

# Aktiengesetz: AktG

Koch

16. Auflage 2022  
ISBN 978-3-406-78355-5  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.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](https://www.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](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

zügiger *Schalast/Geurts/Türkmen* BB 2021, 1283, 1284 ff.; zur möglichen Gestaltung des Unternehmensgegenstands *Seiler/Widder* BKR 2021, 676). Sie setzen schon bei Erfordernis der Kapitalaufbringung ein, da Einzahlung auf Treuhandkonto und weitreichende Verwendungsbindung mit Erfordernis einer Einlageleistung zur **endgültig freien Verfügung** nach § 36 II (→ § 36 Rn. 7 ff.) kaum vereinbar erscheint (*Hell* BKR 2021, 26, 30; *Selzner* ZHR 174 [2010], 318, 331 ff.; *Swalve* NZG 2021, 909, 910 f.; *Strohmeier*, SPACs, 2012, 145 ff.; für Zulässigkeit bei entspr. Gestaltung der Treuhandabrede *Schalast/Geurts/Türkmen* BB 2021, 1283, 1284). In USA verbreitete Ausgestaltung als penny stocks scheidet an Mindestnennbetrag nach § 8 II 1, III 3 (→ § 8 Rn. 18; *Hell* BKR 2021, 26, 30). Auf Investorensseite ist namentl. herkömmliche Ausgestaltung über Ausgabe von **naked warrants** mit Unsicherheit über deren Zulässigkeit nach deutschem Recht (→ § 221 Rn. 75 f.) belastet (*Hell* BKR 2021, 26, 30; *Selzner* ZHR 174 [2010], 318, 343 f.; *Swalve* NZG 2021, 909, 911). HV-Zuständigkeit könnte über § 119 II oder über erforderliche Satzungsänderung zur Änderung des Unternehmensgegenstands begründet werden (vgl. *Schalast/Geurts/Türkmen* BB 2021, 1283, 1285; *Selzner* ZHR 174 [2010], 318, 333 ff.). Gestaltungselement der **redemption rights** lässt sich dagegen mit deutschen Regeln der Kapitalerhaltung kaum in Einklang bringen (*Hell* BKR 2021, 26, 30 f.; *Schalast/Geurts/Türkmen* BB 2021, 1283, 1286; *Selzner* ZHR 174 [2010], 318, 337 ff.; *Swalve* NZG 2021, 909, 911). Automatische Liquidation bei Scheitern der Transaktion könnte über Befristung nach § 262 I Nr. 1 ermöglicht werden, würde dann aber **Auskehrsperre** nach § 272 I auslösen, was Investoren ebenfalls kaum zumutbar erscheint (*Hell* BKR 2021, 26, 31; *Schalast/Geurts/Türkmen* BB 2021, 1283, 1287 f.; *Selzner* ZHR 174 [2010], 318, 345 f.; *Swalve* NZG 2021, 909, 911 f.; zu weiteren kapitalmarktrechtl. Hürden vgl. *Hell* BKR 2021, 26, 29 f.; *Selzner* ZHR 174 [2010], 318, 328 ff.). Aus diesen Bedenken erklärt sich, dass es derzeit noch keine nach deutschem Gesellschaftsrecht errichteten SPACs gibt. **Deutschlandbezug** kann sich vornehmlich aus deutscher Börsennotierung, aus deutscher Sponsoreninitiiierung oder aus auf Deutschland bezogenem regionalen Investmentfokus ergeben (*Seiler/Widder* BKR 2021, 676, 678).

**d) Höhe des Grundkapitals (Nr. 3).** Grundkapital (§ 1 II) ist konkret in 28 Euro (§ 6) zu beziffern; Berechenbarkeit aus der Zahl der Aktien und ihrer Ausgabebeträge (§ 9) reicht nicht (allgM, KG RJA 9, 185, 189). Bestimmung eines beweglichen Grundkapitals durch Angabe von Mindest- und Höchstgrenzen ist unzulässig. Zum Mindestbetrag s. § 7. § 23 III Nr. 3 erfasst nicht genehmigtes Kapital (§§ 202 ff.). Zur Angabe der bereits geleisteten Einlagen in der Urkunde vgl. § 23 II Nr. 3 (→ Rn. 19).

**e) Angaben zur Zerlegung des Grundkapitals (Nr. 4).** § 23 III Nr. 4 soll 29 Klarheit über Zerlegung des Grundkapitals (§ 1 II) schaffen. Erforderlich sind deshalb zunächst Angaben über Aktienform (Nennbetrags- oder Stückaktien), sodann über Einteilung des Grundkapitals (Nennbeträge bzw. Aktienanzahl), schließlich auch über Aktiengattung und Zahl der Aktien jeder Gattung, sofern mehrere Gattungen bestehen. Weil Grundkapital entweder in Nennbetrags- oder Stückaktien zerlegt sein muss, können nicht beide Aktienformen nebeneinander bestehen (→ § 8 Rn. 4; RegBegr. BT-Drs. 13/9573, 16). Wenn verschiedene Gattungen (§ 11) ausgegeben werden, sind sie durch die unterschiedlichen Rechte und Pflichten zu beschreiben (MüKoAktG/*Pentz* Rn. 131 f.). Bei Ausgabe von Aktiengattungen zu unterschiedlichen Nennbeträgen (§ 8 II) gebietet Normzweck Angabe der jeweiligen Zahl der Aktien pro Gattung und Nennbetrag (KK-AktG/*A. Arnold* Rn. 116; GK-AktG/*Röhrich/Schall* Rn. 156). Auf Stückaktien (§ 8 III) ist Ergebnis nicht zu übertragen, weil anteiliger Betrag des Grundkapitals zur Beschreibung der Mitgliedschaft nichts beiträgt (→ Rn. 18).

- 30 **f) Inhaber- oder Namensaktien (Nr. 5).** Anzugeben ist, ob Inhaber- oder Namensaktien (§ 10 I; → § 10 Rn. 4 ff.) oder beide Aktienformen ausgestellt werden. Unterscheidung bezieht sich auf urkundliche Verbriefung. Angabe der jeweiligen Anzahl ist in allen Fällen entbehrlich (KK-AktG/A. *Arnold* Rn. 118; MüKoAktG/*Pentz* Rn. 140). Gründer bzw. Aktionäre hatten früher grds. freie Wahl zwischen den Aktienformen; durch **Aktienrechtsnovelle 2016** ist Namensaktie für neu zu gründende Gesellschaften als Standardverbriefungsart vorgeschrieben worden. Gesellschafter können nur unter bestimmten Voraussetzungen noch für Inhaberaktie optieren (→ § 10 Rn. 1, 5 ff.). Umwandlung in andere Aktienart erfordert Satzungsänderung (KK-AktG/A. *Arnold* Rn. 119; MüKoAktG/*Pentz* Rn. 133). **Entgegen der Satzung ausgegebene Aktien** sind nach allg. wertpapierrechtl. Grundsätzen wirksam (OLG Hamburg AG 1970, 230; MüKoAktG/*Pentz* Rn. 139; GK-AktG/*Röhricht/Schall* Rn. 162; aA v. *Godin/Wilhelmi* § 24 Rn. 5); Verwaltungsmitglieder haften ggf. gem. §§ 93, 116. Aktionäre haben Anspruch auf satzungsgem. Aktienart. Satzung konnte nach § 24 aF, der qua Übergangsregelung noch fortgelten kann (→ § 24 Rn. 1) auch Recht auf nachträgliche Umwandlung begründen.
- 31 **g) Zahl der Vorstandsmitglieder (Nr. 6).** Anzugeben ist (konkrete) Zahl der Vorstandsmitglieder oder Regel, nach der diese Zahl festgelegt wird. Ausreichend konkret ist auch Vorgabe einer Mindest- und Höchstzahl (LG Köln AG 1999, 137 f.; RegBegr. BT-Drs. 8/1678, 12; MüKoAktG/*Pentz* Rn. 144; *Ganske* DB 1978, 2461 f.; wohl auch GK-AktG/*Röhricht/Schall* Rn. 164). Als Regel genügt Satzungsbestimmung, dass konkrete Zahl **vom AR festgelegt** wird (BGH NZG 2002, 817, 818; RegBegr. BT-Drs. 8/1678, 12; KK-AktG/A. *Arnold* Rn. 124; MüKoAktG/*Pentz* Rn. 146; letztlich auch *C. Schäfer* ZGR 2003, 147, 155 ff.; zweifelnd GK-AktG/*Röhricht/Schall* Rn. 166). Stellvertretende Vorstandsmitglieder (§ 94) sind einzubeziehen; § 76 II (→ Rn. 55) ist zu beachten. Scheidet Vorstandsmitglied aus, so ist Satzungsänderung nur dann erforderlich, wenn Vorstandsbesetzung der Satzung nicht mehr entspr. und Neubesetzung nicht erfolgen soll; § 399 FamFG ist bei rein faktischer Unterbesetzung unanwendbar (Keidel/*Heinemann* FamFG § 399 Rn. 15).
- 32 **2. Form der Bekanntmachung (§ 23 IV).** Regelungsgehalt erschließt sich nur im **Zusammenhang mit § 25**, der sog Pflichtbekanntmachungen erfasst (→ § 25 Rn. 1) und für diese BAnz. als Pflicht-Gesellschaftsblatt vorschreibt. § 25 ist insoweit abschließend. § 23 IV erfasst daher nur sog **freiwillige Bek.**, die Ges. oder Satzung vorschreiben, ohne zugleich als Publikationsorgan die Gesellschaftsblätter zu bestimmen (zB Vierteljahresbericht, § 63 I). Für solche Bek. ist Form (nicht: Zeitpunkt uä) zu bestimmen. Es besteht Wahlfreiheit, zB BAnz. oder Tageszeitung, eingeschriebener Brief usw (KK-AktG/A. *Arnold* Rn. 127; MüKoAktG/*Pentz* Rn. 151). Wahlfreiheit umfasst auch Bek., die nicht papiergebunden ist, vor allem Publikation in elektronischen Medien (RegBegr. BT-Drs. 14/4051, 9 f.).
- 33 **3. Weitere notwendige Satzungsbestimmungen.** Neben § 23 III, IV können andere Ges. vorschreiben, dass bestimmte Regelungen in der Satzung zu treffen sind. Bsp: Ges. über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten v. 9.9.1965 (BGBl. 1965 I 1294); danach erforderlich: Wahlbestimmung über die Vertreter der Berechtigten, die nicht Aktionäre sind (§ 6 II 2); Grundsätze über die Aufteilung der Einnahmen (§ 7 S. 3). Fehlen diese Satzungsbestimmungen, kann erforderliche Genehmigung nicht erteilt werden (§ 3 I Nr. 1); auch ist AG dann nicht ordnungsgem. errichtet (§ 38 I); vgl. MüKoAktG/*Pentz* Rn. 154; GK-AktG/*Röhricht/Schall* Rn. 172.

### V. Satzungsstrenge; Regelungswahlrechte (§ 23 V)

**1. Allgemeines.** § 23 V schränkt zum Schutz von Gläubigern und künftigen Aktionären Satzungsautonomie stark ein, macht Aktie auf diese Weise zu **standardisiertem Produkt** und erhöht damit ihre Umlauffähigkeit, indem sie Informationsaufwand und damit Transaktionskosten potenzieller Anleger reduziert (KK-AktG/A. Arnold Rn. 130; grdl. Kritik bei Kuntz, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 2016, 345 ff.). Da diese Zielsetzung in erster Linie börsennotierte AG betrifft, große Mehrheit deutscher AG aber nicht börsennotiert ist, wird pauschale Geltung des Grundsatzes zunehmend in Frage gestellt (zur Diskussion Fleischer ZHR 168 [2004], 673, 687 ff.; zu europarechtl. Bedenken sa Grundmann/Möslein ZGR 2003, 317, 363 f.; rechtsvergleichend Hopt in Gestaltungsfreiheit [ZGR-Sonderheft 13], 1998, 123 ff.). 67. DJT 2008 hat **Deregulierungsproblem** erneut aufgegriffen (Gutachter: Bayer) und an § 23 V ausdr. festgehalten (Beschlüsse Nr. 4a, 4b). Auch insges. moderate Gestaltungsspielräume für nicht börsennotierte Gesellschaften haben keine Zustimmung gefunden (Beschlüsse Nr. 9–13). Soweit Sonderregeln für börsennotierte Gesellschaften befürwortet werden, ist Differenzierung weithin durch Anfechtungsproblematik bedingt (Beschlüsse Nr. 6, 7c, 8). Insges. ist danach zu erwarten, dass es (auch für nicht börsennotierte Gesellschaften) beim Grundsatz der Satzungsstrenge verbleibt (so auch Bayer Gutachten E zum 67. DJT, 2008, 81 ff.; Müllert Verh. 67. DJT, Bd. II/1, 2009, N 51, 55 ff.; für mehr Gestaltungsspielraum jedoch Spindler AG 2008, 598, 600 ff.). Abweichungen vom Ges. sind nur erlaubt, wenn dieses sie ausdr. zulässt, Ergänzungen nur, soweit Ges. nicht abschließende Regelung enthält (ähnlich bereits RGZ 49, 77, 80; RGZ 65, 91, 92; vgl. aber auch RGZ 120, 177, 180). Ges. iSd § 23 V ist nur AktG (KK-AktG/A. Arnold Rn. 149; GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 180; aA Geßler ZGR 1980, 427, 441: analog auch MitbestG). Rechtsfolgen bei Verstoß gegen § 23 V → Rn. 43.

**2. Abweichung (§ 23 V 1).** Abweichung liegt vor, wenn ges. Regelung durch eine andere ersetzt wird. Sie kann nur getroffen werden, wenn sie im Ges. **ausdr. zugelassen** ist. Ausdr. bedeutet: Abweichungsbefugnis muss sich aus Wortlaut des Ges., ggf. mittels Auslegung, eindeutig ergeben (MüKoAktG/Pentz Rn. 160 ff.; S/L/Seibt Rn. 54; Wählers ZIP 2008, 1897, 1899); bloßes Schweigen des Ges. kann Abweichungsbefugnis nicht begründen. Zulässige Abweichungen betr. ua die Bestimmung „andere Mehrheiten“ und „weitere Erfordernisse“ für HV-Beschlüsse (vgl. zB § 52 V 3; § 103 I 3; § 133 I, II; § 179 II 2, 3). Abweichungen anderer Art werden zB zugelassen in: § 58 II 2, III 2; § 59 I; § 78 II 1, III 1. Gegliederte Übersicht bei KK-AktG/A. Arnold Rn. 139 ff. und GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 185 ff.

**Zwingender Natur** sind insbes.: Normen, die Zuständigkeitsbereich der Organe (S/L/Seibt Rn. 55), ihre Zusammensetzung und ihre innere Organisation regeln (KK-AktG/A. Arnold Rn. 148), einschließlich der Beteiligungsquote der AN-Vertreter im AR (→ § 96 Rn. 3; → § 251 Rn. 2; OLG Stuttgart AG 2021, 522, 525; MüKoAktG/Pentz Rn. 164). Ferner Bestimmungen über Minderheitsrechte; sie dürfen auch grds. (Ausnahme: § 122 I 2) nicht abgeschwächt werden (MüKoAktG/Pentz Rn. 164). Sodann Regelung der Verschwiegenheitspflicht der Verwaltungsmitglieder (§ 93 I 3, § 116); sie kann weder verschärft noch gemindert werden (→ § 116 Rn. 9 ff. mwN); Gleiches gilt für Umfang ihrer Sorgfaltspflichten gem. §§ 93, 116 (Geßler FS Luther, 1976, 67, 83 f.). Zwingend erforderlich ist schließlich Zustimmung der Vorzugsaktionäre gem. § 141 I (MüKoAktG/Pentz Rn. 164; Werner AG 1971, 69, 70).

- 37 **3. Ergänzungen (§ 23 V 2).** Ergänzung liegt vor, wenn Ges. **entspr. Regelungsinhalt nicht enthält** oder ges. Regelung ihrem Gedanken nach weitergeführt wird, also im Grundsatz unberührt bleibt. Ergänzungen sind zulässig, es sei denn, Ges. enthält abschließende Regelung; zT sind sie ausdr. zugelassen: zB § 8 II, § 11, § 39 II iVm § 262 I Nr. 1; § 55 I, § 63 III, § 67 I 3, § 68 II 1; § 100 IV; § 107 I 1 (auch Zahl der Stellvertreter, dazu BGHZ 83, 106, 111 = NJW 1982, 1525; *Wank* AG 1980, 148). IÜ ist durch **Auslegung** festzustellen, ob Norm abschließend ist, was wegen Formulierung „es sei denn“ Ausnahme darstellt. Möglich ist jede zusätzliche Regelung; Ergänzungsbefugnis besteht in den Grenzen der allg. Ges. und der zwingenden Vorschriften des AktG auch, wenn AktG keinerlei Regelung vorgibt (GK-AktG/*Röhricht/Schall* Rn. 248; *Gebler* FS Luther, 1976, 69, 74 f.), und nicht nur dort, wo sie der Ausfüllung eines vom Ges. festgelegten Rahmens dient.
- 38 **Zulässig sind ua:** Aufstellung persönlicher Voraussetzungen für Vorstandsmitglieder (zB Mindestalter, Staatsangehörigkeit, berufliche Qualifikation), wenn auch nur unter Wahrung des Auswahlermessens des AR (ausf. → § 76 Rn. 60; problematisch ist insofern im Lichte des AGG insbes. Höchstalter; → § 76 Rn. 65) sowie Vorgabe der Familienzugehörigkeit (→ § 100 Rn. 20); Erweiterung des Auskunftsrechts der Aktionäre (KK-AktG/*A. Arnold* Rn. 152), aber nur unter Beachtung des § 53a; Bildung fakultativer Gremien, zB Beiräte, Verwaltungsräte (→ § 76 Rn. 6; sa KK-AktG/*A. Arnold* Rn. 151; GK-AktG/*Röhricht/Schall* Rn. 246), jedoch ohne Änderung der ges. Zuständigkeitsverteilung → Rn. 36; Bestellung eines Ehrenvorsitzenden des AR (→ § 107 Rn. 15 ff.), Schaffung des Amtes eines Vorstandssprechers (GK-AktG/*Röhricht/Schall* Rn. 246; *Lutter* ZIP 1984, 645, 648); Bestimmungen zur Festlegung des Geschäftsjahrs (*Fleischer/Maas* AG 2020, 761 Rn. 11). Zulässig sind auch **Gerichtsstandsklauseln**, soweit anderweitige ges. Zuständigkeit nicht ausschließlich ist (BGHZ 123, 347, 349 ff. = NJW 1994, 51; LG München I AG 2007, 255, 258; GK-AktG/*Röhricht/Schall* Rn. 246). Bes. Bedeutung solcher Klauseln ist darin zu sehen, dass sie von EuGH auch bei satzungsmäßiger Verankerung als vertragliche Gerichtsstandsvereinbarungen iSd Art. 25 Brüssel Ia-VO angesehen werden, die zur ausschließlichen int. Zuständigkeit führen (EuGH Slg. 1992, I-01745 Rn. 20 – *Powell Duffryn v. Peterit*; vgl. zu dieser Zielrichtung auch *Fleischer/Maas* AG 2020, 761 Rn. 7); ausländisches Urteil wäre deshalb nach § 328 I ZPO in Deutschland nicht vollstreckbar (speziell zu derivative suits entspr. § 148 → § 148 Rn. 12a). **Abschließende Regelungen enthalten** zB: §§ 241, 275 (allgM); § 107 III 1 (BGHZ 83, 106, 115 mwN = NJW 1982, 1525); § 130 IV 1, also keine Unterzeichnung durch weitere Personen (vgl. RGZ 65, 91, 92); § 134 III (→ § 134 Rn. 25 mN). Befugnis, **Satzungsfassung** zu ändern, kann HV gem. § 179 I 2 nicht nur im Einzelfall, sondern generell an AR übertragen (str.; → § 179 Rn. 11). Abweichung (→ Rn. 35 f.) und Ergänzung (→ Rn. 37 f.) beziehen sich auf Vorgaben des AktG. Regelungswahlrechte dieser Art können aber auch **außerhalb des Aktienrechts** derart begründet sein, dass ihre Ausübung nur in der Satzung erfolgen kann (§§ 33a, 33b WpÜG oder § 43 WpHG).

## VI. Auslegung der Satzung

- 39 **1. Materielle Satzungsbestimmungen.** Trotz Vertragsnatur der Satzungsfeststellung finden §§ 133, 157 BGB nach Eintragung auf materielle Satzungsbestimmungen (→ Rn. 3) keine Anwendung. Sie unterliegen nach zutr. hM im Grundsatz obj. **Auslegung** (BGHZ 14, 25, 36 ff. = NJW 1954, 1401; BGHZ 96, 245, 250 = NJW 1986, 1083; BGHZ 123, 347, 350 f. = NJW 1994, 51; BGH NZG 2008, 309 Rn. 2; KG AG 2016, 550, 551; OLG Frankfurt BeckRS 2018, 19511 Rn. 59; OLG Frankfurt AG 2011, 36, 38; OLG Stuttgart AG 1995, 283,

284; KK-AktG/A. *Arnold* Rn. 20; MüKoAktG/*Pentz* Rn. 49 f.; aA [§§ 133, 157 BGB im Prinzip anwendbar] RGZ 79, 418, 422; RGZ 159, 321, 326; GK-AktG/*Röhrich/Schall* Rn. 40; *Fleischer* DB 2013, 1466; *Schockenhoff* ZGR 2013, 76 ff.). Berücksichtigt werden **Wortlaut, Zweck und systematische Stellung**. Darüber hinaus können zur Auslegung nur **allg. zugängliche Unterlagen** herangezogen werden, insbes. Registerakten wegen der Anlagen gem. § 37 IV (→ Rn. 9 ff., 18); vgl. RGZ 165, 68, 73; BGH NZG 2008, 309 Rn. 2; OLG Frankfurt AG 2009, 699, 700 f.; GK-AktG/*Röhrich/Schall* Rn. 60. Absichten und Erwägungen der Gründer, die Dritten nicht erkennbar sind, bleiben grds. auch dann unberücksichtigt, wenn Auslegung nur zwischen den Gründern str. ist. Nur so ist gewährleistet, dass Auslegung für alle Beteiligten einheitlich erfolgt (vgl. RGZ 127, 186, 190; BGHZ 14, 25, 37; BGH WM 1955, 65, 66). Gegenauffassung, die bis zum Hinzutreten weiterer Gesellschafter im Binnenverhältnis §§ 133, 157 BGB anwenden will (aus neuerer Zeit insbes. *Fleischer* DB 2013, 1466, 1471 ff.; *Schockenhoff* ZGR 2013, 76 ff.; ähnlich *Lutter/Hommelhoff/Bayer* GmbHG § 2 Rn. 19), ist zuzugeben, dass obj. Auslegung ihre Rechtfertigung in erster Linie in körperschaftstypischer **Beitrittsoffenheit** findet; künftige Gesellschafter müssen sich auf obj. Verständnis verlassen können. Diese Folgerung aus beitriffs offenem Charakter muss aber auch auf Zeitraum vor weiterem Beitritt ausstrahlen, da sich sonst vertraglich fixierter Satzungsinhalt mit dem Beitritt inhaltlich verändern würde, was dogmatisch schwer konstruierbar erscheint (ähnlich HCL/*Ulmer/Löbbe* GmbHG § 2 Rn. 195). Mehr noch als bei GmbH muss dies bei AG gelten, wo § 23 V – unabhängig von Zuschnitt des Gesellschafterkreises – den Satzungsinhalt generell vertraglicher Gestaltung der Gesellschafter entzieht (s. zu diesen Unterschieden auch *Schockenhoff* ZGR 2013, 76, 104 f.); auch Gläubigerschutz kann letztlich nur durch obj. Lesart gewährleistet werden. Ausnahmen sind bei missbräuchlicher Berufung auf eindeutig misslungene Satzungsformulierung denkbar (GK-AktG/*Röhrich/Schall* Rn. 46; insoweit aA *Grunewald* ZGR 1995, 68, 84 f.). Grundsatz des obj. Verständnisses gilt auch für **ergänzende Auslegung** (BGH WM 1983, 835, 837; KK-AktG/A. *Arnold* Rn. 24). Mehrdeutige Bestimmung ist ggf. **restriktiv** gesetzeskonform auszulegen (RGZ 165, 78). Auslegung ist in **Revisionsinstanz** unbeschränkt nachprüfbar (stRspr seit RGZ 165, 68, 73 f.; BGHZ 9, 279, 281 = NJW 1953, 1021; BGHZ 123, 347, 350).

**2. Formelle Satzungsbestimmungen; Rechtslage vor Eintragung.** Formelle Satzungsbestimmungen (→ Rn. 4) werden gem. §§ 133, 157 BGB ausgelegt (KK-AktG/A. *Arnold* Rn. 19; MüKoAktG/*Pentz* Rn. 49). Es kann insoweit auch auf Absichten und Motive der Gründer zurückgegriffen werden (GK-AktG/*Röhrich/Schall* Rn. 54). Auslegung ist gem. §§ 133, 157 BGB in **Revisionsinstanz** nur dahingehend nachprüfbar, ob ges. Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt worden sind (BGH WM 1955, 65, 66; 1991, 495, 496). Teilw. werden diese Grundsätze auch auf materielle Satzungsbestimmungen **vor Eintragung** in das HR angewandt, da im Gründungsstadium noch keine hinreichend gewichtigen Dritttinteressen für obj. Auslegung sprächen (*Hölters/Solveen* Rn. 7; MüKoAktG/*Pentz* Rn. 48; *Grigoleit/Vedder* Rn. 45). Dagegen spricht aber auch hier Gedanke einer **Kontinuität des Vertragsinhalts** (→ Rn. 39); anderenfalls müsste in der Tat nicht Eintragung, sondern Beitritt weiterer Gesellschafter maßgebliche Zäsur für Wechsel der Auslegungsperspektive sein (iE auch KK-AktG/A. *Arnold* Rn. 25; GK-AktG/*Röhrich/Schall* Rn. 48).

## VII. Satzungsmängel

- 41 **1. Gründungsmängel. a) Vor Eintragung.** Zu unterscheiden ist, ob Vor-AG (→ § 41 Rn. 2 ff.) **in Vollzug gesetzt** ist oder nicht. Hat sie Geschäfte nicht aufgenommen und noch kein Vermögen gebildet, so folgt aus Vertragsnatur der Satzungsfeststellung (→ Rn. 7), dass allg. Vorschriften des BGB über Willensmängel und sonstige Fehler von Rechtsgeschäften anwendbar sind (RGZ 127, 186, 191; KK-AktG/A. *Arnold* Rn. 158; MüKoAktG/*Pentz* Rn. 165). Anzuwenden sind zB §§ 119, 123, 125, 134, 138 BGB, dagegen nicht § 139 BGB (RGZ 114, 77, 80 f.; MüKoAktG/*Pentz* Rn. 175; HCL/*Ulmer/Löbbe* GmbHG § 2 Rn. 139; str., einschr. KK-AktG/A. *Arnold* Rn. 159; GK-AktG/*Röhrich/Schall* Rn. 270). Ist Vor-AG in Vollzug gesetzt, so findet das Sonderrecht der fehlerhaften Gesellschaft Anwendung → § 275 Rn. 3, 8.
- 42 **b) Nach Eintragung.** Mit Eintragung der AG in das HR können Gründungsmängel aller Art grds. nicht mehr geltend gemacht werden, und zwar auch dann nicht, wenn sich zuvor schon Gründer darauf berufen haben (RGZ 82, 375, 377; BGHZ 21, 378, 382 f. = NJW 1957, 19; GK-AktG/*Röhrich/Schall* Rn. 278). Ausnahmen ergeben sich ausschließlich (vgl. § 275 I 2) nach **Maßgabe des § 275**: Aktionäre können auf Nichtigkeit klagen, wenn Satzung keine Bestimmung über Höhe des Grundkapitals oder über Gegenstand des Unternehmens enthält oder letztgenannte Angaben zwar enthält, Bestimmung aber nichtig ist (275 I 1; → § 275 Rn. 9 ff.). Registergericht kann bei Mangel gem. § 275 I 1 Löschung von Amts wegen vornehmen (§ 397 FamFG; → § 275 Rn. 30 ff.). Fehlende oder nichtige Bestimmungen nach § 23 III Nr. 1, 4, 5 oder 6 können zur Auflösung der AG gem. § 399 FamFG, § 262 I Nr. 5 führen, wenn Mangel nicht beseitigt wird (→ § 262 Rn. 15 ff.); abw. von §§ 395, 397 FamFG hat Gericht insofern kein Ermessen (MüKoFamFG/*Krafka* FamFG § 399 Rn. 11; MüKoFamFG/*Krafka* FamFG § 397 Rn. 13; Keidel/*Heinemann* FamFG § 399 Rn. 18). In bes. Fällen kommt auch Löschung nach § 395 FamFG in Betracht (→ § 275 Rn. 18). Verstoß gegen § 23 IV bleibt sanktionslos.
- 43 **2. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen § 23 V.** Von Mängeln der Gründung zu unterscheiden sind Mängel einzelner Satzungsbestandteile. Auch insoweit ist zwischen Rechtslage vor und nach Registereintragung zu differenzieren. Verstöße gegen § 23 V sind Errichtungsmangel und führen, wenn einer Zwischenverfügung des Registergerichts nicht abgeholfen wird, zur **Zurückweisung der Anmeldung**. Ist AG jedoch eingetragen, so sind Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 23 V weithin unklar. Dies vor allem, weil Problematik durchgängig nicht für ursprüngliche Satzung, sondern für Satzungsänderungen erörtert wird (zutr. *Gefßler* 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; *Gefßler* ZGR 1980, 427, 453; noch offenlassend BGHZ 99, 211, 217 = NJW 1987, 902; aA *Goette* FS Röhrich, 2005, 115, 123 ff.; wohl auch GK-AktG/K. *Schmidt* § 242 Rn. 8). Aus sinngem. Anwendung des § 242 II ergibt sich, dass Nichtigkeit einzelner Satzungsbestim-

mungen 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 (Kostenverzeichnis). 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-ErtragsteuernRL 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 Gläubigereigenschaft 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/Löbke GmbHG § 3 Rn. 114; Noack NZG 2013, 281 ff.). Gleichbedeutend wird von schuldrechtl. Nebenabreden gesprochen (→ Rn. 46). Sie erfreuen sich 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/Löbbe* 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 legitimen 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. 83). 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 auszuliegen (OLG München AG 2017, 441, 444; zur Satzung → Rn. 39 f.) und unterliegen nicht der HR-Publizität. Ihre Verletzung kann **Schadensersatzpflichten** nach allg. Leistungsstörungenrecht 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.).
- 47 **3. Verhältnis zur Satzung.** Satzung und satzungsergänzende 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