

Studium und Praxis

Europäisches Gesellschaftsrecht

Einführung für Studium und Praxis

von

Prof. Dr. Mathias Habersack, Prof. Dr. Dirk A. Verse

Geboren 1960; Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

4. Auflage

Europäisches Gesellschaftsrecht – Habersack / Verse

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Europäisches und Internationales Gesellschaftsrecht



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 60883 4

Reformbestrebungen in den EU-Mitgliedstaaten, ZGR 1997, 306; *Strampelli*, The IAS/IFRS after the crisis: limiting the impact of fair value accounting on companies' capital, ECFR 2011, 1 ff.; *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006; *Ullrich*, Verdeckte Vermögensverlagerungen in den Aktien- und GmbH-Rechten Frankreichs, Belgiens und Deutschlands, 1994; *Veil*, Unternehmensverträge, 2003; *Verse*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften, 2006; *ders.*, Auswirkungen der Bilanzrechtsmodernisierung auf den Kapitalschutz, in Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2009, Bd. 15 (2010), 67; *ders.*, Anteilseigner im Insolvenzverfahren, ZGR 2010, 299; *Vokuhl*, Kapitalmarktrechtlicher Anlegerschutz und Kapitalerhaltung in der Aktiengesellschaft, 2007; *Westermann*, Auf dem Weg zum Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen: die Kapitalbindung im Recht der GmbH, ZIP 2005, 1849; *ders.*, Kapitalschutz als Gestaltungsmöglichkeit, ZHR 172 (2008), 144; *Wilbelmi*, Das Mindestkapital als Mindestschutz – eine Apologie im Hinblick auf die Diskussion um eine Reform der GmbH angesichts der englischen Limited, GmbH-Rdsch. 2006, 13; *Wymeersch*, Das Bezugsrecht der alten Aktionäre in der Europäischen Gemeinschaft: eine rechtsvergleichende Untersuchung, AG 1998, 382; *ders.*, Article 23 of the second company law directive: the prohibition on financial assistance to acquire shares of the company, FS Drobnig, 1998, S. 725.

I. Grundlagen

1. Entwicklung

Die am 13. Dezember 1976 verabschiedete Zweite Richtlinie¹ bezweckt insbesondere 1 die Angleichung der Vorschriften über die Aufbringung und Erhaltung eines Mindestkapitals der Aktiengesellschaft und wird aus diesem Grund als Kapitalrichtlinie bezeichnet. Einen ersten Vorentwurf für eine Zweite Richtlinie hatte die Kommission bereits im Jahre 1965 vorgestellt². Der sodann im März 1970 vorgelegte Entwurf³ ist nach langwierigen Verhandlungen, die nicht zuletzt auf den zwischenzeitlich erfolgten Beitritt Großbritanniens, Irlands und Dänemarks zurückzuführen waren, im Dezember 1976 verabschiedet worden⁴. Am 23. November 1992 hat der Rat eine erste Änderungsrichtlinie verabschiedet, durch die ein neuer Art. 24a in die Zweite Richtlinie eingefügt worden ist⁵. Danach finden die Regeln über den Erwerb eigener Aktien auch dann Anwendung, wenn der Erwerb durch eine Tochtergesellschaft

¹ Zweite Richtlinie des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (77/91/EWG), ABl. Nr. L 26/1 v. 31.1.1977; abgedruckt in Rn. 92.

² Dok. Kom. 6063/III c 65-D vom 4.5.1965.

³ ABl. C 48 v. 24.4.1970, S. 8ff. = BT-Drucks. 6/595; dazu *Ankele* BB 1970, 988ff.; *Niesen* AG 1970, 281 ff.; s. ferner Stellungnahme des Europäischen Parlaments, ABl. Nr. C 114 v. 11.11.1971, S. 18ff.; Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. Nr. C 88 v. 6.9.1971, S. 1 ff.; vgl. ferner die im Jahre 1972 vorgelegte revidierte Fassung, KOM(72) 1310 endg.

⁴ Zu den im Zuge der Beitrittsverhandlungen erfolgten Änderungen vgl. *Habersack* ZIP 2006, 445, 446.

⁵ Richtlinie 92/101/EWG des Rates vom 23. November 1992 zur Änderung der Richtlinie 77/91 EWG über die Gründung der Aktiengesellschaft sowie die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals, ABl. Nr. L 347/64 v. 28.11.1992.

erfolgt. Die Neuregelung erwies sich als notwendig, nachdem das Vorhaben einer Konzernrechtsrichtlinie (§ 4 Rn. 15 f.) als gescheitert anzusehen war und ist. Weitere Änderungen der Kapitalrichtlinie sind durch die auf die SLIM-Initiative (§ 4 Rn. 24) zurückgehende⁶ Änderungsrichtlinie vom 6. September 2006 erfolgt⁷. Diese eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Erleichterungen bei der Sachkapitalerhöhung, beim Erwerb eigener Aktien und bei der finanziellen Unterstützung des Erwerbs eigener Aktien einzuführen (Rn. 30, 60, 62, 64). Vereinfachungen speziell für Sachgründungen und Sachkapitalerhöhungen im Rahmen von Verschmelzungen und Spaltungen sieht schließlich die Änderungsrichtlinie vom 16. September 2009 vor (§ 8 Rn. 2, 8)⁸. Wegen der mehrfachen Änderungen soll die Kapitalrichtlinie kurzfristig neu „kodifiziert“ werden; das hierauf gerichtete Verfahren hat die Kommission bereits eingeleitet⁹.

2. Anwendungsbereich

- 2 Anders als die Publizitätsrichtlinie (§ 5 Rn. 9) gilt die Kapitalrichtlinie nur für die *Aktiengesellschaft* und ihr entsprechende, im Einzelnen in Art. 1 Abs. 1¹⁰ aufgezählte Rechtsformen¹¹. Ihnen gemeinsam ist, dass sie den organisierten Kapitalmarkt in Anspruch nehmen können, die von ihnen ausgegebenen Anteile also grundsätzlich frei übertragbar sind. Nicht erfasst werden die GmbH und ihr vergleichbare Rechtsformen, darunter die englische *private limited company*¹². Die Kommission hatte zwar anfänglich erwogen, den Anwendungsbereich der Zweiten Richtlinie auf diese

⁶ Abdruck des Vorschlags der Arbeitsgruppe zur Vereinfachung des Gesellschaftsrechts bezüglich der Vereinfachung der Ersten und Zweiten Gesellschaftsrechts-Richtlinie in ZIP 1999, 1944, 1946 ff.; eingehend dazu *Baldamus* S. 37 ff., 91 ff.

⁷ Richtlinie 2006/68/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. September 2006 zur Änderung der Richtlinie 77/91/EWG des Rates in Bezug auf die Gründung von Aktiengesellschaften und die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals, ABl. Nr. L 264/32 v. 25. 9. 2006.

⁸ Richtlinie 2009/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Änderung der Richtlinien 77/91/EWG, 78/855/EWG und 82/891/EWG des Rates sowie der Richtlinie 2005/56/EG hinsichtlich der Berichts- und Dokumentationspflicht bei Verschmelzungen und Spaltungen, ABl. Nr. L 259/14 v. 2. 10. 2009.

⁹ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 54 Absatz 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten vom 1. 2. 2011, KOM(2011) 29. Allg. zum Prozess der „Kodifizierung“ mehrfach geänderter Richtlinien bereits § 4 Rn. 2.

¹⁰ Artikelbezeichnungen ohne Angabe eines Gesetzes beziehen sich im Folgenden auf die Zweite Richtlinie.

¹¹ Nach Art. 1 Abs. 2 brauchen die Mitgliedstaaten die Vorschriften der Richtlinie auf Investmentgesellschaften und Genossenschaften, die in einer der Art. 1 Abs. 1 genannten Rechtsformen gegründet worden sind, nicht anzuwenden. Für Investmentgesellschaften ist zwischenzeitlich eine Angleichung durch die Richtlinie vom 20. 12. 1985 (85/611/EWG) erfolgt; „Genossenschaften“ in der Rechtsform der AG sind solche, die einen genossenschaftlichen, auf Förderung des Erwerbs der Genossen gerichteten Zweck verfolgen. Näher zu den beiden Ausnahmetatbeständen *Mülbert*, FS Lutter, S. 535, 547 ff.; *Nienhaus* S. 99, 133 f.

¹² Zu ihr bereits in § 3 Rn. 22 ff.

Gesellschaftsformen auszudehnen; von diesem Vorhaben hat sie sich indes spätestens mit dem Aktionsplan von 2003 distanziert (§ 4 Rn. 7).

3. Inhalt der Richtlinie im Überblick

Die Richtlinie bezweckt in erster Linie die Angleichung der mitgliedstaatlichen 3 Vorschriften über die Gründung der Aktiengesellschaft sowie über die Erhaltung und Änderung des Kapitals der Gesellschaft. Ihre wesentliche Bedeutung liegt zunächst in der unionsweiten Festschreibung des kontinentaleuropäischen Grundsatzes des festen Kapitals¹³: Da die Aktionäre nicht persönlich für die Gesellschaftsschulden einzustehen haben, soll die Gesellschaft zum Schutz der Gläubiger über ein Mindestkapital verfügen, das zudem durch strenge Vorschriften über die Kapitalerhaltung gesichert wird. Die Richtlinie regelt deshalb nicht nur den Mindestbetrag des Kapitals, sondern auch und vor allem die Modalitäten der Leistung von Bar- und Sacheinlagen, den Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft, die Einziehung von Aktien und Veränderungen des Kapitals im Wege der Kapitalerhöhung und -herabsetzung. Die Richtlinie bezweckt allerdings, auch soweit sie die Aufbringung und Erhaltung des Garantiekapitals regelt, nicht allein den Schutz der Gläubiger. Ausweislich ihres zweiten und fünften Erwägungsgrundes geht es ihr vielmehr auch um den Schutz der Aktionäre. Diesem Zweck dienen insbesondere die Vorschriften über die Beteiligung der Hauptversammlung an Kapitalmaßnahmen und über die Informationspflichten bei schweren Verlusten, die Einführung eines Bezugsrechts der Aktionäre bei Kapitalerhöhungen und die Statuierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Letzterer ist im Übrigen auch Gegenstand von Art. 17 der Transparenzrichtlinie und Art. 4 der Aktionärsrechterichtlinie (Rn. 88f.).

Neben der Aufbringung und Erhaltung des Garantiekapitals regelt die Richtlinie 4 in ihren Art. 2 bis 5 wesentliche Fragen im Zusammenhang mit der *Gründung einer AG*. Insoweit versteht sie sich als Fortführung und Ergänzung der Publizitätsrichtlinie (§ 5 Rn. 1 ff.). Hervorzuheben sind Art. 2 und 3 betreffend den *Mindestinhalt* der Satzung, des Errichtungsakts oder eines gesonderten Schriftstücks¹⁴. Die Offenlegung dieser Urkunden brauchte in Art. 2 und 3 nicht geregelt zu werden; sie ist bereits durch Art. 2 der Publizitätsrichtlinie vorgeschrieben. Die Zweite Richtlinie bezweckt demnach, die Aussagekraft der nach der Publizitätsrichtlinie offenzulegenden Urkunden und Angaben zu steigern; insoweit ist sie mit den Bilanzrichtlinien vergleichbar (§ 5 Rn. 5, § 9 Rn. 10 ff.).

4. Höchst- oder Mindestregelung?

In ihren Einzelheiten noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob die Kapital- 5 richtlinie Mindest- oder Höchstregelungen enthält¹⁵. Zahlreiche Vorschriften der Richtlinie enthalten zwar eine eindeutige Antwort auf diese Frage. So sind die die Offenlegung regelnden Vorschriften der Art. 2 und 3 ausdrücklich als Mindestregelungen konzipiert. Entsprechendes gilt für Art. 6, der ein Mindestkapital von 25.000 €

¹³ S. dazu bereits § 1 Rn. 6, § 4 Rn. 9 sowie unten Rn. 17 ff.

¹⁴ Zu dem „gesonderten Schriftstück“ im Sinne des Art. 3 s. Rn. 9.

¹⁵ Eingehend dazu *Drinkuth*, insbesondere S. 58 ff., 117 ff. (differenzierend); ferner Köln-Komm.-A. *Arnold* § 27 Rn. 8 ff.; *Schall* S. 10 ff. (grundsätzlich Mindeststandards); allg. dazu bereits § 3 Rn. 64 ff.

vorschreibt (Rn. 17), ferner für Art. 9, der eine Einzahlung von mindestens 25 % des Nennbetrags der gezeichneten Aktien verlangt. Umgekehrt enthalten etwa Art. 7, 11 Abs. 2 und 17 Höchst- oder Ausschlussregelungen. Die Beispiele ließen sich vermehren.

- 6 Die Richtlinie enthält allerdings auch Vorschriften, deren Wortlaut sich nicht entnehmen lässt, ob es sich bei ihnen um Mindest- oder Höchstregelungen handelt. Nach allgemeinen Grundsätzen ist deshalb auf den *Schutzzweck* der jeweiligen Einzelsvorschrift und der Richtlinie im Allgemeinen abzustellen (§ 3 Rn. 64 ff.). Aufschlussreich könnte insoweit der 2. Erwägungsgrund sein; danach nämlich bezweckt die Richtlinie, „beim Schutz der Aktionäre einerseits und der Gläubiger der Gesellschaft andererseits ein Mindestmaß an Gleichwertigkeit sicherzustellen.“ Indes muss dies nicht für das Vorliegen einer generellen Mindestregelung sprechen; vielmehr lässt sich dies durchaus auch in dem Sinne verstehen, dass die Richtlinie für ein *Mindestmaß an Angleichung* und damit für eine Angleichung auch „nach oben“ sorgen will¹⁶. Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass die Richtlinie selbst dieses (vermeintliche) Anliegen stark relativiert, enthält sie doch zahlreiche Vorschriften, die ausdrücklich Mindestnormcharakter haben (Rn. 5). Im Ergebnis ist der 2. Erwägungsgrund somit wenig aussagekräftig, so dass es auf den Schutzzweck der jeweils in Frage stehenden Einzelsvorschrift ankommt. EuGH und BGH haben Art. 11 und 29 Abs. 4 im Sinne von Mindestregelungen ausgelegt¹⁷; darauf ist im Zusammenhang mit den Ausführungen zur Leistung von Sacheinlagen und zum Bezugsrechtsausschluss zurückzukommen (Rn. 38 ff.; 82 f.).

5. Umsetzung in das deutsche Recht

- 7 Die Bundesrepublik¹⁸ ist ihrer Verpflichtung zur Umsetzung der Kapitalrichtlinie durch das am 1. Juli 1979 in Kraft getretene Durchführungsgesetz vom 13. Dezember 1978 nachgekommen¹⁹. Art. 1 des Durchführungsgesetzes hat zu zahlreichen Änderungen und Ergänzungen des AktG geführt. Besonders betroffen waren die Vorschriften über die Sachgründung, die Kapitalerhöhung und den Erwerb eigener Aktien. Des Weiteren ist mit § 53a AktG der allgemeine, über den Regelungsbereich der Kapitalrichtlinie hinaus geltende Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre eingefügt worden. Von einer Umsetzung der 1. Änderungsrichtlinie (Rn. 1) konnte der deutsche Gesetzgeber dagegen absehen. Denn schon das Durchführungsgesetz von 1978 hat mit § 71d AktG eine dem Art. 24a entsprechende Vorschrift über den Erwerb von Aktien durch Tochtergesellschaften geschaffen, die heute allerdings im Lichte des durch die 1. Änderungsrichtlinie eingefügten Art. 24a auszulegen ist (§ 3 Rn. 53 ff.).

¹⁶ So insbesondere GA *Tesouro* WM 1992, 1570, 1571, Tz. 12; *Steindorff* EuZW 1990, 251, 252; *Kindler* ZHR 158 (1994), 339, 352 f.; zu weit. Nachw. s. Fn. 102 f., 229.

¹⁷ Zu Art. 29 Abs. 4 s. EuGH, Urt. v. 19. 11. 1996, Rs. C-42/95, Slg. 1996, I-6017, 6034 ff., Tz. 15 ff. – *Siemens/Nold*; EuGH, Urt. v. 18. 12. 2008, Slg. 2008, I-10139 Tz. 26; zu Art. 11 BGHZ 110, 47, 69 f. – *IBH/Lemmerz*.

¹⁸ Zur Umsetzung in den übrigen Mitgliedstaaten s. den Überblick bei *Hobloch* in *Hobloch*, Supranationales Recht Rn. 17; ferner *Schwarz* Rn. 566 ff.

¹⁹ Gesetz zur Durchführung der Zweiten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts, BGBl. I, S. 1959; näher dazu *Ganske* DB 1978, 2461 ff.; *Hüffer* NJW 1979, 1065 ff.; *W. Müller* WPg. 1978, 565 ff.

Von den durch die Änderungsrichtlinie 2006 (Rn. 1) ermöglichten Erleichterungen hat der deutsche Gesetzgeber im Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) vom 30. Juli 2009²⁰ immerhin teilweise Gebrauch gemacht. Namentlich kann bei Sachgründungen und Sachkapitalerhöhungen nunmehr in bestimmten Fällen auf eine Bewertung der Sacheinlage durch externe Prüfer verzichtet werden (§§ 33a, 183a AktG, Rn. 32). Zudem ist der Erwerb eigener Aktien punktuell erleichtert worden, allerdings nicht so weit, wie es die Änderungsrichtlinie vorgibt (Rn. 62). Schließlich sind jüngst die in der Änderungsrichtlinie 2009 (Rn. 1) ermöglichten Vereinfachungen umgesetzt worden. Das Dritte Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 11. Juli 2011²¹ sieht hierzu vor, dass die Prüfung von Sacheinlagen im Rahmen von Verschmelzungen und Spaltungen mit einer AG bzw. KGaA als aufnehmendem bzw. neu gegründetem Rechtsträger künftig auch durch den Umwandlungsprüfer erfolgen kann²².

II. Die Vorschriften der Art. 1 bis 5

1. Mindestangaben über die Gesellschaft

Art. 2 und 3 bestimmen im Einzelnen, welche Mindestangaben die Satzung, der Errichtungsakt oder ein gesondertes Schriftstück²³ enthalten muss. Die Vorschriften stehen im Zusammenhang mit den Publizitätsvorschriften der 1. Richtlinie und sollen die Aussagekraft und den Informationsgehalt der danach offenzulegenden Urkunden steigern (Rn. 4). Art. 2 versteht sich zudem als Ergänzung zu Art. 12 der 1. Richtlinie. Denn danach ist die Nichtigerklärung einer Gesellschaft gestattet, deren Satzung die in Art. 2 aufgezählten grundlegenden Angaben nicht enthält. Allerdings statuiert Art. 12 der 1. Richtlinie keine entsprechende *Angabepflicht*. Diese Lücke schließt Art. 2.

Im Einzelnen sind nach Art. 2 lit. a bis e die Rechtsform und die Firma der Gesellschaft, der Unternehmensgegenstand, die Höhe des gezeichneten und eines etwaigen genehmigten Kapitals, eine etwaige Befristung der Gesellschaft sowie die Zahl und Art der Bestellung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder anzugeben. Was zunächst die *Firma* betrifft, so muss sie nach Art. 1 Abs. 1 S. 2 eine Bezeichnung enthalten, die sich von den für andere Gesellschaftsformen vorgeschriebenen Bezeichnungen unterscheidet oder mit einer solchen Bezeichnung verbunden sein. In Betracht kommt insbesondere ein Rechtsformzusatz; doch ist ein solcher nicht zwingend, weshalb Art. 2 lit. a neben der Firma die *Rechtsform* der Gesellschaft eigens erwähnt. Im Übrigen beurteilt sich die Wahl der Firma nach dem nationalen Recht. Die nach Art. 2 lit. c vorgeschriebene Angabe des *Unternehmensgegenstands* soll über den Schwerpunkt der unternehmerischen Betätigung der Gesellschaft informieren. Da-

²⁰ BGBl. I, 2479.

²¹ BGBl. I, 1138; zum Regierungsentwurf *Wagner* DStR 2010, 1629ff.

²² §§ 69 Abs. 1 S. 4, 75 Abs. 1 S. 2 UmwG; vgl. dazu Art. 10 Abs. 5 Unterabs. 2 und Art. 27 Abs. 3 Unterabs. 3 der Richtlinie in der Fassung durch die Änderungsrichtlinie 2009/109/EG (Rn. 1).

²³ Die Richtlinie nimmt damit auf die Praxis einiger Mitgliedstaaten Rücksicht, bestimmte Angaben nicht in die Satzung oder in den – an die Stelle der Satzung tretenden – Errichtungsakt, sondern in einer zusätzlichen Urkunde aufzunehmen; s. etwa für die Aktienübernahmeerklärung § 23 Abs. 2 AktG und dazu *Großkomm-Röhrich*, § 23 Rn. 2, 65 mit weit. Nachw.

rüber hinaus kommt ihr im Rahmen des Art. 10 Abs. 1 der 1. Richtlinie Bedeutung zu, der bei gegenstandsfremden Geschäften Ausnahmen vom Grundsatz der unbeschränkten und unbeschränkbaren Vertretungsmacht zulässt (§ 5 Rn. 32).

- 11 Nach Art. 2 lit. c ist des Weiteren die Angabe des *gezeichneten Kapitals* der Gesellschaft vorgeschrieben. Bei diesem Kapital handelt es sich um das in Art. 6ff. geregelte Garantiekapital der Gesellschaft; seine vollständige Zeichnung ist Voraussetzung für die Gründung der Gesellschaft (Rn. 17 ff., 24 ff.). Die Angabe des Kapitals ist insbesondere aus Sicht der Gesellschaftsgläubiger von Interesse, entscheidet doch die Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft ganz wesentlich über deren Kreditwürdigkeit. Zusätzlich zu dem gezeichneten Kapital ist ein etwaiges *genehmigtes Kapital* anzugeben. Es ist in Art. 25 Abs. 2 geregelt und bezweckt die Erleichterung der Kapitalbeschaffung. Anders als das in Art. 6 geregelte Mindestkapital ist es noch nicht gezeichnet; das Verwaltungsorgan wird vielmehr durch die Hauptversammlung ermächtigt, das gezeichnete Kapital bis zu einem bestimmten Betrag durch Ausgabe neuer Aktien zu erhöhen. Die Mitgliedstaaten sind zur Einführung eines solchen genehmigten Kapitals nicht verpflichtet. Lassen sie es aber zu, so müssen sie auch entsprechende Offenlegungspflichten einführen. Art. 2 lit. c betrifft die Einführung des genehmigten Kapitals durch die Gründungssatzung und die Änderung desselben; die nachträgliche Einführung des genehmigten Kapitals ist Kapitalerhöhung im Sinne des Art. 25 Abs. 1.
- 12 Nach Art. 2 lit. d haben die Mitgliedstaaten schließlich²⁴ Satzungsbestimmungen vorzuschreiben, welche die Zahl und die Art und Weise der Bestellung der *Mitglieder des Geschäftsführungs- und des Aufsichtsorgans* und die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen diesen Organen festlegen; die Angaben sind allerdings entbehrlich, soweit sie sich dem Gesetz entnehmen lassen. Was zunächst die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den Organen der Gesellschaft betrifft, so erklärt sich dieses Angabeerfordernis daraus, dass es nach wie vor an einer Angleichung der Vorschriften über die Struktur der AG fehlt (§ 4 Rn. 10 ff.). Art. 2 lit. d will deshalb sicherstellen, dass vom dispositiven Gesetzesrecht abweichende Kompetenzzuweisungen offengelegt werden. Im Übrigen obliegt es aber jedem Interessierten, sich über die jeweiligen mitgliedstaatlichen Vorschriften über die Organisationsverfassung der Gesellschaft zu informieren²⁵. Aus deutscher Sicht kommt diesem Angabeerfordernis angesichts des in § 23 Abs. 5 AktG enthaltenen Grundsatzes der Satzungsstrenge keine Bedeutung zu. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG, wonach der Aufsichtsrat auch unabhängig von einer entsprechenden Satzungsklausel bestimmte Arten von Geschäften des Vorstands unter den Vorbehalt seiner Zustimmung stellen kann. Denn bei diesem Zustimmungsvorbehalt handelt es sich nicht um eine „Zuständigkeit“ im Sinne des Art. 2 lit. d²⁶.
- 13 Auch Satzungsbestimmungen über die *Art und Weise der Bestellung* der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats kommt im deutschen Aktienrecht keine große Bedeutung zu; abgesehen von dem in § 101 Abs. 2 AktG vorgesehenen, durch die Satzung einzuführenden und damit offenzulegenden Entsenderecht beurteilt sich die Bestellung der Organwalter vielmehr nach den §§ 84, 101 Abs. 1 AktG und den Vor-

²⁴ Die nach Art. 2 lit. e darüber hinaus vorgeschriebene Angabe der Dauer der Gesellschaft gilt nur für befristete Gesellschaften.

²⁵ Zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift s. *Fankhauser* S. 126 f.

²⁶ So zu Recht *Lutter*, FS Ferid, S. 599, 614 f.; zustimmend auch *Schwarz* Rn. 576.

schriften über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer. Was die *Zahl* der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder betrifft, so scheint der Wortlaut des Art. 2 lit. d zunächst darauf hinzudeuten, dass die Satzung bzw. der Errichtungsakt diese selbst konkret festlegen muss. Wie ein Vergleich mit anderen Sprachfassungen der Richtlinie zeigt, wird aber nur verlangt, dass die Satzung bzw. der Errichtungsakt Regeln über die Festlegung der Zahl der Organmitglieder²⁷ enthält. Daher ist es unbedenklich, wenn die Satzung bloß eine Mindest- und eine Höchstzahl vorgibt²⁸ oder zur Zahl der Mitglieder des Leitungsorgans lediglich bestimmt, dass diese vom Aufsichtsorgan festgelegt wird²⁹. Die dem entsprechende gängige Auslegung des § 23 Abs. 3 Nr. 6 AktG³⁰ ist also mit den Vorgaben der Richtlinie vereinbar.

Die Vorschrift des Art. 3 enthält zusätzliche Angaben, die allerdings – abweichend 14 von denjenigen des Art. 2 – nicht notwendigerweise in der Satzung oder in dem Errichtungsakt enthalten sein müssen, sondern auch Bestandteil eines gesonderten Schriftstücks sein können, welches sodann nach Maßgabe des Art. 3 der Publizitätsrichtlinie offenzulegen ist (Rn. 9). Hervorzuheben sind der Sitz der Gesellschaft, der Nennbetrag und die Zahl der gezeichneten Aktien, der eingezahlte Betrag des gezeichneten Kapitals (Rn. 26), Gegenstand, Höhe und Schuldner von Sacheinlagen (Rn. 29 f.), die Personalien der Gründer, die Gründungskosten und etwaige Sonder Vorteile. Das AktG enthält in seinen §§ 23 Abs. 2 und 3, 25, 26, 27 entsprechende Vorschriften; Umsetzungsdefizite sind nicht ersichtlich.

2. Haftung der Gesellschaft bei einzelstaatlichem Genehmigungsvorbehalt

Nach Art. 4 Abs. 1 müssen die Mitgliedstaaten, sofern sie die Aufnahme der Ge- 15 schäftstätigkeit der Gesellschaft von einer Genehmigung abhängig machen, über Vorschriften verfügen, die die Haftung für die von der Gesellschaft oder auf deren Rechnung vor der Erteilung oder der Ablehnung einer solchen Genehmigung eingegangenen Verbindlichkeiten regeln. Eine Ausnahme gilt nach Art. 4 Abs. 2 für Verbindlichkeiten aus Geschäften, die unter der Bedingung der Genehmigung stehen und somit bei Genehmigungsverweigerung unwirksam sind. Art. 4 geht offensichtlich davon aus, dass die AG auch bei Nichterteilung der Genehmigung entstanden ist³¹; andernfalls findet nämlich Art. 8 der 1. Richtlinie Anwendung (§ 5 Rn. 26 ff.). Das nationale Recht kann deshalb bestimmen, dass zumindest die AG für die in ihrem Namen oder auf ihre Rechnung begründeten Verbindlichkeiten einzustehen hat. Darüber hinaus kann die Haftung weiterer Personen, etwa der Handelnden, eingeführt werden. Eine nationale Vorschrift, wonach nicht einmal die Gesellschaft haftet, wäre dagegen mit Art. 4 Abs. 1 nicht vereinbar. Die Bedeutung des Art. 4 ist jedenfalls aus deutscher Sicht gering. Selbst wenn es nämlich trotz fehlender Genehmigung zur

²⁷ „Rules governing the number (...)“; „règles qui déterminent le nombre (...)“.

²⁸ So auch *Lutter*, FS Ferid, S. 599, 613; *Kalss* S. 199; *Schwarz* Rn. 576; für § 23 Abs. 3 Nr. 6 AktG auch *Großkomm-Röhricht*, § 23 Rn. 158; *MünchKommAktG-Pentz* § 23 Rn. 136; *Hüffer* § 23 Rn. 31.

²⁹ BGH ZIP 2002, 216, 217, wo diese Auslegung der Richtlinie als offenkundig angesehen und demgemäß (§ 3 Rn. 59) von einer Vorlage an den EuGH abgesehen wird; ferner *Schwarz* DStR 2002, 1306 ff.; *Schäfer* ZGR 2003, 147, 158 ff.; *KölnKomm-Arnold* § 23 Rn. 124; zweifelnd dagegen noch *Großkomm-Röhricht* § 23 Rn. 160; *Fankhauser* S. 126; *Vorauf*l. § 6 Rn. 12.

³⁰ Begr. RegE, BT-Drucks. 8/1678, S. 12; *Ganske* DB 1978, 2461, 2462; *Hüffer* NJW 1979, 1065, 1066; *ders.* § 23 Rn. 31; *MünchKommAktG-Pentz* § 23 Rn. 138.

³¹ So auch *Kalss* S. 212 mit weit. Nachw.

Eintragung der Gesellschaft kommt³², ist an deren Rechts- und Verpflichtungsfähigkeit nicht zu zweifeln. Den Vorgaben des Art. 4 ist dadurch Rechnung getragen³³.

3. Absinken der Zahl der Aktionäre

- 16 Art. 5 regelt den Fall, dass die Zahl der Aktionäre unter die gesetzliche Mindestzahl der Gründer absinkt; er versteht sich als Ergänzung zu Art. 12 lit. b vi der 1. Richtlinie betreffend die Einpersonengründung. Nachdem § 2 AktG die Gründung der AG durch eine Person zulässt³⁴, erfasst Art. 5 aus deutscher Sicht allein die Entstehung einer „Keinpersonen-AG“³⁵. Sollte es je zur Entstehung eines solchen Gebildes kommen, so dürfte das nationale Recht nicht die automatische Auflösung der AG anordnen. Zulässig wäre allein die Auflösung durch gerichtliche Entscheidung (etwa gem. § 262 Abs. 1 Nr. 5 AktG), wobei allerdings das Gericht der Gesellschaft Gelegenheit zur Abhilfe geben müsste.

III. Der Grundsatz des festen Kapitals

1. Funktion

- 17 Nach Art. 6 Abs. 1 hat die AG über ein gezeichnetes Kapital zu verfügen, dessen Mindestbetrag die Mitgliedstaaten nicht unter 25.000 € ansetzen dürfen³⁶. Den Mitgliedstaaten steht es frei, einen höheren Mindestbetrag zu verlangen³⁷; hiervon hat der deutsche Gesetzgeber in § 7 AktG (50.000 €) Gebrauch gemacht³⁸. Das gezeichnete Kapital ist Eigenkapital und kann als solches, wie im einzelnen in Art. 15 f., 22,

³² Da nach Aufhebung des § 37 Abs. 4 Nr. 5 AktG a. F. durch das MoMiG die Genehmigungs-urkunde nicht mehr der Handelsregisteranmeldung beigelegt werden muss, dürfte dieser Fall heutzutage häufiger vorkommen als früher.

³³ So auch *Schwarz* Rn. 579.

³⁴ Diese Möglichkeit ist durch das Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts vom 2. 8. 1994 (BGBl. I, S. 1961) eingeführt worden; s. dazu auch Art. 6 der 12. Richtlinie und § 10 Rn. 4 f.

³⁵ Dazu Großkomm-*Brändel* § 1 Rn. 156; allg. *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/2: Die juristische Person, 1983, § 6 II; *K. Schmidt* § 33 V 2b (S. 995 f.); *Kreutz*, FS Stimpel, 1985, S. 379 ff.

³⁶ Die Ersetzung der Angabe „Ecu“ durch „Euro“ ist durch Art. 2 der VO Nr. 1103/97 vom 17. 6. 1997 (ABl. Nr. L 162/1) erfolgt.

³⁷ Europäische Kommission, Results of the external study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive, 2008, S. 1 (abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/capital/index_de.htm); *Schall* S. 13; *Schwarz* Rn. 582; einschränkend aber *Drinkuth* S. 135 ff. Der Kommissionsentwurf zur Kapitalrichtlinie aus dem Jahre 1970 (Fn. 3) hatte dagegen noch einen Höchststandard vorgesehen; dazu *Ankele* BB 1970, 988, 990.

³⁸ Einige Mitgliedstaaten kennen noch höhere Mindestbeträge, z. B. das Vereinigte Königreich (50.000 £, sec. 763 Companies Act 2006) oder Spanien (60.000 €, art. 4 Abs. 2 Ley de sociedades de capital). Frankreich hat dagegen den früher für die börsennotierte SA geltenden Mindestbetrag von 225.000 € unlängst auf den schon bisher für die börsenferne SA geltenden Mindestbetrag von 37.000 € abgesenkt (art. L224-2 Code de commerce).