

Aktiengesetz: AktG

Hüffer / Koch

14. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-74966-7
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Feststellung der Satzung

§ 23

gegen § 23 V weithin unklar. Dies vor allem, weil Problematik durchgängig nicht für ursprüngliche Satzung, sondern für Satzungsänderungen erörtert wird (zutr. *Gefler* ZGR 1980, 427, 442). Die dazu zT entwickelte These, dass Satzungsänderung allein am Maßstab des § 241 Nr. 3 zu messen sei (→ § 241 Rn. 15), lässt sich aber auf Ursprungssatzung nicht übertragen, da sie nicht auf Beschluss, sondern Vertrag beruht (zutr. *MüKoAktG/Pentz* Rn. 171). Unwirksamkeitsfolge kann daher nur aus § 23 V selbst hergeleitet werden. Dass insofern Maßstab des § 241 Nr. 3 auf § 23 V ausstrahlt (so etwa *KK-AktG/A. Arnold* Rn. 154), ist abzulehnen, da historische Auslegung ergibt, dass Verstöße gegen § 23 V stets von § 241 Nr. 3 erfasst sind (ausf. → § 241 Rn. 15 mwN). Auch für **Heilung von Mängeln** der Ursprungssatzung trifft § 23 keine Regelung. Analog anzuwenden ist § 242 II (BGHZ 144, 365, 368 = NJW 2000, 2819; *KK-AktG/A. Arnold* Rn. 155; *Emde* ZIP 2000, 1753, 1755; *Gefler* ZGR 1980, 427, 453; noch offenlassend BGHZ 99, 211, 217 = NJW 1987, 902; aA *Goette* FS Röhricht, 2005, 115, 123 ff.; wohl auch *GK-AktG/K. Schmidt* § 242 Rn. 8). Aus sinngem. Anwendung des § 242 II ergibt sich, dass Nichtigkeit einzelner Satzungsbestimmungen rückwirkend wegfällt, wenn AG trotz dieser Nichtigkeit in das HR eingetragen wird und seither drei Jahre verstrichen sind.

VIII. Kosten

Gebühren für Beurkundung bestimmen sich nach KV GNotKG (Kosten- 44 verzeichnis). IdR fällt danach die doppelte Gebühr an (KV 21100 GNotKG). Ausnahmsweise, nämlich bei Einmanngründung, wird nur eine Gebühr geschuldet (KV 21200 GNotKG); → § 2 Rn. 4a. Geschäftswert berechnet sich nach §§ 97, 107 GNotKG. Maßgeblich ist Höhe des Grundkapitals; ein schon in der Satzung bestimmtes genehmigtes Kapital wird jedoch hinzugerechnet. Höchstbetrag nach § 107 I 1 GNotKG: 10 Mio. Euro. Rspr. des EuGH, nach der auch Notariatsgebühren gegen EU-Kapital-Ertragsteuern RL verstoßen, wenn sie nicht nach tats. Aufwand erhoben werden (→ § 38 Rn. 18 zu Kosten der Eintragung), betr. nur Beurkundung, die von beamteten Notaren als Staatsaufgabe wahrgenommen wird (EuGH Slg. 1999, I-6449, 6458 ff. = NJW 2000, 939; Slg. 2000, I-7213, 7241 ff. = NZG 2000, 1115; Slg. 2002, I-3335, 3347 = NJW 2002, 2377 Ls.; NZG 2007, 626, 627 ff. [auch bei Gläubigerrechte beamteter Notare]; ebenso OLG Karlsruhe FGPrax 2002, 275, 276 f.; ZIP 2003, 800, 801 ff.; GmbHR 2004, 670), ist also nicht zu verallgemeinern (keine Erstreckung auf Anwaltsnotare: OLG Hamm FGPrax 2002, 269 f.). Für Beurkundung einer Vollmacht fällt gem. § 98 I GNotKG iVm KV 21200 GNotKG eine volle Gebühr des halben Geschäftswerts an (vgl. BT-Drs. 17/11471, 180), für Beglaubigung einer Vollmacht gem. § 121 GNotKG iVm KV 25100 GNotKG eine 0,2-fache Gebühr bei vollem Geschäftswert (vgl. BT-Drs. 17/11471, 230 f.). Kostenschuldner sind im Außenverhältnis gem. § 29 Nr. 1 GNotKG die Gründer, da sie bei Erteilung des Beurkundungsauftrags nicht im Namen der Vor-AG handeln können, da diese erst mit Abschluss des Beurkundungsvorgangs entsteht (→ § 29 Rn. 2). Im Innenverhältnis können Kosten gem. § 26 II (→ § 26 Rn. 5 f.) von AG übernommen werden. Eintragungskosten → § 38 Rn. 18.

IX. Satzungsergänzende Nebenabreden

1. Begriff und Inhalt. Satzungsergänzende Nebenabreden sind Vereinbarungen, die Aktionäre bei oder nach Gründung zur Regelung ihrer Rechtsverhältnisse untereinander oder zur AG außerhalb der Satzungsurkunde treffen (HCL/ *Ulmer/Löbbe* GmbHG § 3 Rn. 114; *Noack* NZG 2013, 281 ff.). Gleichbedeutend wird von schuldrechtl. Nebenabreden gesprochen (→ Rn. 46). Sie erfreuen sich

§ 23

Erstes Buch. Aktiengesellschaft

gerade im Hinblick auf aktienrechtl. Satzungsstrenge nach § 23 V großer praktischer Beliebtheit, namentl. zur Steuerung des Gesellschafterbestandes in personalistisch geprägten Gesellschaften (*Cziupka/Kliebisch* BB 2013, 715; *Schatz* FS E. Vetter, 2019, 681, 687 ff.). Zulässigkeit ist im Prinzip unstr. (vgl. BGH NJW 1987, 1890, 1891; BGHZ 123, 15, 20 = NJW 1993, 2246; BGH NJW 2010, 3718 Rn. 7; AG 2013, 224 Rn. 11; MüKoAktG/Pentz Rn. 196). Gegenstände solcher Vereinbarungen können sein: Vorhand- und Vorkaufsrechte (OLG Karlsruhe AG 1990, 499; LG Offenburg AG 1989, 134, 137), Stimmbindungen (→ § 133 Rn. 25 ff.), Abreden zur Besetzung des AR (→ § 101 Rn. 9) oder des Vorstands, auch Informationspflichten (vgl. die rechtstats. Untersuchung von *Baumann/Reiß* ZGR 1989, 157, 181 ff.; sa *Ditters*, Satzungsergänzende Aktionärsvereinbarungen, 2009, 69 ff.; *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen, 1994, 1 ff., 37 ff.; *Schatz* FS E. Vetter, 2019, 681, 693 ff.). Problematisch ist dagegen schuldrechtl. Verwässerungsschutz (*Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 2016, 686 ff.). Schuldrechtl. Abrede über unentgeltliche Rückübertragung von Aktien auf AG ist wegen Verstoßes gegen Art. 14 I GG und § 138 BGB zumindest dann unzulässig, wenn Aktionär Aktien zuvor entgeltlich erworben hat (BGH AG 2013, 224 Rn. 16 f. mit krit. Anm. *Cziupka/Kliebisch* BB 2013, 715 ff.). Zulässig ist allerdings, dass sich Aktionäre verpflichten, weitere, über ihre Einlagepflicht hinausgehende Leistungen zu erbringen (BGH AG 1970, 86 f.; HCL/Ulmer/ Lölle GmbHG § 3 Rn. 121; *Noack* NZG 2013, 281, 283), zB Darlehen zu gewähren oder Verluste zu übernehmen. Speziell in zweigliedriger AG mit gleich hoch beteiligten Gesellschaftern (insbes. bei paritätischen Joint Ventures) begegnen auch **Shoot out-Klauseln** (in Unterformen Russian Roulette-Klauseln, Texan Shoot Out-Klauseln und sizilianische Eröffnung), die etwaige Blockadesituation zwischen Gesellschaftern (sog. deadlock) dadurch auflösen, dass jeder Gesellschafter berechtigt ist, seine Beteiligung dem anderen zu best. Preis zum Kauf anzubieten. Lehnt Angebotsempfänger ab, ist er verpflichtet, seinerseits Gegenangebot für Ankauf zu mindestens demselben Preis zu unterbreiten (zu Erscheinungsformen und Verhaltensanreizen *Schroeder/Welpot* NZG 2014, 609, 610 f.). Vereinbarung ist als schuldrechtl. Nebenabrede im Lichte des § 23 V grds. wirksam und trotz radikaler Auflösung der Blockadesituation aufgrund legitimten Regelungsanliegens auch nicht sittenwidrig iSd § 138 BGB (OLG Nürnberg NZG 2014, 222, 223 ff.; *Schmolke* ZIP 2014, 897, 902; zur Wirksamkeit einer flankierenden Verpflichtung zur Niederlegung des Vorstandsamts → § 84 Rn. 47). Missbräuchlicher Ausübung ist ggf. mittels Treupflichten (→ § 53a Rn. 13 ff.) entgegenzuwirken (OLG Nürnberg NZG 2014, 222, 224; *Schaper* DB 2014, 821, 824; *Schmolke* ZIP 2014, 897, 901; *Schroeder/Welpot* NZG 2014, 609, 615; *Valdini/M. Koch* GWR 2016, 179 ff.; *Weidmann* DStR 2014, 1500, 1503 f.; *Willms/Bicker* BB 2014, 1347, 1351 f.).

46 2. Rechtsnatur. Satzungsergänzende Nebenabreden sind **schuldrechtl. Verträge**, vielfach Innengesellschaften bürgerlichen Rechts gem. §§ 705 ff. BGB (BGH AG 2013, 224 Rn. 11; MüKoAktG/Pentz Rn. 198; GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 322; *Baumann/Reiß* ZGR 1989, 157, 200 f.). Sie sind ggü der Satzung selbständig, unterliegen also nicht der Formvorschrift des § 23 I, können nur mit Zustimmung aller Beteiligten geändert werden, sind gem. §§ 133, 157 BGB auszulegen (OLG München AG 2017, 441, 444; zur Satzung → Rn. 39 f.) und unterliegen nicht der HR-Publizität. Ihre Verletzung kann **Schadensersatzpflichten** nach allg. Leistungsstörungsrecht begründen. Veräußerung der Aktien bewirkt nicht Übergang von Pflichten auf Neu-Aktionär, auch dann nicht, wenn er beim Erwerb von ihrem Bestehen Kenntnis hatte (MüKoAktG/Götze § 54 Rn. 42; GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 328 ff.). Erforderlich ist vielmehr Vertragsübernahme und damit Vereinbarung zwischen allen Beteiligten (wie hier

KK-AktG/A. Arnold Rn. 177; MüKoAktG/Pentz Rn. 198; für Vertrags- oder Schuldübernahme Noack, Gesellschaftervereinbarungen, 1994, 173 f.; sa GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 330). Ob AG aus der Nebenabrede auch eigene Rechte erwerben soll (zB bei Darlehensvereinbarung), bestimmt sich ausschließlich nach § 328 BGB (dazu BGH NJW 2010, 3718 Rn. 8 f.; Ulmer GS M. Winter, 2011, 691, 696 ff.).

3. Verhältnis zur Satzung. Satzung und satzungergänzende Nebenabreden sind selbständige rechtsgeschäftliche Regelungen, die voneinander unterschieden werden müssen, und zwar auch, wenn Aktionäre zugleich an der Nebenabrede beteiligt sind (MüKoAktG/Pentz Rn. 200; HCL/Ulmer/Löbbe GmbHG § 3 Rn. 14; eingehend Ulmer FS Röhricht, 2005, 633 ff., 650 ff.; für Integration in Verbandsordnung iwS Noack, Gesellschaftervereinbarungen, 1994, 116 ff.; tendenziell auch Priester FS Claussen, 1997, 319, 328 ff.). Satzungsklauseln können deshalb nicht anhand von Nebenabreden ausgelegt werden; Nebenabreden bestimmen auch nicht Inhalt oder Umfang der Treupflicht der beteiligten Aktionäre (MüKoAktG/Pentz Rn. 201; M. Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, 51 f.; HCL/Ulmer/Löbbe GmbHG § 3 Rn. 117; zweifelnd GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 313; aA Baumann/Reiß ZGR 1989, 157, 214 f.; → § 243 Rn. 10). Noch weitergehend wird im aktienrechtl. Schrifttum verbreitet angenommen, Nebenabrede dürfe nicht gegen **höcherrangiges Satzungsrecht** verstossen und sei anderenfalls unwirksam (KK-AktG/A. Arnold Rn. 181; B/K/ Körber Rn. 53; MüKoAktG/Pentz Rn. 196; S/L/Seibt Rn. 65), was indes mit Anerkennung einer **Satzungsüberlagerung** in BGH NJW 1983, 1910, 1911; 1987, 1890, 1892 (jew. zur GmbH) nicht in Einklang zu bringen ist (sa GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 315 f.; ausf. J. Koch AG 2015, 213 ff.; zust. Harbarth/Zeyher/Brechtl AG 2016, 801, 807 f.; offener jetzt auch Spindler/Stilz/Limmer Rn. 41). Diese Entscheidungen sind in BGHZ 123, 15, 20 (= NJW 1993, 2246) aber dahingehend fortentwickelt worden, dass Überlagerung nur dann zulässig ist, wenn Abweichung von Satzung lediglich gesellschaftsinterne Wirkung hat und weder Rechtsverkehr noch später eintretende Gesellschafter berührt (J. Koch AG 2015, 213, 217 f.; zust. B/K/Westermann § 60 Rn. 11; Kuntz, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 2016, 325 ff.; sa Goette in RWS-Forum 8, 1991, 113, 120 ff.). Derartige Dauerwirkung wird bei den meisten Satzungsvorgaben anzunehmen sein (zutr. deshalb die Kritik von Goette RWS-Forum 8, 1991, 113, 120 ff. und Tieves, Der Unternehmensgegenstand, 1998, 203 ff. an BGH NJW 1983, 1910). Ausnahmen sind aber möglich, etwa bei Abweichung von satzungsmässiger Gewinnverteilung gem. § 60 III, sofern Nebenabrede nur derzeitigen Gesellschafterbestand binden soll (zum wirtschaftlichen Hintergrund vgl. Harbarth/Zeyher/Brechtl AG 2016, 801). Derartige Abrede ist deshalb zulässig und verdrängt bei Beteiligung aller Aktionäre im Verhältnis untereinander die anders lautende Satzungsvorgabe (J. Koch AG 2015, 213 ff.; zust. GK-AktG/E. Vetter § 170 Rn. 129; B/K/Westermann § 60 Rn. 11; Harbarth/Zeyher/Brechtl AG 2016, 801 ff.; Kuntz, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 2016, 330 f.; Priester ZIP 2015, 2156, 2157; aA LG Frankfurt NZG 2015, 482, 483 ff.; vgl. zum weiteren Prozessverlauf aber Harbarth/Zeyher/Brechtl AG 2016, 801, 803). Davon zu trennen ist die Frage, ob HV-Beschluss bei Verstoß gegen derartige satzungüberlagernde Nebenabrede **angefochten** werden kann. Nach Rspr. des BGH zur GmbH (BGH NJW 1983, 1910, 1911; 1987, 1890, 1892) besteht diese Möglichkeit und ist auch durch BGHZ 123, 15, 20 nicht aufgegeben worden (insoffern aA MüKoAktG/Pentz Rn. 202 unter Berufung auf Goette RWS-Forum 8, 1991, 113, 119 ff., der sich auf 122 aber gerade für Anfechtbarkeit ausspricht). Rspr. ist aber schon für GmbH sehr bedenklich und zumindest für AG abzulehnen (ausf. → § 243 Rn. 10). Verletzung schuldrechtl. Nebenabreden kann

§ 25

Erstes Buch. Aktiengesellschaft

schließlich nicht durch Satzungsklausel organisationsrechtl. Sanktionen wie Kaudierung (§ 64) unterworfen werden; eine solche Klausel verstößt gegen § 23 V (BGH AG 2013, 224 Rn. 13; MüKoAktG/Pentz Rn. 201; M. Winter ZHR 154 [1990], 259, 281).

24 [aufgehoben]

- 1 § 24 enthieilt **Klarstellung**, dass Satzung einzelнем Aktionär Recht auf Umwandlung von Inhaber- in Namensaktien (§ 10 I) oder umgekehrt einräumen kann. Vorschrift wurde durch Aktienrechtsnovelle 2016 gestrichen, weil sie zum einen mit Neuregelung der Inhaberaktie nicht mehr ohne weiteres zu vereinbaren ist (→ § 10 Rn. 5 ff.) und zum anderen Praxis von der Regelung auch in der Vergangenheit ohnehin kaum Gebrauch gemacht hatte (RegBegr. BT-Drs. 18/4349, 24). Da Namensaktie als Standardverbriefung allerdings nur für neu gegründete Gesellschaften gilt (→ § 10 Rn. 6), bedarf es auch hier **Übergangsregelung**: Sieht die Satzung einer AG einen Umwandlungsanspruch gem. § 24 aF in der bis zum 30.12.2015 geltenden Fassung vor, so bleibt diese Satzungsbestimmung nach § 26h II EGAktG wirksam (zu den Folgen → 11. Aufl. 2014, Rn. 1 ff.).

Bekanntmachungen der Gesellschaft

25 Bestimmt das Gesetz oder die Satzung, daß eine Bekanntmachung der Gesellschaft durch die Gesellschaftsblätter erfolgen soll, so ist sie in den Bundesanzeiger einzurücken.

- 1 **1. Regelungsgegenstand und -zweck.** § 25 bestimmt BAnz. als **Pflicht-Gesellschaftsblatt** (zwingend) und ergänzt damit Ges. und Satzung, soweit sie Bek. der AG (nicht des Registergerichts über AG gem. § 10 HGB) in den Gesellschaftsblättern vorschreiben. Derartige ges. Vorschriften sind teils zwingend (zB § 20 VI, § 64 II, § 97 I, § 106, § 121 IV, § 325 I, II HGB), teils steht Bek. in den Gesellschaftsblättern unter Vorbehalt anderslautender Satzungsbestimmung (§ 63 I). Von Pflichtbek. zu unterscheiden sind sog freiwillige Bek., die Ges. oder Satzung vorschreiben, ohne Gesellschaftsblätter als Publikationsorgan zu bestimmen (zB Quartalsberichte). Insoweit gilt § 25 nicht; vielmehr sind Gründer gem. § 23 IV verpflichtet, Art und Weise der Publikation in Satzung zu regeln (→ § 23 Rn. 32). Ursprünglich als Pflicht-Gesellschaftsblatt maßgebende Druckausgabe des BAnz. wurde zunächst durch TransPuG 2002 durch elektronischen BAnz. ersetzt. Nachdem BAnz. nunmehr ausschließlich elektronisch geführt wird, ist bisheriger Zusatz „elektronischen“ gestrichen worden durch Ges. zur Änderung von Vorschriften über die Verkündung und Bekanntmachungen sowie der ZPO, des EGZPO und der AO v. 22.12.2011 (BAnzDiG – BGBl. 2011 I 3044). **Gestrichen** wurde durch Aktienrechtsnovelle 2016 auch **§ 25 S. 2**, wonach Satzung andere Blätter oder elektronische Informationsmedien als Gesellschaftsblätter bezeichnen kann. Nebeneinander zweier Pflichtblätter hatte namentl. bei Fristberechnungen in der Praxis für Verwirrung gesorgt, die durch Neuregelung zu Recht beseitigt wurde (RegBegr. BT-Drs. 18/4349, 18f.). Praxis hatte von dieser Möglichkeit ohnehin nur noch selten Gebrauch gemacht. Zu beachten ist allerdings, **Übergangsregelung** nach § 26h III EGAktG, wonach entspr. Angaben in Altsatzungen (Stichtag: 30.12.2015) auch weiterhin wirksam bleiben. Für einen Fristbeginn oder das sonstige Eintreten von Rechtsfolgen ist ab dem 31.12.2015 aber nur noch die Bekanntmachung im BAnz. maßgeblich. Unbenommen bleibt AG freiwillige Veröffentlichung in anderen Publikationsorganen,

und zwar entweder solchen iSd § 23 IV (→ § 23 Rn. 32; RegBegr. BT-Drs. 14/4051, 9; *DAV-HRA* NZG 2000, 443), aber auch anderen papiergebundenen oder elektronischen Medien. Rechtswirkung kommt diesen Veröffentlichungen aber nicht mehr zu (RegBegr. BT-Drs. 18/4349, 19). Vor diesem Regelungshintergrund drängt sich allerdings die Frage auf, ob es dann nicht sinnvoll gewesen wäre, auf Begriff der „Gesellschaftsblätter“, der auf elektronischen BAnz ohnehin nur bedingt passt, ganz zu verzichten und ihn in einschlägigen Verweisungsnormen schlicht durch „Bundesanzeiger“ zu ersetzen. Parallelvorschrift seit 1.4.2005: § 12 GmbHG.

2. Pflicht-Gesellschaftsblatt. a) Elektronische Publikation. § 25 bestimmt 2 BAnz. als Pflichtblatt oder besser als **Pflichtmedium**, damit unbestimmtem Adressatenkreis allg. zugängliche Quelle zur Verfügung steht, die über wesentliche Tatsachen oder Verhältnisse der AG unterrichtet. Übergang von Druckausgabe zum elektronischen Medium durch TransPuG 2002 bezweckt Verbesserung der Information durch technische Möglichkeiten, bes. verbesserte Information ausländischer Interessenten, ferner Flexibilität und Kostenvorteile für Gesellschaft (RegBegr. BT-Drs. 14/8769, 11; *Noack* BB 2002, 2025). BAnz. wird betrieben von BAnz. Verlagsgesellschaft mbH, Köln, und herausgegeben vom BMJ. Web-Adresse ist www.bundesanzeiger.de. „Eingerückt“ in elektronisches Medium ist Bek., wenn sie auf Website eingestellt ist; weitere Maßnahmen zur Verbreitung der Information sind denkbar, werden aber von § 25 nicht gefordert (RegBegr. BT-Drs. 14/8769, 11). Aus Pflicht, Bek. in BAnz. einzustellen, folgt Kontrahierungszwang des Betreibers zugunsten der AG (s. *MüKoAktG/Pentz* Rn. 7; *GK-AktG/Röhricht/Schall* Rn. 2). Alleinige Publikation in anderen Medien genügt nicht (*Mimberg* ZGR 2003, 21, 26). Nach §§ 5 I, 6 I VkbkmG ist Zugriff auf BAnz. jederzeit kostenfrei möglich.

b) Einzelfragen zum BAnz. Nach Abschaffung der Druckausgabe ist elektronischer BAnz. alleiniges Pflichtmedium (→ Rn. 2). Auch soweit es sich um **andere Publikationen** als um Pflichtbek. der AG handelt (zB §§ 231 S. 2, 238 UmwG, § 19 S. 1 MitBestG), wird allein auf BAnz., und zwar in seiner nunmehr ausschließlich elektronischen Form, verwiesen. Nach erstmaliger Einführung des elektronischen BAnz. entstandenes Problem, ob übliche Satzungsklauseln, die auf BAnz. als Pflichtblatt verweisen, elektronische Fassung oder Druckfassung meinen (vgl. etwa noch *Groß* DB 2003, 867, 868 f.), hat sich mit Aufgabe des Dualismus dieser Publikationsformen erledigt. Sämtliche Verweise auf elektronische oder gedruckte Form sind heute als Verweis auf den ausschließlich elektronisch geführten BAnz. zu verstehen. Eine vorsorgliche Satzungsanpassung, wie sie nach dem EHUG (→ Rn. 1) zT empfohlen wurde, erscheint nicht erforderlich (so auch *Lutter/Hommelhoff/Bayer* GmbHG § 12 Rn. 9). Bekanntmachungssprache ist deutsch.

3. Rechtsfolgen. Wird durch Bek. **Frist** in Lauf gesetzt, so ist Ereignis, das 4 Frist gem. § 187 BGB beginnen lässt, das Einstellen der Information auf Website des BAnz. (→ Rn. 2). Frühere Zweifelsfragen, die sich aus abw. Erscheinungsdatum in Printfassung und elektronischer Fassung ergaben, stellen sich nach BAnzDiG (→ Rn. 1) nicht mehr. Dasselbe gilt für frühere Zweifelsfragen bei mehreren Gesellschaftsblättern (→ Rn. 1). **Fehlerhafte Bek.** setzt Frist nicht in Lauf. Soweit Bek. Wirksamkeitsvoraussetzung ist (zB § 64), treten Rechtsfolgen (zB Verlust der Mitgliedschaft) bei fehlerhafter Bek. nicht ein. Fehlerhafte Einberufung der HV (§ 121 III) führt gem. § 241 Nr. 1 grds. zur Nichtigkeit gleichwohl gefasster HV-Beschlüsse (→ § 241 Rn. 8 ff., 10).

§ 26

Erstes Buch. Aktiengesellschaft

Sondervorteile. Gründungsaufwand

26 ⁽¹⁾ Jeder einem einzelnen Aktionär oder einem Dritten einge-räumte besondere Vorteil muß in der Satzung unter Bezeichnung des Berechtigten festgesetzt werden.

(2) Der Gesamtaufwand, der zu Lasten der Gesellschaft an Aktionäre oder an andere Personen als Entschädigung oder als Belohnung für die Gründung oder ihre Vorbereitung gewährt wird, ist in der Satzung ge-sondert festzusetzen.

(3) ¹⁾ Ohne diese Festsetzung sind die Verträge und die Rechtshand-lungen zu ihrer Ausführung der Gesellschaft gegenüber unwirksam.
²⁾ Nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister kann die Unwirksamkeit nicht durch Satzungsänderung geheilt werden.

(4) Die Festsetzungen können erst geändert werden, wenn die Gesell-schaft fünf Jahre im Handelsregister eingetragen ist.

(5) Die Satzungsbestimmungen über die Festsetzungen können durch Satzungsänderung erst beseitigt werden, wenn die Gesellschaft dreißig Jahre im Handelsregister eingetragen ist und wenn die Rechtsverhält-nisse, die den Festsetzungen zugrunde liegen, seit mindestens fünf Jahren abgewickelt sind.

1. **Regelungsgegenstand und -zweck.** § 26 betr. Sondervorteile und Grün-dungsaufwand, also Fälle der qualifizierten Gründung, zu denen noch die in § 27 geregelten Sachverhalte gehören (→ Rn. 1). Bezuweckt ist **Schutz der Gläubiger und Aktionäre** vor damit verbundenen Risiken; sie liegen im Kern darin, dass Initiatoren aus der Gründung ein Geschäft zu Lasten von Aktionären oder Gläubigern machen (GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 2; Junker ZHR 159 [1995], 207, 209 f.). Das eingesetzte Mittel ist Satzungspublizität, die ihrerseits Informati-on ermöglicht (keine versteckten Absprachen); zur Registerkontrolle → Rn. 6 und 7. Für **GmbH** gilt § 26 sinngem. (unstr. → Rn. 6). Entspr. Regelung war in § 5a RegE GmbH-Novelle 1980 noch vorgesehen, erschien dem Rechtsaus-schuss des Bundestags jedoch überflüssig, weil Norminhalt bereits ungeschriebe-nes geltendes Recht sei (AusschussB, BT-Drs. 8/3908, 70).
2. **Sondervorteile. a) Begriff und Rechtsnatur; Inhaltsschranken.** Son-dervorteile sind Gläubigerrechte, die einzelnen oder allen Aktionären oder Drit-ten aus Anlass der Gründung gewährt werden. **Gläubigerrecht** heißt, dass jeweiliger Anspruch nicht aus Mitgliedschaft folgt, sondern neben ihr besteht (B/ K/Lohse Rn. 2; GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 7). Er ist deshalb, soweit seinem Inhalt nach verkehrsfähig (vgl. §§ 399, 413 BGB), unabhängig von der Aktie übertragbar. Da Vorschrift darauf abzielt, Belastungen der AG offenzulegen, muss sie es sein, die entspr. Leistungen (ggf. auch neben den Aktionären) erbringt (MüKoAktG/Pentz Rn. 9; GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 6; S/L/Seibt Rn. 4; aA Spindler/Stilz/Limmer Rn. 2: AG oder Aktionäre). Früher vertretene Ansicht, gerade von AG zu erbringende Leistungen seien keine Sondervorteile (Schlegel-berger/Quassowski AktG 1937 § 19 Rn. 4), entspr. nicht dem Regelungszweck (→ Rn. 1) und ist überholt (MüKoAktG/Pentz Rn. 9; GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 6). Aus Anlass der Gründung bedeutet: Vorteilsgewährung und Gründung müssen in sachlichem Zusammenhang stehen; günstige Geschäfte mit der Gesell-schaft ergeben als solche noch keinen Sondervorteil.
3. **Bsp für Sondervorteile:** Recht zum Bezug von Waren (RG LZ 1908, 297); Ansprüche auf Umsatzprovision (KG JW 1938, 2754); Recht zum Wiederkauf eingebrachter Sachen (RGZ 81, 404, 409); nach richtiger, wenngleich umstritte-

ner Ansicht auch Recht zur Entsendung von AR-Mitgliedern (§ 101 II; → § 101 Rn. 9 ff.); bes., also über § 131 hinausgehende Informationsrechte (hM, s. Mü-KoAktG/Pentz Rn. 12; GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 17). **Abgrenzungen.** Keine Sondervorteile sind bes. Vorteile iSd § 243 II (→ § 243 Rn. 30 ff.), auch nicht (weil kein Gläubigerrecht) aus der Mitgliedschaft folgende Sonderrechte iSd § 11 S. 1 (→ § 11 Rn. 6). Vereinbarung von Sondervorteilen darf nicht gegen **zwingendes Aktienrecht** verstößen (GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 9, 18; Junker ZHR 159 [1995], 207, 214). Liegt solcher Verstoß vor, so ist Vereinbarung auch dann nichtig, wenn sie in der Form des § 26 I getroffen wird. So zB Vereinbarung von Einlagenrückgewähr (§ 57 I) oder Zinsen (§ 57 II) oder Abreden über Vorstandsposten (§ 84). Auch Vereinbarung überhöhter Vergütung iSd § 26 II an Aktionär ist daher unzulässig (B/K/Lohse Rn. 4; MüKoAktG/Pentz Rn. 13; GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 12).

b) Festsetzung in der Satzung. § 26 I verlangt Festsetzung des Sondervortrags in der Satzung unter Bezeichnung des Berechtigten (zur Rechtsfolge bei Verstoß → Rn. 7). **Angaben** müssen genau sein; Bezugnahmen, summarische Beschreibungen oder Ermächtigungen genügen nicht (allgM). Wenn sich Gründer darauf nicht verständigen können, scheitert ggü. der Gesellschaft wirksame Vereinbarung von Sondervorteilen. Festsetzung in der Satzung heißt dagegen nicht, dass anspruchsgewährender Vertrag selbst in die Satzung aufgenommen werden muss. Er kann nach allg. Grundsätzen **formfrei** geschlossen werden (GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 20). Auch aus § 37 IV Nr. 2 folgt nichts anderes. Verträge sind danach (nur) beizufügen, soweit sie schriftlich existieren; sonst ist Fehlanzeige erforderlich und genügend (→ § 37 Rn. 10).

3. Gründungsaufwand. a) Gründungsentschädigung und Gründerlohn. Satzungspublizität schreibt § 26 II auch für Gesamtbetrag des Gründungsaufwands vor. Gründungsaufwand umfasst Gründungsentschädigung und Gründerlohn. **Entschädigung** ist Ersatz von Aufwendungen für Kosten der Gründung und der Einlagenleistung; Steuern, Gebühren (Notar und Gericht), Honorare der Gründungsprüfer, Kosten der Bek. oder des Drucks von Aktienurkunden (Gründungskosten iSd § 248 I HGB), dagegen nicht Aufwendungen für Aufbau der Betriebs-, Verwaltungs- und Vertriebsorganisation. **Gründerlohn** ist (wie auch immer deklarierte) Tätigkeitsvergütung für Mitwirkung bei der Gründung und ihrer Vorbereitung einschließlich der Honorare für Gutachten, Beratung, Vermittlung, gleichgültig, ob Leistung an Gründer oder an Dritte erfolgt. Kein Gründungsaufwand ist nach BGH NJW 2004, 2519, 2520 Vergütung des ersten Vorstands (→ § 30 Rn. 12).

b) Festsetzung in der Satzung. Gesamtbetrag von Gründungsentschädigung und Gründerlohn ist in Satzung festzusetzen, wobei Übernahme durch AG auch erst bei wirtschaftlicher Neugründung (→ § 23 Rn. 25 ff.) erfolgen kann (OLG Stuttgart AG 2013, 95 f.). Einzelangaben sind nach hM im Aktienrecht weder erforderlich noch genügend; über Belastungen der Gesellschaft ist durch **Endsumme** zu informieren (BayObLGZ 1988, 293, 296 ff.; OLG Düsseldorf GmbH 1987, 59; GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 36). Zur GmbH werden dagegen zT strengere Anforderungen gestellt, wonach etwa auch Umschreibung der Gründungskosten „zumindest der Art nach“ erforderlich sein soll (OLG Celle NZG 2016, 586 Rn. 10). Aus Sicherheitsgründen wird sich solche Angabe auch für AG empfehlen. Einzelbeträge, deren Höhe noch nicht feststeht, sind zu schätzen; bloße Angabe einer Obergrenze genügt jedoch nicht (OLG Zweibrücken ZIP 2014, 623, 624). Verträge (→ Rn. 4 aE) und eine Berechnung des der Gesellschaft zur Last fallenden Gründungsaufwands sind erst der Anmeldung zum HR beizufügen (§ 37 IV Nr. 2; → § 37 Rn. 10). **Rechtsfolge** ordnungsgem.

§ 26

Erstes Buch. Aktiengesellschaft

Festsetzung ist nicht nur Wirksamkeit ggü. Gesellschaft (→ Rn. 7), sondern auch Unschädlichkeit einer gerade daraus folgenden Unterbilanz (Vorbelastung) für ihre Eintragung (KG NZG 2004, 826, 827; MüKoAktG/Pentz Rn. 27; GK-AktG/Röhrich/Schall Rn. 38). Auf Höhe des Gründungsaufwands kommt es iRd § 26 II zwar nicht an. Instanzgerichtl. Rspr. nimmt jedoch auch bei sonstigen Gründungskosten **Angemessenheitsprüfung** vor und verweigert bei Unangemessenheit die Eintragung. Zum mindesten für GmbH wird Gründungsaufwand idR bis 10% des ausgewiesenen Stammkapitals noch ohne Einzelnachw. akzeptiert (OLG Celle NZG 2014, 1383 Rn. 9 ff.; sa OLG Celle NZG 2016, 1383 Rn. 10 f.; Spindler/Stilz/Limmer Rn. 9). Entspr. Anwendung auf **GmbH** (→ Rn. 1) bedeutet nach BGHZ 107, 1, 3 ff. = NJW 1989, 1610, dass gesamter Gründungsaufwand einschließlich Kosten der Anmeldung festgesetzt werden muss (zust. KG ZIP 2012, 1213 f.; HCL/Ulmer/Casper GmbHG § 5 Rn. 213). Gesamtbetrag darf geschätzt, aber nicht einfach gegriffen werden (LG Essen GmbHR 2003, 471 f.).

- 7 **4. Rechtsfolgen bei fehlender Satzungspublizität. a) Errichtungsman gel; Unwirksamkeit.** Fehlende oder unrichtige Festsetzungen sind Errichtungsmangel iSd § 38 I und rechtsgültigen **Ablehnung der Eintragung**, wenn Mangel nicht auf Zwischenverfügung behoben wird. Schadensersatzpflicht von Gründern und Vergütungsempfängern besteht nach § 46 (→ § 46 Rn. 6 ff., 11) bzw. § 47 Nr. 1 (→ § 47 Rn. 5 f.). Strafrechtl. Verantwortlichkeit von Gründern und Organmitgliedern ergibt sich aus § 399 I Nr. 1. **Zivilrechtl. Folgen** regelt § 26 III 1. Danach sind Verträge und Ausführungsgeschäfte ggü. AG unwirksam, wenn nach § 26 I oder II erforderliche Festsetzungen in der Satzung nicht vorgenommen worden sind. Eintragung der Gesellschaft in das HR (unter Verstoß gegen § 38 I) ändert daran nichts (RG LZ 1908, 297, 298). Gesellschaft muss Leistungen verweigern (GK-AktG/Röhrich/Schall Rn. 39, 41). Leistet sie gleichwohl, so verschafft sie dem Empfänger grds. keine Berechtigung, zB kein Eigentum an bar gezahltem Geld. Tritt Erwerb nach anderen Vorschriften doch ein (zB §§ 946 ff., bes. 948 BGB), so ist sein Wert nach Bereicherungsgrundsätzen (§§ 812 ff., 951 BGB) zurückzugewähren. Bei zu niedriger Festsetzung sind Leistungen anteilmäßig zu kürzen (KK-AktG/A. Arnold Rn. 31; MüKoAktG/Pentz Rn. 51; str.). Wirksamkeit von Verträgen im Verhältnis der Gründer untereinander und zu Dritten bleibt unberührt. Gründer müssen an Außenstehende aus Privatvermögen leisten. Ansprüche der Gründer untereinander sind möglich, doch kann Vertragsauslegung nach § 157 BGB ergeben, dass nur Gesellschaft verpflichtet werden sollte.
- 8 **b) Heilung.** Bis zur Eintragung der Gesellschaft in das HR kann fehlende Festsetzung durch Satzungsänderung (einstimmig, notariell beurkundet und unter Zustimmung aller Gründer, → § 41 Rn. 7; → § 179 Rn. 2) nachgeholt werden. Später nicht (§ 26 III 2). Unwirksamkeit (→ Rn. 7) wird also endgültig (GK-AktG/Röhrich/Schall Rn. 63). Für **GmbH** hat RGZ 165, 129, 135 Heilung durch nachträgliche Satzungsänderung zugelassen (§ 53 GmbHG). Auch das ist abzulehnen.
- 9 **5. Änderung und Beseitigung von Festsetzungen. a) Änderungen.** Für Änderungen in der Satzung getroffener Festsetzungen gilt nach § 26 IV eine **Sperrfrist von fünf Jahren** seit Eintragung der AG in das HR. Das entspr. der Verjährungsfrist des § 51 und soll verhindern, dass Ersatzpflicht nach §§ 46, 47 Nr. 1 (→ Rn. 7) die Grundlage entzogen wird (OLG Oldenburg NZG 2016, 1265 Rn. 13; MüKoAktG/Pentz Rn. 55). Vor Ablauf der Sperrfrist können Änderungen überhaupt nicht erfolgen, nachher nur zugunsten der AG und unter Zustimmung des von Änderung nachteilig betroffenen Gläubigers (KK-AktG/A. Arnold Rn. 37; MüKoAktG/Pentz Rn. 55). Dass nach Wortlaut des § 26 IV denkbare Änderung zu Lasten der AG unzulässig bleibt, folgt aus der in § 26 III 2 angeordneten endgültigen Unwirksamkeit (→ Rn. 8). Zustimmung des Gläubi-