ein Unternehmen überhaupt zwei Konzernen angehören kann, stellt aber zutreffend fest, daß dies in der Begründung zum Regierungsentwurf bejaht wird (Kropff S. 439 zu § 329). Es heißt dort: „Sind an einem Unternehmen bei Obergesellschaften verschiedene Konzerne beteiligt, so ist es in den Konzernabschluß des Konzerns einzubeziehen, unter dessen Leitung es wirklich steht. Es wird kaum vorkommen können, daß ein Unternehmen unter der einheitlichen Leitung der Obergesellschaften zweier verschiedener Konzerne steht. Sollte es aber doch vorkommen, so ist das Unternehmen in jeden der beiden Konzernabschlüsse einzubeziehen, wobei jeweils die Beteiligung der anderen Obergesellschaft in der Konzernbilanz in den ‚Ausgleichsposten für Anteile im Fremdbesitz‘ in der Konzerngewinn- und Verlustrechnung in den Posten ‚konzernfremde Gesellschaften zustehender Gewinn‘ Berücksichtigung findet. Außerdem empfiehlt sich in solchen Fällen ein Hinweis im Konzerngeschäftsbereich darauf, daß das Konzernunternehmen auch in dem Konzernabschluß eines anderen Konzerns einbezogen ist.“

Wir sind der Ansicht, daß die Zusammenfassung mehrerer selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung es ausschließt, daß die gleichen Unternehmen mehreren solchen Zusammenschlüssen unter einheitlicher Leitung angehören können (im Ergebnis wohl ebenso Möhring-Tank I Rz. 718). Die Feststellung, ob eine einheitliche Leitung ausgeübt wird, hat auch hier (vgl. § 17 Anm. 2) der Abschlußprüfer. Der Vorstand muß sich nach § 160 III Ziff. 10 über die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen zu verbundenen Unternehmen äußern. Er muß also erklären, ob die Gesellschaft Teil eines Konzerns ist und welche Stellung sie im Konzern einnimmt. Die Ordnungsmäßigkeit des Geschäftsberichtes muß der Abschlußprüfer in seinem Bestätigungsvermerk bescheinigen. Er muß also unter eigener Verantwortung die Richtigkeit der Angaben des Vorstandes prüfen. Dabei wird ihm die Arbeit durch die doppelte Vermutung nach § 18 I 2 und des § 17 II erleichtert. Wenn festgestellt ist, daß es sich um ein herrschendes oder abhängiges Unternehmen handelt, so muß der Vorstand die Vermutung des § 18 I und wenn festgestellt wird, daß es sich um ein mit Mehrheit beteiligtes oder in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen handelt, die Vermutung des § 17 widerlegen.

3. Zusammenfassung

Anm. 5: Ein weiteres Erfordernis ist die Zusammenfassung mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen. Das Gesetz verzichtet darauf, eine Zusammenfassung zu wirtschaftlichen Zwecken vorzuschreiben, wie das bisher der

Fall war. Damit ist keine Änderung der Rechtslage beabsichtigt, vielmehr war die Überlegung maßgebend, daß schon nach dem bisherigen Recht das Erfordernis vielfach als nichtssagend beanstandet wurde, da kaum eine Zusammenfassung von Unternehmen unter einheitlicher Leitung denkbar ist, die nicht auch wirtschaftliche Zwecke verfolgt. Durch die neue vereinfachte Formulierung sollen die entscheidenden Merkmale des Konzerns, die Zusammenfassung rechtlich selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung, klarer zum Ausdruck kommen (Reg.-Begründung S. 101).

Man darf die einheitliche Leitung nicht mit der Zusammenfassung verwechseln. Es muß, auch wenn eine einheitliche Leitung besteht, daneben ein die Unternehmen zusammenhaltendes Band gegeben sein, welches den Bestand der einheitlichen Leitung gewährleistet und ihren Zusammenbruch durch ein Auseinandergehen der Unternehmen dauernd verhindert. Dies wird meist in einer Beteiligung bestehen. Ob es dann an einer Zusammenfassung fehlt, wenn die Geschäfte der beiden Unternehmen keine Berührungspunkte zeigen (so Clausen in Volkswirt 1966, 52), kann nur im Einzelfall entschieden werden.

Anm. 6: Für den *Unterordnungskonzern* nach Abs. 1 ist dies durch das Gesetz selbst dahin geklärt, daß es sich stets um ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen handeln muß. Damit ist die Art der Zusammenfassung für diesen Fall ausdrücklich bestimmt. Zu beachten ist, daß das Abhängigkeitsverhältnis nach § 17 bereits dann vorliegt, wenn ein anderes Unternehmen einen beherrschenden Einfluß ausüben kann. Damit ist aber noch nicht ein Konzern gegeben, vielmehr liegt ein Konzernverhältnis nur dann vor, wenn dieser Einfluß tatsächlich ausgeübt wird, allerdings wird dies nach Abs. 1 Satz 3 vermutet. Es handelt sich aber um eine widerlegliche Vermutung. Zur Widerlegung muß nachgewiesen werden, daß beide Unternehmen nicht unter einer einheitlichen Leitung stehen. Praktisch läuft dies in den meisten Fällen darauf hinaus, daß mit Rücksicht auf das bestehende Abhängigkeitsverhältnis zwar eine Weisungsmöglichkeit und damit auch eine einheitliche Leitung durch das herrschende Unternehmen gegeben sein kann, daß diese aber nicht ausgeübt wird. Besteht eine Mehrheitsbeteiligung, so gibt es zwei Stufen von widerlegbaren Vermutungen. Zunächst einmal wird nach § 16 vermutet, daß ein in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen von dem mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist, alsdann wird nach § 18 I S. 3 vermutet, daß beide Unternehmen einen Konzern bilden. Die letztere Vermutung entfällt naturgemäß von selbst, wenn die erste widerlegt wird, d. h. bewiesen werden kann, daß das in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen trotz dieser Tatsache kein abhängiges Unternehmen ist. Wird nur die Vermutung des § 18 I S. 3 widerlegt, so bleibt es ein abhängiges Unternehmen, denn dann würde feststehen, daß ein herrschender Einfluß ausgeübt werden kann, wenn er auch nicht ausgeübt wird (vgl. auch Birkholz in BB 66, 678).

Anm. 7: Beim *Gleichordnungskonzern* (Abs. 2) gibt das Gesetz keine Vorschrift, in welcher Form die Unternehmen zusammengefaßt sind, aber auch hier ist die Zusammenfassung Voraussetzung. Nicht erforderlich ist es, daß die einheitliche Leitung von einem Unternehmen erfolgt. Sie kann auch von einer Privatperson ausgehen (vgl. § 15 Anm. 2). Ausdrücklich ausgeschlossen wird hier das Abhängigkeitsverhältnis, denn wenn dieses vorliegt, handelt es sich nicht mehr um einen Gleichordnungskonzern, sondern um einen Unterordnungskonzern nach Abs. 1. Die Zusammenfassung muß also hier auf andere Weise geschehen. Nur obligatorische Bindungen selbständig geleiteter Unternehmen zu einem gewissen Verhalten stellen ebensowenig eine Zusammenfassung dar, wie eine gemeinsame Leitung in Einzelfragen eine einheitliche Leitung im Sinn des Gesetzes ist, welches vielmehr eine Leitung mit sachlich unbegrenzter Zuständigkeit voraussetzt (vgl. hierzu Rasch, S. 51 ff.).

Anm. 8: Die typischen Fälle *schuldrechtlicher* über- und untergeordneter Zusammenfassung erwähnt § 292. Auch die durch einen der in § 292 aufgeführten Unternehmensverträge oder durch einen Gewinnabführungsvertrag nach § 291 zusammengefaßten Unternehmen bilden jedoch nur dann einen Konzern, wenn eine einheitliche Leitung besteht, was nicht unbedingt notwendig ist. Lediglich wenn die Unternehmensverbindung auf einem Beherrschungsvertrag (§ 291) beruht, liegt stets ein Konzern vor, weil ein solcher seinem Wesen nach darin besteht, daß sich eine AG oder KGaA der Leitung eines anderen Unternehmens unterstellt. Hier ist also stets eine einheitliche Leitung vorhanden. In diesem Fall kommt es nicht einmal darauf an, ob die Leitung tatsächlich ausgeübt wird, denn die vertragliche Unterstellung ist so weitgehend, daß damit allein die Unfreiheit des sich unterstellenden Unternehmens begründet wird mit allen Folgen, die sich aus den gesetzlichen Bestimmungen des 3. Buches für diesen Fall ergeben. Dasselbe gilt für den Fall der Eingliederung. Hier ist die Verbindung der beiden Unternehmen noch enger. Es bleibt zwar auch in diesem Fall die rechtliche Selbständigkeit des eingegliederten Unternehmens erhalten, wirtschaftlich ist aber die Selbständigkeit völlig beseitigt. Es ist wirtschaftlich nichts anderes als eine Abteilung der sogenannten Hauptgesellschaft.

III. Abgrenzung des Konzernbegriffes

1. Kartelle

Anm. 9: Es rechnen nicht zu Konzernen die Kartelle, deren Mitglieder zum Zweck der Marktbeherrschung sich zwar obligatorisch mehr oder weniger binden und eine einheitliche Leitung mit mehr oder weniger umfassender Zuständigkeit einsetzen, aber doch nur eine solche mit beschränkter sachlicher Zuständigkeit, wobei aber bei nur obligatorischer Bindung trotz der einheit-

lichen Leitung weder eine Abhängigkeit von dieser noch der Mitglieder untereinander hergestellt noch sonst ein Zusammenschluß eingegangen wird, der die Freiheit des einzelnen Unternehmens aufhebt (vgl. im einzelnen Dehringer-Hermann in BB 66, 1157).

2. Interessengemeinschaften

Anm. 10: Interessengemeinschaften können ein Konzernverhältnis begründen, brauchen es aber nicht. Auch hier gibt es viele Formen. Interessengemeinschaften sind nach § 723 BGB mindestens aus wichtigem Grund kündbar, aber diese Garantie rechtlicher Freiheit schließt doch nicht aus, daß der tatsächliche Zusammenschluß die Möglichkeit aufhebt, von der rechtlichen Freiheit Gebrauch zu machen. Es gibt auch Interessengemeinschaften mit gegenseitigem Aktienaustausch und gemeinsamer einheitlicher Leitung, sei es durch eine Dachgesellschaft mit gleicher Beteiligung der Gemeinschaftsmitglieder, sei es durch einen gleichheitlich besetzten Ausschuß ihrer Verwaltung. Dies ist der typische Fall des Gleichordnungskonzerns im Sinn des Abs. 2. Bei genügend starker Befestigung der einheitlichen Leitung wird sogar in dieser allein die Zusammenfassung erblickt und auch ohne jeden Aktienaustausch ein Konzernverhältnis anerkannt werden können.

3. Gewinngemeinschaften

Anm. 11: Die Gewinngemeinschaften, insbesondere wenn ein Gewinnabführungsvertrag nach § 291 vorliegt, wonach eine Gesellschaft sich verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen oder es übernimmt, ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen Unternehmens zu führen, aber auch die Gewinngemeinschaft (§ 292 I Nr. 1) und der Teilgewinnabführungsvertrag (§ 292 Nr. 2) werden meist auf einer Zusammenfassung beruhen und eine einheitliche Leitung haben. Dann sind sie ein Konzern. Haben sie dies nicht, so wird meist ein Abhängigkeitsverhältnis vorliegen, aber auch das ist nicht zwingend.

4. Führung für Rechnung eines anderen Unternehmens

Anm. 12: Führt ein Unternehmen seinen Betrieb für Rechnung eines anderen Unternehmens, so wird es regelmäßig den Weisungen des letzteren unterstehen, und es wird meist ein Zusammenschluß unter einheitlicher Leitung gegeben sein, im allgemeinen auch ein Abhängigkeitsverhältnis.

5. Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträge

Anm. 13: Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträge können, wenn eine einheitliche Leitung besteht, ein Konzernverhältnis begründen. Sie werden es aber häufig nicht tun. Wenn eine Gesellschaft ihren Betrieb überhaupt aufgibt und ihre Fabrik verpachtet oder ihre Quote an einem Syndikat einem

§ 18

Allgemeine Vorschriften

Anm. 13—15

anderen Unternehmen für dauernd oder einem gewissen Zeitraum überläßt, so kann es trotzdem sein, daß weder eine über die Pachtung hinausgehende Unternehmensverbindung und damit keine Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung noch auch nur ein Abhängigkeitsverhältnis besteht. Besonders bei Überlassung der Quote mit Stilllegung der Fabrik, bei der der Erwerber der Quote nicht einmal den Besitz der stillgelegten Anlagen erhält, wird eine Abhängigkeit oder eine Zusammenfassung nicht bestehen, auch keine einheitliche Leitung; denn der stillgelegte Betrieb bedarf keiner Leitung mehr; im übrigen bleibt die Leitung der stillgelegten Gesellschaft selbständig.

IV. Formen von Konzernen

1. Allgemeines

Anm. 14: Die Wirtschaft hat so viele Formen von Konzernen entwickelt, daß es unmöglich ist, alle im einzelnen im Gesetz zu definieren. Allenfalls wäre es möglich gewesen, das entscheidende Merkmal eines jeden Konzerns, nämlich die einheitliche Leitung, gesetzgeberisch im einzelnen zu fixieren und das Bestehen eines Konzerns von dem Vorhandensein einer der gesetzlichen Gestalt entsprechenden einheitlichen Leitung abhängig zu machen. Hierzu hätte Anlaß bestanden, weil die bisherige Rechtslehre Weisungsbefugnis als Voraussetzung einer einheitlichen Leitung ansah. Diese Auffassung wird in der Reg.-Begr. (S. 101) als Einengung des Konzernbegriffes angesehen. Nach der dort vertretenen Auffassung muß es als Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung bereits angesehen werden, wenn die Konzernleitung die Geschäftspolitik der Konzerngesellschaften und sonstige grundsätzliche Fragen ihrer Geschäftsführung aufeinander abstimmt. Diese Abstimmung setzt kein Weisungsrecht voraus. Sie kann sich vielmehr auch in der lockeren Form gemeinsamer Beratung vollziehen oder aus einer personellen Verflechtung der Verwaltungen oder durch bestimmte Personalpolitik ergeben.

2. Einzelne Arten

Anm. 15: Einzelne Arten von Konzernen werden im Gesetz voneinander abgegrenzt. Maßgebend für die Unterscheidung ist allerdings nicht das Ausmaß und die Form der Leitung, sondern die Unternehmensverbindung, d. h. also die Art, in der die Konzernunternehmen zusammengefaßt sind.

Danach werden unterschieden:

1. Der *Unterordnungskonzern* (§ 18 I)

Hier werden unter einheitlicher Leitung eines herrschenden Unternehmens dieses und ein oder mehrere abhängige Unternehmen zusammengefaßt. Die Zusammenfassung kann auf einem Vertrag beruhen, muß aber nicht.

2. Der Gleichordnungskonzern (§ 18 II)

Hier ist die Zusammenfassung durch jede Unternehmensverbindung möglich, ausgeschlossen ist nur die durch Abhängigkeit von einem Unternehmen gegebene. Auch hier kann die einheitliche Leitung auf Vertrag beruhen, muß es aber nicht.

Sie muß nicht notwendig von einem Unternehmen im Sinne des § 15 ausgeübt werden (§ 15 Anm. 2). Beide Formen des Konzerns können auch in einem Konzern in Erscheinung treten, wenn ein Unternehmen eines Gleichordnungskonzerns seinerseits herrschendes Unternehmen eines Unterordnungskonzerns ist (B.-H. Rn. 7).

3. Der Vertragskonzern

Ein solcher liegt vor, wenn die Zusammenfassung der Unternehmen auf einem Vertrag beruht. Ist dabei ein Unternehmen das herrschende und ein oder mehrere Unternehmen von ihm abhängig, so liegt ein vertraglicher Unterordnungskonzern vor; sind sämtliche zusammengefaßten Unternehmen nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich selbständig, so spricht man von einem vertraglichen Gleichordnungskonzern. Von den in den §§ 291 und 292 aufgeführten Unternehmensverträgen führt der Beherrschungsvertrag (§ 291) stets zu einem vertraglichen Unterordnungskonzern. Die anderen Verträge können, müssen aber nicht dazu führen (vgl. oben Anm. 11—13).

4. Der faktische Konzern

Er ist stets dann gegeben, wenn die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung nicht auf einem Vertrag beruht, sondern auf anderen rechtlichen oder auch nur tatsächlichen Grundlagen. Er unterliegt insbesondere den Bestimmungen der §§ 311—318, allerdings beziehen sich diese auch auf Vertragskonzerne, soweit der Vertrag, auf den der Zusammenschluß unter einheitlicher Leitung beruht, nicht ein Beherrschungsvertrag im Sinn des § 291 ist. Eine strenge Unterscheidung zwischen Vertrags- und faktischem Konzern gibt es also in der gesetzlichen Regelung nicht (zur Abgrenzung vom Vertragskonzern vgl. auch Geßler in DB 65, 1692; Obermüller-Werner-Winden. Das Aktiengesetz 1965, S. 199; Rasch, S. 139; B.-H. Rn. 8).

V. Bezugnahme auf Konzerne und Konzernunternehmen im Gesetz

Anm. 16: a) Konzernunternehmen sind stets verbundene Unternehmen im Sinn des § 15. Sie fallen also unter alle gesetzlichen Bestimmungen, die sich auf diese beziehen (vgl. im einzelnen § 15 Anm. 12). Liegt ein Unterordnungskonzern vor, so gelten für die abhängigen Konzernunternehmen die Bestimmungen für abhängige Unternehmen (§ 17 Anm. 6).

b) § 97 I; Die Bekanntmachung des Aufsichtsrates hat auch in den Konzerngesellschaften zu erfolgen.

c) § 100 II; auf die Höchstzahl der Aufsichtsratssitze sind solche der Konzerngesellschaften nur beschränkt anzurechnen.

d) Nach § 104 hat das Gericht, wenn es ein Aufsichtsratsmitglied zu bestellen hat, das durch Wahlmänner zu wählen wäre, die gemeinsamen Vorschläge der Betriebsräte und Konzernunternehmen zu berücksichtigen, in denen Wahlmänner zu wählen sind.

e) § 134; mögliche Anrechnung von Aktien im Besitz von Konzernunternehmen bei Höchststimmrecht.

f) §§ 145 III und 165 IV; Rechte der Sonder- und Abschlußprüfer gegenüber Konzernunternehmen.

g) §§ 168 I, 49, 53, 144; Verantwortlichkeit der Abschluß-, Gründungs- und Sonderprüfer.

Im übrigen sind die entscheidenden Bestimmungen für Konzerne und Konzernunternehmen im 3. Buch zusammengefaßt. Diese gelten zwar nicht nur für Konzerne, deshalb die Bezeichnung dieses Buches „Verbundene Unternehmen“, sie gelten aber jedenfalls auch für Konzernunternehmen, d. h. für Unternehmen, die durch eine einheitliche Leitung zusammengefaßt sind. Der 5. Teil dieses Buches, Rechnungslegung im Konzern (§§ 329—338) gilt, wie die Überschrift bereits erkennen läßt, nur für Konzerne und Konzerngesellschaften.

§ 19

Wechselseitig beteiligte Unternehmen

(1) Wechselseitig beteiligte Unternehmen sind Unternehmen mit Sitz im Inland in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder bergrechtlichen Gewerkschaft, die dadurch verbunden sind, daß jedem Unternehmen mehr als der vierte Teil der Anteile des anderen Unternehmens gehört. Für die Feststellung, ob einem Unternehmen mehr als der vierte Teil der Anteile des anderen Unternehmens gehört, gilt § 16 Abs. 2 Satz 1, Abs. 4.

(2) Gehört einem wechselseitig beteiligten Unternehmen an dem anderen Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung oder kann das eine auf das andere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben, so ist das eine als herrschendes, das andere als abhängiges Unternehmen anzusehen.

(3) Gehört jedem der wechselseitig beteiligten Unternehmen an dem anderen Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung oder kann jedes auf das andere unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben, so gelten beide Unternehmen als herrschend und als abhängig.

(4) § 328 ist auf Unternehmen, die nach Absatz 2 oder 3 herrschende oder abhängige Unternehmen sind, nicht anzuwenden.

- | | |
|--|---|
| <p>I. Übersicht (Anm. 1 u. 2)</p> <p>II. Begriffsbestimmung</p> <p> 1. Rechtsformen (Anm. 3)</p> <p> 2. Sitz im Inland (Anm. 4)</p> <p> 3. Art der Beteiligung (Anm. 5)</p> <p> 4. Höhe der Beteiligung (Anm. 6)</p> | <p>III. Wirtschaftlich selbständige und abhängige Unternehmen (Anm. 7)</p> <p>IV. Folgen der wechselseitigen Beteiligung (Anm. 8)</p> |
|--|---|

I. Übersicht

Anm. 1: Die wechselseitige Beteiligung zweier Unternehmen war im bisherigen Recht nicht ausdrücklich geregelt. In der 2. Auflage wurde unter Bezugnahme auf die amtliche Begründung zum Gesetz von 1937 die Auffassung vertreten, daß eine wechselseitige, etwa gleichmäßige Beteiligung zweier Unternehmen keine Abhängigkeit begründe. Für diese Auffassung war der Gedanke maßgebend, daß jede Beteiligung für sich betrachtet einen beherrschenden Einfluß vermitteln könne, aber deshalb nicht zu einem Abhängigkeitsverhältnis führe, weil aus ihrer Wechselseitigkeit der mögliche beherrschende Einfluß sich gegenseitig aufhebt. Diese Auffassung konnte sich auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, insbesondere auf Band 149, 305 ff., auch JW 1936, 919 und 1530 mit Anm. von Boesebeck stützen. Gegen diese Auffassung hat besonders Haefermehl (DB 1955, 304 ff.) Stellung genommen und sich auf den Standpunkt gestellt, daß in diesen Fällen in der Regel ein zweiseitiges Abhängigkeitsverhältnis anzunehmen sei, und daß deshalb beide Gesellschaften mit den in ihrem Besitz befindlichen Aktien kein Stimmrecht in der Hauptversammlung der anderen Gesellschaft haben könnten (so auch Rasch S. 116; a. A. Boesebeck in DB 1955, S. 401 ff.). Die Streitfrage ist nunmehr dahin entschieden, daß wenn bei wechselseitig beteiligten Unternehmen das eine Unternehmen einen beherrschenden Einfluß auf das andere ausüben kann, dieses als herrschendes und das andere als abhängiges Unternehmen anzusehen ist. Können beide Unternehmen einen beherrschenden Einfluß ausüben, so sind beide als herrschende und abhängige Unternehmen anzusehen. Eine Aufhebung durch die Wechselseitigkeit der Möglichkeit der Einflußnahme gibt es also künftig nicht mehr. Es ist auch gleichgültig, worauf der herrschende Einfluß beruht, ob auf dem Beteiligungsverhältnis selbst oder auf anderer Grundlage. Ist die Beteiligung eine Mehrheitsbeteiligung, so begründet diese unwiderlegbar einen herrschenden Einfluß und damit ein Abhängigkeitsverhältnis des anderen Unternehmens. Das gilt auch dann, wenn die wechselseitige Beteiligung bei jedem Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung ist mit der Folge, daß beide Unternehmen auch als abhängige Unternehmen jeweils vom anderen gelten.

Anm. 2: Damit sind die sich aus einer wechselseitigen Beteiligung ergebenden Probleme jedoch nicht erschöpfend geregelt. Es gibt auch wechselseitige