

# Aktiengesetz: AktG

Kommentar

Bearbeitet von

Dr. Wolfgang Hölters, Dr. Gabriele Apfelbacher, Dr. Barbara Deilmann, Prof. Dr. Florian Drinhausen, Dr. Lutz Englisch, Franz-Josef Gesinn, Dr. Alexander Goertz, Dr. Georg Greitemann, Otto Haberstock, Sylvie Hambloch-Gesinn, Dr. Jörn Hirschmann, Dr. Thomas Laubert, Dr. Dieter Leuering, Prof. Dr. Olaf Müller-Michaels, Dr. Gerold Niggemann, Dr. Cornelius Simons, Dr. Dirk Solveen, Dr. Erich Waclawik, Dr. Markus Weber

3. Auflage 2017. Buch. XLVI, 2754 S. In Leinen

ISBN 978 3 8006 5231 0

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > Aktiengesetz](#)

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

chend aber auch erforderlich ist, wenn das satzungsmäßige Grundkapital – abzüglich eventuell mit der Satzung übernommener Gründungskosten – wertmäßig in Form von Bar- und bzw. oder Sachvermögen vorhanden ist.<sup>233</sup> Soweit bei der Gesellschaft noch Restvermögen vorhanden ist, ist es auf die Einlageverpflichtungen anzurechnen; eine Überschuldung der Gesellschaft erhöht die Einlageverpflichtungen.<sup>234</sup> Ungeklärt ist insoweit die Bedeutung eines in der Satzung vorgesehenen, bei der Ausgabe der Aktien zu leistenden Aufgeldes (Agio).<sup>235</sup> Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der erforderlichen Kapitalausstattung ist die – mit der Versicherung nach § 37 Abs. 1 zu verbindende – Offenlegung (→ Rn. 50) der „wirtschaftlichen Neugründung“ gegenüber dem Handelsregister.<sup>236</sup> **Bareinlagen** sind jeweils zu mindestens einem Viertel zu leisten (§§ 36 Abs. 2, 36a).<sup>237</sup> Sollen **Sacheinlagen** eingezahlt werden, sind die Bestimmungen in §§ 27, 32 Abs. 2, 33 Abs. 2 Nr. 4, 34, 36a Abs. 2 und 38 Abs. 2 zu beachten.<sup>238</sup> Die Kosten der wirtschaftlichen Neugründung können (nur dann) als „Gründungsaufwand“ (→ § 26 Rn. 8 ff.) von der Gesellschaft getragen werden, wenn bei der rechtlichen Gründung der Gesellschaft der „Gründungsaufwand“ von den Gründern getragen worden ist.<sup>239</sup> Die Zuführung von Sachwerten binnen zwei Jahren nach Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung (→ Rn. 50) bzw. – bei Fehlen der Offenlegung – nach dem Zeitpunkt, zu dem die Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit erstmals nach außen in Erscheinung tritt,<sup>240</sup> kann eine **Nachgründung** darstellen (§ 52; → § 52 Rn. 21);<sup>241</sup> als Gründer iSd § 52 Abs. 1 S. 1 sind dann die „Verwender“ der Gesellschaft anzusehen.<sup>242</sup>

**b) Gründungsbericht und Gründungsprüfung.** Über die Verwendung der „Vorrats-“ oder „Mantelgesellschaft“ haben die „Verwender“ einen schriftlichen **Gründungsbericht** (§ 32 Abs. 1) zu erstatten.<sup>243</sup> Die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrates sind zur **Gründungsprüfung** (§§ 33 f.) verpflichtet.<sup>244</sup> Der Umfang der Gründungsprüfung (§ 34) ist bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft auf die ordnungsgemäße Kapitalaufbringung zu reduzieren, soweit nicht ausnahmsweise – bei Sacheinlagen – eine erweiterte Prüfung erforderlich ist (entsprechend § 34 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2).<sup>245</sup> Auch eine externe Gründungsprüfung kann unter den Voraussetzungen des § 33 Abs. 2 in Betracht kommen.<sup>246</sup>

**c) Offenlegung gegenüber dem Handelsregister.** Die „wirtschaftliche Neugründung“ ist 50 gegenüber dem Registergericht **offen zu legen**.<sup>247</sup> Die Offenlegung ist in einer Handelsregisteranmeldung – mit der in der Praxis auch die regelmäßig anlässlich der Verwendung einer „Vorrats-“ oder „Mantelgesellschaft“ vorgenommenen Änderungen der Satzung zum Handelsregister angemeldet werden<sup>248</sup> – mit der **Versicherung** über die ordnungsgemäße Kapitalaufbringung (§ 37 Abs. 1) zu verbinden.<sup>249</sup> Die weiteren diesbezüglichen Einzelheiten sind – teilweise auch mangels

<sup>233</sup> Winnen RNotZ 2013, 389 (404) mwN; vgl. BGHZ 155, 318 (321 ff.); OLG Nürnberg MittBayNot 2011, 417 Rn. 48 = GmbHR 2011, 582; Spindler/Stilz/Limmer Rn. 47.

<sup>234</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 108; Hüffer/Koch Rn. 27; vgl. BGHZ 192, 341 Rn. 28 = NZG 2012, 539.

<sup>235</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 107f.: von Unterbilanzhaftung erfasst und sofort fällig; aA Schmidt/Lutter/Seibt Rn. 43.

<sup>236</sup> BGHZ 192, 341 Rn. 28 = NZG 2012, 539; Gerber Rpfleger 2004, 469 (470); Spindler/Stilz/Limmer Rn. 47.

<sup>237</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 108; KK-AktG/A. Arnold Rn. 103; vgl. Winnen RNotZ 2013, 389 (401); vgl. BGHZ 192, 341 Rn. 28 = NZG 2012, 539; aA Spindler/Stilz/Limmer Rn. 47: Grundkapital muss voll eingezahlt sein.

<sup>238</sup> Vgl. BGHZ 192, 341 Rn. 28 = NZG 2012, 539; MüKoAktG/Pentz Rn. 108.

<sup>239</sup> OLG Stuttgart NZG 2013, 259 (260); Hüffer/Koch Rn. 27.

<sup>240</sup> AA HK-AktG/Körber § 179 Rn. 25d: innerhalb von zwei Jahren nach Eintragung des für die Mantelverwendung erforderlichen Beschlusses.

<sup>241</sup> Gerber Rpfleger 2004, 469 (471); KK-AktG/A. Arnold Rn. 106; Winnen RNotZ 2013, 389 (407); Hüffer/Koch Rn. 27a; Theusinger/Andrä ZIP 2014, 1916 (1921 f.); vgl. MüKoAktG/Pentz Rn. 114.

<sup>242</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 114; HK-AktG/Körber § 179 Rn. 25; Grigoleit/Vedder Rn. 19.

<sup>243</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 103; Hüffer/Koch Rn. 27; KK-AktG/A. Arnold Rn. 105; NK-AktR/Braunfels Rn. 31; Winnen RNotZ 2013, 389 (406); Gerber Rpfleger 2004, 469 (470); Theusinger/Andrä ZIP 2014, 1916 (1921); vgl. Melchior AG 2013, R223 (R226): nur bei Verwendung einer Mantelgesellschaft; aA Spindler/Stilz/Limmer Rn. 47; Grootenhof NZG 2001, 145 (148); Werner NZG 2001, 397 (398); Heinze BB 2012, 67 (68 ff.).

<sup>244</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 103; NK-AktR/Braunfels Rn. 31; Winnen RNotZ 2013, 389 (406); vgl. Melchior AG 2013, R223 (R226): nur bei Verwendung einer Mantelgesellschaft; aA Heinze BB 2012, 67 (68 ff.).

<sup>245</sup> Hüffer/Koch Rn. 27; Winnen RNotZ 2013, 389 (406); Theusinger/Andrä ZIP 2014, 1916 (1921); Gerber Rpfleger 2004, 469 (470).

<sup>246</sup> Vgl. MüKoAktG/Pentz Rn. 103; Gerber Rpfleger 2004, 469 (470 f.).

<sup>247</sup> Vgl. BGHZ 155, 318 (323) = NJW 2003, 3198; BGHZ 192, 341 Rn. 13 = NZG 2012, 539.

<sup>248</sup> Vgl. BGHZ 155, 318 (326 f.) = NJW 2003, 3198.

<sup>249</sup> Vgl. BGHZ 153, 158 (162) = NJW 2003, 892; BGHZ 155, 318 (321) = NJW 2003, 3198; BGHZ 192, 341 Rn. 13 = NZG 2012, 539.

## § 23 51, 52

### 1. Buch. 2. Teil. Gründung der Gesellschaft

entsprechender höchstrichterlicher Vorgaben – noch nicht abschließend geklärt. Dies gilt zunächst für den Inhalt der abzugebenden Versicherung, da die Vorgaben des § 37 der Situation der „wirtschaftlichen Neugründung“ nicht in vollem Umfang gerecht werden. Gefordert wird zu versichern, dass auf jede Aktie der eingeforderte Betrag ordnungsgemäß eingezahlt wurde und endgültig weiterhin bzw. jedenfalls wieder zur freien Verfügung des Vorstands steht.<sup>250</sup> Richtiger und der Situation angemessener erscheint es, die Versicherung darauf zu richten, dass das Grundkapital der Aktiengesellschaft wertmäßig noch durch das Vermögen der Gesellschaft gedeckt ist und in Höhe der Mindesteinzahlung von einem Viertel zur freien Verfügung des Vorstands steht.<sup>251</sup> Eine Anmeldung allein durch die Vorstandsmitglieder in vertretungsberechtigter Anzahl soll nicht ausreichend sein;<sup>252</sup> vielmehr ist die „wirtschaftliche Neugründung“ nach hM von allen „Verwendern“ (Aktionären) sowie allen Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrates anzumelden (§ 36 Abs. 1); alle Vorgenannten haben die Versicherung gemäß § 37 Abs. 1 abzugeben.<sup>253</sup> Dies kann bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft in der Praxis zu erheblichen Problemen führen, wenn die Aktionäre, zB weil die Gesellschaft Inhaberaktien ausgegeben hat, namentlich nicht bekannt sind. Daher wird auch häufig vertreten, Offenlegung und Versicherung nach § 37 Abs. 1 seien nur von allen Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats abzugeben.<sup>254</sup> Der Handelsregisteranmeldung sollen die in § 37 genannten Anlagen und Nachweise beizufügen sein.<sup>255</sup> Das kann jedoch nur insoweit gelten, als diese Unterlagen mit der „wirtschaftlichen Neugründung“ in Zusammenhang stehen.

**51 d) Registergerichtliche Prüfung.** Die Offenlegung der „wirtschaftlichen Neugründung“ ermöglicht dem **Registergericht** deren Prüfung entsprechend § 38. In materieller Hinsicht erstreckt sich die Prüfung insbesondere auf die Aufbringung des Grundkapitals,<sup>256</sup> bei entsprechenden Anhaltpunkten auch auf das Vorhandensein einer Unterbilanz.<sup>257</sup> Nach umstrittener, aber zutreffender Ansicht<sup>258</sup> führt die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung als solche nicht zu einer Eintragung im Handelsregister, da nur Tatsachen und Rechtsverhältnisse, deren Eintragung gesetzlich angeordnet ist, eintragungsfähig sind und ein gesetzlicher Eintragungstatbestand „wirtschaftliche Neugründung“ derzeit nicht existiert. Ob – wie in der registergerichtlichen Praxis verbreitet – die Eintragung eventuell beantragter Satzungsänderungen und bzw. oder die Eintragung neuer Vorstandsmitglieder auch nach der Entscheidung des BGH vom 6.3.2012<sup>259</sup> weiterhin zum einen von der Offenlegung, zum anderen von der Abgabe der Versicherung nach § 37 abhängig gemacht werden darf, wird allerdings in Frage gestellt.<sup>260</sup> Hiervon ist jedoch auszugehen,<sup>261</sup> da der BGH in diesem Urteil lediglich die haftungsrechtliche Reichweite der „wirtschaftlichen Neugründung“ (→ Rn. 52), nicht aber deren registerverfahrensrechtliche Dimension begrenzt hat.<sup>262</sup>

**52 e) Haftung.** Die registergerichtliche Präventivkontrolle der ordnungsgemäßen Kapitalausstattung wird auf materieller Ebene ergänzt durch eine entsprechende Anwendung des Haftungsmodells der

<sup>250</sup> StRpR, BGHZ 192, 341 Rn. 17 = NZG 2012, 539; BGHZ 153, 158 (162) = NJW 2003, 892; BGHZ 155, 318 (323 f.) = NJW 2003, 3198; MüKoAktG/Pentz Rn. 104; Winnen RNotZ 2013, 389 (401) mwN; vgl. Spindler/Stilz/Limmer Rn. 47; Theusinger/Andrä ZIP 2014, 1916 (1920).

<sup>251</sup> Vgl. Grigoleit/Vedder Rn. 14; Schmidt/Lutter/Seibt Rn. 43; vgl. ferner HK-AktG/Körber § 179 Rn. 25; vgl. ferner Melchior AG 2013, R.223 (R.224), der hinsichtlich Inhalte der Versicherung zwischen Verwendung einer Vorratsgesellschaft und Verwendung einer Mantelgesellschaft differenziert.

<sup>252</sup> AA Schmidt/Lutter/Seibt Rn. 43 und Hüffer/Koch Rn. 27a; vgl. Melchior AG 2013, R.223 (R.224) bei Verwendung einer Vorratsgesellschaft: Vorstand in vertretungsberechtigter Anzahl und Vorsitzender des Aufsichtsrats.

<sup>253</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 104; NK-AktR/Braunfels Rn. 31; Winnen RNotZ 2013, 389 (402); Gerber Rpfleger 2004, 469 (471); vgl. Melchior AG 2013, R.223 (R.224) bei Verwendung einer Mantelgesellschaft.

<sup>254</sup> Heinze BB 2012, 67 (68); DNotI-Report 2012, 93 (96); Grigoleit/Vedder Rn. 14; Spindler/Stilz/Limmer Rn. 47; vgl. Schmidt/Lutter/Seibt Rn. 43 und Hüffer/Koch Rn. 27a: Offenlegung fällt in Geschäftsbereich des Vorstands.

<sup>255</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 104.

<sup>256</sup> Gerber Rpfleger 2004, 469 (472).

<sup>257</sup> BGHZ 155, 318 (326 f.) = NJW 2003, 3198.

<sup>258</sup> Winnen RNotZ 2013, 389 (403) mzN über den Meinungsstand; Melchior AG 2013, R.223 (R.223); vgl. BGHZ 192, 341 Rn. 26 = NZG 2012, 539; aA MüKoAktG/Pentz Rn. 104.

<sup>259</sup> BGHZ 192, 341 = NZG 2012, 539.

<sup>260</sup> Bejahend Grigoleit/Vedder Rn. 14; dagegen mit beachtlichen Argumenten Heinze BB 2012, 67 (68); iErg ebenso Spindler/Stilz/Limmer Rn. 47; vgl. Bachmann NZG 2012, 579 (580); zum Ganzen ausf. DNotI-Report 2012, 93 (95); vgl. ferner Melchior AG 2013, R.223 (R.224).

<sup>261</sup> Vgl. OLG Nürnberg MittBayNot 2011, 417 Rn. 58.

<sup>262</sup> So ausdrücklich DNotI-Report 2012, 93 (94); vgl. BGHZ 192, 341 Rn. 9 ff., 18, 26 = NZG 2012, 539; aA Winnen RNotZ 2013, 389 (403).

**Unterbilanzaftung.**<sup>263</sup> Die Aktionäre haften den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber auf den Betrag, den das Gesellschaftsvermögen hinter dem Nennbetrag des Grundkapitals zurückbleibt. Voraussetzung für die Unterbilanzaftung ist, dass die Aktionäre der (Neu-)Aufnahme der Geschäfte zugestimmt haben.<sup>264</sup> Entscheidender Stichtag soll insoweit der **Tag der Offenlegung** der „wirtschaftlichen Neugründung“ gegenüber dem Registergericht sein.<sup>265</sup> Lange Zeit wurde von der hM<sup>266</sup> hieraus die Schlussfolgerung gezogen, dass eine zeitlich unbegrenzte und daher mit fast unübersehbaren Risiken verbundene Unterbilanzaftung drohe, wenn die Offenlegung nicht in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der tatsächlichen „wirtschaftlichen Neugründung“, sondern erst Jahre später erfolge; dies sollte selbst dann gelten, wenn im Zeitpunkt der „wirtschaftlichen Neugründung“ das Grundkapital noch unversehrt vorhanden war.<sup>267</sup> Nunmehr hat der BGH – in einer Entscheidung zum GmbH-Recht, deren Aussagen aber gleichermaßen für Aktiengesellschaften Geltung beanspruchen – klargestellt, dass auch bei unterlassener Offenlegung eine solche zeitlich unbegrenzte Unterbilanzaftung nicht eingreift, sondern die Unterbilanzaftung vielmehr höhenmäßig fixiert ist.<sup>268</sup> Die Haftung der Gesellschafter ist bei **unterlassener Offenlegung** auf den Umfang der Unterbilanz begrenzt, die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem die „wirtschaftliche Neugründung“ entweder durch Anmeldung der Satzungsänderungen oder durch die Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit **erstmals nach außen in Erscheinung tritt**.<sup>269</sup> Ausschlaggebend für die zeitliche und damit auch betragsmäßige Limitierung der Unterbilanzaftung bei der „wirtschaftlichen Neugründung“ ist aus Sicht des BGH, dass trotz der weiterhin befürworteten analogen Anwendung der Gründungsvorschriften die „wirtschaftliche Neugründung“ nicht mit der die rechtliche Existenz der Gesellschaft begründenden (echten oder rechtlichen) Neugründung gleichgesetzt werden darf.<sup>270</sup> Sinn und Zweck der entsprechenden Anwendung der Gründungsvorschriften soll lediglich sein, die Kapitaldeckung der Gesellschaft zum Zeitpunkt der „wirtschaftlichen Neugründung“ sicherzustellen.<sup>271</sup> Bei unterlassener Offenlegung der „wirtschaftlichen Neugründung“ kommt es im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Unterbilanzaftungsansprüchen jedoch zu einer **Beweislastumkehr**.<sup>272</sup> Danach tragen in diesem Fall die unter dem Gesichtspunkt der Unterbilanzaftung in Anspruch genommenen Aktionäre die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass in dem Zeitpunkt, zu dem die „wirtschaftliche Neugründung“ in vorgenannter Weise nach außen in Erscheinung getreten ist, keine Differenz zwischen dem statutarischen Grundkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens bestanden hat.<sup>273</sup> Vor diesem Hintergrund wird die Erstellung einer auf den maßgeblichen Stichtag bezogenen Bilanz empfohlen.<sup>274</sup> Richtig erscheint es, dass die Beweislastumkehr entfällt, soweit die Offenlegung nachgeholt und eine registergerichtliche Kontrolle auf dieser Grundlage durchgeführt werden kann.<sup>275</sup> Voraussetzung hierfür ist aber, dass sich der dann erbrachte Deckungsnachweis ebenfalls auf den Zeitpunkt des erstmaligen Auftretens nach außen bezieht; ansonsten hätten die Aktionäre die Möglichkeit, auf eine günstige Geschäftsentwicklung zu spekulieren.<sup>276</sup> Ein Unterbilanzaftungsanspruch erlischt nicht dadurch, dass die Aktiengesellschaft nach dem maßgeblichen Stichtag aus anderen Gründen („anderweitige Auffüllung des Haftungsfonds“) über ein das Grundkapital deckendes Vermögen verfügt.<sup>277</sup> Zwischenzeitliche Einzahlungen der haftenden Gesellschafter reduzieren jedoch dann den Umfang der Unterbilanzaftung, wenn sie – was im Wege

<sup>263</sup> BGHZ 155, 318 (326 f.) = NJW 2003, 3198; BGHZ 192, 341 Rn. 19 = NZG 2012, 539; BGH NZG 2008, 147 Rn. 4 = ZIP 2008, 217; Hüffer/Koch Rn. 27b; grdl. zur Unterbilanzaftung BGHZ 80, 129 (140) = NJW 1981, 1373; BGHZ 105, 300 (303) = NJW 1989, 710; BGHZ 134, 133 = NJW 1997, 1507.

<sup>264</sup> BGHZ 155, 318 (326 f.) = NJW 2003, 3198; BGHZ 192, 341 Rn. 36 = NZG 2012, 539; Hüffer/Koch Rn. 27b; Grigoleit/Vedder Rn. 16; aA MüKoAktG/Pentz Rn. 105.

<sup>265</sup> BGHZ 155, 318 (326 f.) = NJW 2003, 3198; BGHZ 192, 341 Rn. 19 = NZG 2012, 539.

<sup>266</sup> OLG Jena ZIP 2007, 124 (125); NZG 2004, 1114 (1115); OLG Köln ZIP 2008, 973; Bachmann NZG 2011, 441 (443 ff.); Hüffer NJW 2011, 1772 (1773); Hüffer, 10. Aufl. 2012, Rn. 27a; Apfelbaum notar 2011, 279 (283).

<sup>267</sup> Hüffer, 10. Aufl. 2012, Rn. 27a; offen gelassen von OLG München NZG 2010, 544 (546); aA KG NZG 2010, 387 (388); Habersack AG 2010, 845 (849); Hermanns ZNotP 2010, 242 (244 f.).

<sup>268</sup> BGHZ 192, 341 Rn. 7 ff. = NZG 2012, 539.

<sup>269</sup> BGHZ 192, 341 Rn. 14, 20 = NZG 2012, 539 unter ausdrücklicher Aufgabe von BGH NZG 2008, 147 Rn. 4 = NJW-RR 2008, 483.

<sup>270</sup> AA Bachmann NZG 2011, 441 (445); Hüffer NJW 2011, 1772 (1773, 1777).

<sup>271</sup> BGHZ 192, 341 Rn. 23 = NZG 2012, 539.

<sup>272</sup> BGHZ 192, 341 Rn. 42 = NZG 2012, 539; hierzu Bachmann NZG 2012, 579 (580).

<sup>273</sup> BGHZ 192, 341 Rn. 42 = NZG 2012, 539.

<sup>274</sup> Bachmann NZG 2012, 579 (581); Thiergart jurisPR-HaGesR 9/2012 Anm. 1 S. 4.

<sup>275</sup> vgl. Jeep NZG 2012, 1209 (1216 f.); aA Horn DB 2012, 1255 (1256 f.).

<sup>276</sup> So auch Hüffer/Koch Rn. 27b mwN; MüKoAktG/Pentz Rn. 113.

<sup>277</sup> BGHZ 192, 341 Rn. 45 = NZG 2012, 539; hierzu sehr krit. Jeep NZG 2012, 1209 (1216).

## § 25 1

1. Buch. 2. Teil. Gründung der Gesellschaft

der Auslegung zu ermitteln ist – mit entsprechender Tilgungszweckbestimmung vorgenommen wurden<sup>278</sup> oder sich zumindest dem Unterbilanzhaftungsanspruch eindeutig objektiv zuordnen lassen.<sup>279</sup> Neben der Unterbilanzhaftung droht ferner eine **Handelindenhaftung** (§ 41 Abs. 1 S. 2 analog), wenn vor Offenlegung der „wirtschaftlichen Neugründung“ die Geschäfte der Gesellschaft aufgenommen werden, ohne dass dem alle Aktionäre zugestimmt haben.<sup>280</sup>

## § 24 (aufgehoben)

### I. Allgemeines

- 1 § 24 aF ist durch das Gesetz zur Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2016) vom 22.12.2015 (BGBl. I S. 2565) aufgehoben worden. § 24 aF ließ Satzungsregelungen zu, wonach auf Verlangen eines Aktionärs seine Inhaberaktie in eine Namensaktie oder seine Namensaktie in eine Inhaberaktie umzuwandeln ist. Für die Aufhebung der Vorschrift waren drei Gesichtspunkte maßgeblich: Zum einen wäre bei **nichtbörsennotierten Aktiengesellschaften** das Verlangen eines Aktionärs, seine Namensaktie in eine Inhaberaktie umzutauschen, aufgrund der ebenfalls mit der Aktienrechtsnovelle 2016 eingeführten Neuregelung der besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen für Inhaberaktien (vgl. § 10 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und S. 3; → § 10 Rn. 17 ff.) nicht mehr ohne Weiteres erfüllbar. Zum anderen wäre bei **börsennotierten Aktiengesellschaften** die Umwandlung der Aktien einzelner Aktionäre auf deren Verlangen mit einem unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand verbunden. Schließlich hat die Praxis von den durch § 24 aF gewährten Möglichkeiten in der Vergangenheit kaum Gebrauch gemacht hat.<sup>1</sup>

### II. Übergangsregelung

- 2 Da die mit der Aktienrechtsnovelle 2016 eingeführte Neuregelung der besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen für Inhaberaktien bei nichtbörsennotierten Aktiengesellschaften (vgl. § 10 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und S. 3; → § 10 Rn. 17 ff.) nicht für solche Aktiengesellschaften gilt, deren Satzung vor dem 31.12.2015 durch notarielle Beurkundung festgestellt wurde und deren Aktien auf den Inhaber lauten (vgl. § 26h Abs. 1 EGAktG; → § 10 Rn. 22), sah sich der Gesetzgeber veranlasst, für „Altgesellschaften“ mit **§ 26h Abs. 2 EGAktG** eine **Übergangsregelung** einzuführen. Sofern die Satzung einer Aktiengesellschaft einen Umwandlungsanspruch nach § 24 aF zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Aktienrechtsnovelle 2016 vorsah, bleibt diese Satzungsbestimmung wirksam. Daraus resultierende Umwandlungsansprüche können unbefristet beibehalten werden; eine Satzungsanpassung ist nicht erforderlich.<sup>2</sup> Für diese „Altfälle“ s. die Kommentierung in der 2. Aufl.

## § 25 Bekanntmachungen der Gesellschaft

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

### I. Allgemeines

- 1 **1. Regelungsgegenstand.** Das AktG bestimmt in einer Vielzahl von Vorschriften, dass Bekanntmachungen der Aktiengesellschaft in den „Gesellschaftsblättern“ zu erfolgen haben (zB §§ 20 Abs. 6, 64 Abs. 2 und 3, 97 Abs. 1, 121 Abs. 4, 124 Abs. 1, 226 Abs. 2). Daneben kann in der Satzung in weiteren Fällen die Bekanntmachung in den „Gesellschaftsblättern“ vorgesehen werden. Bekanntmachungen, die nach dem Gesetz oder der Satzung in den „Gesellschaftsblättern“ zu erfolgen haben, werden als „**Pflichtbekanntmachungen**“ bezeichnet.<sup>1</sup> § 25 bestimmt, welches Medium „Gesellschaftsblatt“ für „Pflichtbekanntmachungen“ ist. Für die sog. „freiwilligen Bekanntmachungen“ der

<sup>278</sup> BGHZ 192, 341 Rn. 47 = NZG 2012, 539.

<sup>279</sup> BGHZ 192, 341 Rn. 48 = NZG 2012, 539.

<sup>280</sup> BGHZ 155, 318 (327) = NJW 2003, 3198; BGH NZG 2011, 1066 Rn. 8, 11 ff. = GmbHR 2011, 1032; Hüffer NZG 2011, 1257 (1259); Gerber/Rpfleger 2004, 469 (472); Schmidt/Lutter/Seibt Rn. 45; HK-AktG/Körber § 179 Rn. 25c; NK-AktR/Braunfels Rn. 31; Grigoleit/Vedder Rn. 18; str., zum Meinungsstand Hüffer/Koch Rn. 27c und MüKoAktG/Pentz Rn. 105, jeweils mwN; krit. Winnen RNotZ 2013, 389 (409); abl. KK-AktG/A. Arnold Rn. 112; Hüffer/Koch Rn. 27c; MüKoAktG/Pentz Rn. 112; Habersack AG 2010, 845 (850).

<sup>1</sup> Zum Ganzen Begr. RegE, BT-Drs. 18/4349, 18; Hüffer/Koch Rn. 1; vgl. Spindler/Stilz/Limmer Rn. 7.

<sup>2</sup> Zum Ganzen Begr. RegE, BT-Drs. 18/4349, 33; Hüffer/Koch Rn. 1.

<sup>1</sup> Vgl. MüKoAktG/Pentz Rn. 3; Hüffer/Koch Rn. 1; Spindler/Stilz/Limmer Rn. 2; NK-AktR/Braunfels Rn. 1; HK-AktG/Lohse Rn. 2.

Aktiengesellschaft, die nach Gesetz oder Satzung nicht in den „Gesellschaftsblättern“ erfolgen müssen (zB Vierteljahrssbericht; Aufforderung nach § 63 Abs. 1 S. 2), ist § 25 ohne Bedeutung.<sup>2</sup> Wie diese zu erfolgen haben ist gemäß § 23 Abs. 4 in der Satzung zu regeln (→ § 23 Rn. 28). Schließlich ist für die Bekanntmachungen des Registergerichts § 10 HGB maßgeblich.

**2. Normzweck.** § 25 bestimmt als **Pflichtgesellschaftsblatt** den Bundesanzeiger und gewährleistet damit, dass die „Pflichtbekanntmachungen“ der Aktiengesellschaft in einer allgemein zugänglichen Quelle veröffentlicht werden und vor nachträglichen Manipulationen geschützt sind.<sup>3</sup>

**3. Entstehungsgeschichte.** § 25 hat seine heutige Fassung durch das Gesetz zur Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2016) vom 22.12.2015 (BGBl. I S. 2565) mit Wirkung zum 31.12.2015 erhalten, mit dem der bisherige Satz 2, auf dessen Grundlage weitere Medien zu „Gesellschaftsblättern“ bestimmt werden konnten, aufgehoben wurde. Zuvor wurde zum 30.3.2012 das Nebeneinander von gedrucktem und elektronischem Bundesanzeiger mit der Einstellung der Druckausgabe des Bundesanzeigers beendet und der elektronische Bundesanzeiger in „Bundesanzeiger“ umbenannt. Dem entsprechend wurde mit Wirkung zum 1.4.2012 § 25 S. 1 aF durch das Gesetz zur Änderung von Vorschriften über Verkündung und Bekanntmachungen sowie der Zivilprozessordnung, des Gesetzes betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung und der Abgabenordnung vom 22.12.2011 (BGBl. I S. 3044) redaktionell geändert. Der Übergang von der früheren Druckausgabe des Bundesanzeigers zum elektronischen Medium als Pflichtgesellschaftsblatt war bereits mit Wirkung zum 1.1.2003 durch das Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität – Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG) vom 19.7.2002 (BGBl. I S. 2681) vollzogen worden.

## II. Der „Bundesanzeiger“ als Pflichtgesellschaftsblatt

**1. Bekanntmachung im Bundesanzeiger.** § 25 bestimmt den Bundesanzeiger zum Pflichtgesellschaftsblatt: eine Pflichtbekanntmachung (→ Rn. 1) **muss** in den Bundesanzeiger „eingerückt“ werden. Die alleinige Publikation in anderen Medien ist nicht ausreichend.<sup>4</sup> Der Bundesanzeiger wird von der Bundesanzeiger Verlag GmbH, Köln, betrieben und vom Bundesministerium der Justiz herausgegeben. Die zur elektronischen Veröffentlichung vorgesehenen Texte können nach einer einmaligen elektronischen Registrierung auf elektronischem Wege über die Website „www.bundesanzeiger.de“ übermittelt werden. Im Regelfall müssen die Daten bis spätestens um 14:00 Uhr des Übermittelungstages beim Betreiber eingegangen sein, damit sie spätestens am übernächsten Publikationsstag veröffentlicht werden. **Eingerückt** iSd § 25 ist die Bekanntmachung, wenn sie auf der Website des Bundesanzeigers eingestellt ist.<sup>5</sup> Soweit ein Beleg für die Veröffentlichung erforderlich ist (zB § 130 Abs. 3), ist die Angabe der Internet-Fundstelle ausreichend,<sup>6</sup> in der Praxis wird häufig ein Ausdruck beigelegt. Die Veröffentlichung der Pflichtbekanntmachung im Bundesanzeiger muss in deutscher Sprache erfolgen.<sup>7</sup> Für den Betreiber besteht Kontrahierungzwang zugunsten der Aktiengesellschaft; Veröffentlichungsanträge einer Aktiengesellschaft dürfen daher nicht abgelehnt werden.<sup>8</sup>

**2. Abweichende alte Satzungsbestimmungen.** Sofern in einer vor dem 1.1.2003 errichteten Satzung entsprechend § 25 S. 1 aF auf den „Bundesanzeiger“ – und damit auf die damalige Druckausgabe – als Pflichtgesellschaftsblatt verwiesen wird, war damit seit dem 1.1.2003 der Bundesanzeiger in seiner elektronischen Version gemeint. Zu diesem Datum ist der damalige „elektronische Bundesanzeiger“ anstelle der Druckausgabe zum „alleinigen nationalen Veröffentlichungsinstitut“ geworden.<sup>9</sup> Verweist eine vor dem 1.4.2012 errichtete Satzung auf den „elektronischen Bundesanzeiger“ als Pflichtblatt, ist damit seit dem 1.4.2012 der – nun umbenannte, ausschließlich in elektronischer Form publizierte – Bundesanzeiger gemeint.<sup>10</sup> Der objektiven Bedeutung einer Satzungsbestimmung, die sich ohne eigenen Regelungswillen auf die Wiedergabe des seinerzeitigen Gesetzeswortlauts beschränkt, wird nur eine Auslegung gerecht, die den Begriff „elektronischer Bundesanzeiger“

<sup>2</sup> Vgl. MüKoAktG/Pentz Rn. 3; Hüffer/Koch Rn. 1; Spindler/Stilz/Limmer Rn. 2.

<sup>3</sup> Vgl. MüKoAktG/Pentz Rn. 4.

<sup>4</sup> Hüffer/Koch Rn. 2; Spindler/Kramski NZG 2005, 746 (747).

<sup>5</sup> Spindler/Stilz/Limmer Rn. 3; Hüffer/Koch Rn. 2.

<sup>6</sup> Spindler/Stilz/Limmer Rn. 4; KK-AktG/A. Arnold Rn. 5; Noack BB 2002, 2025 (2027).

<sup>7</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 6; KK-AktG/A. Arnold Rn. 5; Hüffer/Koch Rn. 3.

<sup>8</sup> Hüffer/Koch Rn. 2; HK-AktG/Lohse Rn. 2.

<sup>9</sup> Spindler/Stilz/Limmer Rn. 5.

<sup>10</sup> HK-AktG/Lohse Rn. 1 unter Hinweis auf Begr. RegE, BT-Drs. 17/6610, 16, 17, 18, 24.

## § 26

### 1. Buch. 2. Teil. Gründung der Gesellschaft

durch „Bundesanzeiger“ ersetzt.<sup>11</sup> Eine Anpassung der Satzung ist nicht erforderlich,<sup>12</sup> kann sich aber empfehlen, um die Satzung mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang zu bringen.<sup>13</sup> Eine solche Satzungsanpassung ist als bloße „Fassungsänderung“ zu qualifizieren, die bei entsprechender Ermächtigung (§ 179 Abs. 1 S. 2 AktG) auch vom Aufsichtsrat beschlossen werden kann.<sup>14</sup>

#### III. Ausschluss der Bestimmung weiterer Gesellschaftsblätter

- 6 **1. Grundlagen.** Nach § 25 S. 2 aF in der bis zum Ablauf des 30.12.2015 geltenden Fassung **konnten** in der Satzung „andere Blätter“ oder „elektronische Informationsmedien“ als weitere „Gesellschaftsblätter“ bestimmt werden. Diese Möglichkeit wurde durch das Gesetz zur Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2016) vom 22.12.2015 (BGBl. I S. 2565) mit Wirkung zum 31.12.2015 aufgehoben. Damit wollte der Gesetzgeber Zweifeln bei der Fristenberechnung beim Nebeneinander mehrerer Gesellschaftsblätter vorbeugen und entgegenwirken.<sup>15</sup> Nach der **Übergangsregelung** des § 26h Abs. 3 EGAktG bleiben jedoch bei Inkrafttreten der Gesetzesänderung bestehende Satzungsregelungen iSd § 25 S. 2 aF wirksam. Eine Anpassung der Satzung an die neue Rechtslage ist nicht erforderlich. Eine Aktiengesellschaft mit einer entsprechenden Satzungsregelung muss Pflichtbekanntmachungen also auch künftig in den in der Satzung vorgesehenen Medien veröffentlichen. An diese weitere Veröffentlichung werden allerdings zukünftig **keine Rechtsfolgen** mehr geknüpft.<sup>16</sup> S. ansonsten zu § 25 S. 2 aF die Kommentierung in der 2. Aufl.
- 7 **2. Veröffentlichungen in weiteren Publikationsorganen.** Auch soweit der Anwendungsbe- reich der Übergangsvorschrift des § 26h Abs. 3 EGAktG nicht eröffnet ist (→ Rn. 6), bleibt es der Aktiengesellschaft unbenommen, Informationen zu den Bekanntmachungen neben dem Bundesan- zeiger in weiteren Publikationsorganen zu veröffentlichen.<sup>17</sup> Dies können entweder die nach § 23 Abs. 4 zu bestimmenden, nur für freiwillige Bekanntmachungen Geltung beanspruchenden Publika- tionsorgane (→ § 23 Rn. 28) oder auch andere oder zusätzliche papiergebundene wie elektronische Medien sein.<sup>18</sup> Hierzu kann der Vorstand in der Satzung berechtigt oder verpflichtet werden.<sup>19</sup> Rechtswirkungen sind mit der Veröffentlichung in solchen Organen aber nicht verbunden.<sup>20</sup>

#### IV. Rechtsfolgen der Veröffentlichung in den Gesellschaftsblättern

- 8 **1. Fristenlauf.** Das Gesetz knüpft in vielen Fällen an die Bekanntmachung in den Gesellschafts- blättern Rechtsfolgen (zB Wahrung der Ladungsfrist zur Hauptversammlung, § 123 Abs. 1; Kaduzie- rung oder Kraftloserklärung von Aktien, §§ 64 Abs. 3, 73 Abs. 2 S. 3). Wird durch die Bekanntma- chung eine **Frist** in Lauf gesetzt, beginnt die Frist mit dem „Einrücken“ in den Bundesanzeiger zu laufen (§ 187 Abs. 1 BGB).<sup>21</sup>
- 9 **2. Fehlerhafte Bekanntmachung.** Eine fehlerhafte Bekanntmachung, dh die unrichtige Wie- dergabe der bekannt zu machenden Angaben im Gesellschaftsblatt,<sup>22</sup> ist nicht rechtswirksam. Rechts- folgen, die das Gesetz an eine ordnungsgemäße Bekanntmachung knüpft (zB Lauf der Frist, Kaduzie- rung), treten nicht ein.<sup>23</sup>

#### § 26 Sondervorteile. Gründungsaufwand

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

<sup>11</sup> IErg ebenso Hüffer/Koch Rn. 3, vgl. die hM zu § 25 aF idF des TransPuG, zB OLG Köln BB 2003, 2311; Spindler/Stilz/Limmer Rn. 5; MüKoAktG/Pentz Rn. 8, jeweils mwN; Noack BB 2002, 2025 (2026); Groß DB 2003, 867 (868 f.); Grage RNotZ 2002, 326 (331).

<sup>12</sup> Born/Winstel AG 2012 R 9; Hüffer/Koch Rn. 3.

<sup>13</sup> Born/Winstel AG 2012, R 92.

<sup>14</sup> Born/Winstel AG 2012, R 92.

<sup>15</sup> Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 18/4349, 18 f.; Hüffer/Koch Rn. 1.

<sup>16</sup> Zum Ganzen Begr. RegE, BT-Drs. 18/4349, 33.

<sup>17</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 18/4349, 19.

<sup>18</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 18/4349, 19.

<sup>19</sup> So MüKoAktG/Pentz Rn. 15.

<sup>20</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 18/4349, 19.

<sup>21</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 13; Hüffer/Koch Rn. 4; Spindler/Stilz/Limmer Rn. 8.

<sup>22</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 14.

<sup>23</sup> Vgl. MüKoAktG/Pentz Rn. 14; Spindler/Stilz/Limmer Rn. 8; KK-AktG/A. Arnold Rn. 15; Hüffer/Koch Rn. 4.

(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 gesondert festzusetzen.

(3) <sup>1</sup>Ohne diese Festsetzung sind die Verträge und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung der Gesellschaft gegenüber unwirksam. <sup>2</sup>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 Gesellschaft 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 Rechtsverhältnisse, die den Festsetzungen zugrunde liegen, seit mindestens fünf Jahren abgewickelt sind.

## Übersicht

	Rn.		Rn.
<b>I. Allgemeines</b> .....	1, 2	3. Gründerlohn .....	10
1. Regelungsgegenstand .....	1	4. Grenzen bei der Festsetzung von Gründungsaufwand .....	11
2. Normzweck .....	2	5. Festsetzung in der Satzung .....	12, 13
<b>II. Sondervorteile (Abs. 1)</b> .....	3–7	a) Anforderungen .....	12
1. Begriff .....	3	b) Rechtsfolgen der Festsetzung .....	13
2. Arten von Sondervorteilen .....	4		
3. Grenzen bei der Festsetzung von Sondervorteilen .....	5	<b>IV. Rechtsfolgen fehlender Satzungspublizität</b> .....	14–16
4. Festsetzung in der Satzung .....	6	1. Registerrechtliche Folgen .....	14
5. Übertragung und Erlöschen des Sondervorteils .....	7	2. Zivilrechtliche Folgen (Abs. 3) .....	15
<b>III. Gründungsaufwand (Abs. 2)</b> .....	8–13	3. Sonstige Folgen .....	16
1. Begriff .....	8		
2. Gründungsentschädigung .....	9	<b>V. Änderung und Beseitigung von Festsetzungen (Abs. 4, 5)</b> .....	17, 18
		1. Änderung .....	17
		2. Beseitigung .....	18

## I. Allgemeines

**1. Regelungsgegenstand.** § 26 regelt zwei Sachverhalte einer sog. „qualifizierten Gründung“:<sup>1</sup> Zum einen werden Regelungen hinsichtlich der Vereinbarung von **Sondervorteilen** zugunsten von Aktionären oder Dritten getroffen (Abs. 1), zum anderen über die Übernahme von **Gründungsaufwand** durch die Gesellschaft (Abs. 2). In § 26 Abs. 3 werden die Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Anforderungen der Abs. 1 und 2 geregelt. § 26 Abs. 4 und 5 bestimmen Fristen, vor deren Ablauf Festsetzungen in der Satzung gemäß Abs. 1 und 2 nicht geändert oder aufgehoben werden können.

**2. Normzweck.** § 26 dient dem **Schutz** der **Gläubiger** der Gesellschaft sowie der gegenwärtigen und der künftigen **Aktionäre** vor unerkennbaren Vorbelastungen des Stammkapitals.<sup>2</sup> Das Erfordernis der **Satzungspublizität** für Vereinbarungen über Sondervorteile und Gründungsaufwand schützt vor verborgenen Risiken für die Kapitalgrundlage der Gesellschaft aus entsprechenden Absprachen anlässlich der Gründung der Gesellschaft. Ferner stellt § 26 Abs. 2 klar, dass für Gründungskosten nach außen zwar Gesellschaft und Aktionäre gesamtschuldnerisch haften, im Innenverhältnis aber die Gründer die Verbindlichkeiten zu tragen haben, soweit nicht in der Satzung eine abweichende Regelung getroffen ist.<sup>3</sup> § 26 Abs. 1 und 2 finden im Recht der GmbH entsprechende Anwendung.<sup>4</sup>

## II. Sondervorteile (Abs. 1)

**1. Begriff.** Gemäß § 26 Abs. 1 muss jeder einzelnen Aktionär oder Dritten eingeräumte besondere Vorteile in der Satzung unter Bezeichnung des Berechtigten festgesetzt werden. Sondervor-

<sup>1</sup> Vgl. Hüffer/Koch Rn. 1; MüKoAktG/Pentz Rn. 3; Schmidt/Lutter/Seibt Rn. 1.

<sup>2</sup> Vgl. Hüffer/Koch Rn. 1; MüKoAktG/Pentz Rn. 4; Schmidt/Lutter/Seibt Rn. 2; Spindler/Stilz/Limmer Rn. 1; KK-AktG/A. Arnold Rn. 3; NK-AktR/Braunfels Rn. 1.

<sup>3</sup> MüKoAktG/Pentz Rn. 5; Schmidt/Lutter/Seibt Rn. 2; NK-AktR/Braunfels Rn. 2.

<sup>4</sup> Vgl. BGHZ 107, 1 (6 f.) = NJW 1989, 1610; UHW/Ulmer GmbHG § 5 Rn. 186, 218.

## § 26 4, 5

### 1. Buch. 2. Teil. Gründung der Gesellschaft

teile in diesem Sinne sind Vorteile, die einzelnen oder allen Aktionären oder einem oder mehreren Dritten gegenüber der Gesellschaft aus Anlass der Gründung der Gesellschaft persönlich eingeräumt werden.<sup>5</sup> Sondervorteile iSd Abs. 1 sind im Unterschied zu mitgliedschaftlichen Sonderrechten iSd § 11 S. 1 und iSd § 35 BGB **Gläubigerrechte**, die dem Berechtigten persönlich und unabhängig von der Mitgliedschaft zustehen.<sup>6</sup> Soweit Sonderrechte ihrem Inhalt nach verkehrsfähig sind (§§ 399, 413 BGB), sind sie auch ohne die Aktie übertragbar. Teilweise wird vertreten, für die Charakterisierung als Sondervorteil sei es ohne Bedeutung, ob der Vorteil von der Gesellschaft oder von anderen Aktionären zu erbringen ist.<sup>7</sup> Da nach Sinn und Zweck der Norm vor unerkennbaren Belastungen der Gesellschaft geschützt werden soll (→ Rn. 2), sind als Sondervorteile iSd Abs. 1 nur solche Vorteile zu qualifizieren, die **zumindest auch** durch die **Gesellschaft** und nicht allein durch die Aktionäre zu erbringen sind.<sup>8</sup> Aus § 26 Abs. 3 folgt, dass Abs. 1 nur solche Vorteile erfasst, die aus **Anlass der Gründung** gewährt werden.<sup>9</sup> Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Vorteile mit der Gründung in einem sachlichen Zusammenhang stehen.<sup>10</sup> Aktionären oder Dritten nach Eintragung der Gesellschaft gewährte und nicht im Zusammenhang mit der Gründung stehende besondere Vorteile bedürfen zu ihrer Wirksamkeit daher nicht der Festsetzung in der Satzung.<sup>11</sup> Sondervorteile müssen dem Begünstigten gegenleistungsfrei zufließen.<sup>12</sup> Daher können Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen nur dann als Sondervorteile iSd Abs. 1 qualifiziert werden, wenn sie den Vertragspartner der Gesellschaft unangemessen bevorzugen oder ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht.<sup>13</sup> Auch die Begründung einer Verpflichtung der Gesellschaft zum Abschluss gegenseitiger Verträge mit dem Berechtigten kann einen Sondervorteil darstellen, insbesondere beim Abschluss von Verträgen mit Exklusivcharakter.<sup>14</sup>

**4 2. Arten von Sondervorteilen.** Sondervorteile iSd Abs. 1 können Vorteile jeder Art sein, dh sowohl vermögensrechtliche Vorteile als auch solche nicht vermögensrechtlicher Art. Als **vermögensrechtliche Vorteile** kommen zB Warenbezugsrechte, Umsatzprovisionen, Vor- oder Wiederaukufsrechte, Vorrrechte am Gewinn oder Abwicklungserlös, aber auch überhöhte Vergütungen iSd § 26 Abs. 2 (→ Rn. 9 f.) und Ansprüche auf den Abschluss von Exklusivverträgen über die Lieferung von Waren oder Dienstleistungen in Betracht.<sup>15</sup> Als **nicht vermögensrechtliche** Sondervorteile können zB besondere über § 131 hinausgehende Informationsrechte vereinbart werden. Ob auch ein Entsenderecht in den Aufsichtsrat gemäß § 101 Abs. 2 als – höchstpersönlicher, dh nicht übertragbarer – Sondervorteil zu qualifizieren ist<sup>16</sup> oder nicht,<sup>17</sup> ist in der Praxis ohne Bedeutung, da in § 101 Abs. 2 und § 26 Abs. 1 identische Voraussetzungen für dessen wirksame Vereinbarung begründet werden.<sup>18</sup> Von den Sondervorteilen iSd Abs. 1 sind die Sondervorteile iSd § 243 Abs. 2 zu unterscheiden, die durch eine sachwidrige Bevorzugung des Begünstigten gekennzeichnet sind.

**5 3. Grenzen bei der Festsetzung von Sondervorteilen.** § 26 Abs. 1 begründet lediglich formelle Voraussetzungen für die wirksame Vereinbarung von Sondervorteilen und ist demzufolge als **Formvorschrift** zu qualifizieren.<sup>19</sup> Bei der Festsetzung von Sondervorteilen sind darüber hinaus – als materiell-rechtliche Grenzen – die zwingenden Vorschriften des Aktienrechts zu beachten. So ist bei der Vereinbarung vermögensrechtlicher Sondervorteile der Vorrang des **§ 57 Abs. 1** (Verbot der Einlagenrückgewähr; → § 57 Rn. 5 ff.)<sup>20</sup> und des **§ 57 Abs. 2** (Verbot der Verzinsung von Einlagen; → § 57 Rn. 26) uneingeschränkt zu beachten. Nicht vermögensrechtliche Sondervorteile dürfen zB nicht mit den aktienrechtlichen Kompetenzvorschriften in Konflikt geraten. So ist weder die

<sup>5</sup> Schmidt/Lutter/*Seibt* Rn. 4; MüKoAktG/*Pentz* Rn. 8.

<sup>6</sup> AllgM, zB Hüffer/Koch Rn. 2; MüKoAktG/*Pentz* Rn. 8; Schmidt/Lutter/*Seibt* Rn. 4.

<sup>7</sup> Spindler/Stilz/*Limmer* Rn. 2.

<sup>8</sup> MüKoAktG/*Pentz* Rn. 9; KK-AktG/A. Arnold Rn. 6; Schmidt/Lutter/*Seibt* Rn. 4; NK-AktR/*Braunfels* Rn. 3; HK-AktG/*Lohse* Rn. 2; Hüffer/Koch Rn. 2.

<sup>9</sup> Spindler/Stilz/*Limmer* Rn. 2.

<sup>10</sup> AllgM, zB Hüffer/Koch Rn. 2; MüKoAktG/*Pentz* Rn. 8.

<sup>11</sup> Spindler/Stilz/*Limmer* Rn. 2; MüKoAktG/*Pentz* Rn. 19; Schmidt/Lutter/*Seibt* Rn. 11.

<sup>12</sup> KK-AktG/A. Arnold Rn. 5; Schmidt/Lutter/*Seibt* Rn. 5.

<sup>13</sup> Schmidt/Lutter/*Seibt* Rn. 5; Spindler/Stilz/*Limmer* Rn. 2; KK-AktG/A. Arnold Rn. 5; vgl. BGH WM 1969, 882 (884).

<sup>14</sup> Schmidt/Lutter/*Seibt* Rn. 5; vgl. KK-AktG/A. Arnold Rn. 8.

<sup>15</sup> Vgl. die Übersichten mwN bei Hüffer/Koch Rn. 3; MüKoAktG/*Pentz* Rn. 11; NK-AktR/*Braunfels* Rn. 4; HK-AktG/*Lohse* Rn. 4.

<sup>16</sup> So Hüffer/Koch Rn. 3; MüKoAktG/*Pentz* Rn. 12; NK-AktR/*Braunfels* Rn. 5; vgl. HK-AktG/*Lohse* Rn. 5.

<sup>17</sup> MHdB AG/Hoffmann-Becking § 3 Rn. 10.

<sup>18</sup> Spindler/Stilz/*Limmer* Rn. 3; KK-AktG/A. Arnold Rn. 11.

<sup>19</sup> Vgl. Schmidt/Lutter/*Seibt* Rn. 1; Spindler/Stilz/*Limmer* Rn. 5.

<sup>20</sup> Vgl. NK-AktR/*Braunfels* Rn. 6.