Rheinische Notar-Zeitschrift

Die kleine AG als Alternative zur GmbH?

(von Notarassessor Dr. Georg Böcker, Köln)

A. Einführende Überlegungen

B. Der Begriff der „kleinen" AG, insbesondere in der rechtspolitischen Diskussion

I. Hintergründe, rechtspolitische Überlegungen, Internationales

II. Umsetzung im Gesetzgebungsverfahren, der Begriff der „kleinen" AG

C. Die Rechtsformwahl, insbesondere zwischen der GmbH und der AG

Die Rechtsformwahl als Entscheidungsprozess allgemein; Gegenstand der Untersuchung hier

D. Kriterien für die Rechtsformwahl, die aus der Struktur der AG unmittelbar folgen, wichtige, charakteristische Strukturmerkmale der AG

I. Der Grundsatz der Satzungsstrenge

II. Die Organisationsstruktur der AG im Gegensatz zu der der GmbH

1. Die Verwaltung der Aktiengesellschaft

a) Der Vorstand der AG im Gegensatz zu den Geschäftsführern der GmbH

aa) Zusammensetzung des Vorstandes

bb) Bestellung und Abberufung

– Besonderheiten zur Vertretung der Gesellschaft

cc) Aufgaben und Pflichtenstandard des Vorstandes, Haftung

dd) Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber Vorstandsmitgliedern

b) Der Aufsichtsrat als rechtsformspezifisches obligatorisches Organ der AG

aa) Anzahl und Zusammensetzung; Zusammenhang mit der Rechtsformwahl

– insbesondere Steuerberater und sonstige Berater als Aufsichtsratsmitglieder

bb) Bestellung und Abberufung

cc) Die innere Ordnung des Aufsichtsrats, Beschlussfassung

dd) Aufgaben des Aufsichtsrats, Sorgfaltspflichten, Haftung

2. Die Hauptversammlung

– Zuständigkeiten

3. Besonderheiten im Konzernrecht

a) Analoge Anwendung bestimmter Regeln im Aktiengesetz auf die GmbH

b) Faktischer Konzern

c) Zwischenergebnis

III. Unterschiede zwischen Vorschriften über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, die Einzahlung des Grundkapitals, Aufgeld

– Aufgeld

– Leistungszeitpunkt bei Sacheinlagen

– Kapitalerhaltung

IV. Besonderheiten bei mitgliedschaftlichen Rechten in der AG im Gegensatz zur GmbH

1. Gesellschafterrechte

2. Haftung der Aktionäre

3. Aktionäre im Hinblick auf die Regeln der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung treffende Verpflichtungen

– Insbesondere die Haftung nach der Veräußerung

4. Die Übertragung der Mitgliedschaft

a) Die Übertragungsmöglichkeiten für Aktien allgemein

b) Die Übertragung globalverbriefter Rechte, insbesondere solcher, die nach dem DepotG verwahrt werden; Wechselwirkungen zum Recht der „kleinen AG"

aa) Mehrfach- und Globalaktien

bb) Die Sondervorschriften des DepotG

cc) Globalaktien und kleine Aktiengesellschaften

dd) Zwischenergebnis

c) Der Ausschluss der Verkörperung in der Satzung, Reichweite, Folgefragen

d) Der Nachweis des Rechtsübergangs gegenüber der Gesellschaft

V. Sonstiges: Arbeitnehmermitbestimmung, Reputation der Rechtsform „AG", der Tätigkeit als Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied im Gegensatz zum Geschäftsführer oder Beiratsmitglied der GmbH

E. Folgerungen für die Rechtsformwahl, Überlegungen anhand ausgewählter Entscheidungssituationen, Typen von Aktiengesellschaften

I. Die AG als „Kapitalsammelstelle", Gründung oder Umwandlung einer AG als Vorbereitung auf den Börsengang, „Übungsphase"?

1. Der zur Börseneinführung geeignete Rechtsträger

a) Einzelrechtsübertragung oder Umwandlung

b) Entscheidungskriterien
c) Die kleine AG als geeignetes Übungsfeld
2. Kostenüberlegungen
3. Zwischenergebnis

II. Insbesondere die AG als Rechtsform für Familiengesellschaften?

III. Die Aktiengesellschaft als Mittel zur Arbeitnehmerbeteiligung?

F. Weitere rechtsformspezifische Merkmale der Aktiengesellschaft im Vergleich zur GmbH, die nur mittelbar Auswirkungen auf die Rechtsformwahl haben; ausgewählte praktische Probleme

I. Die Gründung der AG, Besonderheiten
1. Gründungsprotokoll, Form, notwendiger und zweckmäßiger Inhalt
– Namens- oder Inhaberaktien,
– Stückaktien?
2. Die Wahl und Bestellung des Gründungsprüfers
3. Die Bankbestätigung gemäß § 37 AktG

II. Besonderheiten bei der Ein-Mann-AG

III. Die Vertretung der Vor-AG, Besonderheiten gegenüber der Vor-GmbH?

IV. Die Vorbereitung und Abhaltung der Hauptversammlung der „kleinen" AG, Besonderheiten
– Erleichterungen bei der Einberufung und deren Handhabung
– Umfang der Formbedürftigkeit der Hauptversammlung
– Insbesondere die Abhaltung von Vollversammlungen, § 121 Abs. 6 AktG, sowie die nachträgliche Genehmigung von Beschlüssen durch nicht geladene Aktionäre, § 242 Abs. 2 S. 4 AktG
– Teilnahme von Vertretern ohne Vertretungsmacht, insbesondere nach den letzten Gesetzesänderungen
– Beurkundung der Hauptversammlung in der Form der Beurkundung von Willenserklärungen (wie die Vollversammlung der GmbH)
– Insbesondere die Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss

V. Der Vertrag über die Übertragung von Aktien, Übertragung von „Wertrechten"?, Verhältnis zum GmbH-Recht?

G. Ergebnis

A. Einführende Überlegungen

In allen Publikationen zum Thema „kleine AG" der letzten Jahre steht eine tatsächliche Beobachtung am Anfang: Die Zahl der in Deutschland gegründeten Aktiengesellschaften hat sich seit 1995 verdreifacht, bezogen auf einen Tiefstand Anfang der 80er-Jahre sogar verfünffacht[1].

Zeitlich kann man den Beginn dieses zahlenmäßigen Anstiegs, den geradezu feststellbaren „Gründungsboom"[2], mit dem In-Kraft-Treten des „Gesetzes für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts" im Jahre 1994 festlegen.

B. Der Begriff der „kleinen" AG, insbesondere in der rechtspolitischen Diskussion

I. Hintergründe, rechtspolitische Überlegungen, Internationales

Zur Einschätzung des Phänomens der „kleinen AG" ist zunächst festzuhalten, dass die Zahl der Aktiengesellschaften im Verlaufe der Jahrzehnte zuvor ebenfalls eine deutliche Entwicklung widerspiegelt: So betrug noch Mitte der 20iger-Jahre die Zahl der Aktiengesellschaften 13 000. Wenn man hierzu noch den Umstand hinzunimmt, dass, jedenfalls vor In-Kraft-Treten des „Gesetzes für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts" im Jahre 1994 der Anteil der börsennotierten Aktiengesellschaften an der Gesamtzahl aller Aktiengesellschaften auch im internationalen Vergleich der höchste war[3], ist eine deutliche Aussage möglich: Die Ausgestaltung der Aktiengesellschaft sowohl im AktG 1937 als auch AktG 1965 war klar auf den „Großunternehmensträger" ausgerichtet, auf die Aktiengesellschaft als Kapitalsammelstelle oder die große Publikumsgesellschaft[4], als Kehrseite aber ebenso auf den Anlegerschutz des Kleinstanlegers[5].

Auch wenn weder das Aktiengesetz noch das GmbHG zu irgendeinem Zeitpunkt eine solche Aussage ausdrücklich getroffen haben, war doch lange Zeit, einem faktischen Rechtsformzwang[6] entsprechend, die Aktiengesellschaft die Rechtsform der Großunternehmen, die GmbH für den Mittelstand da[7].

Die Idee einer „kleinen" Aktiengesellschaft in Abweichung von dem vorgenannten Konzept wurde erstmals Mitte der 80er-Jahre auf rechtspolitischer Ebene diskutiert[8] und damit das geschilderte Verhältnis des Nebeneinanders der beiden Rechtsformen erschüttert.

Der Ausgangspunkt hierfür war nicht ein speziell rechtswissenschaftlicher. Vielmehr sollten Mittel gegen die in deutschen Kapitalgesellschaften generell zu geringe Ei-

1 Zahlen bei Priester/Krieger/Quack, Aktuelle Praktikertagung Aktienrecht in der notariellen Praxis, Bochum 2001, S. 1; Hahn, GmbHR 2001, R 21: Ende Mai 2001 betrug die Zahl der Aktiengesellschaften in Deutschland 11.833 gegenüber 3 780 im Jahre 1995 und 2 100 im Jahre 1983.

2 Priester/Krieger/Quack, Aktuelle Praktikertagung Aktienrecht in der notariellen Praxis, Bochum 2001, S. 1.

3 Hommelhoff, AG 1995, 529, 530, Fn. 7; Wymeersch, AG 1995, 299, 300.

4 KK/Zöllner, AktG, Einleitungs-Band, 1984, Rn. 76, 87; Hommelhoff, ZGR-Sonderheft 12, 1994, 65; Seibert, ZIP 1994, 247 ff.; Hahn, DB 1994, 1659.

5 Hommelhoff, ZGR-Sonderheft 12, 1994, 65, 66 Fn. 4 mit weiteren Nachweisen.

6 Zum Begriff K. Schmidt, GesR, 3. Aufl., 1997, S. 107.

7 Hahn, DB 1994, 1659, 1660.

8 Reuter, Gutachten B zum 55. Deutschen Juristentag 1984; Albach/Lutter u. a., Deregulierung des Aktienrechts: Das Drei-Stufen-Modell; dazu auch Hölters/Deilmann, Die „kleine" Aktiengesellschaft, S. 2 ff.

genkapitalausstattung[9] entwickelt werden. Der Schlüssel hierzu sollte eine Erleichterung des Kapitalmarktzugangs dieser Unternehmen sein. Während hier Überlegungen, den Kapitalmarktzugang für die GmbH durch Übertragung bestimmter Regelungen aus dem Recht der Aktiengesellschaft zu erleichtern, schnell aus dem Blick gerieten, konzentrierten sich die Überlegungen auf eine Erleichterung des Zuganges zur Aktiengesellschaft, insbesondere durch Angleichung rechtlicher Strukturen an das GmbH-Recht[10].

Die hierdurch angestoßene Diskussion um die „kleine AG" mündete in verschiedenen Gesetzgebungsvorschlägen, die insbesondere verschiedene Arten der Aktiengesellschaft unterschieden, etwa im Gegensatz zur bisherigen einheitlichen AG eine große börsennotierte AG, eine „offene Aktiengesellschaft", deren Aktien an einem besonderen geregelten Markt gehandelt werden sollten, und die „private Aktiengesellschaft"[11] oder „Anleger-AG", die sich gegenüber der bisherigen AG durch Vereinfachungen und Erleichterungen, etwa bei der Beschlussfassung, auszeichnen sollte[12].

Gemeinsames Merkmal aller Gesetzgebungsvorschläge zur Einführung einer speziellen Ausprägung der Aktiengesellschaft für den Mittelstand war ungeachtet ihrer Ausgestaltung im Einzelnen, dass sich als rechtspolitische Folgefrage die des Verhältnisses einer solchen Rechtsform zur GmbH stellt: In dem Umfange, in dem sich eine neue Form der Aktiengesellschaft in ihrer Ausrichtung vom Bild der Publikumsgesellschaft, deren Anteile an der Börse gehandelt werden, entfernt, muss die Frage des Nebeneinanders dieser neuen Rechtsform zur GmbH, der bisher klassischen Organisationsform mittelständischer Unternehmen[13], formuliert werden, in der Überspitzung sogar die Frage nach der Berechtigung dieser Rechtsform überhaupt.

Diese Überlegung fällt wiederum zusammen mit der Beobachtung, dass das aus dem deutschen Recht seit jeher bekannte Nebeneinander der Rechtsformen der GmbH und der Aktiengesellschaft in ausländischen Rechtsordnungen zum Teil nicht bekannt ist. Im englischen Recht beispielsweise ist nur die börsennotierte „public company" und die nicht börsennotierte „private company" bekannt[14]. Die Herausbildung einer eigenen „privaten" oder „kleinen" Aktiengesellschaft müsste im Hinblick auf Tendenzen zur Angleichung des Gesellschaftsrechts der europäischen Staaten auch das bekannte Nebeneinander der verschiedenen Regelungsansätze insgesamt vor eine weitere Bewährungsprobe stellen[15].

II. Umsetzung im Gesetzgebungsverfahren, der Begriff der „kleinen" AG

Festzuhalten ist zunächst, dass der Gesetzgeber beim Erlass des „Gesetzes für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts" die vorgenannten rechtspolitischen Ideen zwar in der Überschrift des Gesetzes aufgenommen hat, dass hingegen der Inhalt dieses Gesetzes (kluge) Zurückhaltung übt.

Die Rechtsform einer „kleinen Aktiengesellschaft" gibt es nach geltendem deutschem Recht damit nicht[16]. Der Begriff der „kleinen Aktiengesellschaft" findet sich – mit Ausnahme der Gesetzesüberschrift – in den verschiedenen Gesetzesänderungen seit 1994 auch nicht.

Insbesondere wird an keiner Stelle des Aktiengesetzes auf die in § 267 HGB beschriebenen Größenklassen und die dort definierte „kleine Kapitalgesellschaft" abgestellt[17]. Mit dem Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts sowie verschiedenen Gesetzesänderungen seitdem hat der Gesetzgeber lediglich verschiedene Erleichterungen für solche Aktiengesellschaften zugelassen, die jeweils bestimmte, von der jeweiligen Vorschrift genannte Voraussetzungen erfüllen[18].

Soweit hierbei in verschiedenen Paragraphen des Aktiengesetzes darauf abgestellt wird, ob eine Gesellschaft börsennotiert ist[19], ist nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 2 AktG[20] hierfür maßgeblich, dass die Aktien zu einem Markt zugelassen sind, der von staatlich anerkannten Stellen geregelt und überwacht wird, regelmäßig stattfindet und für das Publikum mittelbar oder unmittelbar zugänglich ist. Erfasst sind damit der amtliche Handel (§§ 36 ff. BörsG), der geregelte Markt (§§ 71 ff. BörsG), der neue Markt, im Übrigen auch die Notierung an vergleichbaren Börsen im Ausland[21], nicht aber der Freiverkehr nach § 78 BörsG.

Im Übrigen wird die Gesellschaft dann eine „kleine" sein in dem Sinne, dass sie alle im Aktiengesetz enthaltenen Voraussetzungen für Erleichterungen erfüllt, wenn alle ihre Aktionäre namentlich bekannt sind (§ 121 Abs. 4

9 Hierzu und zu den historischen Gründen Reuter, Gutachten B zum 55. Deutschen Juristentag 1984, S. 8 ff.; Krüger, Zweckmäßige Wahl der Unternehmensform, 5. Aufl., 1992, S. 534.

10 Hahn, DB 1994, 1659, 1660.

11 Albach/Lutter u. a., Deregulierung des Aktienrechts: Das Drei-Stufen-Modell; Semler, Referat zum 55. Deutschen Juristentag, K 38, K 50.

12 Hommelhoff, ZGR-Sonderheft 12, 1994, 65 ff., 80 f.

13 Etwa auch in der Kombination der GmbH & Co. KG.

14 Hachenburg/Behrens, GmbHG, 7. Aufl., 1975, Einl., Rn. 601 ff.

15 S. a. Hahn DB 1994, 1659 ff. Die Berechtigung der verschiedenen Regelungsansätze als solcher soll insbesondere darin liegen, dass das Aktiengesetz von der Verantwortung des Staates für das gute Funktionieren des Rechtsrahmens geprägt sei, während sich der Gesetzgeber im GmbH-Recht deutlich und bewusst beschränkt habe. Hier sei das unverzichtbare Minimum an Gläubiger- und Gesellschafterschutz nur an wenigen Stellen kodifiziert, im Übrigen beschränke sich das Gesetz auf Gestaltungsvorschläge, Lutter, GmbHR 1990, 377, 379; Hommelhoff, ZGR-Sonderheft 12, 1994, 65, 70.

16 S. a. K. Schmidt, GesR, 3. Aufl., 1997, § 26 III, S. 781.

17 Für Letztere gelten die in § 274 a HGB genannten Erleichterungen bei der Rechnungslegung. Folgerungen im Hinblick auf Erleichterungen nach dem Aktiengesetz können aus dem Umstand, dass eine Kapitalgesellschaft eine „kleine" ist, nicht gezogen werden.

18 Bösert, DStR 1994, 1423.

19 Etwa in § 58 Abs. 2 S. 2 AktG (Ermächtigung von Vorstand und Aufsichtsrat zur Einstellung auch eines kleineren Teils des Jahresüberschusses als 50 % in andere Gewinnrücklagen); § 130 Abs. 1 S. 3 AktG (Befreiung vom Erfordernis der notariellen Beurkundung der Hauptversammlung). In § 121 Abs. 5 findet sich darüber hinaus die Differenzierung danach, ob eine Gesellschaft an einer deutschen Börse zum amtlichen Handel zugelassen ist. In diesem Falle darf die Hauptversammlung auch bei Fehlen einer entsprechenden Satzungsbestimmung am Ort dieser Börse stattfinden.

20 Hiervon zu unterscheiden ist wiederum die Definition der „börsennotierten Gesellschaft" in § 21 Abs. 2 des WpHG.

21 Wahlers, Die Satzung der kleinen Aktiengesellschaft, 2. Aufl., 2000, S. 3.

AktG)[22] und sie weniger als 500 Mitarbeiter beschäftigt (§ 76 Abs. 6 BetrVG 1952)[23].

C. Rechtsformwahl, insbesondere zwischen der GmbH und der AG

Die Rechtsformwahl als Entscheidungsprozess allgemein; Gegenstand der Untersuchung hier

Blickt man abstrakt auf den Entscheidungsprozess der Rechtsformwahl, also eines Vorganges, als dessen Ergebnis idealiter die Entscheidung für eine von mehreren vom Gesetz zur Verfügung gestellten Rechtsformen steht, so ist zunächst festzustellen, dass es hierfür ein „Patentrezept" nicht gibt[24]. Wenn dennoch in Publikationen, die sich mit der Wahl der richtigen Rechtsform für ein Unternehmen beschäftigen, abstrakt ein bestimmtes Vorgehen vorgeschlagen wird, so steht am Anfang der Überlegungen wohl stets die Ermittlung der tatsächlichen Rahmenbedingungen der unternehmerischen Tätigkeit. Erst wenn feststeht, wie der Gesellschafterkreis eines Unternehmens, dessen (angestrebte) Größe, die strategische Situation und das wirtschaftliche Umfeld aussehen[25], also eine Bestandsaufnahme des Möglichen und Gewollten vorliegt, kann sinnvollerweise nach einer bestimmten Rechtsform gefragt und ein „Unternehmerkleid nach Maß geschneidert"[26] werden. Blickt man hierbei auf die Vor- und Nachteile, die eine bestimmte Rechtsform gegenüber einer anderen hat, kann eine Entscheidung für eine bestimmte Rechtsform wiederum nicht mit mathematischer Genauigkeit ermittelt werden, etwa durch Anstellen eines bloßen betrieblichen Belastungsvergleichs. Es muss vielmehr die Gewichtung und Abwägung einzelner Gesichtspunkte für jeden Einzelfall gesondert erfolgen.

Die im Rahmen dieses Aufsatzes gestellte Aufgabe steht geradezu spiegelverkehrt zu dem geschilderten Entscheidungsprozess: Ausgangspunkt sind zwei abstrakte im Ansatz verschiedene Regelungskonzepte[27], die die beiden verschiedenen Rechtsformen der GmbH und der AG mit sich bringen.

Ausgehend von diesen rechtlichen Regelungskonzepten sind Rückschlüsse in den Bereich des Tatsächlichen zu versuchen und zu überlegen, ob es Fallgestaltungen gibt, in denen tendenziell die Entscheidung für die eine oder die andere Rechtsform näher liegt oder umgekehrt sich in bestimmten Fallgestaltungen die Wahl einer Rechtsform verbietet, damit umgekehrt die der anderen Rechtsform empfiehlt.

Generell sind zur Beantwortung einer solchen Fragestellung zwei Wege denkbar: Zum einen könnte man von bestimmten typischen Beratungssituationen, etwa der Beratung bei der Gründung einer „Familiengesellschaft" oder einer „Ein-Mann-Gesellschaft" ausgehen und jeweils untersuchen, welches der Regelungskonzepte angemessener erscheint. Zum anderen besteht die Möglichkeit, zum Ausgangspunkt der Überlegungen die rechtliche Seite, d. h. die jeweiligen Eigenarten der einen gegenüber der anderen Rechtsform zu machen. Nach dem oben zur idealiter vorzunehmenden Rechtswahl Ausgeführten ist der Weg im Folgenden vorgezeichnet: Die Situation der Familiengesellschaft existiert genauso wenig wie die der Ein-Mann-Gesellschaft oder der abhängigen Gesellschaft als solche. Im Übrigen muss sich eine Fallgruppenbildung, die vor der Beschäftigung mit dem eigentlichen Rechtsstoff stattfindet, stets mit dem Einwand der Zufälligkeit auseinandersetzen.

Für die Beschäftigung mit der Frage nach den Vor- und Nachteilen, die eine Entscheidung für die „kleine Aktiengesellschaft" gegenüber der für die GmbH mit sich bringt, kann dies nur bedeuten, dass Ausgangspunkt der Überlegungen die rechtliche Seite, die jeweiligen Eigenarten der einen gegenüber der anderen Rechtsform sein müssen. Deren Auswirkungen auf die jeweiligen zu berücksichtigenden Interessen und Gestaltungsziele müssen im Hinblick auf eine jeweils im konkreten Falle vorzunehmende Rechtsformwahl in den Blick genommen werden.

Dass die Ergebnisse dieser Überlegungen wiederum abstrahiert und letztlich in Fallgruppen zusammengestellt werden können (unten unter Buchstabe E), ist das Resultat der Auseinandersetzung, nicht deren Anfang.

Bei den folgenden Überlegungen zu den Strukturunterschieden zwischen GmbH und AG soll weiterhin der Tatsache Rechnung getragen werden, dass die GmbH in der Praxis der notariellen Beratung und Beurkundung die verbreitetste Rechtsform darstellt. Daher soll die GmbH jeweils auch Ausgangspunkt der Betrachtungen sein. Einer besonderen Erwähnung bedürfen bei einem Vergleich mit der „kleinen AG" daher insbesondere Abweichungen von dem bei der GmbH bekannten Rechtszustand.

Dies führt zu einem weiteren Ordnungsprinzip für die folgenden Überlegungen: Gerade für die Frage nach der Wahl der passenden Rechtsform existieren Kriterien, die sich bereits aus der Struktur der Aktiengesellschaft unmittelbar (im Unterschied zu der der GmbH) ergeben (unter Buchstabe D). Andere in einem Entscheidungsprozess für die eine oder die andere Rechtsform ebenfalls u. U. maßgebliche Umstände erschließen sich hingegen erst mittelbar dann, wenn man, immer ausgehend von und im Vergleich zur GmbH, für eine Gesellschaft typische Abläufe und Erfordernisse, etwa im Gründungsstadium, betrachtet (Buchstabe F).

---

22 S. dazu unten Abschnitt F. IV.

23 Solche „kleinen Aktiengesellschaften" unterliegen anders als zuvor nicht mehr der Mitbestimmung. Eine rechtsformabhängige Ungleichbehandlung zwischen AG und GmbH ist im Hinblick auf das Mitbestimmungsrecht damit beseitigt, s. dazu auch Abschnitt D. V.

24 Krüger, Zweckmäßige Wahl der Unternehmensform, Rn. 1.

25 Hennerkes/May, DB 1988, 483 ff. speziell zur Rechtsformwahl in Familienunternehmen; allgemein Krüger, Zweckmäßige Wahl der Unternehmensform, Rn. 1 ff.; MünchHdbGmbH/Grziwotz, 1996, § 2 Rn. 3 ff.; K. Schmidt, GesR, 3. Aufl., 1997, S. 85 ff.

26 Krüger, Zweckmäßige Wahl der Unternehmensform, Rn. 1 ff.

27 Dass die Entscheidungssituation im Hinblick auf die Rechtsformwahl hier eher eine künstliche ist, wird schon dadurch deutlich, dass hier nur die Entscheidung zwischen zwei Rechtsformen vorzunehmen ist, der Aktiengesellschaft und der GmbH. Im Rahmen der Entscheidung für eine bestimmte Rechtsform in einem konkreten Falle dürfte sich eine Entscheidung hingegen nicht von vornherein auf zwei Rechtsformen verengen. Insbesondere dürften aus einem Entscheidungsprozess nicht von vornherein die Rechtsformen der Personengesellschaften ausgeschlossen werden, etwa auch in Form der „Mischformen" der GmbH & Co. KG oder AG & Co. KG.

Während es sich bei den im ersten Teil zu untersuchenden Kriterien z. T. um solche handelt, um derentwillen gerade eine AG gegründet werden kann, geht es bei den später untersuchten mittelbaren Kriterien oder auch Besonderheiten eher um praktische Hindernisse oder in ihren Folgen zu beachtende Erschwernisse gegenüber der Situation in der GmbH. Solche Hindernisse gilt es in der Praxis zu beherrschen, soweit im Einzelfall möglich zu umschiffen; die – einmal richtig getroffene – Entscheidung zur Wahl der Rechtsform „AG" sollten diese nur im Einzelfall infrage stellen. Ihre Relevanz für die – auch notarielle – Praxis ist indessen unübersehbar.

D. Kriterien für die Rechtsformwahl, die aus der Struktur der AG unmittelbar folgen; wichtige charakteristische Strukturmerkmale der AG

I. Der Grundsatz der Satzungsstrenge

Eine der Einzelvorschriften im Aktiengesetz, deren Inhalt und darüber hinausgehender Rechtsgedanke die Struktur der AG gegenüber der der GmbH am meisten beeinflusst, ist § 23 Abs. 5 AktG. Hiernach darf die Satzung von den Vorschriften des Aktiengesetzes nur abweichen, wenn dies ausdrücklich zugelassen ist. Sämtliche Regelungen, die das Aktiengesetz daher, insbesondere hinsichtlich der im Folgenden zu behandelnden Organisationsstruktur bereithält, sind zwingend, können in der Satzung, und als Folge dieses Grundsatzes auch durch andere Nebenabreden, nicht geändert werden. Letzteres ist nur in den vom Gesetz ausdrücklich bezeichneten (Ausnahme)fällen möglich.

Erst unter Berücksichtigung dieses Grundsatzes wird der scherzhaft formulierte, in der Sache aber umso ernstere Satz, nach dem sowohl bei der Gründung als auch im weiteren Leben einer Aktiengesellschaft die Verantwortlichen, erst recht aber die rechtlichen Berater, stets das „Aktiengesetz unter dem Arm" tragen müssten[28], deutlich. Dieser Satz bestimmt inhaltlich als Leitgedanke die gesamten weiteren Überlegungen zur Organisationsstruktur der Gesellschaft.

Das GmbH-Gesetz hingegen kennt bekanntlich diesen Grundsatz der Satzungsstrenge nicht. Regelungen der Satzung können dort umgekehrt jeden Inhalt haben, sofern nicht gegen zwingende Vorschriften, insbesondere des GmbHG verstoßen wird[29]. Verschiedentlich wird darauf hingewiesen, dass dieser Grundsatz in der Praxis häufig als Nachteil der Aktiengesellschaft empfunden werde[30], was selbstverständlich ist, wenn man sich den mit diesem Grundsatz verbundenen Verlust an Flexibilität der Handhabung der Rechtsform „Aktiengesellschaft" im Verhältnis zur GmbH vor Augen führt. Dass aber dieser Grundsatz, weil er in der Praxis häufig als lästig empfunden wird, gleich einen wirklichen Nachteil der Aktiengesellschaft darstellt, ist damit nicht gesagt: Dem nur kleinen Spielraum, der bei der Satzungsgestaltung besteht, entspricht als Spiegelbild eine für die Aktionäre und Dritte möglicherweise erfreuliche Klarheit der Regelungen und Strukturen, die gesetzliches Leitbild der Vorschrift war[31]. Diese kann aus anderer Perspektive wiederum ein Vorteil der Aktiengesellschaft sein, die eben keine GmbH sein soll. Sind die mit der Aktiengesellschaft beschriebenen und im Folgenden noch darzustellenden Strukturen zu störend, ist die Aktiengesellschaft nicht die richtige Rechtsform, es sollte eher zur Rechtsform der GmbH geraten werden.

II. Die Organisationsstruktur der AG im Gegensatz zu der der GmbH

1. Die Verwaltung der Aktiengesellschaft

Auffälligster Unterschied zur GmbH ist, dass das Aktiengesetz zwingend von einer Dreiteilung der Organisation ausgeht[32]: Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung. In der GmbH bestehen hingegen mit der Gesellschafterversammlung und der Geschäftsführung nur zwei Organe.

Vorstand und Aufsichtsrat werden zusammen auch als die Verwaltung der Aktiengesellschaft bezeichnet[33].

Dem Vorstand ist die eigenverantwortliche Leitung der Gesellschaft zugewiesen (§ 76 Abs. 1 AktG). Er unterliegt der laufenden Kontrolle durch den Aufsichtsrat, der die Mitglieder des Vorstands bestellt und abberuft und die Geschäftsführung des Vorstands überwacht (§ 111 Abs. 1 AktG). Prägend für den Dualismus zwischen diesen verschiedenen Organen der Verwaltung ist die strikte personelle (§ 105 AktG) und weitgehende sachliche (§ 111 Abs. 4 AktG) Trennung von Vorstand und Aufsichtsrat[34].

a) Der Vorstand der AG im Gegensatz zu den Geschäftsführern der GmbH

aa) Zusammensetzung des Vorstands

Was die vom Gesetz ausdrücklich genannten persönlichen Anforderungen an ein Vorstandsmitglied anbelangt, so unterscheiden sich die Voraussetzungen nach § 76 Abs. 3 AktG nicht von denen des § 6 Abs. 2 GmbHG[35]. Auch sieht das Gesetz, sieht man von Vorgaben ab, die Vorschriften der betrieblichen Mitbestimmung mit sich bringen, keine zwingenden Anforde-

28 Priester, „Die Kleine AG als Alternative zur GmbH", Harzburger Steuerprotokolle 2000, 125, 137.

29 Keiner weiteren Bemerkungen bedarf, dass auch im GmbH-Recht eine Satzung bestimmte Bestandteile zwingend enthalten muss, § 3 Abs. 1 GmbHG, ebenso § 23 Abs. 3 AktG, dass im GmbH-Recht weiterhin bestimmte Regelungen, sollen sie Wirksamkeit erlangen, nur in der Satzung geregelt werden können, s. etwa § 3 Abs. 2 GmbHG für Nebenleistungsverpflichtungen von Gesellschaftern.

30 So Priester, „Die Kleine AG als Alternative zur GmbH", Harzburger Steuerprotokolle 2000, 125, 127.

31 MünchKomm/Pentz, AktG, 2. Aufl., 2000, § 23 Rdn. 150 m. w. N.

32 MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 19 Rn. 1.

33 MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 19 Rn. 1.

34 S. a. K. Schmidt, GesR, 3. Aufl., 1997, § 26 III, S. 717. Anders das sog. Boardsystem anglo-amerikanischer Prägung, bei dem Leitung und Kontrolle durch ein einziges Organ ausgeübt werden. Faktisch ist jedoch festzustellen, dass die Unterschiede zwischen den beiden Systemen in der Praxis etwas nivelliert werden: So soll in Aktiengesellschaften etwa nur mit einem Alleinaktionär das Trennungsprinizp regelmäßig „nur auf dem Papier stehen", MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 19 Rn. 3, während es in amerikanischen Großunternehmen durchaus üblich sei, die eigentliche Geschäftsführung in die Hände angestellter Manager zu legen, die dann vom board of directors, letztlich wie einem anderen Organ, überwacht werden (MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 19 Rn. 4).

35 Vorstand kann danach nur eine natürliche Person sein, darf keinem Einwilligungsvorbehalt unterliegen, nicht vorbestraft sein und keinem behördlichen Verbot unterliegen.

rungen an die Zahl der Vorstandsmitglieder vor: Der Vorstand einer Aktiengesellschaft kann aus einer oder mehreren Personen bestehen. Beträgt das Grundkapital der Gesellschaft mehr als 3 Millionen Euro, so hat der Vorstand aus mindestens zwei Personen zu bestehen, es sei denn, die Satzung bestimmt, dass er aus nur einer Person bestehen darf, § 76 Abs. 2 AktG.

Eine Regelung zur Unvereinbarkeit der Vorstandstätigkeit mit anderen in der Gesellschaft ausgeübten Tätigkeiten enthält § 105 Abs. 1 AktG: Danach kann ein Aufsichtsratsmitglied nicht gleichzeitig Vorstandsmitglied sein.

Ist durchweg in Fallgestaltungen, in denen die Gründung einer „kleinen" Aktiengesellschaft infrage kommt, die Zahl der als Organe zur Verfügung stehenden Personen eher knapp, so kommt als Lösung, Vertrauenspersonen zugleich zu Vorstandsmitgliedern als auch Aufsichtsratsmitgliedern zu machen, nicht in Betracht. Dieser Grundsatz der Funktionstrennung wird in § 105 Abs. 2 AktG ausnahmsweise durchbrochen. Voraussetzung dafür, dass ein Aufsichtsratsmitglied auch zum stellvertretenden Vorstandsmitglied ernannt werden darf, ist allerdings zum einen, dass diese Bestellung von vornherein auf höchstens ein Jahr begrenzt wird, zum anderen, dass dem Vorstand entweder ein Vorstandsmitglied fehlt, also die in der Satzung oder Geschäftsordnung vorgesehene Zahl der Vorstandsmitglieder nicht erreicht wird, oder ein Vorstandsmitglied verhindert ist. Das Aufsichtsratsmitglied, dessen Tätigkeit im Aufsichtsrat während der Zeit seiner Bestellung ruht, ist „stellvertretendes Vorstandsmitglied", was bedeutet, dass sich seine Vertretungsbefugnis nach der des fehlenden oder verhinderten Vorstandsmitgliedes richtet. Der Begriff der „Stellvertretung" soll aber ansonsten nicht im Sinne des § 164 BGB zu verstehen sein. Die Handlungen des Vorstandsmitgliedes werden daher der Gesellschaft unmittelbar, nicht etwa dem vertretenen Vorstandsmitglied zugerechnet[36].

Im Hinblick auf die Rechtsformwahl ist festzustellen, dass dann, wenn schon bei der Gründung abzusehen ist, dass es schwer fällt, die erforderliche Anzahl von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern zur Verfügung zu stellen, dies klar gegen die Gründung einer Aktiengesellschaft und mehr für die Gründung einer GmbH spricht, ungeachtet der genannten Ausnahmevorschrift.

Gesetzliche Beschränkungen dergestalt, dass Vorstandsmitglieder im Übrigen keine sonstige Vorstands- oder Geschäftsführungstätigkeit entwickeln dürften, bestehen nicht[37]. Solche anderweitige Geschäftstätigkeit wird aber stets unter die Vorschrift des § 88 Abs. 1 AktG fallen und daher ihre Zulässigkeit von der Einwilligung des Aufsichtsrats abhängen.

bb) Bestellung und Abberufung

Zwingend werden die Vorstandsmitglieder vom Aufsichtsrat berufen, § 84 Abs. 1 AktG, und zwar durch Beschluss des gesamten Aufsichtsrats[38]. Eine besondere Form ist für den Beschluss nicht vorgesehen; es gelten die Bestimmungen über die Beschlussfassung des Aufsichtsrats, § 108 AktG. Im Hinblick auf den Nachweis der Bestellung der Vorstandsmitglieder allgemein sowie bei der Anmeldung zum Handelsregister ist die Schriftform vorzusehen. Unterschiede zur GmbH bestehen damit nicht.

Das Gesetz begrenzt die Höchstdauer der Bestellung auf fünf Jahre. Anders als bei der GmbH sollte der Bestellungsbeschluss der Klarheit halber ebenfalls eine Befristung enthalten. Diese muss nicht unbedingt 5 Jahre betragen, darf aber wohl auch nicht kürzer als ein Jahr sein[39]. Ist im Bestellungsbeschluss keine Befristung enthalten, so ist im Zweifel eine Bestellung auf 5 Jahre anzunehmen[40].

Eine besondere Regelung hat auch die Abberufung von Vorstandsmitgliedern gefunden, § 84 Abs. 3 AktG. Anders als das GmbH-Gesetz, das in § 38 Abs. 1 vom Grundsatz der freien Abberufbarkeit der Geschäftsführer ausgeht[41], dürfen in der Aktiengesellschaft Vorstandsmitglieder ausnahmslos nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes vorzeitig abberufen werden. Wichtig ist, dass es sich bei diesen wichtigen Gründen, von welchen das Gesetz beispielhaft die grobe Pflichtverletzung oder die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung nennt, um solche objektiven Gründe handeln muss, die auch im Rahmen eines etwaigen dem Widerruf der Bestellung folgenden gerichtlichen Verfahrens Geltung beanspruchen können. Eine Ausnahme hiervon stellt nur der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung dar: Hier genügt als „wichtiger Grund" die Tatsache des Vertrauensentzuges, also eines entsprechenden Hauptversammlungsbeschlusses als solchen. Einer zusätzlichen Begründung bedarf es nicht[42]. Einer Einschränkung unterliegt dieser Grundsatz indessen wiederum nach § 84 Abs. 3 S. 2 2. HS AktG: Der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung ist dann kein wichtiger Grund, der einen Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied rechtfertigt, wenn dieser Vertrauensentzug aus „offenbar unsachlichen Gründen" erfolgt ist. Dies wiederum wird aber nur in Ausnahmefällen, die im Übrigen durch das betroffene Vorstandsmitglied vorzutragen und zu beweisen sind, vorliegen.

Zusammengefasst ist daher festzuhalten, dass das zuständige Organ an die einmal getroffene Entscheidung zur Bestellung von Vorstandsmitgliedern gebunden ist und eine ordentliche Möglichkeit, diese Entscheidung rückgängig zu machen, vom Gesetz nicht vorgesehen ist. Erst wenn zwei von drei Organen der Aktiengesellschaft, Hauptversammlung und Aufsichtsrat, zusammenwirken, ist die vorzeitige Abberufung eines Vorstandsmitgliedes möglich. Dass wichtige Gründe wie grobe Pflichtverletzungen oder die offensichtliche Unfähigkeit eines Vorstandsmitgliedes außerordentliche Abberufungsgründe sind, ist als allgemeiner Grundsatz zur Beendigung von Dauerrechtsverhältnissen[43] inhaltlich eher eine Selbstverständlichkeit.

---

36 MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 24 Rn. 32.
37 MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 20 Rn. 10.
38 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 84 Rn. 5.
39 S. Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 84 Rn. 7.
40 MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 20 Rn. 30.
41 Dieser Grundsatz kann nach § 38 Abs. 2 GmbHG durch die Satzung bis zur Grenze des Vorliegens wichtiger Gründe eingeschränkt werden. Ebenfalls sind Zwischenregelungen denkbar. S. Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 17. Aufl., 2000, § 38 Rn. 4.
42 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 84 Rn. 29.
43 Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl., 2002, Einl. vor § 241, Rn. 18 m. w. N.

Besonderheiten zur Vertretung der Gesellschaft

Gerade im Hinblick auf den hier vorzunehmenden Vergleich zwischen der GmbH und der personalistischen AG ist auf die Vorschrift des § 112 AktG hinzuweisen. Vorstandsmitgliedern gegenüber vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft. Umgekehrt folgt daraus, dass Vorstandsmitglieder gesetzlich von der Vertretung der Gesellschaft immer dann ausgeschlossen sind, wenn sie selbst mit der Gesellschaft in rechtsgeschäftliche Beziehungen treten. Die Regelung ist zwingend mit der Folge, dass eine Befreiung analog der in § 181 2. HS BGB nicht möglich ist. Im Hinblick darauf, dass ein Verstoß gegen die so im Gesetz formulierte Zuständigkeitsordnung als Verstoß gegen § 134 BGB zu sehen ist, werden entsprechende Rechtsgeschäfte z. T. als nichtig angesehen, nicht etwa nur als schwebend unwirksam und damit nicht genehmigungsfähig[44]. Möglich ist hingegen, in der Satzung eine Regelung vorzusehen, nach der der Aufsichtsrat Vorstandsmitglieder vom Verbot der Mehrfachvertretung, § 181 2. Fall BGB, befreien kann[45].

cc) Aufgaben und Pflichtenstandard des Vorstands, Haftung

Die „Leitung" der Gesellschaft, die nach § 76 Abs. 1 AktG dem Vorstand obliegt, bezeichnet einen Ausschnitt aus dem weiteren Bereich der Geschäftsführung, nämlich die Ausübung der eigentlichen Leitungsfunktionen in der Gesellschaft[46]. Dieser Begriff und die damit verbundene starke Stellung des Vorstands stellen ein weiteres wichtiges Strukturmerkmal der Aktiengesellschaft dar.

Der Begriff der „Leitung" hat für die Verteilung der Verantwortung in der Aktiengesellschaft in doppelter Hinsicht Bedeutung:

Er kann einerseits der Abgrenzung zu den Aufgaben des Aufsichtsrats dienen und natürlich auch gegenüber der Hauptversammlung, die von jedem direkten Einfluss auf den Vorstand ausgeschlossen sein soll[47]. Der Aufsichtsrat kann diese Leitungsfunktionen nicht an sich ziehen. Auch indirekt ist ihm eine solche Einflussnahme nicht gestattet, indem etwa Vorstandsmitgliedern bei der Bestellung oder im Anstellungsvertrag entsprechende Vorgaben gemacht werden. Die Abweichung von diesen Vorgaben stellt daher auch keinen wichtigem Grund nach § 84 Abs. 3 S. 1 AktG für eine Abberufung des Vorstands dar[48].

Andererseits hat § 76 Abs. 1 AktG auch Bedeutung für das Verhältnis des Vorstands als Kollegialorgan zu den einzelnen Vorstandsmitgliedern. Leitungsentscheidungen obliegen hiernach dem Vorstand als Gremium und können nicht auf einzelne Vorstandsmitglieder oder Dritte mit befreiender Wirkung, etwa auch im Rahmen einer Geschäftsverteilung in der Geschäftsordnung nach § 77 Abs. 2 AktG, delegiert werden[49].

Dies soll insbesondere für den sog. „Kernbereich" der Leitungsentscheidungen gelten, also alle vom Gesetz dem Vorstand auferlegten Aufgaben, die dessen Verhältnis zu einem anderen Organ zum Gegenstand haben, also schriftliche Berichte an den Aufsichtsrat gemäß § 90 AktG, Vorlage eines zustimmungspflichtigen Geschäfts an den Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG und die Beschlussvorschläge an die Hauptversammlung gemäß § 124 Abs. 3 AktG, ebenso aber die ihm durch handelsrechtliche Vorschriften auferlegten Verpflichtungen[50].

Selbstverständlich kann dies nicht bedeuten, dass der Vorstand alle Aufgaben in der Gesellschaft eigenhändig zu erledigen hat. Seine Aufgabe besteht darin, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass alle zur Verwirklichung des Unternehmenszweckes erforderlichen Maßnahmen tatsächlich durchgeführt werden.

Soweit außerhalb des genannten Kernbereiches eine Ressortbildung statthaft ist, kann durch Zuweisung einzelner Ressorts zu bestimmten Vorstandsmitgliedern zwar keine vollständige Entlastung des nicht befassten Vorstandsmitgliedes herbeigeführt werden. Dessen Handlungsverantwortung wandelt sich aber in eine Überwachungsverpflichtung um[51]. Eine Überwachungspflicht zwingt zumindest dann einzugreifen, wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass das zuständige Vorstandsmitglied seine Geschäfte nicht ordnungsgemäß führt[52]. Flankierend dazu besteht eine Pflicht aller Vorstandsmitglieder, sich über den wesentlichen Gang der Geschäfte und Entwicklungen im Gesamtunternehmen zu unterrichten sowie ein damit korrelierender umfassender Informationsanspruch[53].

Inhaltlich haben die Vorstandsmitglieder bei ihrer Tätigkeit die Sorgfaltspflicht eines „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters" anzuwenden, § 93 Abs. 1 S. 1 AktG. Das GmbHG spricht in § 43 Abs. 1 von der Sorgfalt eines „ordentlichen Geschäftsmannes". Diese Formulierungen stellen nichts anderes dar als eine konkretisierte Fassung des allgemein bestehenden Verhaltensstandards in § 276 Abs. 2 BGB. Der genannte Maßstab erfüllt hierbei jeweils eine Doppelfunktion[54], indem er einerseits einen Verschuldensmaßstab umschreibt, zum anderen objektive Verhaltenspflichten beschreibt.

Diese werden allgemein so dargestellt, dass maßgeblich ein pflichtbewusster selbstständig tätiger Leiter eines Unternehmens der konkreten Art sei, der nicht mit eigenen Mitteln wirtschafte, sondern, ähnlich einem Treuhänder, fremden Vermögensinteressen verbunden sei[55]. Die Formulierung klarerer, auf einzelne Tätigkeiten bezogener Verhaltensstandards muss, hiervon ausgehend, mangels Ausprägung und Vorhandensein gesetzlich oder sonst niedergelegter verbindlicher Verhaltensmaßstäbe,

44 OLG Hamburg WM 1986, 972; OLG Stuttgart AG 1993, 85, 86; KK/Mertens, AktG, 2. Aufl., 1996, § 112 Rn. 5; a. A. Werner ZGR 1989, 369, 392 ff; Einzelheiten sind strittig, s. Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 112 Rn. 7 m. w. N.

45 Zu einer solcher Regelung s. Langenfeld, NotBZ 2001, 157, 163.

46 MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 19 Rn. 12; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 76 Rn. 7; KK/Mertens, AktG, 2. Aufl., 1996, § 76 Rn. 4.

47 Dazu Hoffmann-Becking, ZGR 1998, 497, 507 zur damit verbundenen Rechtsänderung gegenüber der Situation nach dem AktG 1937.

48 MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 19 Rn. 12.

49 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 76 Rn. 7; MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 19 Rn. 12.

50 Hoffmann-Becking, ZGR 1998, 497, 508.

51 S. a. Jula, GmbHR 2001, 806, 810.

52 MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 19 Rn. 16; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 91 Rn. 3.

53 Hoffmann-Becking, ZGR 1998, 497, 512.

54 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 93 Rn. 3.

55 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 93 Rn. 4; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 17. Aufl., 2000, § 43 Rn. 8 für die GmbH.

fallbezogen und damit letztlich fallgruppenweise erfolgen. Dies gilt insbesondere, da mit dem Begriff der „eigenverantwortlichen Leitung" eines Unternehmens ebenfalls notwendig ein gewisser unternehmerischer Gestaltungsspielraum[56] korreliert: Pflichtwidrig kann generell nicht das bloße Fehlschlagen eines Geschäfts oder einer unternehmerischen Maßnahme sein, sondern nur die damit verbundene unverantwortliche Risikoübernahme[57] oder die hierin liegende Überschreitung anderer Verhaltensstandards.

Die vorgenannten Überlegungen zur Gesamtverantwortlichkeit des Vorstands und zu dessen Pflichtenstandard allgemein sind im Wesentlichen mit der Situation im GmbH-Recht identisch[58].

Ausführungen hierzu erfolgen deshalb, weil mit dem In-Kraft-Treten des sog. KonTraG vom 27. 4. 1998 an einer Stelle erstmals eine umfassende, auf die Leitung des Unternehmens bezogene Verhaltensanforderung in das Aktiengesetz aufgenommen wurde. § 91 Abs. 2 AktG verlangt, dass der Vorstand geeignete Maßnahmen zu treffen habe, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten habe, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.

Diese Verpflichtung zur Aufstellung eines „Frühwarnsystems"[59] und des Überwachungssystems trifft alle Aktiengesellschaften gleichermaßen, nicht nur etwa „große" börsennotierte Gesellschaften[60].

Was eigentlich Inhalt der hiermit normierten Verpflichtungen ist, ist umstritten. Insbesondere ist zweifelhaft, ob hiermit wirklich der aus der Betriebswirtschaftslehre bekannte Ansatz des „risk management" Gesetz geworden ist[61]. Die Zweifel beruhen hier bereits darauf, ob Gegenstand des nach dieser Vorschrift einzuführenden Überwachungssystems bereits bestandsgefährdende Maßnahmen als solche sind, oder ob der Vorstand erst dann, wenn er aufgrund von Maßnahmen, zu denen er nach allgemeinen Regeln verpflichtet ist, die umschriebenen Entwicklungen entdeckt hat, im Hinblick auf die dagegen eingeleiteten Maßnahmen ein Überwachungssystem einzuführen hat[62].

Nach letzterer Ansicht ist Inhalt von § 91 Abs. 2 AktG nur, dass eine unternehmensinterne Kontrolle dahin gehend vorgenommen wird, ob die gegen erkannte Gefahren eingeleiteten Maßnahmen auch geschehen, dass unmissverständliche Zuständigkeiten, ein engmaschiges Berichtswesen und eine angemessene Dokumentation gewährleistet sind. Letztlich hätte die Vorschrift damit nur klarstellenden Charakter[63].

Verlangt man hingegen nachprüfbare organisatorische Anforderungen bereits im Hinblick auf das Auffinden von Gefahrenlagen für die Gesellschaft, insbesondere ein umfassendes „risk-management", müsste dies dazu führen, dass bei eintretenden Schädigungen der Gesellschaft und einem folgenden Schadensersatzprozess gegen Verwaltungsmitglieder nicht mehr in erster Linie danach zu fragen wäre, ob diese ihrem Pflichtenstandard nach § 93 Abs. 1, 2 AktG gerecht geworden sind. Stellvertretend müsste in erster Linie Bedeutung erhalten, ob nicht bereits im Vorfeld der eigentlichen Pflichtverletzung ein schadensersatzauslösender Tatbestand darin gefunden werden könnte, dass nicht in ausreichendem Maße das „risk-management" ausgeführt wurde. Da wiederum, unabhängig davon, welcher betriebswirtschaftlichen Auffassung zu den Anforderungen man anhängt, diese bei einem Kleinunternehmen andere sein müssten als bei einer Publikumsgesellschaft mit u. U. zigtausenden Beschäftigten, müsste die Aufgabe darin bestehen, im Rahmen des § 91 Abs. 2 AktG Fallgruppen und Verhaltensanforderungen herauszuarbeiten, deren Verletzung zu Schadensersatz führen kann[64]. Jedenfalls dann läge mit größerer Wahrscheinlichkeit ein Schadensersatzanspruch nahe, wenn gar keine organisierten Maßnahmen der Früherkennung nachprüfbar durchgeführt worden sind. Eine Gesellschaft müsste, um Haftungsgefahren zu vermeiden, unabhängig vom Sinn einer solchen Maßnahme, in jedem Falle irgendetwas mit dem Anscheine der Professionalität Versehenes tun. Die Vorschrift des § 91 Abs. 2 AktG, so verstanden, könnte die Gefahr sinnlosen organisatorischen Leerlaufs heraufbeschwören[65].

Sinnvoll zur Herausarbeitung von Schadensersatztatbeständen gegen Verwaltungsmitglieder erscheint hingegen, Fallgruppen im Rahmen des § 93 Abs. 1, 2 AktG selbst zu bilden und nach Verstößen des Vorstands im Rahmen des ihm insgesamt zukommenden Leitungsermessens zu suchen. So könnte im Hinblick auf die Größe der Gesellschaft oder besondere Gefahrenlagen, die etwa mit dem Unternehmensgegenstand zusammenhängen, in einem Schritt sowohl entschieden werden, ob es eines spezifischen, auf das Aufspüren von Gefahrenlagen gerichteten Risikomanagements bedurfte und welche Tätigkeiten im Einzelnen erforderlich waren. Bei Großunternehmen wird man hier schon aufgrund allgemeiner Erwägungen zu Ergebnissen gelangen, die sich den Anforderungen eines umfassenden „risk-managements" nähern, während gerade für kleinere Unternehmen individuelle und aussagekräftige Lösungen gefunden werden können. Zu folgen ist daher der zweitgenannten Lösung, § 91 Abs. 2 AktG eher klarstellende Bedeutung zuzusprechen.

Erkennbar ist hieran indessen der beinahe rechtspolitisch einzuschätzende Wille, die Folgen und den Anwendungsbereich dieser Vorschrift gering zu halten. Die Rechtsentwicklung ist hier nur schwer absehbar. Be-

---

56 MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 19 Rn. 18; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 93 Rn. 13 a.

57 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 93 Rn. 13 a; s. zu dieser Abgrenzung zur reinen Erfolgshaftung Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 17. Aufl., 2000, § 43 Rn. 16; Goette, ZGR 1995, 648, 668 ff.

58 S. etwa zur GmbH Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 17. Aufl., 2000, § 37 Rn. 17 a.

59 Hoffmann-Becking, ZGR 1998, 497, 513.

60 Zu Kritik hieran etwa Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 91 Rn. 5. Bei Aktiengesellschaften, die Aktien „mit amtlicher Notierung" ausgegeben haben, hat nach § 317 Abs. 4 HGB flankierend der Abschlussprüfer zu beurteilen, ob der Vorstand die ihm nach § 91 Abs. 2 AktG obliegenden Aufgaben in geeigneter Form getroffen hat.

61 Dagegen etwa Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 91 Rn. 9; Hoffmann-Becking, ZGR 1998, 497, 513; Hommelhoff/Mattheus, AG 1998, 249, 251; anders Lück, DB 1998, 8 f.; ders., DB 1998, 1925 ff.

62 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 91 Rn. 5, 7 f.

63 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 91 Rn. 8.

64 Der Gesetzgeber lässt die konkrete Ausgestaltung bewusst offen, um unternehmensindividuelle Lösungen zu ermöglichen, BT-Drucks. 13/9712, S. 15; Dobler, DStR 2001, 2086 f.

65 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 91 Rn. 5.

triebswirtschaftlich orientierte Veröffentlichungen gehen zum Teil ohne weiteres Problematisieren davon aus, dass der strengeren Ansicht zu folgen ist[66]. Auch in der Praxis bei der Prüfung von Jahresabschlüssen nicht börsennotierter Gesellschaften findet, soweit ersichtlich, nicht selten der Umstand, ob die Gesellschaft ein „risk management" eingeführt hat, Erwähnung.

Für die Frage nach der Rechtswahl folgt aus den vorgenannten Überlegungen, dass allein mit der Gefahr, § 91 Abs. 2 AktG könne im Sinne des Erfordernisses eines umfassenden Risikomanagements verstanden werden, für die „kleine AG" gegenüber der GmbH wegen des hiermit verbundenen Aufwandes und der Kosten, in erster Linie aber durch die mit der Vorschrift verbundene Rechtsunsicherheit, ein deutlicher Rechtsformnachteil verbunden ist. Angesichts der Bemühungen des Gesetzgebers, die Rechtsform der AG auch für kleinere Gesellschaften zu öffnen, müssen diese Folgen und möglichen haftungsrechtlichen Konsequenzen beinahe als widersinnig angesehen werden[67].

dd) Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber Vorstandsmitgliedern

Die auf Verletzung der Obliegenheiten der Geschäftsführer oder der Vorstandsmitglieder beruhenden Schadensersatzansprüche nach § 43 Abs. 2 GmbHG und § 93 Abs. 2 AktG sind jeweils Ansprüche der Gesellschaft gegen die Organmitglieder. Es handelt sich mithin um einen Fall der Innenhaftung. Vor der Geltendmachung dieser Ansprüche gegen die Organmitglieder ist nach § 46 Nr. 8 GmbHG ein Beschluss der Gesellschafterversammlung erforderlich. Auch § 147 Abs. 1 AktG sieht vor, dass Ansprüche gegen Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats dann geltend gemacht werden müssen, wenn dies die Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit beschließt. Zusätzlich sieht § 147 Abs. 1 S. 1 AktG aber vor, dass Schadensersatzansprüche auch dann geltend gemacht werden müssen, wenn dies von einer Minderheit, deren Anteile zusammen 10 % des Grundkapitals erreicht, verlangt wird. Diese Regelung ist im Hinblick auf die Situation in Publikumsgesellschaften und die dort vorhandenen erheblichen Mehrheiten institutioneller Anleger oder Stimmrechtsvertreter als in rechtspolitischer Hinsicht zu streng kritisiert worden[68]. Im Zusammenhang mit der „kleinen" AG, die, der Struktur in der GmbH nicht unähnlich, wohl häufig Gesellschafter haben wird, die mit mehr als 10 % der Aktien beteiligt sind, stellt diese Vorschrift hingegen gegenüber der GmbH sogar deutlich herabgesetzte Anforderungen auf.

Eine weitere Besonderheit bei Schadensersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder speziell für die Aktiengesellschaft hält § 93 Abs. 5 AktG bereit: Obwohl es sich bei dem Anspruch wegen Verletzung der Sorgfaltspflichten des Vorstands aus § 93 Abs. 2 AktG um einen Anspruch der Gesellschaft handelt, ist bereits dann, wenn die Aktiengesellschaft nicht mehr zahlen kann[69], den Gläubigern der Gesellschaft das Recht eingeräumt, diese Ansprüche gegen die Gesellschaft im eigenen Namen und durch Klage auf Leistung an sich selbst geltend zu machen[70]: Jedenfalls bedarf es anders als etwa bei der GmbH keiner vorherigen Pfändung und Überweisung des gegen das Vorstandsmitglied gerichteten Ersatzanspruches[71].

Beide Umstände zusammengenommen können im Einzelfall die Gefahr einer Inanspruchnahme von Vorstandsmitgliedern gegenüber der Situation in der GmbH verschärfen oder die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zumindest beschleunigen.

b) Der Aufsichtsrat als rechtsformspezifisches obligatorisches Organ der AG

Da es außerhalb des Mitbestimmungsrechts keine Vorschriften gibt, die einen Aufsichtsrat in der GmbH zwingend vorschreiben, können im Rahmen eines Strukturvergleichs Überlegungen, die um den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft kreisen, auf ein Mindestmaß beschränkt werden: Der Aufsichtsrat stellt in allen seinen Erscheinungsformen eine Besonderheit des Aktiengesetzes dar.

aa) Anzahl und Zusammensetzung; Zusammenhang mit der Rechtsformwahl

Der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft besteht aus mindestens drei Personen, § 95 Abs. 1 AktG. Eine Vorschrift, die hinsichtlich dieser Mindestzahl Erleichterungen gerade für kleine oder Ein-Mann-Aktiengesellschaften enthielte, gibt es nicht.

Weitergehend als für Vorstandsmitglieder nennt § 100 Abs. 2 AktG bestimmte Ausschlüsse für die Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied: Mitglied des Aufsichtsrats kann daher nicht sein, wer bereits 10 Aufsichtsratsmandate hat, gesetzlicher Vertreter eines von der Gesellschaft abhängigen Unternehmens ist oder gesetzlicher Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft ist, de-

---

66 Lück, DB 1998, 8 ff.

67 Eine rechtspolitisch in ihren Folgen für den Haftungsmaßstab und Schadensersatzansprüche gegen Organmitglieder kaum abzuschätzende Entwicklung ist nunmehr durch die Vorlage eines Verhaltenskodex der „Regierungskommission Deutscher Corporate-Governance-Kodex" am 26. Februar 2002 eingeleitet worden. Der Kodex begründet zwar mit den dort enthaltenen Regelungen keine unmittelbar wirkenden Rechtspflichten. In einem neuen „Transparenz- und Publizitätsgesetz" ist aber weiterhin vorgesehen, Aktiengesellschaften zu verpflichten, jährlich zu erklären, ob und in welchem Umfange sie die „freiwilligen" Vorschriften anerkannt und umgesetzt haben. Sofern diese Regelungen nicht umgesetzt wurden, sollen die Gesellschaften gezwungen sein dies offen zu legen und im Einzelnen zu begründen („comply or explain"). Denkbar erscheint, dass die Regelungen des „Kodex", der gerade nicht die Legitimität eines Gesetzes besitzt, unkritische Übernahme durch die Rechtsprechung bei der Ausgestaltung des Haftungsmaßstabes nach §§ 93, 116 AktG finden und so faktisch Gesetzesrang erhalten, ohne freilich den an Gesetze gestellten Anforderungen hinsichtlich deren Entstehung zu unterliegen. Krit. hierzu aus der Tagespresse: Wilsing, F.A.Z. vom 9. März 2002, S. 21; F.A.Z. vom 22. Februar 2002, S. 20 mit Berichten über krit. Äußerungen durch Prof. Lutter und Prof. Uwe H. Schneider zu dem Entwurf.

68 Henn, Handbuch des Aktienrechts, 6. Aufl., 1998, Rn. 1195.

69 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 93 Rn. 33.

70 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 93 Rn. 32. Hierin soll nach einer Ansicht eine Prozessstandschaft zu sehen sein, nach einer anderen ein eigener Anspruch der Gläubiger gegen den Vorstand.

71 Der Weg, über § 93 Abs. 5 AktG vorzugehen, ist einem Gläubiger generell jedoch eher nicht anzuraten, da der Vorstand, weil es letztlich um einen Anspruch der Gesellschaft geht, trotz der Klage des Gläubigers auf Zahlung an sich selbst dadurch von einer Haftung frei wird, dass er an die Gesellschaft zahlt. Der Anspruch des Gläubigers läuft daher Gefahr ins Leere zu gehen, Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 93 Rn. 34 m. w. N.

ren Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft ist[72].

Im Hinblick auf die Rechtsformwahl folgt aus den Anforderungen an die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder zwanglos, dass bei der Gründung und während des Bestehens einer Aktiengesellschaft zwingend mindestens 4 Personen als Organmitglieder dieser Gesellschaft zur Verfügung stehen müssen.

Abhilfe gegen den nicht selten bestehenden Mangel an im konkreten Falle geeigneten Aufsichtsratsmitgliedern wird häufig dadurch geschaffen, dass Personen aus dem Kreis der Verwandtschaft des Gründers, der seine unternehmerische Tätigkeit in der Rechtsform der Aktiengesellschaft betreiben will, zu Aufsichtsratsmitgliedern bestellt werden. Sofern hierbei erkennbar ist, dass deren Bestellung und die Annahme des Aufsichtsratsamtes ausschließlich aufgrund familiärer Verbundenheit geschehen und diese Verbundenheit auch an die Stelle fachlicher Qualifikation tritt, kann dies ein starkes Indiz dafür sein, dass die Aktiengesellschaft für die Gestaltung der unternehmerischen Verhältnisse des Gründers nicht die zutreffende Rechtsform ist: Zum einen besteht die Gefahr, dass Differenzen, die zwischen den Beteiligten im privaten Bereich entstehen, sich in einer für den Gründer der Gesellschaft höchst unwillkommenen Weise auf dessen Tätigkeit als Alleinvorstand der Gesellschaft auswirken, z. B. der Aufsichtsrat, etwa bestehend aus Ehefrau und Schwiegereltern, plötzlich den Kreis der zustimmungspflichtigen Geschäfte nach § 111 Abs. 4 S. 1 AktG erheblich ausweitet.

Zum anderen ist auch für Familienmitglieder, die sich vielleicht aus reiner Gefälligkeit als Aufsichtsratsmitglieder zur Verfügung stellen, nicht zumutbar, inhaltliche Verpflichtungen in der Gesellschaft oder gar Sorgfaltspflichten, die in ihrem Umfange denen des Vorstands entsprechen (§ 116 AktG) zu übernehmen, und für deren Verletzung auf Schadensersatz zu haften.

Kommen solche tatsächlichen Gegebenheiten wie die genannten zusammen mit dem Wunsch des Gründers der Gesellschaft, letztlich doch „das Sagen" in der Gesellschaft zu haben, spricht ein erster Anschein dafür, dass die GmbH und nicht die „kleine" Aktiengesellschaft als „richtige" Form einer Kapitalgesellschaft in Betracht kommt.

– insbesondere Steuerberater und sonstige Berater als Aufsichtsratsmitglieder

Nicht selten ist es Wunsch des oder der Gründer einer kleinen Aktiengesellschaft, dass der langjährige Steuerberater oder ein Rechtsanwalt Mitglieder des Aufsichtsrats werden. Sofern die Beteiligten hiermit einverstanden sind, ist auf die Bestimmungen des § 114 AktG zu achten: Die Wirksamkeit eines Dienst- oder Werkvertrages höherer Art i. S. d. § 114 AktG, typischerweise ein Beratervertrag zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und der Gesellschaft, hängt von einem Zustimmungsbeschluss des Aufsichtsrats ab. Fehlt eine solche Zustimmung oder wird sie versagt, stehen dem Dienstverpflichteten keinerlei Ansprüche gegen die Gesellschaft zu. In geeigneten Fällen könnte damit der von dem Aufsichtsratsmitglied letztlich begehrte Ausbau seiner Beratungstätigkeit gegenüber der neuen Gesellschaft eher gefährdet als gestärkt werden, indem der Berater eine Tätigkeit im Aufsichtsrat ausübt. Das Voraugenführen dieses Umstandes wiederum könnte die Beteiligten von dem Plan, Aufsichtsrat zu werden, abbringen, damit wieder die gerade genannten Personalprobleme verschärfen.

bb) Bestellung und Abberufung

Aufsichtsratsmitglieder werden durch die Hauptversammlung gewählt. Daneben kann ein Aufsichtsratsmitglied aus mitbestimmungsrechtlichen Wahlen hervorgehen oder „entsandt" werden. Nach § 101 Abs. 2 AktG kann die Satzung bestimmten Aktionären oder Inhabern bestimmter Namensaktien das Recht verleihen, Mitglieder des Aufsichtsrats zu entsenden, höchstens jedoch ein Drittel der sich aus Gesetz oder Satzung ergebenden Zahl der Mitglieder, bei einer „kleinen AG" also im Regelfall nur ein Mitglied[73].

Speziell der erste Aufsichtsrat ist durch die Gründer zu bestellen. Dieser Bestellungsbeschluss bedarf nach § 30 Abs. 1 S. 2 AktG der notariellen Beurkundung.

Zwingende Bestimmungen hält das Aktiengesetz für die Höchstdauer der Amtszeit von Aufsichtsratsmitgliedern bereit: Nach § 102 Abs. 1 AktG können diese bis zum Zeitpunkt der Beendigung der Hauptversammlung bestellt werden, die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach dem Beginn der Amtszeit beschließt. Besonderheiten gelten insoweit wieder für den ersten Aufsichtsrat, dessen Amtszeit mit der Beendigung der Hauptversammlung endet, die über die Entlastung für das erste Voll- oder Rumpfgeschäftsjahr beschließt. Keine Beschränkungen folgen aus diesen Regelungen für eine Wiederwahl der Aufsichtsratsmitglieder nach Ablauf von deren Dienstzeit[74].

Anders als bei Vorstandsmitgliedern bedarf es für eine vorzeitige Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern keines wichtigen Grundes, § 103 AktG. Allerdings ist für von der Hauptversammlung gewählte Aufsichtsratsmitglieder ein Hauptversammlungsbeschluss erforderlich, der mit einer qualifizierten Mehrheit, also drei Vierteln der abgegebenen Stimmen, gefasst wird. Liegt hingegen sogar ein wichtiger Grund für eine Abberufung vor, kann der Aufsichtsrat beim Gericht beantragen, dieses Mitglied abzuberufen, § 103 Abs. 3 AktG.

cc) Die innere Ordnung des Aufsichtsrats, Beschlussfassung

Beim Vorstand der AG beschränkt sich das Gesetz darauf zu bestimmen, dass die innere Ordnung Regelungen in einer Geschäftsordnung zugänglich ist, die nach den Regeln des § 77 Abs. 2 AktG zustande kommt. Anderes gilt für den Aufsichtsrat. § 107 AktG enthält zunächst die Verpflichtung, einen Aufsichtsratsvorsitzenden sowie dessen Stellvertreter zu wählen. Insbesondere dem Vor-

72 Sog. „Überkreuzverflechtung", Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 100 Rn. 6.

73 Im Hinblick darauf, dass eine „kleine" AG wohl nur in seltenen Fällen der betrieblichen Mitbestimmung unterfällt, sollen Besonderheiten des mitbestimmten Aufsichtsrats im Folgenden unbehandelt bleiben.

74 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 102 Rn. 6: Eine vorzeitige Wiederwahl ist aber nicht zulässig.

sitzenden des Aufsichtsrats sind an verschiedenen Stellen besondere Aufgaben zugedacht[75]: Zum einen innerhalb des Aufsichtsrats, zum anderen bei der Mitwirkung an Anmeldungen von Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen[76]. Weiterhin ist der Aufsichtsratsvorsitzende zumeist nach der Satzung als Versammlungsleiter der Hauptversammlung vorgesehen[77], was ihm jedenfalls bei einem größeren Aktionärskreis eine verantwortungsvolle Aufgabe beschert[78].

Dem Gesetz nach kommt dem Aufsichtsratsvorsitzenden bei der Abstimmung im Aufsichtsrat hingegen keine herausgehobene Position zu. Das „Zweitstimmrecht" des Aufsichtsratsvorsitzenden in bestimmten „Pattsituationen" besteht nur nach § 29 Abs. 2 MitbestG und damit für aufgrund dieses Gesetzes mitbestimmungspflichtige Gesellschaften.

Erwähnenswert erscheint im Hinblick auf die gesetzlich vorgesehene Struktur des Aufsichtsrats und seiner Sitzungen die Vorschrift des § 108 AktG: Ein Aufsichtsratsmitglied kann sich bei der Ausübung seines Stimmrechts nicht vertreten lassen. Möglich ist nur die Übermittlung einer schriftlichen Stimmabgabe durch ein anderes Aufsichtsratsmitglied.

Nur wenn die Satzung vorsieht, dass an Sitzungen des Aufsichtsrats andere Personen als die Aufsichtsratsmitglieder selbst teilnehmen dürfen, können die schriftlichen Stimmabgaben auch durch andere Personen überreicht werden. Rechtlich zulässig ist damit lediglich die Figur eines „Stimmboten"[79] im Gegensatz zu einem Stimmrechtsvertreter. Mit dem Begriff der Schriftlichkeit der Stimmabgabe ist im Übrigen die Vorschrift des § 126 BGB berührt. Wie immer, wenn diese Vorschrift genannt ist, ist damit auch strittig, ob etwa die Übermittlung der Stimmabgabe durch Fax ausreicht[80].

Von der genannten Beschlussfassung innerhalb von Aufsichtsratssitzungen ist die ebenfalls vorgesehene Möglichkeit einer Beschlussfassung außerhalb und ohne eine Aufsichtsratssitzung zu unterscheiden, § 108 Abs. 4 AktG. Diese ist dann zulässig und sogar fernmündlich oder in anderer vergleichbarer Form[81] wirksam, wenn kein Aufsichtsratsmitglied diesem Verfahren widerspricht. Für die jeweilige Stimmabgabe selbst wird man aber wiederum die persönliche Erklärung des jeweiligen Aufsichtsratsmitgliedes verlangen müssen.

dd) Aufgaben des Aufsichtsrats, Sorgfaltspflichten, Haftung

Wesentlich ist in diesem Zusammenhang nur, dass der Aufsichtsrat, angefangen von der Aufgabe der Überwachung der Geschäftsführung (§ 111 AktG), den bereits oben genannten Personalentscheidungen und der Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem Vorstand zahlreiche über das ganze Aktiengesetz verstreute Aufgaben zu erfüllen hat[82], die sich nur schwer auf einen gemeinsamen Nenner bringen lassen[83]. Will man die Aufgaben des Aufsichtsrats dennoch insgesamt charakterisieren, wird man dem am ehesten mit der Betonung der Überwachungstätigkeit gerecht.

Zu überwachen ist hier die Geschäftsführung durch den Vorstand, sowohl rückschauend im Hinblick auf die bereits entfaltete Tätigkeit, als auch präventiv, etwa durch Beratung mit dem Vorstand[84].

Der Aufsichtsrat ist nicht verpflichtet und auch nicht befugt, unmittelbar Auskünfte von Mitarbeitern unterhalb der Vorstandsebene einzufordern. Insoweit entspricht die Informationspflicht des Vorstands in § 90 AktG zusammen mit den in § 111 Abs. 2 AktG genannten Einsichts- und Prüfungsrechten dem Informationsanspruch und damit verbundenen Rechten, die der Aufsichtsrat gegenüber dem Vorstand besitzt[85].

Falsch wäre es jedoch, die Tätigkeit des Aufsichtsrats lediglich als Rechtsaufsicht über das Verhalten des Vorstands aufzufassen. Zu überprüfen ist, ob die Geschäftsführung des Vorstands rechtmäßig, ordnungsmäßig und zweckmäßig ist und die Leitungsentscheidungen des Vorstands den Geboten der Wirtschaftlichkeit entsprechen[86].

Für die Entscheidung über die Übernahme eines Aufsichtsratsamtes von nicht geringer Bedeutung ist die Frage der Haftung der Aufsichtsratsmitglieder. Diese hat die Rechtsprechung bislang zwar nur selten beschäftigt[87]. Diese Feststellung steht indessen in deutlichem Gegensatz zu den Anforderungen, denen Aufsichtsratsmitglieder hinsichtlich ihrer Aufgaben und des darauf bezogenen Sorgfaltsmaßstabes unterliegen. § 116 AktG ordnet für Aufsichtsratsmitglieder die Geltung der gleichen Grundsätze wie für den Vorstand an. Auf die Ausführungen zur Vorstandshaftung kann daher verwiesen werden. Eine rechtstatsächlich interessante und bisher offene Frage stellt es daher dar, ob mit der erheblich gestiegenen Zahl der Gründungen „kleiner Aktiengesellschaften" und damit absehbar auch einer größeren Zahl wirtschaftlich scheiternder Aktiengesellschaften die Zahl der Versuche ansteigen wird, haftungsrechtlich Verantwortliche für dieses Scheitern auch in der Person der Aufsichtsratsmitglieder zu finden. Hiermit ist aber durchaus zu rechnen.

2. Die Hauptversammlung

– Zuständigkeiten

Die Unterschiede, die oben hinsichtlich der Stellung der Geschäftsführer in der GmbH zum Vorstand der Aktiengesellschaft genannt wurden, müssen sich notwendig

75 MünchHdbAG/Hoffmann-Becking, 2. Aufl., 1999, § 31 Rn. 15 ff.
76 § 184 Abs. 1, § 188 Abs. 1, § 195 Abs. 1, § 203 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 188 Abs. 1, § 207 Abs. 1 i. V. m. § 188 Abs. 1, § 223 AktG.
77 MünchHdbAG/Semler, 2. Aufl., 1999, § 36 Rn. 36.
78 Gesetzlich vorgeschrieben ist nur die Mitwirkung des Aufsichtsratsvorsitzenden bei der Erstellung und Einreichung des Hauptversammlungsprotokolls, § 130 Abs. 1 S. 2, Abs. 5 AktG, nicht aber dessen Tätigkeit als Hauptversammlungsleiter.
79 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 108 Rn. 14.
80 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 108 Rn. 15 m. w. N.
81 Hieraus wird man schließen können, dass etwa eine Abstimmung per E-Mail hier ebenfalls genügen dürfte.
82 So MünchHdbAG/Hoffmann-Becking, 2. Aufl., 1999, § 29 Rn. 1.
83 S. im Einzelnen MünchHdbAG/Hoffmann-Becking, 2. Aufl., 1999, § 29 Rn. 2 ff.
84 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 111 Rn. 4–6.
85 MünchHdbAG/Hoffmann-Becking, 2. Aufl., 1999, § 29 Rn. 24.
86 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 111 Rn. 6; MünchHdbAG/Hoffmann-Becking, 2. Aufl., 1999, § 29 Rn. 26, jeweils m. w. N.
87 MünchHdbAG/Hoffmann-Becking, 2. Aufl., 1999, § 33 Rn. 44.

auch bei der Betrachtung der Organe der Gesellschafter, Gesellschafterversammlung in der GmbH und Hauptversammlung in der AG fortsetzen:

Während es in der GmbH für die Gesellschafterversammlung möglich ist, den Geschäftsführern in allen Belangen der Gesellschaft Weisungen zu erteilen und damit die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit umfassende Zuständigkeiten in der Gesellschaft, insbesondere nach Maßgabe näherer Bestimmungen in der Satzung haben, sieht dies in der Aktiengesellschaft anders aus.

Nach dem Aktiengesetz stehen der Hauptversammlung als Organ der Gesellschaft nur die enumerativ genannten Zuständigkeiten[88] zu, welche hauptsächlich in § 119 AktG aufgezählt sind. Aus dessen Abs. 2 ergibt sich im Übrigen, dass die Hauptversammlung insbesondere in Geschäftsführungsangelegenheiten nur in dem Ausnahmefall, dass der Vorstand ihr diese zur Entscheidung vorlegt, überhaupt entscheiden kann. Ebenfalls die wirtschaftlich für die Gesellschafter wichtige Entscheidung über die Feststellung des Jahresabschlusses[89] obliegt nur in dem Ausnahmefall der Hauptversammlung, dass Vorstand und Aufsichtsrat dies der Hauptversammlung überlassen oder der Aufsichtsrat den Jahresabschluss nicht billigt, § 173 Abs. 1 AktG. Die der Hauptversammlung überlassene Entscheidung über die Verwendung des Bilanzgewinns, § 119 Abs. 1 Nr. 2 AktG, § 174 Abs. 1 AktG, erfasst schon der Definition des „Bilanzgewinns" als Saldo aus dem Jahresüberschuss und den in § 158 Abs. 1 Nr. 1 – 4 AktG ausgewiesenen Posten[90] nach nur solche Beträge, die die Verwaltung überhaupt zur Verteilung übrig lässt. Für die Publikumsgesellschaft wurde hieraus geschlossen, dass letztlich mit diesen Regelungen zumindest dem Anlageaktionär ein eigenes materielles Gewinnstammrecht nicht mehr zusteht[91]. Zumindest ist in der Aktiengesellschaft generell der Bestands- und Liquiditätsschutz als recht hoch, das Gewinnausschüttungsinteresse des Kapitalanlegers als eher gering bewertet worden[92]. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Verwaltung und Hauptversammlung beim Jahresüberschuss und Bilanzgewinn wurde daher aus Sicht des Aktionärs auch bildhaft als Konzept der „gläsernen, aber fest verschlossenen Taschen" bezeichnet.

Mag sich auch bei einer kleinen, d. h. hier personalistisch geprägten, AG mit Aktionären, die jeweils in der Hauptversammlung spürbaren Einfluss ausüben können, faktisch die Position einer aktionärsfreundlichen Dividendenausschüttungspolitik eher durchsetzen[93]. Festzustellen bleibt, dass gegenüber der Situation in der GmbH bei einer Aktiengesellschaft sehr deutlich die Verwaltung die sonst den Gesellschaftern vorbehaltenen Entscheidungen über Ausschüttungen dominiert.

Nur der Vollständigkeit halber muss erwähnt werden, dass doch eine ungeschriebene Zuständigkeit der Hauptversammlung in Grundlagenentscheidungen, jedoch beschränkt auf eng umgrenzte Fallgruppen[94], von der Rechtsprechung angenommen wird. Diese Zuständigkeiten basieren auf der Überlegung, dass letztlich doch die Aktionäre Eigentümer der Gesellschaft sind und ihre Vertretung damit trotz des im AktG angelegten Ausschlusses der Einflussnahme als das „oberste Organ"[95] anzusehen ist.

Entscheidend für das Verständnis des Einflusses der Gesellschafter in der Aktiengesellschaft ist noch eine weitere Überlegung: Alle relevanten Aktionärsrechte sind weitgehend auf die Hauptversammlung bezogen. Nur im Rahmen der Abhaltung einer solchen Hauptversammlung, die im Gegensatz zur Verwaltung der Gesellschaft kein „ständiges Organ"[96] darstellt, sind relevante Einflüsse der Aktionäre erlaubt.

Einflussnahmen seitens Aktionäre oder Dritter auf die Verwaltung der Gesellschaft sieht im Übrigen das Gesetz generell als kompetenzwidrig an, was deutlich aus der Vorschrift des § 117 Abs. 1, 7 AktG hervorgeht: Schadensersatzpflichtig ist danach derjenige, der ein Mitglied der Verwaltung dazu bestimmt, zum Schaden der Aktionäre oder der Gesellschaft zu handeln. Eine Sonderstellung nimmt hingegen die „Bestimmung" durch Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung ein, die nach dem Wortlaut des § 117 Abs. 7 AktG eine Haftung des Aktionärs ausschließen soll[97].

Sinnfällig wird dies weiterhin an der Vorschrift des § 131 AktG, die das Auskunftsrecht des Aktionärs regelt. Alle hier enthaltenen Ansprüche betreffen Informationen „in der Hauptversammlung", nicht etwa außerhalb oder vor dieser. Eine zwingende Vorschrift wie die des § 51 a GmbHG, nach der jedem Gesellschafter jederzeit, auch außerhalb der Gesellschafterversammlungen[98] Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu erteilen ist, fehlt im Aktienrecht.

Auch ein formaler Aspekt betont die besondere Bedeutung der Hauptversammlung als eines nur zeitweise zusammenkommenden und bestehenden Organs: Anders als der Aufsichtsrat kann die Hauptversammlung nach geltendem Recht nicht auf die Abhaltung einer solchen verzichten und eine schriftliche Abstimmung beschlie-

88 Eine Aufstellung der wichtigsten Zuständigkeiten, etwa auch nach dem UmwG findet sich z. B. in MünchHdbAG/Semler, 2. Aufl., 1999, § 34 Rn. 10 ff.

89 S. § 46 Nr. 1 GmbHG.

90 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 158 Rn. 6.

91 Wiedemann, GesR I, 1980, § 9 III 1 a), S. 499.

92 Wiedemann, GesR I, 1980, § 9 III 1 a), S. 499.

93 Zu dieser Überlegung, dass der Einfluss der Hauptversammlung als Ganzer letztlich umso mehr steigt, je mehr der Aktienbesitz gebündelt ist, MünchHdbAG/Semler, 2. Aufl., 1999, § 34 Rn. 4; Frizen, DB 1981, 277 ff.

94 Nach den Grundsätzen der sog. Holzmüller-Entscheidung, BGHZ 83, 122 ff. Obwohl die Ergebnisse dieser Entscheidung in der Praxis weitgehende Durchsetzung erfahren haben und durchgängig „grundlegende, für die Rechtsstellung der Aktionäre bedeutsame Entscheidungen" (so BGHZ 83, 122, 140) durch die Verwaltung der Hauptversammlung zum Beschluss vorgelegt werden, besteht insbesondere hinsichtlich des Begründungskerns der Entscheidung und der dogmatischen Grundlage (dazu Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 119 Rn. 16 ff.) nach wie vor keine durchgängige Einigkeit. Die rechtliche Begründung ist nicht die Formulierung einer eigenen Zuständigkeit der Hauptversammlung als solcher, sondern kreist um eine ungeschriebene Verpflichtung des Vorstands mit dem Inhalt, bestimmte Beschlüsse der Hauptversammlung vorzulegen.

95 MünchHdbAG/Semler, 2. Aufl., 1999, § 34 Rn. 4.

96 MünchHdbAG/Semler, 2. Aufl., 1999, § 34 Rn. 7.

97 Zu Einzelheiten der Anwendung dieser Vorschrift, dem historischen Hintergrund und dem Versuch, die Regelungen dieser Vorschrift mit einem aus allgemeinen Erwägungen abgeleiteten Tatbestand eines Schadensersatzanspruches gegen Aktionäre wegen Verstoßes gegen Verhaltensbindungen bei der Stimmrechtsausübung in Einklang zu bringen, Böcker, „Die Haftung des Stimmrechtsvertreters in der Aktiengesellschaft", S. 186 ff., 227 ff.

98 Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 17. Aufl., 2000, § 51 a Rn. 1.

ßen, was etwa auch eine nicht seltene Bestimmung in Satzungen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist: Eine eigentliche Hauptversammlung, deren Abhaltung mit formalen Anforderungen verbunden ist, muss immer als Versammlung stattfinden[99]. Anders als für den Aufsichtsrat ist aber eine Vertretung der Aktionäre durch Stimmrechtsvertreter uneingeschränkt vorgesehen. Zumindest denkbar ist daher auch eine Versammlung, bei der nur noch eine einzige Person sowie gegebenenfalls noch der Notar anwesend sind. Der Unterschied zu den aus dem GmbH-Recht bekannten Gesellschafterbeschlüssen, die bei Anwesenheit nur weniger Gesellschafter gefasst und von anderen gegebenenfalls genehmigt werden[100], ist damit letztlich nicht übermäßig groß und damit kein die Aktiengesellschaft charakterisierendes Merkmal.

3. Besonderheiten im Konzernrecht

Ein Grund, das Konzernrecht, hier genauer das Recht voneinander abhängiger Unternehmen, anzusprechen, besteht nur insoweit, als das Aktienrecht und das GmbH-Recht bei der Bewertung solcher Sachverhalte unterschiedliche Wege gehen.

a) Analoge Anwendung bestimmter Regeln im Aktiengesetz auf die GmbH

Dies trifft zunächst nicht zu für die Kriterien dafür, wann Unternehmen voneinander abhängig sind. Die verschiedenen gesetzlichen Definitionen der §§ 15 ff. AktG knüpfen jeweils rechtsformübergreifend an den Begriff des „Unternehmens“ an und nötigen nicht zu Differenzierungen nach der Rechtsform[101].

Auch auf das Recht des Vertragskonzerns, also die Regeln über Unternehmensverträge, welches in den §§ 291 – 310 AktG niedergelegt ist, ist im Folgenden nicht weiter einzugehen. Die Vorschriften gelten ihrer ausdrücklichen Anordnung nach nur für Aktiengesellschaften als abhängige Unternehmen. Zwar ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass diese Regelungen nicht etwa im Rahmen einer pauschalen „Gesamtanalogie“ für Unternehmensverträge mit GmbH als abhängigen Gesellschaften übernommen werden können. Davon zu trennen ist jedoch die Frage, ob nicht einzelne aktienrechtliche Vorschriften im Einzelfall bei Vergleichbarkeit der Situation und Fehlen unterschiedlicher Wertungen hinsichtlich der beiden Rechtsformen Anwendung finden können[102].

Anerkannt ist eine Analogie etwa für die das Zusammenspiel zwischen dem Vorstand der Gesellschaft und dem herrschenden Unternehmen regelnde wichtige Vorschrift des § 308 AktG. Die Vorschrift soll im GmbH-Konzern entsprechende Anwendung finden. Im Gegensatz zu dem eben zur Leitungsmacht des Vorstands Aufgeführten ist nach dieser Vorschrift dem herrschenden Unternehmen erlaubt, dem Vorstand der Untergesellschaft Weisungen hinsichtlich der Leitung dieser Gesellschaft zu erteilen, und diesen zu verpflichten, diese Weisungen zu befolgen, sofern sie im Konzerninteresse liegen, d. h. die Weisung den Belangen des herrschenden oder eines mit ihm konzernverbundenen Unternehmens dient[103].

Umgekehrt werden die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens auf die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 309 Abs. 1 AktG) verpflichtet. Bei Verletzung ihrer Pflichten haften sie gegenüber der Gesellschaft auf Schadensersatz (§ 309 Abs. 2 AktG). Auch die Regeln über den Verlustausgleich nach §§ 302, 303 AktG als Folge des Abschlusses eines Unternehmensvertrages sollen nach, soweit erkennbar unbestrittener Ansicht, auf den Abschluss eines Unternehmensvertrages unter Beteiligung von GmbH analog angewendet werden[104].

b) Faktischer Konzern

Deutliche Unterschiede zwischen dem Recht der GmbH und dem der Aktiengesellschaft werden deutlich, wenn eine der Gesellschaften dieser Rechtsform von einem Unternehmen[105] lediglich abhängig ist, ohne dass ein Unternehmensvertrag besteht, die Abhängigkeit damit nur eine „faktische“ ist.

Die Regelungen der §§ 311 ff. AktG, die das Aktiengesetz für diese faktische Konzernierung bereithält, sollen im GmbH-Recht keine Anwendung finden.

Dort soll vielmehr die allgemeine Treuepflicht der Gesellschafter als Grundlage von Schadensersatzansprüchen der abhängigen Gesellschaft und der Gesellschafter gegenüber dem herrschenden Unternehmen dienen[106].

Im Rahmen einer bloßen Abhängigkeit einer GmbH soll mithin das herrschende Unternehmen keinerlei Sonderstellung innehaben. Jeglicher Einfluss des herrschenden Unternehmens, der Letzteres grundlos schädigt oder Rechte der Mitgesellschafter ohne Not verkürzt, führt daher zu Schadensersatzansprüchen. Die Verletzung

---

99 Daran hat auch die Einführung von Erleichterungen im Hinblick auf die Einführung elektronischer Medien nichts geändert. Eine eigentliche als Vorgang wahrnehmbare Hauptversammlung muss stattfinden, mögen auch die Aktionäre Vollmachten und Weisungen auf elektronischem Wege erteilen und somit „online“ an der Hauptversammlung teilnehmen. Zum NaStraG und dem Gesetzentwurf der Bundesnotarkammer, der auch weiterhin „virtuelle Hauptversammlungen“ ablehnt s. auch etwa Fleischhauer, ZIP 2001, 1133, 1134 f.

100 S. zur Zulässigkeit dieser Möglichkeit der Abstimmung auch im Aktienrecht Abschnitt F. IV.

101 Scholz/Emmerich, GmbHG, Band I, 9. Aufl., 2000, Anhang Konzernrecht, Rn. 13.

102 Scholz/Emmerich, GmbHG, Band I, 9. Aufl., 2000, Anhang Konzernrecht, Rn. 139 f.

103 BGH NJW 1992, 1452, 1454; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl., 1997, Anh. § 77 Rn. 218.

104 BGHZ 95, 330, 345 f.; BGHZ 116, 37; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl., 1997, Anh. § 77 Rn. 208 ff.; Roth/Altmeppen, GmbHG, 3. Aufl., 1997, Anh. § 13 Rn. 63; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2. Aufl., 2001, § 308 Rn. 9.

105 Auch eine Privatperson kann bekanntlich „Unternehmen“ sein, wenn sie nur neben der Beteiligung an der Gesellschaft maßgebliche Beteiligungen an anderen Gesellschaften besitzt; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 15 Rn. 9. Es soll insgesamt darauf ankommen, dass das herrschende „Unternehmen“ anderweitige rechtliche Interessenbindungen aufweist, die nach Art und Intensität die ernsthafte Sorge begründen, es könne wegen dieser Bindungen seinen aus der Mitgliedschaft folgenden Einfluss auf die AG nachteilig ausüben. Zu dem sog. „Konzernkonflikt“ auch Wiedemann, GesR I, 1980, § 6 IV 2 S. 347.

106 Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2. Aufl., 2001, Anh. I, § 318 Rn. 7, 24.

dieser Treuepflichten[107] kann zu einer Inanspruchnahme des herrschenden Unternehmens auf Rückgängigmachung einer solchen Maßnahme in natura oder Beseitigung und Unterlassung führen[108].

Bei der Aktiengesellschaft werden diese allgemeinen Regelungen durch die erwähnten Vorschriften der §§ 311 ff. AktG überlagert. Das Verbot einer schädigenden Einflussnahme besteht nach § 311 Abs. 1 AktG nicht schlechthin, sondern nur, wenn die entstehenden Nachteile nicht innerhalb des Geschäftsjahres, in dem diese zugeführt wurden, ausgeglichen worden sind. Wenn auch über das hinter §§ 311 ff. AktG stehende Schutzkonzept keine Einigkeit besteht[109], so ist doch der so zugunsten der außenstehenden Gesellschafter aufgespannte Schutz gegenüber dem gerade bei der GmbH Ausgeführten deutlich geringer. Erst an die Nichteinhaltung der Verpflichtungen in § 311 AktG, also insbesondere den Nichtausgleich von Nachteilen innerhalb der Jahresfrist, knüpft § 317 Abs. 1 AktG eine Schadensersatzpflicht gegenüber dem herrschenden Unternehmen und dessen gesetzlichen Vertretern (§ 317 Abs. 3 AktG) sowie gemäß § 318 AktG auch gegen die Verwaltung der abhängigen Aktiengesellschaft. Bemerkenswerterweise ist hier jeweils die Geltung des § 309 Abs. 4 AktG angeordnet. Danach können die Ersatzansprüche auch von jedem Aktionär, allerdings nur auf Zahlung an die Gesellschaft, geltend gemacht werden.

c) Zwischenergebnis

Im GmbH-Recht wird die Tatsache, dass eine Gesellschaft abhängig ist, ein Gesellschafter mithin „herrschendes Unternehmen“ ist, nicht gesondert berücksichtigt. Einflussnahmen dieses herrschenden Gesellschafters, die die Gesellschaft schädigen, führen, ohne dass diese Einflussnahme irgendwie privilegiert wäre, zu Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft und der Gesellschafter.

Anders und letztlich für den herrschenden Gesellschafter günstiger wird derselbe Sachverhalt im Aktienrecht beurteilt: Auch, wenn die Hauptversammlung als Organ der Aktionäre für Weisungen an den Vorstand als solche nie zuständig ist.

III. Unterschiede hinsichtlich von Vorschriften über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, Einzahlung des Grundkapitals, Aufgeld

Keiner weiteren Bemerkung bedarf der Unterschied, dass das Mindestgrundkapital in der AG 50.000,00 Euro, § 7 AktG, in der GmbH das Mindeststammkapital hingegen nur 25.000,00 Euro beträgt, § 5 Abs. 1 GmbHG[110].

Sowohl bei der GmbH als auch bei der Aktiengesellschaft wird die Einlageschuld in der Gründungsurkunde festgelegt[111]. Allerdings unterscheidet das Aktiengesetz genauer als das GmbH-Gesetz zwischen der Feststellung der Satzung und einer eigentlichen Übernahme der Aktien. Nach § 29 AktG ist die Gesellschaft mit der Übernahme aller Aktien durch die Gründer gegründet. Es genügt mithin im Gegensatz zur GmbH nicht, dass die Gründer die Satzung feststellen[112]. Es bedarf vielmehr einer ausdrücklichen Erklärung der Gründer, die in der Gründungsurkunde erfolgen muss, mit dem Inhalt, dass diese die Aktien übernehmen[113]. Die Übernahmeerklärung bildet zusammen mit der Feststellung der Satzung ein einheitliches Rechtsgeschäft, welches bei mehreren Personen als Errichtungsvertrag, bei nur einer Person als Gründer als Errichtungserklärung bezeichnet werden kann[114]. Letztlich ist der Unterschied zwischen den beiden Rechtsformen aber nur ein formeller.

Mit der Aktienübernahme entstehen die Mitgliedschaftsrechte der Gründer an der im Entstehen begriffenen AG, die sie verpflichten, den geringsten oder einen höheren Ausgabebetrag der Aktien einzuzahlen oder, sofern die Leistung von Sacheinlagen vereinbart ist, diese zu leisten.

Keine Rechtsformunterschiede bestehen wiederum zu der Frage, was Gegenstand der Leistungen sein kann und wie diese in die Gesellschaft einzubringen sind: Bei Bareinlagen gilt für die Aktiengesellschaft § 54 Abs. 3 AktG hinsichtlich der Zahlungsweise. Die Grundsätze dieser Vorschrift sollen im GmbH-Recht entsprechend heranzuziehen sein[115].

Auch hinsichtlich des für Sacheinlagen zulässigen Gegenstandes bestehen keine rechtsformspezifischen Besonderheiten: Es genügt, wenn es sich um Gegenstände, also alle ihrer Natur nach verkehrsfähigen Güter[116], Sachen und Rechte, handelt, deren wirtschaftlicher Wert feststellbar ist; die Verpflichtung zu Dienstleistungen kann hingegen nicht Gegenstand einer Sacheinlage sein, § 27 Abs. 2 AktG[117].

Was das Erfordernis der Festsetzung der Sacheinlagen im Gesellschaftsvertrag anbelangt, so unterscheiden sich GmbH-Recht und Aktienrecht ebenfalls nicht: § 9 Abs. 3 GmbHG verlangt ebenso wie § 27 Abs. 1 AktG, dass der

---

107 Maßgeblich soll für die anzuwendende Sorgfalt sein, ob ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft die Maßnahme gleichfalls vorgenommen hätte. Dies wiederum deckt sich letztlich mit dem Maßstab des § 43 GmbHG, dazu Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2. Aufl., 2001, Anh. I, § 318 Rn. 30.

108 Dazu, dass dieses Konzept an Grenzen gerät, wenn keine Minderheitsgesellschafter vorhanden sind, also bei der Ein-Mann-GmbH, Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2. Aufl., 2001, Anh. I, § 318 Rn. 34.

109 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 311 Rn. 6 ff. m. w. N.

110 Das die Diskussion um die „kleine AG“ ursprünglich auslösende rechtspolitische Ziel war das der Erhöhung der Eigenkapitalausstattung deutscher Unternehmen. Soweit ersichtlich, ist zur Förderung dieses Zieles der eigentlich nahe liegende Gedanke, auch in der GmbH das Mindeststammkapital einer für den Betrieb eines Unternehmens realistischen Größe anzupassen, nicht ernsthaft verfolgt worden.

111 Zur GmbH MünchHdbGmbH/Heinrich, 1996, § 7 Rn. 1; § 3 Abs. 1 Nr. 3 und 4 GmbHG.

112 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 2 Rn. 12, 13.

113 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 2 Rn. 13; GK/Röhricht, AktG, 4. Aufl., 1996, § 23 Rn. 66 a. E.; str., a. A. MünchKomm/Heider, AktG, 2. Aufl., 2000, § 2 Rn. 29 ff.

114 MünchKomm/Heider, AktG, 2. Aufl., 2000, § 2 Rn. 42.

115 Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl., 2000, § 7 Rn. 10.

116 S. Scholz/Winter, GmbHG, Band I, 9. Aufl., 2000, § 5 Rn. 42 m. w. N.

117 Auch die Grundsätze dieser Vorschrift sollen im GmbHG analog anwendbar sein, dazu Scholz/Winter, GmbHG, Band I, 9. Aufl., 2000, § 5 Rn. 42 m. w. N.

Gegenstand und der Betrag, auf den sich die Sacheinlage bezieht[118], in der Satzung festgesetzt werden[119].

Ein letztlich nur formaler und für die Frage der Rechtsformwahl eher untergeordneter Unterschied zwischen GmbH und Aktiengesellschaft besteht darin, dass nach § 27 Abs. 5, § 26 Abs. 5 AktG die Festsetzungen im Gesellschaftsvertrag erst nach Ablauf einer Frist von 30 Jahren seit Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister geändert werden können. Diese Vorschrift soll mangels eines praktischen Erfordernisses im GmbH-Recht nicht analog angewendet werden[120].

Gemeinsam ist beiden Rechtsformen auch, dass bei der Aktiengesellschaft vor der Anmeldung 1/4 des geringsten Ausgabebetrages der Aktien einzuzahlen ist, § 36 a AktG, bei der GmbH 1/4 auf jede Stammeinlage, § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Zusätzlich bestimmt § 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG, dass jedoch insgesamt die Hälfte des Mindeststammkapitals eingezahlt sein muss. Eine dementsprechende Vorschrift im Aktiengesetz fehlt. Letztlich ist daher sowohl bei der GmbH als auch bei der AG, ausgehend von einer Gründung zum jeweiligen Mindeststamm- bzw. -grundkapital, der gleiche Betrag vor der Anmeldung einzuzahlen.

Aufgeld

Grundsätzliche Unterschiede bestehen zwischen Aktiengesellschaft und GmbH hinsichtlich der Frage, wann ein Aufgeld einzuzahlen ist. Dass dieses in der Aktiengesellschaft zulässig ist, folgt aus § 9 Abs. 2 AktG, wonach die Ausgabe von Aktien für einen höheren als den Nennbetrag oder den auf eine einzelne Stückaktie entfallenden Betrag des Grundkapitals zulässig ist[121].

Während in der GmbH der Zeitpunkt der Zahlung des Agios als Nebenleistung in der Satzung frei vereinbart werden darf oder sich durch die schuldrechtliche Vereinbarung der Gesellschafter untereinander ergibt[122], ist in § 36 a Abs. 1 AktG bestimmt, dass das Agio vor Anmeldung der Gesellschaft vollständig zu leisten ist. Ebenso wie die nur sehr eingeschränkte Möglichkeit, Nebenleistungen der Aktionäre zu vereinbaren, schränkt dies die Gestaltungsspielräume bei der Beteiligung von Gesellschaftern im Rahmen der Gründung, ebenso aber bei der Kapitalerhöhung (Anwendung des § 36 a AktG über die Verweisung in § 188 Abs. 2 AktG) deutlich ein.

Leistungszeitpunkt bei Sacheinlagen

Hinsichtlich von Sacheinlagen bestimmt § 7 Abs. 3 GmbHG, dass diese vor Anmeldung der Eintragung der Gesellschaft vollständig an die Gesellschaft zu bewirken sind. Für die Aktiengesellschaft gilt die Bestimmung des § 36 a Abs. 2 AktG. Über die Auslegung dieser Vorschrift besteht keine Einigkeit[123].

Insbesondere bereitet eine Deutung des Verhältnisses des Satzes 1, wo bestimmt ist, dass Sacheinlagen vollständig zu leisten seien, und des Satzes 2 Schwierigkeiten, nach dem eine Leistung innerhalb von 5 Jahren nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zu bewirken sein soll, wenn die Sacheinlage „in der Verpflichtung besteht, einen Vermögensgegenstand auf die Gesellschaft zu übertragen".

Zuweilen wird geschlossen, Satz 2 könne nur eine Verschärfung des Satzes 1 sein: Wenn Gegenstand der Sacheinlage ein Anspruch ist, der gegen einen Dritten gerichtet ist, verlange § 36 a Abs. 2 Satz 2 AktG zusätzlich, dass der Gegenstand selbst innerhalb von 5 Jahren auf die Gesellschaft zu übertragen sei. Nach dieser Auffassung bleibt die Regelung in Abs. 2 Satz 1, nach der Sacheinlagen vollständig zu leisten sind, die Grundregel, Satz 2 eine damit vereinbare zusätzliche Regelung[124].

Diese Ansicht kann die Rechtslage in der GmbH für sich in Anspruch nehmen, nach der Sacheinlagen vollständig zu leisten sind[125]. Warum gerade in der Aktiengesellschaft, deren Regelungen generell auf einen noch stärkeren Schutz des Grundkapitals ausgerichtet sind, wichtige Verpflichtungen gegenüber denen in der GmbH abgeschwächt sind, muss zumindest eigenartig erscheinen. Weiterhin ist auch zweifelhaft, dass systematisch eine im Gewande der Sonderregelung einherkommende Bestimmung die als Grundnorm erscheinende des Satzes 1, nach der Sacheinlagen vollständig zu leisten sind, faktisch ausschließen wolle.

Nach anderer Ansicht betrifft Satz 2 alle Fälle, in denen sich ein Gründer zur Übertragung eines Vermögensgegenstandes auf die Gesellschaft verpflichtet habe. Diese Sacheinlageverpflichtung sei innerhalb einer 5-jährigen Frist zu erfüllen. Nur in den Fällen, in denen die Sacheinlageverpflichtung nicht durch dingliche Übertragung zu geschehen habe, gelte Satz 1. Die Nutzung eines Gegenstandes etwa müsse der Gesellschaft bereits vor der Eintragung zur Verfügung gestellt werden. Bei dieser Auslegung wird die strenge Bestimmung des § 36 a Abs. 2 Satz 1 AktG faktisch die Ausnahme von der Regel, die Satz 2 hinsichtlich der (leichteren) 5-Jahres-Frist aufstellt[126].

Die letztere Ansicht wird insbesondere mit der Entstehungsgeschichte der Vorschrift begründet, nach der diese lediglich die 2. Richtlinie des Rats der EG zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts umsetzen wollte. In dieser ist eine Pflicht zur Leistung von Sacheinlagen lediglich innerhalb von 5 Jahren vorgesehen. Insbesondere auch aus der Gesetzgebungsgeschichte gehe deutlich hervor, dass eine generelle Pflicht zur vollständigen Leis-

118 Bei Stückaktien spricht § 27 Abs. 1 AktG zusätzlich von der Zahl der zu gewährenden Aktien.

119 Die Person, von der die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, ist zwar ausdrücklich nur in § 27 Abs. 1 AktG genannt, nicht mehr hingegen in § 9 Abs. 3 GmbHG. Dennoch soll an der Notwendigkeit der Aufnahme auch der Person des Sacheinlegers sachlich nach wie vor kein Zweifel bestehen, Scholz/Winter, GmbHG, Band I, 9. Aufl., 2000, § 5 Rn. 87.

120 Scholz/Winter, GmbHG, Band I, 9. Aufl., 2000, § 5 Rn. 86: Ersatzansprüche gegen die Gesellschafter verjähren nach 5 Jahren. Einer 30-jährigen Frist bedarf es nicht.

121 Bei Sacheinlagen erfolgt eine Überpariemission durch über den geringsten Ausgabebetrag der Aktien hinausgehende Bewertung in der Satzung, s. Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 9 Rn. 8.

122 Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl., 2000, § 5 Rn. 8.

123 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 36 a Rn. 4 ff.

124 Zur Überlegung des Erfordernisses einer Harmonisierung der beiden Sätze Mayer, ZHR 154, 535, 541 f.; s. a. Lutter, AG 1994, 429, 432 f.; Happ, Aktienrecht, 1995, 2.02 Rn. 37; K. Schmidt, GesR, 3. Aufl., 1997, § 27 II, S. 795, Fn. 4.

125 Zu dem Vergleich auch Mayer, ZHR 154, 535, 543.

126 MünchKomm/Pentz, AktG, 2. Aufl., 2000, § 36 a Rn. 12 ff.; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 36 a Rn. 4; MünchHdbAG/Hoffmann-Becking, 2. Aufl., 1999, § 4 Rn. 28.

tung von Sacheinlagen gerade nicht bestehen sollte[127]. Vielmehr habe der Gesetzgeber die strenge Bestimmung des Satzes 1 so verstanden, dass bereits die Verpflichtung des Gründers, einen bestimmten Gegenstand zu leisten, als Bewirkung der Sacheinlageverpflichtung angesehen wurde und für die Erfüllung dieses Anspruches die Frist des Satzes 2 maßgeblich sein sollte[128].

Zur Bewertung der genannten Positionen ist zu berücksichtigen, dass die erstgenannte Ansicht allzu deutlich die Bedeutung des genannten zu Recht wohl als unverständlich[129] angesehenen Satzes 2 an den Rand drängen muss, um zur ausschließlichen Geltung des Satzes 1 als Grundregel zu gelangen. Mag dieses Ergebnis auch als Ergebnis „schulmäßigen" Auslegens darstellbar sein[130]. Der Satz 2 verbleibende Sonderbereich erscheint als geradezu künstlich eingeschränkt, um das – vom Ergebnis her möglicherweise sinnvolle – gewollte Ergebnis zu erreichen und gegenüber der wohl herrschenden anderen Ansicht bestehen zu können.

Folgt man der genannten zweiten Ansicht, nach der faktisch die Vorschrift des Satzes 2 die Grundregelung der Sachkapitalaufbringung in der Aktiengesellschaft darstellt, so ist damit ein nicht ganz unwesentlicher Unterschied zwischen den Rechtsformen aufgedeckt: Die Verpflichtung zur Einlage von Gegenständen ist hinsichtlich ihrer Anforderungen in der AG deutlich weniger streng ausgeprägt als in der GmbH.

Kapitalerhaltung

Grundlegend ist der Unterschied zwischen Aktiengesellschaft und GmbH im Hinblick auf den Schutzumfang, den Regelungen über die Kapitalerhaltung, oder besser, die Vermögensbindung[131], in beiden Gesellschaften aufstellen. In der Aktiengesellschaft gilt das Schutzkonzept der §§ 57 ff. AktG, in der GmbH die Regeln der §§ 30 ff. GmbHG.

Erfasst von beiden Regelungskonzepten sind dem Kern nach Leistungen, die ihre Grundlage im Gesellschaftsverhältnis haben bzw. die wegen der Mitgliedschaft aller oder einzelner Gesellschafter erbracht werden[132]. Dabei muss es sich nicht notwendigerweise um Zahlungen an Gesellschafter als solche handeln. Selbst Austauschverträge mit Gesellschaftern, die ein objektives Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung aufweisen, können gegen die Vermögensbindungsvorschriften verstoßen[133]. Dasselbe gilt sogar für Geschäfte, die mit den Gesellschaftern nahe stehenden Personen geschlossen werden[134].

Im Recht der GmbH ist die so definierte Weggabe von Aktivvermögen nach § 30 GmbHG nur insoweit verboten, als das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen ausgezahlt wird, m. a. W. wenn durch Zahlungen eine Unterbilanz oder gar eine Überschuldung herbeigeführt wird[135].

In der Aktiengesellschaft gilt hingegen ein umfassendes Verbot der Einlagenrückgewähr, § 57 Abs. 1, 3 AktG. Verboten ist hiernach jede Leistung der AG, die wegen der Mitgliedschaft aller oder einzelner Aktionäre erbracht wird, wenn sie nicht aus Bilanzgewinn erfolgt oder ausnahmsweise gesetzlich zugelassen ist[136]. Im Recht der Aktiengesellschaft ist damit nicht nur das zur Erhaltung des Nominalkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft geschützt, sondern jedes Sondervermögen. Solches Vermögen kann damit nur im Zuge der Ausschüttung ordnungsgemäß festgestellten und zur Verteilung (durch die Verwaltung) freigegebenen Bilanzgewinns an die Aktionäre ausgekehrt werden[137].

Hinsichtlich der gegen die Regelungen der Vermögensbindung verstoßenden Vermögensvorteile gilt sowohl nach § 31 Abs. 1 GmbHG als auch nach § 62 Abs. 1 AktG, dass die betroffenen GmbH-Gesellschafter oder Aktionäre der Gesellschaft gegenüber zur Rückgewähr verpflichtet sind. Folgen einer Unwirksamkeit der entsprechenden Verträge oder sogar dinglichen Vollzugsgeschäfte nach § 134 BGB[138] bleiben unberührt.

IV. Besonderheiten bei mitgliedschaftlichen Rechten in der AG im Gegensatz zur GmbH

1. Gesellschafterrechte

Selbstverständlich erscheint zunächst, dass mit der Stellung, die dem Entscheidungsgremium der Aktionäre oder der Gesellschafter in der GmbH zuteil wird, mittelbar viel über die Stellung, die der einzelne Gesellschafter innerhalb der Gesellschaft als Ganzer ausüben kann, ausgesagt ist. Aus den Überlegungen oben folgte, dass in der Aktiengesellschaft die Bedeutung der Aktionäre insgesamt deutlich zugunsten der Verwaltung verschoben ist. Zuständigkeiten der Hauptversammlung bestehen nur in den vom Gesetz genannten Fällen. Umgekehrt liegt der Schwerpunkt des Einflusses in der Gesellschaft auf der Leitung, die dem Vorstand als eigenständige Aufgabe zugewiesen ist. Mitgliedschaftliche Rechte der Aktionäre sind wiederum im Wesentlichen auf die Teilhabe an dem Entscheidungsprozess in der Hauptversammlung beschränkt, insbesondere auf das Recht zur Teilnahme an dieser, § 118 AktG, das Stimmrecht in der Hauptversammlung, § 133 AktG, sowie das wichtige Informationsrecht des § 131 AktG, welches nur „in der Hauptversammlung" besteht[139], sowie auf das Recht zur Erhebung der Anfechtungsklage, § 245 Nr. 1–3 AktG[140]. Flankierend zu den Teilhaberechten in der jeweiligen Versammlung der Gesellschafter finden sich sowohl im GmbH-Gesetz (§ 50 GmbHG) als auch in § 122 Abs. 1

127 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 36 a Rn. 4; MünchKomm/Pentz, 2. Aufl., 2000, AktG, § 36 a Rn. 11 ff.
128 MünchKomm/Pentz, AktG, 2. Aufl., 2000, § 36 a Rn. 16.
129 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 36 a Rn. 4.
130 So die Darstellung bei Mayer, ZHR 154, 535, 538 ff.
131 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 57 Rn. 3.
132 Zur AG Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 57 Rn. 3; zur GmbH Scholz/H. P. Westermann, GmbHG, Band I, 9. Aufl., 2000, § 30 Rn. 19.
133 Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl., 2000, § 30 Rn. 8; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 57 Rn. 8 f.
134 Scholz/H. P. Westermann, GmbHG, Band I, 9. Aufl., 2000, § 30 Rn. 20 ff.; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 57 Rn. 14.
135 Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl., 2000, § 30 Rn. 2.
136 RGZ 107, 161, 168; RGZ 149, 385, 400; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 57 Rn. 2.
137 Scholz/H. P.Westermann, GmbHG, Band I, 9. Aufl., 2000, § 30 Rn. 5.
138 Dazu Hüffer, § 57 AktG, Rn. 23 ff.; § 62 Rn. 9.
139 Dazu bereits oben Abschnitt D. II. 2.
140 S. die Aufstellung der Minderheitenrechte nebst dem jeweils erforderlichen Quorum in MünchHdbAG/Semler, 2. Aufl., 1999, Anh. § 42, S. 592 ff.

AktG Regelungen, welche Minderheiten dieses Gremium einberufen dürfen. Als Zugeständnis an den Minderheitenschutz in großen Gesellschaften beträgt das nach § 122 Abs. 1 AktG erforderliche Quorum 5 % des Grundkapitals. In der GmbH sind hingegen erst 10 % des Stammkapitals berechtigt, die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zu verlangen. Bezogen auf die hier zu untersuchende „kleine" AG steht damit, nach dem zur Stellung der Aktionäre gegenüber der Verwaltung oben Ausgeführten, beinahe kurioserweise die Möglichkeit der Einberufung der Hauptversammlung einem größeren Gesellschafterkreis offen, als dies in der GmbH der Fall ist.

2. Haftung der Aktionäre

Bei der Frage nach der Haftung von Gesellschaftern in Kapitalgesellschaften kann zunächst getrennt werden zwischen Anspruchsgrundlagen und Haftungsgefahren, die die Gesellschafter im Hinblick auf ihre Tätigkeit als Gesellschafter in der Gesellschaft treffen können, und solchen, die sie im Hinblick auf die Kapitalaufbringung und -erhaltung sowie deren Sicherstellung treffen. Eine Trennung erscheint schon deshalb sinnvoll, weil der erstgenannte Bereich sowohl im GmbH- als auch im Aktienrecht nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist und die Ausprägung von Haftungsgrundsätzen im Wesentlichen der Rechtsprechung, insbesondere mit der Anerkennung gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten[141], aber auch der Anwendung deliktsrechtlicher Vorschriften auf gesellschafts- oder gesellschafterschädigendes Verhalten[142] vorbehalten geblieben ist.

Besonderheit der so ausgebildeten Bindungen ist wiederum, dass sie nach ihrem Ansatz und auch in ihrer Intensität unabhängig von der Frage der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft sind und auf die Struktur der Gesellschaft selbst abstellen, also etwa darauf, ob die Verbandsorganisation eher der der Personengesellschaft ähnlich ist, inwieweit die Gesellschaft personalistisch verfasst ist und ob ein Gesellschafter besonders dominiert[143].

Im Hinblick auf die Entscheidung für oder gegen eine bestimmte Rechtsform können solche Bindungen indessen vernachlässigt werden.

3. Aktionäre im Hinblick auf die Regeln der Kapitalaufbringung und -erhaltung treffende Verpflichtungen

Für die Darstellung der die Gründer einer Aktiengesellschaft treffenden Verpflichtungen im Gegensatz zu denen der GmbH kann zunächst auf die Ausführungen oben unter Abschnitt III. verwiesen werden: Die Anforderungen, die an die Gesellschaft im Hinblick auf ihre Eintragung im Handelsregister gestellt werden, müssen spiegelbildlich den Verpflichtungen entsprechen, die die Gründer bei Übernahme der Aktien in der Gründungsurkunde eingehen.

Sowohl in der Aktiengesellschaft als auch der GmbH ergibt sich die Verpflichtung des Gesellschafters und damit seine Haftung aus dieser Kapitaldeckungszusage. Soweit Einlagen nicht schon vor der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister geleistet werden müssen, werden sie mit der Einforderung durch das zuständige Organ fällig. Bei der Aktiengesellschaft ist das zur Einforderung zuständige Organ zwingend der Vorstand, § 63 Abs. 1 AktG. § 63 Abs. 1 S. 2 AktG bestimmt hierzu, dass die Aufforderung zur Einzahlung in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen ist, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt. Bei einer kleinen Aktiengesellschaft mit überschaubarem Gesellschafterkreis erscheint das Erfordernis der Veröffentlichung eines entsprechenden Verlangens des Vorstands als überzogen. Die Satzung sollte hier daher etwas anderes bestimmen, also von dem Veröffentlichungserfordernis dispensieren.

Letztlich gleich sind für beide Gesellschaftsformen auch die Folgen aus dem Umstand, dass Sacheinlagen nicht den festgesetzten Wert erreichen. Im GmbH-Gesetz folgt dies schon aus § 9 Abs. 1 GmbHG, wo die Differenzhaftung ausdrücklich angeordnet und bestimmt ist, dass ein Gesellschafter in Höhe des Fehlbetrages eine Einlage in Geld zu leisten hat. Im Aktiengesetz fehlt eine solche Vorschrift. Doch ergibt sich hier aus dem Gesamtzusammenhang, der die Bargründung als Grundsatz ansieht, die Sachgründung nur unter Einhaltung aller gesetzlichen Vorschriften für zulässig erklärt, dass den Gesellschafter, der überbewertete Sacheinlagen einbringt, ebenfalls eine Differenzhaftung trifft. Ungeachtet bleibt der Umstand, dass die Überbewertung, die im Rahmen der Gründung der Gesellschaft bereits auffällt, bereits einen Errichtungsmangel darstellt und zur Ablehnung der Eintragung der Gesellschaft führt[144].

Auffällige Übereinstimmung zumindest im Aufbau der Vorschriften besteht auch zwischen § 9 a GmbHG und § 46 AktG. Beide Vorschriften normieren die Gründerhaftung für den Fall, dass durch falsche Angaben im Rahmen des Gründungsvorganges der Gesellschaft Schäden entstehen. Die Gründer der Gesellschaft haften der Gesellschaft gegenüber für die Richtigkeit solcher Angaben und die aus der Unrichtigkeit folgenden Schäden als Gesamtschuldner auf Schadensersatz. Sowohl im Aktiengesetz, § 46 Abs. 3 AktG, als auch im GmbH-Gesetz, § 9 a Abs. 3 GmbHG, besteht für einen einzelnen Gesellschafter die Möglichkeit, sich dadurch zu entlasten, dass er beweist, dass er die Ersatzpflicht auslösenden Umstände weder kannte noch mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes kennen musste. Diese Vorschriften über die Entlastung sind in engem Zusammenhang mit den sonstigen, die Gründer treffenden Verpflichtungen zu sehen. Anders als im Recht der GmbH ist im Vorfeld der Gründung einer AG stets ein von allen Gründern zu unterschreibender und damit zu verantwortender Gründungsbericht beim Handelsregister einzureichen, § 32 Abs. 1 AktG. Letztlich wird im Rahmen der Überprüfung, ob die angemessene Sorgfalt angewendet wurde, damit wohl für die Gründer deren Beteiligung am Gründungsbericht maßgeblich sein.

---

141 Für die Aktiengesellschaft auch im Hinblick auf den Kleinaktionär: BGHZ 129, 136, 142 („Girmes"); für die GmbH bereits RGZ 164, 262; 165, 79; 169, 333 f., 338; BGHZ 9, 163; 14, 38; 65, 18 f.; 76, 351; 80, 346, 349; 98, 276, 279 f.; aus der Literatur etwa Wiedemann, GesR I, 1980, S. 95, 431 ff.; Lutter, JZ 1976, 225 ff.

142 Hierzu etwa BGHZ 110, 323, 327 f. (für die Mitgliedschaft in einem Verein); kritisch K. Schmidt, JZ 1991, 157, 161.

143 S. hierzu auch Wiedemann, GesR I, 1980, S. 434.

144 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 27 Rn. 2, 27 f.

Dass hier ein vorschnelles oder gar ungeprüftes Unterschreiben des Gründungsberichts noch den Beweis, mit der erforderlichen Sorgfalt gehandelt zu haben, ermöglicht, wird nur in Ausnahmefällen anzunehmen sein. Insgesamt besteht daher in einer Aktiengesellschaft eine umfassende gesamtschuldnerische Haftung der Gründer gegenüber der Gesellschaft.

Einen Sonderfall, der keine Entsprechung im GmbH-Gesetz findet, regelt darüber hinaus noch § 46 Abs. 4 AktG: Entsteht bei Sacheinlagen der Gesellschaft deshalb ein Ausfall, weil ein Aktionär zahlungs- oder leistungsunfähig ist, sind die Gründer der Gesellschaft, die die Zahlungs- oder Leistungsunfähigkeit kannten, als Gesamtschuldner zum Ausgleich verpflichtet. In diesem, wegen des Vorsatzerfordernisses, Ausnahmefall besteht damit sogar eine gesamtschuldnerische Ausfallhaftung wegen der Leistungsunfähigkeit eines Mitgründers.

Im Zusammenhang eines Rechtsformvergleichs hier keiner weiteren Ausführungen bedürfen die Regelungen des § 22 GmbHG einerseits und § 65 AktG andererseits. Für den Sonderfall, dass ein Gesellschafter nach § 21 GmbHG bzw. § 64 AktG ausgeschlossen wurde, ist jeder Rechtsvorgänger zur Zahlung des nicht gezahlten Betrages verpflichtet. Im Recht der GmbH beschränkt sich diese Verpflichtung auf solche Gesellschafter, die der Gesellschaft gegenüber angemeldet waren, bei der Aktiengesellschaft auf solche Vormänner, die im Aktienregister eingetragen sind[145].

Insbesondere die Haftung nach der Veräußerung

Wichtiger im Hinblick auf die Übertragung von Mitgliedschaften erscheint aber die der Haftung des jeweiligen Veräußerers oder Erwerbers unabhängig vom „Extremfall" der § 22 GmbHG, § 65 AktG und unabhängig von der Eigenschaft als Gründer einer Gesellschaft. Eine Vorschrift wie § 16 Abs. 3 GmbHG, nach der sowohl der Veräußerer als auch der Erwerber eines Geschäftsanteils für die zur Zeit der Anmeldung des Rechtsüberganges bei der Gesellschaft rückständigen Leistungen haften, fehlt, ebenso wie das Erfordernis der Anmeldung des Überganges überhaupt. Auch findet sich im Aktienrecht keine Entsprechung zu der Vorschrift des § 24 GmbHG, nach der äußerst hilfsweise, wenn eine Stammeinlage weder durch Einziehung noch durch den Verkauf des Geschäftsanteils gedeckt werden kann, die übrigen Gesellschafter die Stammeinlage aufzubringen haben.

Als Folge des Fehlens solcher Vorschriften gilt im Aktiengesetz der Grundsatz, dass die Einlagepflicht als nicht isolierbarer Teil der Mitgliedschaft auf den jeweiligen Aktionär übergeht[146]. Derjenige, der also im Zeitpunkt der Aufforderung zur Einzahlung von Einlagen Aktionär ist, ist Schuldner dieser Verpflichtung. Im Hinblick auf einen Aktienkaufvertrag, in dem die Tatsache der Nichteinzahlung der Aktien vielleicht verschwiegen wurde, bleiben allein schuldrechtliche Rückgriffsansprüche. Bei Sacheinlageverpflichtungen ist dieser Grundsatz dahin gehend zu modifizieren, dass den Erwerber eine entsprechende Verpflichtung zur Bareinzahlung trifft[147]. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz soll wiederum für den Fall gelten, dass Aktien verkörpert sind: Aus § 10 Abs. 2 AktG folgt, dass Inhaberaktien erst dann ausgegeben werden dürfen, wenn der Ausgabebetrag vollständig eingezahlt wurde. Umgekehrt ist auf Namensaktien der Betrag der eingezahlten Teilleistungen stets anzugeben. Sollten unter Verletzung dieser Vorschriften Inhaberaktien ausgegeben oder auf Namensaktien falsche Beträge vermerkt sein, soll der gutgläubige, auf den Inhalt der Aktienurkunden vertrauende Erwerber nicht haften, der bisherige Aktionär hingegen weiterhin zur Erbringung der Einlageleistungen nach § 63 Abs. 1 AktG verpflichtet sein[148]. Ihn treffen zwar als Nicht-Gesellschafter keine mitgliedschaftlichen Nebenverpflichtungen mehr. Er ist aber aus dem Gesichtspunkt des bereits eingetretenen Verzuges schadensersatzpflichtig. Umgekehrt dürfte in einem solchen Falle stets eine Pflichtverletzung der Verwaltung der Gesellschaft und damit Ansprüche des haftenden Aktionärs gegen den Vorstand gegeben sein[149], deren fehlerhafte Aktienausgabe der Rechtsscheinträger des vorgenannten gutgläubigen Erwerbs ist.

Ob der genannten Ansicht vom gutgläubigen Erwerb einer unbelasteten Mitgliedschaft zu folgen ist, was wegen der Singularität einer solcher Erscheinung im Gesellschaftsrecht, aber auch im Schuldrecht allgemein, zumindest zweifelhaft erscheint, steht damit doch fest, dass der Grundsatz, nach dem immer der jeweilige Aktionär für die Erbringung der Einlageleistung haftet, zumindest für nicht verkörperte Aktien an keiner Stelle durchbrochen werden muss.

4. Die Übertragung der Mitgliedschaft

a) Die Übertragungsmöglichkeiten für Aktien allgemein

Ein weiterer geradezu ein Charakteristikum der Aktiengesellschaft bildender Umstand ist die gegenüber der GmbH erleichterte Möglichkeit der Übertragung von Mitgliedschaftsrechten.

Nach der dem Gesetz zugrunde liegenden Vorstellung von Aktien sind diese verkörpert[150] und können, sofern es sich um Inhaberaktien handelt, nach den Regeln über die Übereignung beweglicher Sachen, §§ 929 ff. BGB, sofern es sich um Namensaktien handelt, durch Indossament, § 68 Abs. 1 AktG i. V. m. Art. 13 Abs. 1 WG, und Übertragung des Eigentums an der indossierten Namensaktie übertragen werden[151]. Eine bewusst auf Kontrolle, Beweissicherung und Übereilungsschutz der Anteilsübertragung abzielende Vorschrift wie die des § 15

145 Unterschiedlich sind hier nur die Verjährungsfristen: Nach § 65 Abs. 2 AktG sind Vormänner nur zur Zahlung von Beträgen verpflichtet, die innerhalb von zwei Jahren eingefordert werden; nach § 22 Abs. 3 GmbHG beträgt die Frist fünf Jahre.

146 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 54 Rn. 4.

147 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 54 Rn. 4.

148 RGZ 144, 138, 145; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 54 Rn. 4, § 63 Rn. 4; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl, AktG, Band I, 1973, § 54 Rn. 12 ff.

149 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 10 Rn. 7.

150 Die Mitgliedschaft und deren Übertragung setzt die Verkörperung indessen nicht voraus, s. MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 14 Rn. 2.

151 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 68 Rn. 4. Str. ist, ob bei verkörperten Aktien die Übergabe der Aktienurkunde zum Übertragungstatbestand gehört oder nicht, dafür: BGH NJW 1958, 302 f. (obiter dictum); Baumbach/Hueck, AktG, 18. Aufl., 1968, § 68 Rn. 4; dagegen Hüffer, a. a. O.; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl, AktG, Band I, 1973, § 68 Rn. 35.

GmbHG für GmbH-Geschäftsanteile ist dem Aktienrecht grundsätzlich fremd. Daneben ist, dem Charakter der Aktie als Mitgliedschaft folgend, immer auch die – mangels gesonderter Vorschriften formlose – Übertragung durch Abtretung möglich[152]. Ist eine Aktie nicht verkörpert, ist die Übertragung nach §§ 413, 398 BGB durch Abtretung die einzige Möglichkeit der Übertragung[153]. Dass mit der Möglichkeit, Mitgliedschaftsrechte nach §§ 929 ff. BGB sowie durch Indossament zu übertragen, auch die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs einer Aktie gegeben ist[154], ist eine ebenfalls auf das Aktienrecht beschränkte Besonderheit.

b) Die Übertragung globalverbriefter Rechte, insbesondere solcher, die nach dem DepotG verwahrt werden; Wechselwirkungen zum Recht der „kleinen AG"

aa) Mehrfach- und Globalaktien

Eine aus der Praxis der börsennotierten Aktiengesellschaft gewachsene Besonderheit stellt der Umstand dar, dass die Verkörperung einzelner Aktien heute praktisch nicht mehr vorkommt, Aktienurkunden nur noch in der Form von Mehrfachurkunden[155] oder, speziell bei börsennotierten Aktiengesellschaften, als sog. „Globalurkunden" existieren[156]. Bei der Mehrfachurkunde sind mehrere oder alle Aktien eines Aktionärs in einem Papier verkörpert, bei der Globalurkunde mehrere oder sogar alle Aktien einer bestimmten Gattung, gegebenenfalls damit alle Aktien einer Gesellschaft.

Auch für Mehrfachurkunden oder sogar Globalaktien gelten die vorgenannten Übertragungsmöglichkeiten. Für eine Übertragung nach den §§ 929 ff. BGB und damit einen gutgläubigen Erwerb ist aber stets notwendig, dass die Voraussetzungen der jeweiligen Übereignungstatbestände, z. B. des § 929 BGB, vollständig verwirklicht werden, insbesondere also der Veräußerer dem Erwerber mittelbaren oder unmittelbaren Besitz an der jeweiligen Urkunde verschafft. Keine Besonderheiten bestehen hier, wenn alle in einer Urkunde verbrieften Rechte übertragen werden. Mit der Übergabe dieser betreffenden Mehrfachurkunde ist dem Erfordernis der Besitzverschaffung in § 929 S. 1 BGB Genüge getan. Bei der Übereignung von Rechten, die in nur einer Globalurkunde verbrieft sind, kann eine sachenrechtliche Übereignung von Miteigentumsanteilen an dieser Urkunde nur noch in Ausnahmefällen nach den Regeln der §§ 929 ff. BGB stattfinden. Anerkannt ist insbesondere, dass dies nicht möglich ist, wenn der Besitzer der Globalurkunde sowohl Eigen- als auch Fremdbesitz an dieser Urkunde ausübt[157]. Ist der Verwahrer der Urkunde daher auch nur Eigentümer einer einzigen Aktie, kann im Hinblick auf die Übertragung von Aktien die Globalurkunde keinen Übertragungsakt nach Maßgabe der §§ 929 ff. BGB vermitteln. Dies erscheint umgekehrt damit nur denkbar, wenn der Besitzer der Urkunde jeweils nur Fremdbesitz für unterschiedliche Berechtigte ausübt[158].

bb) Die Sondervorschriften des DepotG

Die Entwicklung von Mehrfachaktien sowie Globalaktien und insbesondere die Regelungen für deren Übertragung sind mithin letztlich nur verständlich im Zusammenhang mit der heute das Aktienwesen absolut beherrschenden Girosammelverwahrung. Letztere hat bekanntermaßen das Wertpapierwesen als Ganzes einen erheblichen Funktionsverlust erfahren lassen[159]. Für diese gelten die Regelungen des Depotgesetzes (DepotG) und die dort formulierten Sonderregelungen für die Übertragung dieser Rechte[160]. Zur Verwahrung sind nach § 5 Abs. 1 DepotG nur vertretbare Wertpapiere geeignet, also in erster Linie Inhaberaktien, aber auch Namensaktien, sofern diese mit einem Blankoindossament versehen sind[161].

Als wichtige Vorschrift, was die Rechtsstellung der Verwahrer von Sammelurkunden anbelangt, wird § 9 a Abs. 2 DepotG angesehen. Hiernach sollen die Vorschriften der §§ 6, 7 DepotG entsprechend gelten. Nach § 6 Abs. 1 DepotG entsteht mit einer Lieferung in die Sammelverwahrung für den bisherigen Eigentümer Miteigentum nach Bruchteilen an den zum Sammelbestand gehörenden Wertpapieren[162]. Für Sammelurkunden besteht nach § 9 a Abs. 3 DepotG die Besonderheit, dass ein Anspruch nicht mehr auf Herausgabe von Teilen der hinterlegten Urkunden besteht, sondern grundsätzlich der Aussteller der Urkunde die Sammelurkunden durch einzelne neue Wertpapiere zu ersetzen hat. Diese müssen dann herausgegeben werden. Eine dingliche Berechtigung an der Sammelurkunde besteht damit im herkömmlichen, den Regelungen des Sachenrechts verhafteten Sinne, nicht mehr[163]. Nach § 9 a Abs. 3 Satz 2 DepotG kann von der Wertpapiersammelbank auch die Ausgabe einzelner Wertpapiere im vorgenannten Sinne dann nicht mehr verlangt werden, wenn auch aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Aussteller der Papiere und dem Hinterleger ein Anspruch auf Lieferung einzelner Urkunden nicht mehr besteht. Einen solchen Fall, dass also ein einzelner Aktionär gegenüber der Gesellschaft keinen Anspruch mehr auf Ausstellung einzelner

---

152 MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 14 Rn. 2.

153 MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 14 Rn. 1; Happ, Aktienrecht, 5.01 Rn. 1; Rombach, MittRhNotK 2000, 313, 314.

154 MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 14 Rn. 12.

155 Der Begriff wird im Gesetz nicht verwendet. Lediglich in § 10 Abs. 5 AktG a. F. (vor In-Kraft-Treten des KonTraG) fand sich die Formulierung, nach der der Anspruch eines Aktionärs auf Einzelverbriefung ausgeschlossen war. Nicht ausgeschlossen sein sollte daher der Anspruch auf Ausstellung einer Mehrfachurkunde. Legaldefiniert ist in § 9 a Abs. 1 DepotG der Begriff der „Sammelurkunde". Darunter soll ein Wertpapier zu verstehen sein, das mehrere Rechte verbrieft, die jedes für sich in einem Wertpapier verbrieft sein könnten.

156 GK/Canaris, HGB, Bankvertragsrecht, 3. Aufl., 2. Bearb., Rn. 2042; Schwennicke, AG 2001, 118, 119 f. Der Druck einzelner Aktienurkunden sei zur Seltenheit geworden, werde, wenn überhaupt, nur noch zu Werbezwecken vorgenommen.

157 Habersack/Mayer, WM 2000, 1678, 1680 f. unter Bezugnahme auf die Entscheidung BGHZ 85, 263 ff.

158 Umfassend zur Möglichkeit des Erwerbs girosammelverwahrter Effekten auch MünchKomm/Einsele, HGB, Band 5, 2001, Depotgeschäft, Rn. 95 ff.

159 GK/Canaris, HGB, Bankvertragsrecht, 3. Aufl., 2. Bearb., Rn. 2040.

160 Habersack/Mayer, WM 2000, 1678, 1680.

161 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 68 Rn. 3, 5; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl, AktG, Band I, 1973, § 68 Rn. 12 f.; MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 14 Rn. 35.

162 Nach § 7 DepotG kann der Hinterleger Wertpapiere nur in Höhe des Nennbetrages oder der Stückzahl zurückverlangen, nicht mehr aber die von ihm gelieferten Stücke.

163 S. hierzu und zu den Folgerungen in bezug auf die Möglichkeiten, solcherart verkörperte Aktien nach §§ 929 ff. BGB – insbesondere gutgläubig – zu übereignen, Habersack/Mayer WM 2000, 1678, 1680 ff.

Aktien hat, sieht § 10 Abs. 5 AktG als mögliche Bestimmung in der Satzung vor.

Wichtig in diesem Zusammenhang erscheint, dass mit diesen Vorschriften, die als Sonderregeln über die Besitz- und Eigentumsverhältnisse hinterlegter Wertpapiere gelten können, allein noch keine Aussagen darüber betroffen sind, wie Aktionäre Aktien erwerben können. Es gelten daher auch für die Übertragung so verwahrter Aktien grundsätzlich die Regelungen der §§ 929 ff. BGB, also insbesondere das Erfordernis, dass der Veräußerer dem Erwerber Besitz verschaffen muss.

In der Praxis der Übertragung von Aktien, die bei einer Wertpapiersammelbank verwahrt werden, spielen die Regelungen der §§ 929 ff. BGB aber deshalb keine Rolle, weil wohl stets die Voraussetzungen eines weiteren Übertragungstatbestands, § 24 Abs. 2 DepotG, vorliegen. Miteigentum geht dabei schon dann über, wenn die Eintragung eines Übertragungsvermerks im Verwahrungsbuch getätigt wurde. Die weiteren Voraussetzungen der Vorschrift, dass es sich beim Veräußerer um einen Kommissionär, der im Übrigen über die Aktien verfügungsberechtigt sein muss, beim Erwerber um einen Kommittenten handelt, werden in der Praxis wohl stets gegeben sein.

cc) Globalaktien und kleine Aktiengesellschaften

Gerade für kleine Aktiengesellschaften wird sich nicht selten die Frage stellen, ob sie an den Vereinfachungen, die mit der Einführung von Mehrfach- oder Globalurkunden einhergehen, nicht ebenfalls partizipieren können. Kleine Aktiengesellschaften werden wohl stets bestrebt sein, entweder eine Verkörperung der von ihnen ausgegebenen Aktien ganz zu vermeiden oder aber zumindest auf die Ausgabe möglichst weniger, insbesondere Globalaktien zu beschränken[164]. Andererseits wird wiederum für eine neu gegründete kleine Aktiengesellschaft, bei der der Aktionärskreis zunächst stabil bleiben soll, die Investition, ihre Aktien einer Wertpapiersammelbank zur professionellen Verwahrung zu übergeben, selten gewünscht sein.

Festzustellen ist, dass die Möglichkeit der Ausgabe von Globalaktien letztlich doch ganz auf die Situation der börsennotierten Aktiengesellschaft ausgerichtet ist: Nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 KWG ist die Verwahrung von Wertpapieren für andere ein Bankgeschäft, welches erlaubnispflichtig ist. Die Erlaubnis wird nur Kreditinstituten gewährt. Die weitere Voraussetzung, dass diese Tätigkeit „gewerbsmäßig" geschieht, soll nach der Praxis des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen immer, auch bei kostenloser Verwahrung schon dann vorliegen, wenn Rechte an einer Globalurkunde mehr als 5 Berechtigten zustehen oder in der Globalurkunde mehr als 25 Mitgliedschaftsrechte verbrieft sind[165]. Letztlich scheidet damit nach geltender Rechtslage die Verwahrung einer Globalurkunde durch die Gesellschaft selbst aus[166].

Nach den Vorschriften des DepotG genügt es auch nicht, dass ein Kreditinstitut die Verwahrung der Globalaktie übernimmt. Nach § 9 a Abs. 1 DepotG ist der Verwahrer (§ 1 Abs. 2 DepotG) von Sammelurkunden verpflichtet, diese einer Wertpapiersammelbank zur Verwahrung zu übergeben, es sei denn, der Hinterleger der Wertpapiere hat die gesonderte Aufbewahrung verlangt. Einzige Wertpapiersammelbank in der Bundesrepublik ist die Clearstream Banking AG[167], früher Deutsche Börse Clearing AG, zuvor Kassenverein[168]. Die Möglichkeit, dass eine (Haus)bank selbst die Aktie verwahrt, soll angesichts des damit verbundenen Aufwandes und der Kosten nur eine theoretische Möglichkeit sein[169].

dd) Zwischenergebnis

Bei näherer Prüfung stellt sich die Möglichkeit, die Ausgabe von einzelnen Aktien durch Ausgabe einer einzigen Globalaktie zu vermeiden, bei einer kleinen AG damit als eine in ihren Konsequenzen wirtschaftlich kaum hinnehmbare Handlungsalternative dar. Es bleiben damit nur die Möglichkeiten entweder der Einzelverbriefung oder Verbriefung zumindest aller Anteile eines Aktionärs oder aber des vollständigen Verzichts auf die Verbriefung.

c) Der Ausschluss der Verkörperung in der Satzung, Reichweite, Folgefragen

Eine auf den ersten Blick eindeutige Vorschrift scheint § 10 Abs. 5 AktG zu sein. Hiernach kann in der Satzung der Anspruch des Aktionärs auf Verbriefung seines Anteils ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn man diese Regelung mit der vor 1998 geltenden Fassung vergleicht: Danach sollte lediglich der Anspruch eines Aktionärs auf Einzelverbriefung seiner Anteile ausgeschlossen werden dürfen.

Weitgehende Einigkeit besteht indessen darüber, dass von dieser Vorschrift der ungeschriebene Anspruch eines Aktionärs auf Verbriefung aller Anteile der Gesellschaft in einer Globalurkunde und deren Hinterlegung nicht erfasst ist[170]. Der Gesetzgeber habe mit der Neufassung der Vorschrift nicht den Schritt zum reinen Wertrecht vollziehen wollen[171]. Ausgeschlossen sei hingegen im Gegensatz zum Rechtszustand zuvor, dass ein Aktionär die Verbriefung aller seiner Anteile in einer Urkunde fordern könne. Zwanglose Folge dieser Auffassung ist, dass eine Gesellschaft dem Ansinnen eines Aktionärs, solch eine Globalurkunde auszustellen und damit den oben geschilderten Folgen, was die Verwahrung bei einer Wertpapiersammelbank und die damit verbundenen Kosten anbelangt, rechtlich wirksam nichts entgegensetzen kann.

In Veröffentlichungen der letzten Zeit ist verschiedentlich darauf hingewiesen worden, dass die Auffassung, es bestehe ein Recht der Aktionäre auf Verbriefung in einer Globalurkunde und damit auf ein „Zwangsgiro", jedenfalls bei einer kleinen AG mit schützenswerten Interessen der Aktionäre nicht zu rechtfertigen sei[172]: Das

164 Lauppe, DB 2000, 807, 808 f.
165 Schwennicke, AG 2001, 118, 119.
166 Schwennicke, AG 2001, 118, 119.
167 S. MünchKomm/Einsele, HGB, Band 5, Depotgeschäft, Rn. 47, mittlerweile Tochtergesellschaft der Clearstream International mit Sitz in Luxemburg.
168 MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 14 Rn. 15.
169 Lauppe, DB 2000, 807, 808.
170 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 10 Rn. 10 f.; Seibert, DB 1999, 267 ff.
171 Seibert, DB 1999, 267, 269.
172 Schwennicke, AG 2001, 118, 124 f.

Argument, dass erst die Verbriefung der Aktien ermögliche ein Aktienregister zu führen, welches wiederum dazu führt, dass auch ein einzelner Aktionär seine Rechtsstellung besser nachweisen kann[173], ist jedenfalls auf Inhaberaktien gerade nicht anwendbar und kann daher auch nicht einen umfassenden Anspruch der Aktionäre rechtfertigen[174]. Das weitere Argument, dass erst mit der Verkörperung die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs für die Aktionäre gegeben sei, ist zwar generell zutreffend, gerade für die Verkörperung in einer Globalaktie wiederum nur sehr eingeschränkt zutreffend, nämlich dann, wenn die Aktien im Rahmen der Girosammelverwahrung nach § 24 DepotG übertragen werden[175]. Die Sammelverwahrung der Aktie bei der Wertpapiersammelbank ist aber wiederum gerade für kleine Aktiengesellschaften nicht passend[176]. Soll die Idee, die Aktiengesellschaft als Rechtsform auch für den Mittelstand als Alternative zur GmbH interessant zu machen, ernsthaft und bis zu Ende durchgeführt werden, müsste hier eine klarstellende gesetzliche Bestimmung für kleine Aktiengesellschaften eine Ausnahme zulassen.

Angesichts der Unsicherheiten, die de lege lata mit der Frage der Verbriefung von Aktien auch kleiner Aktiengesellschaften verbunden sind, sollte eine Beratung dahin gehen, solche Aktien zunächst gar nicht auszugeben. Verlangt ein Aktionär, möglicherweise auch bewusst und in Kenntnis der daraus folgenden Schwierigkeiten und Kosten, dennoch die Verbriefung in einer Globalurkunde, so sollte er zunächst darauf hingewiesen werden, dass diese Verbriefung für den einzelnen Aktionär eigentlich gar keinen Sinn macht[177]. Im Hinblick darauf, dass sich ein Aktionär möglicherweise auch hiervon nicht von der Durchsetzung „seines Rechts" abbringen lassen könnte, erscheint es als sinnvoll, bereits in die Satzung eine Bestimmung aufzunehmen, nach der ein Aktionär, der Ansprüche auf Verbriefung von Aktien geltend macht, auch die damit verbundenen Kosten zu tragen hat[178].

d) Der Nachweis des Rechtsübergangs gegenüber der Gesellschaft

Die für die Rechtssicherheit für die Gesellschaft wesentliche Frage, wer eigentlich Gesellschafter ist, wird durch das GmbH-Gesetz mit der Vorschrift des § 16 Abs. 1 beantwortet. Danach gilt bei einer Veräußerung im Verhältnis zur GmbH nur derjenige als Erwerber, dessen Erwerb bei der Gesellschaft unter Nachweis des Überganges angemeldet worden ist.

Im Aktienrecht fehlt eine solche generelle Regelung. Allerdings besteht mit § 67 Abs. 2 AktG eine Bestimmung, nach der im Verhältnis zur Gesellschaft als Aktionär nur gilt, wer im Aktienregister als solcher eingetragen ist. Diese Vorschrift hat indessen nicht die gleiche Bedeutung wie § 16 Abs. 1 GmbHG.

Die Vorschrift gilt zum einen nur für Namensaktien; soweit eine Gesellschaft daher sonst über Inhaberaktien und deren Inhaber Aufzeichnungen führt, kommt diesen nicht die Funktion eines Aktienregisters und insbesondere nicht die Legitimationswirkung des § 67 Abs. 2 AktG zu[179]. Soweit eine Gesellschaft zwar Namensaktien hat, aber keine Aktienurkunden ausgibt und daher kein Aktienregister führt, gilt § 67 Abs. 2 AktG ebenfalls nicht. Die in dieser Vorschrift enthaltene Vermutung greift nicht ein[180]. Eine Gesellschaft soll überhaupt nur dann zur Führung eines Aktienregisters i. S. d. § 67 AktG verpflichtet aber auch berechtigt sein, wenn sie (verbriefte) Aktien ausgibt[181]. In den meisten Fällen kleiner Aktiengesellschaften bestehen daher, insbesondere, wenn die Gesellschaft keine Aktienurkunden ausgibt, keine klaren Regelungen, die bestimmen, wen sie als Aktionär behandeln darf und muss[182]. Es gelten die allgemeinen Beweisregeln. Einen Ausweg, der der Gesellschaft zumindest teilweise Übersicht über ihre Aktionäre vermittelt, ist die Einführung vinkulierter Namensaktien, § 68 Abs. 2 AktG. Sicher ist hier, dass nur derjenige Aktionär ist, dessen Erwerb die Gesellschaft zugestimmt hat.

e) Möglichkeiten und Grenzen der Vinkulierung von Aktien

Die im GmbH-Gesetz nach § 15 Abs. 5 GmbHG unbeschränkt gegebene Möglichkeit, in der Satzung die Übertragung von Geschäftsanteilen an die Zustimmung der Gesellschafter oder der Gesellschafterversammlung zu binden und so letztlich eine umfassende Vinkulierung von GmbH-Geschäftsanteilen zu bewirken, besteht im Aktiengesetz nur sehr eingeschränkt: Lediglich § 68 Abs. 2 AktG bestimmt für Namensaktien, dass die Satzung die Übertragung dieser Aktien an die Zustimmung der Gesellschaft binden kann. Allgemeinen Regeln folgend, ist der Vorstand damit für Entscheidungen über die Zustimmung zur Übertragung zuständig. § 68 Abs. 2 S. 3 AktG bestimmt weiterhin, dass die Satzung auch abweichend davon vorsehen kann, dass entweder der Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung über die Zustimmung beschließen kann. Bei der Entscheidung darüber die Zustimmung zu erteilen oder nicht, soll das jeweils zuständige Organ gehalten sein, nach pflichtgemäßem, aber durch das Gleichbehandlungsgebot des § 53 a AktG gebundenen Ermessen, zu entscheiden[183]. In jedem Fall

---

173 Diese Überlegung macht Lauppe, DB 2000, 807 ff. zum Ausgangspunkt seiner Ausführungen zum Erfordernis der Verkörperung von Aktien.

174 So auch Schwennicke, AG 2001, 118, 121.

175 S. bereits unter b) bb). Ob hiermit indessen ein gutgläubiger Erwerb wirklich verbunden ist, erscheint auch nicht ganz zweifelsfrei, s. MünchKomm/Einsele, HGB, Band 5, Depotgeschäft, Rn. 106 m. w. N.; GK/Canaris, HGB, Bankvertragsrecht, 3. Aufl., 2. Bearb., Rn. 2026 ff.

176 Umfassend zu dieser Argumentation Schwennicke, AG 2001, 118, 122 f.

177 So auch Lauppe, DB 2000, 807, 808.

178 Hierzu, aber immer als Alternative, eine solche Klausel statt einer Regelung zum vollständigen Ausschluss in die Satzung aufzunehmen, MünchKomm/Einsele, HGB, Band 5, 2001, Depotgeschäft, Rn. 54 m. w. N.

179 MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 14 Rn. 38; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 67 Rn. 6.

180 Wohl unstrittig, s. GK/Barz, AktG, 3. Aufl., 1973, § 67 Anm. 4; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 67 Rn. 6.

181 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 67 Rn. 6 m. w. N.; KK/Lutter, AktG, 2. Aufl., 1988, § 67 Rn. 15; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl, AktG, Band I, 1973, § 67 Rn. 21; wohl auch MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 14 Rn. 38; a. A. GK/Barz, AktG, 3. Aufl., 1973, § 67 Anm. 4; Baumbach/Hueck, AktG, 18. Aufl., 1968, § 67 Rn. 3.

182 Dazu auch Lauppe, DB 2000, 807, 808.

183 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 68 Rn. 15, KK/Lutter, AktG, 2. Aufl., 1988, § 68 Rn. 30; Rombach, MittRhNotK 2000, 313, 315.

soll bei der Entscheidung zu berücksichtigen sein, dass die Versagung der Veräußerung nicht zu einer grundsätzlichen Unveräußerlichkeit der Aktien auf unabsehbare Zeit führen darf[184] und damit die Grundentscheidung des Aktiengesetzes für die freie Übertragbarkeit der Aktien unterlaufen wird. Nach § 68 Abs. 2 S. 4 AktG kann die Satzung auch explizit Gründe vorsehen, wegen derer die Zustimmung verweigert werden darf. Über die so gesteckten Grenzen hinaus können Beschränkungen der Übertragbarkeit – mit schuldrechtlicher Wirkung – nur durch individualrechtliche vertragliche Vereinbarung zwischen den Aktionären vereinbart werden. Denkbar erscheinen hier auch Anbietungs- oder Rückübertragungsverpflichtungen, deren nur schuldrechtliche Wirkung durch die Vereinbarung von Vertragsstrafen verstärkt werden könnte. Inwieweit hier aus dem Vorgesagten ebenfalls Grenzen bestehen, ist nicht vollständig geklärt[185].

V. Sonstiges: Arbeitnehmermitbestimmung, Reputation der Rechtsform „AG", der Tätigkeit als Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied im Gegensatz zum Geschäftsführer oder Beiratsmitglied der GmbH

1. Die, wie teilweise vorgetragen wurde[186], wesentlichste Änderung, die das Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts im Jahre 1994 mit sich gebracht hat, ist der Umstand, dass nach § 76 Abs. 6 BetrVG 1952 eine Aktiengesellschaft genauso wie eine GmbH nur noch dann mitbestimmungspflichtig ist, wenn sie mehr als 500 Mitarbeiter beschäftigt. Die zuvor bestandene Ungleichbehandlung zwischen der AG, die bereits aufgrund ihrer Rechtsform mitbestimmungspflichtig war, und der GmbH ist damit beseitigt, mithin ein in der Praxis wesentlicher Grund[187], bisher keine Aktiengesellschaften zu gründen.

2. Ein in der Praxis und für die Entscheidung zwischen verschiedenen Rechtsformen nicht zu unterschätzendes Kriterium ist das des Prestiges, das der Aktiengesellschaft und seinen Organen, im Gegensatz zu denen der GmbH (noch) innewohnt[188].

Solche Überlegungen und Argumente ernsthaft im Rahmen einer Rechtswahlentscheidung in die Waagschale der Abwägung zu werfen und zu gewichten, erscheint schwierig, wenn nicht ausgeschlossen. Gerade, wenn es den Beteiligten – vielleicht gar nicht offen ausgesprochen – auch um das mit der Bezeichnung als „Vorstand" oder „Aufsichtsrat" verbundene vermeintliche größere soziale Prestige geht, ist dies ein Kriterium, das schon angesichts der letztlich irrationalen Beweggründe kaum präzise anderen, rationalen Gesichtspunkten entgegengestellt werden kann. Wichtig für eine angemessene Beratung bei der Rechtsformwahl kann hier nur sein, gegebenenfalls diese Beweggründe bei den Beteiligten zu erkennen und darauf hinzuwirken, dass der Entscheidungsprozess für oder gegen eine bestimmte Rechtsform insgesamt das Ergebnis rationaler Überlegungen ist, bei denen Prestigegründe – als solche erkannt – eine angemessene Rolle spielen dürfen. Durchaus sachlich nachvollziehbar, aber aus tatsächlichen Gründen kaum messbar, erscheint eine Überlegung, eine Aktiengesellschaft werde im Geschäftsleben angesichts eines höheren „Images" gegenüber der GmbH bessere Marktchancen haben, der Rechtsformzusatz als solcher könne neben einer möglicherweise auch ansonsten werbewirksamen Firma selbst Werbefunktion ausüben. Verlässliche Nachprüfung kann diese Überlegung aber letztlich wohl kaum erfahren. Wenn sich mit der Aktiengesellschaft als solcher gegenüber der GmbH positive Assoziationen verbinden, dann wohl aufgrund des zu Beginn erwähnten tatsächlichen Datums, dass die Aktiengesellschaft über Jahrzehnte in Deutschland die Rechtsform durchweg stabiler, über lange Jahre prosperierender Großunternehmen war. Der Glanz, den die Aktiengesellschaft verkörpern mag, beruht damit letztlich auf Vergangenem. In dem Maße, in dem Aktiengesellschaften, insbesondere „kleine", die womöglich noch in einem bestimmten Gebiet, etwa den neuen Technologien, tätig sind, wirtschaftliche Einbrüche erleiden oder gar scheitern, dürfte dieses Ansehen und damit der Werbeeffekt sichtlich schwinden.

E. Folgerungen für die Rechtsformwahl, Überlegungen anhand ausgewählter Entscheidungssituationen, Typen von Aktiengesellschaften

I. Die AG als „Kapitalsammelstelle", Gründung oder Umwandlung einer AG als Vorbereitung auf den Börsengang, „Übungsphase"?

Keiner weiteren Ausführungen bedarf es, dass ein Unternehmen, das zu seiner Finanzierung den Kapitalmarkt, insbesondere die Börse, in Anspruch nehmen will, nur in der Rechtsform der Aktiengesellschaft bestehen kann. Der GmbH ist, sieht man von einer Genussscheinfinanzierung ab, dieser Weg versperrt[189]. Indessen liegen, wie auch gerade Entwicklungen der neuesten Zeit zeigen, der Wunsch eines Gründers einer Kapitalgesellschaft, „sein" Unternehmen in einem absehbaren Zeitraum an der Börse zu sehen, und die Verwirklichung dieses Wunsches häufig weit auseinander. In der Realität dürften die Pläne mancher „Start-up"- Unternehmen zur zeitnahen Börseneinführung bei Gründung des Unternehmens inzwischen in unerreichbare Ferne gerückt, wenn nicht sogar geplatzt sein. Solche Unternehmen bestehen allerdings nach wie vor in der Rechtsform der Aktiengesellschaft mit allen beschriebenen Besonderheiten und Schwierigkeiten im Einzelnen. Als rechtliche Überlegung muss sich daher die Frage anschließen, inwieweit der Plan eines in Zukunft vorzunehmenden

184 BGH NJW 1987, 1019, 1020.
185 MünchHdbAG/Wiesner, 2. Aufl., 1999, § 14 Rn. 18; Rombach, MittRhNotK 2000, 313, 317.
186 Lutter, AG 1994, 429, 445; Heckschen, DNotZ 1995, 275, 289.
187 Hierzu Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 1, 10; Heckschen, DNotZ 1995, 275, 289; die Erleichterung gilt allerdings allgemein nur für nach dem 10. August 1994 eingetragene Gesellschaften.
188 Hierzu Priester, „Die Kleine AG als Alternative zur GmbH", Harzburger Steuerprotokolle 2000, 125, 126.
189 Priester, „Die Kleine AG als Alternative zur GmbH", Harzburger Steuerprotokolle 2000, 125, 131.

Börsenganges[190] eines Unternehmens zum Zeitpunkt seiner Gründung bereits die Entscheidung für die Rechtsform der Aktiengesellschaft bedingt. Die sofortige Gründung einer Aktiengesellschaft anstelle einer GmbH hat hier zunächst den Vorteil für sich, dass im Rahmen eines wirklich erfolgenden Börsenganges keine Umwandlung in diese Rechtsform mehr erforderlich ist. Ein weiterer verschiedentlich vorgetragener Vorteil soll die Möglichkeit der Beteiligten sein, die Rechtsform der Aktiengesellschaft und ihre Besonderheiten bereits von der Gründung an „üben zu können"[191]. Bei der Bewertung dieser Überlegungen sollte zwischen zwei Fragenkreisen unterschieden werden.

1. Der zur Börseneinführung geeignete Rechtsträger

a) Zunächst ist zwischen verschiedenen Möglichkeiten zu trennen, einen für die Zulassung zur Börse geeigneten Rechtsträger zu finden. Zum einen bietet sich die Möglichkeit, aus dem Unternehmen, welches letztlich „an die Börse gebracht werden" soll, im Wege der Einzelrechtsübertragung die zur Verwirklichung des Unternehmenszweckes erforderlichen Vermögenswerte auf einen anderen hierzu geeigneten Rechtsträger, insbesondere also eine zu diesem Zweck gegründete Aktiengesellschaft, zu übertragen. Die zweite Möglichkeit besteht darin, den geeigneten Rechtsträger durch einen Umwandlungsvorgang nach dem UmwG zu erhalten, also etwa durch Formwechsel einer GmbH, oder aber durch Verschmelzung einer oder mehrerer Rechtsträger auf eine bestehende oder auch neu gegründete Aktiengesellschaft.

b) Die Frage, welcher der genannten grundsätzlichen Möglichkeiten im konkreten Falle der Vorzug zu geben ist, kann nicht einheitlich entschieden werden. Gegen die Einzelrechtsnachfolge soll die insbesondere bei Vorhandensein von Grundbesitz bei der übertragenden Gesellschaft schädliche Grunderwerbsteuerpflicht sprechen.

Für die Einzelrechtsnachfolge spricht hingegen, dass diese dazu führt, dass die Risiken, die in einem Unternehmen im Hinblick auf seine Vergangenheit bestehen, also insbesondere Haftungsrisiken, auf ein Minimum reduziert werden können. Geradezu Charakteristikum von Umwandlungsvorgängen nach dem UmwG ist es, dass es sich um Vorgänge mit Gesamtrechtsnachfolge handelt, die damit immer eine Haftung der bei der Gründung beteiligten Rechtsträger mit sich bringen. Insbesondere etwa beim Formwechsel handelt es sich sogar um denselben Rechtsträger, der nur „ein anderes rechtliches Kleid trägt"[192]. Die Frage der Haftung der übertragenden ursprünglichen Gesellschaft und die der rechtlichen und sonstigen „Altlasten" ist deshalb im Rahmen des Börsenganges einer Gesellschaft relevant, weil auf alle solchen Risiken insbesondere in einem Prospekt zur Börseneinführung hinzuweisen ist[193]. Gerade dann, wenn die zu übertragenden Vermögenswerte insgesamt etwa im Verhältnis zu einer ohnehin durchzuführenden Kapitalerhöhung, nur einen eher geringen Anteil ausmachen, kann sich die Einzelrechtsübertragung gegenüber einem Umwandlungsvorgang als der bessere Weg darstellen[194]. Ist im Einzelfall die Entscheidung für eine Einzelrechtsübertragung angezeigt, gerät indessen die Wahl der Rechtsform des Unternehmens bei dessen Gründung weitgehend in den Hintergrund.

c) Die kleine AG als geeignetes Übungsfeld

Ebenso muss die Überlegung, dass die Rechtsform der „kleinen AG" ein Übungsfeld für unternehmerische Tätigkeit im Vorfeld der Börseneinführung darstelle, vor diesem Hintergrund zweifelhaft erscheinen: Versteht man diesen Satz so, dass in der „kleinen AG", anders als in der „späteren eigentlichen AG", Fehler hinsichtlich der rechtlichen Behandlung der Rechtsform, etwa im Rahmen der Hauptversammlung eher „verziehen werden", liegt augenscheinlich ein Missverständnis vor. Solche Fehler, etwa nichtige, gemäß § 242 Abs. 2 AktG erst nach Ablauf von 3 Jahren nach Eintragung im Handelsregister verlässlich wirksame Beschlüsse, können dann, wenn sie im Rahmen einer dem Börsengang vorgelagerten „due-diligence" erkannt und offen gelegt werden, für die Beteiligten recht unangenehm sein, im schlimmsten Fall den Börsengang auch erschweren.

2. Kostenüberlegungen

Ein weiteres auf den ersten Blick einleuchtendes Argument für die Gründung gerade einer „kleinen AG" stellt die Überlegung dar, dass für einen in der Zukunft geplanten Börsengang dann, wenn das Unternehmen bereits in der Rechtsform der AG besteht, keine weiteren – insbesondere Umwandlungsmaßnahmen – erforderlich sind, die ansonsten entstehenden Kosten solcher Umwandlungen oder Einzelrechtsübertragungen gespart werden können.

Die Kosten einer Umwandlung sollen, abhängig davon, ob die Gesellschaft vorher in der Rechtsform einer AG oder Personengesellschaft betrieben wurde, zwischen DM 20 000,00 und DM 150 000,00 betragen[195]. Dieser

---

190 Unter „Börsengang" ist juristisch als wichtigster Schritt die Zulassung von Wertpapieren zum Amtlichen Handel oder Geregelten Markt, also die Erlaubnis, für Geschäfte mit diesen Papieren die Einrichtungen der Börse zu benutzen, so Claussen, Bank- und Börsenrecht, 1996, S. 306, zu verstehen. Hiervon zu trennen ist die Einführung der Aktien, d. h. die Aufnahme der Notierung sowie die Emission oder Begebung der Aktien durch den Emittenten, dazu Schanz, Börseneinführung, 2000, § 12 Rn. 3 ff. Die Zulassung der Aktien begründet keine Pflicht, die Notierung der Aktien zu beantragen. Allerdings erlischt die Zulassung nach § 42 Abs. 4 BörsG, wenn die Aktien nicht innerhalb von 3 Monaten nach Veröffentlichung der positiven Zulassungsentscheidung eingeführt werden. Damit sind die verschiedenen Schritte doch juristisch miteinander verbunden.

191 Seibert, GmbHR 1994, R 34; Claussen, AG 1995, 163, 171.

192 Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, UmwStG, 3. Aufl., 2001, § 190 Rn. 1.

193 Dazu zusammenfassend auch Schanz, Börseneinführung, 2000, § 4 Rn. 121. Zur Bedeutung des Wertpapierverkaufsprospektes als wichtiger Voraussetzung im Rahmen des Verfahrens zur Börsenzulassung sowohl im Amtlichen Handel, §§ 36 Abs. 3 Nr. 2, § 38 BörsG i. V. m. §§ 13 ff. BörsZulV sowie zum Geregelten Markt, §§ 71 ff. BörsG und zum Neuen Markt, Abschn. 2 4 RWNM (Regelwerk des Neuen Marktes), zit. nach Schanz, Börseneinführung, 2000, § 13, S. 417 ff.

194 Nicht verkannt wird hier, dass es Voraussetzung für die Zulassung von Aktien zum Amtlichen Handel nach § 3 BörsZulV ist, dass das Unternehmen mindestens 3 Jahre alt ist und seine Jahresabschlüsse entsprechend den hierfür geltenden Normen offen gelegt haben muss, Schanz, Börseneinführung, 2000, § 11 Rn. 15, S. 344.

195 Schanz, Börsengang, 2000, § 10 IX Rn. 68.

Betrag enthält wohl überwiegend die Kosten einer – externen – Beratung. Betrachtet man die notwendigen, etwa für die Beurkundung von Umwandlungsbeschlüssen, Verschmelzungsverträgen und Zustimmungsbeschlüssen anfallenden Notarkosten sowie die für die Beglaubigung der entsprechenden Anmeldungen anfallenden Kosten, so wird man die genannten Kosten – unterstellt man einen Geschäftswert, dessen Höhe dem Mindestgrundkapital von Euro 50 000,00 entspricht[196] – für eine Umwandlung in eine Aktiengesellschaft eher auf Beträge zwischen Euro 500,00 und Euro 1 000,00 reduzieren können. Gegenüber den weiteren im Rahmen einer Börseneinführung entstehenden Kosten können diese Beträge durchaus vernachlässigt werden: Die weiteren Kosten werden in Veröffentlichungen zum Thema mit DM 400 000,00 bis 1. 200 000,00 veranschlagt[197]. Einen wichtigen Aspekt bei Berücksichtigung der jeweils entstehenden Kosten stellt weiterhin der Umstand dar, dass die Vorschriften über die Zulassung von Aktien zum Handel an der Börse durchweg Mindestgrenzen für den voraussichtlichen Kurswert der zu handelnden Aktien vorsehen, diese Anforderung wiederum direkt mit dem Grundkapital der jeweiligen Gesellschaft korrespondiert. Die in den Bestimmungen genannten Beträge von DM 2 500 000,00 oder DM 500 000,00 stellen in jedem Falle Werte dar, die das in § 7 AktG genannte Mindestgrundkapital um ein Vielfaches übersteigen[198].

Damit sind häufig vor einer Börseneinführung einer „kleinen AG“ Kapitalmaßnahmen in einem Umfang vorzunehmen, die in ihrem Volumen das Mindestgrundkapital der Aktiengesellschaft von Euro 50 000,00 deutlich überschreiten. Berücksichtigt man, dass insbesondere die Notarkosten sowie die gesetzlichen Gebühren anderer Berater abhängig vom Geschäftswert sind, wird zum Beispiel bei den Notarkosten, die für den Beschluss über eine Kapitalerhöhung um 1,5 Millionen Euro anfallen, deutlich, dass die etwa vorhergegangene Gründung oder Umwandlung einer AG mit dem Mindestgrundkapital nicht mehr ins Gewicht fallen.

3. Zwischenergebnis

Eine Kapitalgesellschaft in der Rechtsform gerade einer Aktiengesellschaft zu gründen, ist dann richtig und beinahe zwingend, wenn der ins Auge gefasste Börsengang von Anfang an mehr als nur ein abstrakter mittel- oder langfristig zu verwirklichender Plan ist, sondern ein mit klaren Vorstellungen, insbesondere auch zum zeitlichen Rahmen, ernsthaft betriebenes Unternehmen darstellt. Anders formuliert, erscheint ein geplanter Börsengang nur dann ein klares Argument für die Gründung einer AG bereits als „kleine AG“, wenn dieser von Anfang an professionell betrieben und vorbereitet wird. Trifft dies zu, werden die an dem Unternehmen Beteiligten aber wohl auch stets über die Erfahrungen verfügen, die mit dem Umgang mit der Rechtsform Aktiengesellschaft verbunden sind. Die Einlegung einer „Übungsphase“ in der Form der „kleinen AG“, die, wie gezeigt, im Vorfeld eines Börsenganges keineswegs ein allmähliches und sorgloses Erlernen der „Rechtsform Aktiengesellschaft“ ermöglicht, ist dann aber im Zweifel auch gar nicht erforderlich.

II. Insbesondere die AG als Rechtsform für Familiengesellschaften?

Im Rahmen der Nachfolge bei Familiengesellschaften wird sich nicht selten die Situation so darstellen, dass aus dem Kreis der nächsten Verwandten des Alt-Unternehmers keine geeigneten Unternehmensnachfolger vorhanden sind. Insbesondere ist denkbar, dass die verschiedenen Kinder oder andere Verwandte des Unternehmers oder auch Familienstämme zu zerstritten sind, um sich gemeinsam auf die Entscheidungen, die mit der Leitung des Unternehmens verbunden sind, verständigen zu können. Hier wird als Lösung nur infrage kommen, einen familienunabhängigen Dritten mit der Leitung des Unternehmens zu betrauen, während die Gesellschafter über ihre Anteile an der Gesellschaft ihren Einfluss ausüben. Von eminenter Wichtigkeit ist bei der Planung ei-

---

196 Nicht verkannt werden darf allerdings, dass Geschäftswert für Umwandlungsmaßnahmen nach § 27 Abs. 2 KostO das Aktivvermögen des übertragenden oder formwechselnden Rechtsträgers ist, ein Bezug zum Mindestgrundkapital der Gesellschaft damit rechtlich nicht besteht.

197 Schanz, Börsengang, 2000, § 10 IX Rn. 68 ff.: Als Kosten des Börsenganges werden durchweg solche für eine (externe) Beratung des Emittenten sowie Werbung anfallen: Die steuerliche und rechtliche Beratung soll dabei regelmäßig mit Beträgen zwischen ca. 200 000 bis 600 000 DM zu Buche schlagen, letztlich abhängig vom Emissionsvolumen, und der Frage, inwieweit die Berater auch in die Erstellung des Emissionsprospektes eingebunden sind. Weitere deutliche Kosten kommen durch die notwendige Einschaltung von Emissionsbanken hinzu. Die jeweilige Höhe richtet sich nach der Aufgabe der Bank im Rahmen eines Emissionskonsortiums. Der Konsortialführer soll beispielsweise Beträge in Höhe von ca. 0,5 % des ausgegeben Betrages erhalten. Daneben hat eine Gesellschaft eine Management-, Übernahme- und Verkaufsprovision an die Banken zu zahlen. Anders als in den anderen Marktsegmenten soll die Summe der Bankenprovisionen am Neuen Markt regelmäßig mit 4–6 % deutlich höher ausfallen. Eine gesetzliche Reglementierung der Gebühren besteht nicht. Wirken Banken zusätzlich bei Erstellung eines Prospektes mit, soll dafür zusätzlich eine Gebühr von ca. 0,75 % des Nennwertes der Aktien anfallen. Im Übernahmevertrag verpflichtet sich die Gesellschaft schließlich auch zum Ersatz der Auslagen der Konsortialbanken, also insbesondere der Rechtsberatung der Banken und der „due diligence“ durch Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer, wodurch Kosten von DM 200 000 bis DM 600 000 anfallen können. Relativ moderat hierzu verhalten sich die Kosten für die eigentliche Börsenzulassung. Nach § 9 B.1 GebO der Frankfurter Wertpapierbörse wird dort beispielsweise eine Mindestgebühr für die Prüfung des Zulassungsantrages und die Zulassung von DM 2 000,00 erhoben. Dazu kommt für die Hinterlegung des Verkaufsprospektes eine Gebühr zwischen DM 750,00 und DM 1 500,00, im Einzelnen abhängig vom Gesamtausgabepreis der Wertpapiere, § 16 Abs. 2 VerkProspG.

198 Für den Amtlichen Handel gilt § 2 BörsZulV: Der voraussichtliche Kurswert der zuzulassenden Aktien oder, falls eine Schätzung nicht möglich ist, das Eigenkapital der Gesellschaft im Sinne des § 266 Abs. 3 Buchstabe A HGB muss mindestens 2 500 000,00 DM betragen. Allgemeiner bestimmen die Vorschriften für den Geregelten Markt, §§ 71 ff. BörsG, dass nähere Bestimmungen für den Geregelten Markt in der (jeweiligen) Börsenordnung zu treffen sind. Nach § 73 BörsG wird lediglich verlangt, dass Emittent und Wertpapiere den Anforderungen, die für einen ordnungsgemäßen Börsenhandel notwendig sind, entsprechen müssen. Wenn aber z. B. § 58 BörsO der Frankfurter Wertpapierbörse für die erstmalige Zulassung von Aktien zum Geregelten Markt einen Nennbetrag von mindestens DM 500 000,00 vorsieht, ist dies ebenfalls deutlich höher als das Mindestgrundkapital der „kleinen AG“. Der sog. „Neue Markt“, ein eigenständiges, privatrechtlich organisiertes und von privatrechtlichen Bestimmungen, dem Regelwerk des Neuen Marktes (RWNM) der Frankfurter Wertpapierbörse geprägt, verlangt für die erstmalige Zulassung einer Aktie einen Gesamtnennbetrag von Euro 250 000,00. Hier ist im Übrigen noch weitere Voraussetzung, dass die Hälfte der neuen Aktien aus einer Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen stammt, Abschn. 2 3.8 RWNM, zit. nach Schanz, Börseneinführung, 2000, § 11 Rn. 59.

ner solchen Gesellschaft, wie weit der Einfluss der Gesellschafter gehen muss oder darf und wie stark die Stellung des Geschäftsführers (der eventuell auch mit einem kleinen Anteil an der Gesellschaft beteiligt sein könnte) sein muss. Als adäquate Lösung und Herstellung eines Kräftegleichgewichts wird häufig angesehen, einem dritten Organ, etwa einem Beirat, schwierige Entscheidungen, insbesondere Personalentscheidungen zuzuweisen und dieses mit einer Mittlerrolle zwischen Geschäftsführung und Gesellschaftern zu betrauen. Die Stellung der Gesellschafterversammlung wird umgekehrt auf bestimmte für die Gesellschafter selbst wichtige Aufgaben reduziert.

Mit der Rechtsform der GmbH ist eine solche Aufgabenverteilung innerhalb einer Gesellschaft durchaus vereinbar. Insbesondere lassen sich im Rahmen der Satzung der GmbH die Aufgaben präzise und maßgeschneidert voneinander abgrenzen. Ob hingegen mit diesem Konzept Streitigkeiten innerhalb des Gesellschafterkreises wirklich vermieden und umschifft werden, wird von den Personen oder Persönlichkeiten des Beirates abhängen. Da der Inhalt der Satzung in der GmbH gerade vielfältigen Änderungsmöglichkeiten und Gestaltungen zugänglich ist, besteht immer die Gefahr, dass der Beirat seine Position innerhalb der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern oder bestimmten Gruppen dieser jeweils neu definieren und verteidigen muss: Der Struktur des Gesetzes nach ist die Gesellschafterversammlung das auch bei unternehmerischen Entscheidungen allzuständige Organ. Die Konstruktion eines Beirates stellt im GmbH-Recht eine Besonderheit dar.

In diesem Zusammenhang kann gerade die mit der Aktiengesellschaft verbundene starre Aufteilung der Zuständigkeiten und Aufgaben das passende und damit richtige Konzept für unternehmerisches Zusammenarbeiten sein. Die Geschäftsführung, der Vorstand, ist im Bereich der operativen Tätigkeit der Gesellschaft alleinzuständig, wird aber stets durch den Aufsichtsrat, der ihn wählt, beaufsichtigt und kontrolliert. Die Gesellschafter sind von Anfang an auf für sie wesentliche Grundentscheidungen und die Wahl des Aufsichtsrats beschränkt. Da diese Form der Aufgabenverteilung das Regelstatut der Aktiengesellschaft bildet, werden Versuche, dieses zugunsten bestimmter Aktionärsgruppen abzuwandeln oder zu modifizieren, kaum Aussicht auf Erfolg haben: Alle Beteiligten haben stets die Möglichkeit, gegen Anfeindungen auf die Situation im Gesetz zu verweisen. Insbesondere wird man auch stets auf die Vorschrift des § 117 Abs. 1 AktG hinweisen können, die bei Beeinflussungen der Verwaltung außerhalb der Hauptversammlung sogar die Sanktion von Schadensersatzansprüchen vorsieht. Sogar der Umstand, dass die Satzung der Aktiengesellschaft nicht beliebigen Änderungen zugänglich ist, kann sich hier als positiv erweisen: Er bildet ebenfalls einen von allen Beteiligten zu akzeptierenden Rahmen der Tätigkeit der Gesellschaft, die eben nicht Einflüssen bestimmter Gesellschafter oder Gruppen von Gesellschaftern und dem Mehrheitsprinzip ohne weiteres zugänglich ist. Letztlich kann hier die Organisationsstruktur der Aktiengesellschaft als ein Argument dafür angesehen werden, in den geschilderten Situationen eine Aktiengesellschaft und nicht eine GmbH zu gründen. Indessen wird mit dieser Überlegung hier nur ein kleiner Aspekt der bei der Rechtswahl zu untersuchenden Kriterien und Überlegungen berücksichtigt. Die Entscheidung eine Aktiengesellschaft zu gründen kann, selbst wenn die geschilderte Fallkonstellation idealtypisch ausgeprägt sein sollte, nur dann letztlich befürwortet werden, wenn auch die übrigen Besonderheiten der Aktiengesellschaft für die unternehmerische Tätigkeit im konkreten Fall passen. Insbesondere muss die Gesellschaft wohl über eine angemessene Größe verfügen, um sich ein „professionelles“ und mehrgliedriges Management im geschilderten Sinne überhaupt leisten zu können. Selbstverständlich hängt die Entscheidung auch davon ab, welche Personen konkret für die Verwaltung der Aktiengesellschaft zur Verfügung stehen.

III. Die Aktiengesellschaft als Mittel zur Arbeitnehmerbeteiligung?

Insbesondere in Veröffentlichungen der letzten Zeit ist die Thematik der Beteiligung von Arbeitnehmern an Kapitalgesellschaften häufig im Zusammenhang mit der Rechtsform der Aktiengesellschaft behandelt worden[199]. Bestimmte Gestaltungen im Rahmen der Beteiligung von Führungskräften, insbesondere etwa die Einführung von Aktienoptionsplänen, haben auch seitens des Gesetzgebers Anerkennung gefunden, wie die Neufassung des § 192 Abs. 2 Nr. 3 AktG (Arbeitnehmerbeteiligung als für die bedingte Kapitalerhöhung zugelassener Zweck), sowie die Einfügung von §§ 71 Abs. 1 Nr. 8, 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG (Möglichkeit des Erwerbs eigener Aktien aufgrund Ermächtigungsbeschlusses der Hauptversammlung zum Zwecke der Arbeitnehmerbeteiligung) zeigt. Für die GmbH fehlen entsprechende Regelungen. Die Frage der Mitarbeiterbeteiligung wird, soweit ersichtlich, für die Rechtsform der GmbH deutlich weniger diskutiert[200].

Die Nichterwähnung der Arbeitnehmerbeteiligung im GmbHG schließt aber nicht aus, Maßnahmen der Kapitalerhöhung auch zum Zwecke der Arbeitnehmerbeteiligung durchzuführen. Verschiedentlich ist oben bereits festgestellt worden, dass der Umgang mit der Rechtsform der GmbH gerade wegen der geringeren Regelungsdichte des GmbHG durchweg einfacher ist. Etwa einer Kapitalerhöhung in einer GmbH, bei der die neuen Geschäftsanteile durch Mitarbeiter übernommen werden, die auf diese Weise in die Gesellschaft eintreten, steht damit nichts im Wege. Umgekehrt bietet das Recht der GmbH im Hinblick auf die sich anschließende Frage, wie die Beteiligungen der Arbeitnehmer – zum Schutze des Unternehmens – etwa bei Ausscheiden der Arbeitnehmer vinkuliert werden können, weitgehendere Möglichkeiten. Eine wirksame Vinkulierung von Aktien ist hingegen, sieht man von der Einführung vinkulierter Namensaktien ab, nicht möglich.

Der Grund, warum beinahe unausgesprochen nur die AG als Instrument der Arbeitnehmerbeteiligung diskutiert wird, liegt hingegen nicht so sehr im Bereich des Gesellschaftsrechts und der Frage der Durchführung von

199 S. etwa Rombach, MittRhNotK 2000, 313 ff. m. w. N.

200 S. aber Piehler, Beteiligung leitender Mitarbeiter an einer GmbH, FS Rheinisches Notariat, 1998, S. 321 ff.

bestimmten Kapitalerhöhungsmaßnahmen als vielmehr im Vorfeld dieser: In bestimmten Branchen sind (bzw. waren bis vor kurzem) hoch qualifizierte leitende Mitarbeiter nur dann bereit, einen Vertrag mit einem (neuen) Unternehmen abzuschließen, wenn dieses bereit ist, dem Mitarbeiter bereits bei Vertragsabschluss feste Zusagen im Hinblick auf den Erwerb von Anteilen dieses Unternehmens zu geben. Selbstverständlich werden solche Zusagen häufig nur als Bonus für besonders erfolgreiche Tätigkeit des Mitarbeiters oder Unternehmens gewährt werden und daher ihre Verwirklichung bei Abschluss des Vertrages noch sehr zweifelhaft sein. Indessen enthält bereits die Zusage, ein Mitarbeiter könne unter bestimmten Bedingungen Anteile an einem Unternehmen erwerben, eine Verpflichtung zur Abtretung eines Geschäftsanteils. Eine solche ist im Recht der GmbH nach § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG beurkundungspflichtig. Einen ganzen Dienst- oder Arbeitsvertrag aber im Hinblick auf einen möglicherweise als nur untergeordnet angesehenen Bestandteil notariell beurkunden zu lassen, dürfte stets als Belastung empfunden werden.

Spielen mithin bei der Gewinnung von Mitarbeitern Zusagen auf die Gewährung von Gesellschaftsanteilen eine wichtige Rolle, kann dies ein Argument für die Rechtsform der Aktiengesellschaft sein, die für solche Zusagen ein Formerfordernis nicht kennt.

F. Weitere rechtsformspezifische Merkmale der Aktiengesellschaft im Vergleich zur GmbH, die nur mittelbar Auswirkungen auf die Rechtsformwahl haben; ausgewählte praktische Probleme

I. Die Gründung der AG, Besonderheiten

1. Gründungsprotokoll, Form, notwendiger und zweckmäßiger Inhalt

a) Wie im Recht der GmbH auch bedarf es zur Errichtung der Aktiengesellschaft der Form der notariellen Beurkundung, § 23 Abs. 1 S. 1 AktG. Dies gilt ebenso für die Vollmachten von nicht am Gründungsvorgang selbst beteiligten Gründern, § 23 Abs. 1 S. 2 AktG[201]. Den notwendigen Inhalt der Gründungsurkunde schreiben § 23 Abs. 2 und 3 AktG vor, wobei Abs. 2 für die Gründungsurkunde notwendige Angaben formuliert, Abs. 3 die in der Satzung selbst erforderlichen Angaben vorschreibt. Der dadurch vorgegebene Ablauf, die Feststellung der Satzung einem gesonderten Teil der Gründungsurkunde vorzubehalten oder diese sogar formal als Anlage i. S. d. § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG zur Gründungsurkunde zu nehmen, entspricht sowohl im Aktien- wie im GmbH-Recht gängiger Praxis[202].

   Einen Unterschied bereits in der äußeren Gestaltung der Gründungsurkunde bringt das Erfordernis mit sich, dass nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG der Gesellschaftsvertrag die Höhe der Stammeinlage jedes Gesellschafters enthalten muss, während im Aktiengesetz die eigentliche Übernahmeerklärung, also die Erklärung, welcher Gründer welche und wie viele Aktien übernimmt, erst als Entstehungsgrund der Einlageverpflichtung gilt und daher traditionell nicht in der Satzung, sondern der Gründungsurkunde selbst ihren Platz hat, § 23 Abs. 2 Nr. 2 AktG.

   Aufgrund analoger Anwendung gilt die Vorschrift des § 26 Abs. 2 AktG, nach der der Gründungsaufwand der Gesellschaft in der Satzung festgesetzt werden muss[203], auch in der GmbH.

b) Sinnvollerweise wird die Wahl des ersten Aufsichtsrats durch die Gründer, die ebenfalls in notarieller Form stattzufinden hat, § 30 Abs. 1 S. 2 AktG, ebenfalls in die Gründungsurkunde aufgenommen. Die gesetzlich zwingende Befristung von dessen Amtszeit auf den Zeitpunkt der Beendigung der ersten Hauptversammlung, die über die Entlastung für das erste Voll- oder Rumpfgeschäftsjahr beschließt, § 30 Abs. 3 AktG, sollte, um zu vermeiden, dass dieser Umstand durch die Beteiligten später übersehen wird, ebenfalls ausdrücklich in den Beschluss aufgenommen werden[204].

   Keine Entsprechung zum Recht der GmbH hat das Erfordernis, dass auch der Abschlussprüfer für das erste Voll- oder Rumpfgeschäftsjahr durch die Gründer in notarieller Form zu bestellen ist, § 30 Abs. 1 AktG. Auch dies sollte bereits in der Gründungsurkunde geschehen[205].

c) Neben den auch aus dem Recht der GmbH bekannten Angaben, die die Satzung der Gesellschaft enthalten muss, hat die Satzung der AG nach § 23 Abs. 3 Nr. 4 AktG zwingend Angaben darüber zu enthalten, ob das Grundkapital in Nennbetrags- oder Stückaktien aufgeteilt wird, und nach § 23 Abs. 3 Nr. 5 AktG, ob die Aktien auf den Inhaber oder auf den Namen ausgestellt werden. Der Anordnung dieser Erfordernisse im Gesetz folgend, handelt es sich hierbei um voneinander unabhängige Fragen: Namens- wie Inhaberaktien sind als Nennbetrags- oder Stückaktien denkbar. Unter Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, § 53 a AktG, darf die Gesellschaft auch sowohl Inhaber- wie Namensaktien ausgeben[206]. Anderes gilt für die Frage, ob eine Ge-

---

201 Die notarielle Form soll hier nicht nur Ordnungsvorschrift sondern Wirksamkeitsvoraussetzung sein, so dass bei ihrem Fehlen die Vollmacht nichtig ist. Weitere Folge hiervon ist, dass eine Genehmigung abweichend von § 182 Abs. 2 BGB ebenfalls der notariellen Form bedarf. Str., Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 23 Rn. 12 m. w. N.; a. A. KK/Kraft, AktG, 2. Aufl., 1988, § 23 Rn. 23.

202 Münchner Vertragshandbuch/Hölters, Band 1, 5. Aufl., 2000, V. 1 Anm. 8.

203 So Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 26 Rn. 2, 6. Sowohl in der Aktiengesellschaft als auch der GmbH genügt aber die Festsetzung des Gesamtbetrages des Gründungsaufwandes, s. BGH NJW 1989, 1610 f. Davon zu unterscheiden ist die nach § 37 Abs. 3 Nr. 3 AktG (nur bei der Aktiengesellschaft) der Anmeldung beizufügende Einzelberechnung des Gründungsaufwandes.

204 Münchner Vertragshandbuch/Hölters, Band 1, V. 1 Abschnitt IV des Rohentwurfes.

205 Wann eine Abschlussprüfung erforderlich ist, bestimmt sich nach § 316 HGB. Eine solche ist insbesondere für „kleine Kapitalgesellschaften" i. S. d. § 267 Abs. 1 HGB entbehrlich. Da aber bei der Gründung nicht immer deutlich sein wird, ob die Gesellschaft prüfungspflichtig sein wird, kann sich vorsorglich ein Bestellungsbeschluss empfehlen. Ein eigentlicher – mit Kosten verbundener – Prüfungsauftrag ist hiermit nicht verbunden, MünchKomm/Pentz, AktG, 2. Aufl., 2000, § 30 Rn. 46.

206 MünchKomm/Heider, 2. Aufl., 2000, AktG, § 10 Rn. 22.

sellschaft Stück- oder Nennbetragsaktien ausgeben will. Da das Grundkapital nach § 8 Abs. 1 AktG entweder in Nennbetrags- oder in Stückaktien zerlegt sein muss, ist in einer Gesellschaft nur eine Form möglich[207]. Führt eine Gesellschaft Nennbetragsaktien ein, hat sie damit verbunden die Möglichkeit, Aktien unterschiedlicher Nennbeträge auszugeben. Auch kann sie, etwa bei späteren Kapitalerhöhungen, Aktien, die einen anderen Nennbetrag als die ursprünglichen Aktien haben, ausgeben. Denkbar ist z. B., bewusst Aktien mit hohen Nennwerten auszugeben, um eine breite Streuung zu vermeiden[208]. Im Hinblick auf praktische Erfordernisse ist eine Gesellschaft hier nur insoweit Beschränkungen unterworfen, als die Aktien auf mindestens 1 Euro lauten müssen, bei höheren Nennbeträgen auf glatte Euro-Beträge.

Stückaktien sind hingegen zwingend Anteile am Grundkapital, die durch seine Zerlegung entstehen, den gleichen Umfang haben und daher auf quantitative Unterscheidungsmerkmale verzichten[209]. Der anteilige Betrag des Grundkapitals darf bei Stückaktien ebenfalls einen Euro nicht unterschreiten, § 8 Abs. 2 S. 3 AktG. Darüber hinaus gibt es für den Anteil am Grundkapital, den eine Aktie vermittelt, keine Beschränkungen oder Stufenwerte, insbesondere nicht auf eine gerade Euro-Zahl. Dies stellt im Rahmen bestehender Aktiengesellschaften im Hinblick auf das Erfordernis der Euro-Umstellung einen deutlichen Vorzug dar, weil die Problematik der Glättung ungerader Aktiennennbeträge sich nicht stellt. Insbesondere im Rahmen der Euro-Umstellung kann damit für bestehende Aktiengesellschaften die Einführung von Stückaktien eine sinnvolle Maßnahme sein. Charakteristikum von Stückaktien ist der Umstand, dass der Anteil am Grundkapital, den jede Aktie vermittelt, relativ zu den übrigen Aktien immer gleich bleibt. Auch bei Kapitalerhöhungen muss gemäß § 182 Abs. 1 S. 5 AktG die Zahl der Aktien im selben Verhältnis wie das Grundkapital erhöht werden.

Wichtiger als die eher technische Frage, wie die Teilhabe eines Aktionärs am Grundkapital der Gesellschaft dargestellt wird, erscheint speziell im Hinblick auf die „kleine" AG, ob Namens- oder Inhaberaktien ausgegeben werden sollten. Hauptunterscheidungsmerkmal sind zunächst die oben genannten unterschiedlichen Möglichkeiten, diese Aktien, sofern sie verkörpert sind, zu übertragen[210]. Unterschiede bestehen auch, was die Möglichkeit anbelangt, die Aktien jeweils zu verkörpern. Nach § 10 Abs. 2 AktG dürfen Inhaberaktien erst dann verkörpert werden, wenn der Ausgabebetrag für die Aktien vollständig eingezahlt wurde. Nur die Ausgabe von Namensaktien erlaubt weiterhin die Führung eines Aktienregisters, § 67 Abs. 2 AktG[211]. Schließlich ist nur bei der Ausgabe von Namensaktien die Möglichkeit gegeben, durch Satzungsbestimmung die Vinkulierung dieser Aktien vorzuschreiben, § 68 Abs. 2 AktG. Gerade wenn Aktien auch zunächst nicht verkörpert werden sollen, ein Aktienregister i. S. d. § 67 Abs. 1 AktG damit nicht geführt werden kann, kann allein die Möglichkeit der Vinkulierung der Aktien eine Gesellschaft in die Lage versetzen, über ihren Gesellschafterkreis verlässliche Informationen zu haben und zu behalten.

„Kleine" – personalistisch geprägte – Aktiengesellschaften sollten daher auf die mit der Einführung von Namensaktien verbundenen Gestaltungsmöglichkeiten eher nicht verzichten und sich für die Einführung von Namensaktien entscheiden.

2. Die Wahl und Bestellung des Gründungsprüfers

Während eine Prüfung des Herganges der Gründung der Gesellschaft durch die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats nach § 33 Abs. 1 AktG stets stattzufinden hat und der Gründungsbericht nach § 37 Abs. 4 Nr. 4 AktG bei der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister mit einzureichen ist, bildet das Erfordernis einer externen Gründungsprüfung nach § 33 Abs. 2 AktG eine Ausnahme, deren Voraussetzungen allerdings gerade bei „kleinen AG" nicht selten gegeben sein werden: Oft wird insbesondere ein Mitglied des Aufsichtsrats oder Vorstands zu den Gründern gehören, § 33 Abs. 2 Nr. 1 AktG oder Sacheinlagen vereinbart sein, § 33 Abs. 2 Nr. 4 AktG. Nach § 33 Abs. 3 AktG wird der Gründungsprüfer durch das Gericht bestellt, nach Anhörung der Industrie- und Handelskammer. Da das zuständige Amtsgericht am Sitz der Gesellschaft[212] nur auf Antrag tätig wird, steht am Anfang die durch die Gründer sowie den Vorstand erfolgende Wahl bzw. der entsprechende Antrag, einen Gründungsprüfer zu bestellen. Um unnötige Verzögerungen zu vermeiden, sollte dieser Antrag bereits unmittelbar nach der Errichtung der Gesellschaft gestellt werden[213]. Weitere unnötige Verzögerungen können entstehen, wenn die Einholung der Stellungnahme der Industrie- und Handelskammer und der eigentliche Antrag nicht miteinander abgestimmt sind. Es empfiehlt sich daher, entweder mit der Industrie- und Handelskammer abzustimmen, eine Stellungnahme bereits im Vorfeld zu einem im Entwurf eingereichten Antrag abzugeben oder aber den Antrag nach Errichtung der Gesellschaft unmittelbar – nach Absprache – bei der Industrie- und Handelskammer einzureichen mit der Bitte, diesen zusammen mit ihrer Stellungnahme direkt an das Registergericht weiterzuleiten.

3. Die Bankbestätigung gemäß § 37 AktG

Dem Recht der GmbH fremd sind die in § 37 AktG aufgeführten Erfordernisse, die im Rahmen der Anmeldung der Gesellschaft vorliegen müssen. Insbesondere für den Fall der Bargründung sieht das GmbH-Gesetz außer den Versicherungen der Geschäftsführer nach § 8 Abs. 2 GmbHG in Bezug auf das Stammkapital keine weiteren Nachweise vor. Für den Regelfall der Bargründung bei der Aktiengesellschaft, also bei Einzahlung der Einlagen auf ein Konto bei einem Kreditinstitut gemäß § 54 Abs. 3 AktG, verlangt § 37 Abs. 1 S. 3 AktG als Nachweis dafür, dass der eingezahlte Betrag endgültig zur freien Verfügung des Vorstands steht, die Bestätigung des kontoführenden Instituts über diese Tatsache. Verstärkt wird diese

207 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 8 Rn. 4; § 23 Rn. 29.
208 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 8 Rn. 11.
209 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 8 Rn. 20.
210 S. o. Abschnitt D. IV. 4. a).
211 Nach h. M. aber nur, wenn die Aktien auch verkörpert sind, s. Abschnitt D IV. 4. d).
212 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 33 Rn. 5.
213 Münchner Vertragshandbuch/Hölters, Band 1, V Nr. 7 Anm. 2.

Anforderung durch die in § 37 Abs. 1 S. 4 AktG angeordnete Haftung der Bank gegenüber der Gesellschaft für die Richtigkeit der Angaben. Erkennbar ist folgender eine Aktiengesellschaft im Rahmen ihrer Gründung treffender Konflikt, auf dessen Auswirkungen sinnvollerweise bereits im Rahmen der Gründung hinzuweisen ist: Für die Gründer der Gesellschaft ist es häufig wichtig, bereits nach der Gründung der Gesellschaft vorbereitende Geschäfte durchzuführen. Insbesondere wird dazu das ordnungsgemäß eingezahlte Grundkapital, welches sich auf einem Konto der Gesellschaft befindet, verwendet werden sollen. Gerade wegen der auch für das Kreditinstitut gegebenen Haftungsgefahr wird dieses sehr sorgfältig prüfen, ob die eingezahlten Gelder noch zur Verfügung stehen, bei bereits erfolgten Auszahlungen die Erklärung mit dem von der Gesellschaft gewünschten Inhalt verweigern. Von entscheidender Bedeutung ist daher die Beantwortung der Frage, was genau Gegenstand der Bankbestätigung ist und auf welchen Zeitpunkt es für die Erklärung des Kreditinstituts ankommt.

Ist, wie teilweise vertreten, die Bankbestätigung nur eine Erklärung der Bank, dass dieser keine Gegenrechte gegen die Gesellschaft oder die Gründer zustehen[214], so kommt es auf die Frage der Verwendung von Teilbeträgen nicht an. Nach anderer Ansicht[215] soll hingegen zusätzlich die Tatsache, ob über die eingezahlten Beträge bereits durch Abhebungen, Überweisungen oder sonstige Kontobelastungen verfügt wurde, Gegenstand der Bestätigung sein. Damit kommt es auf den Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung des Kreditinstituts an. Sind zu diesem Zeitpunkt bereits Beträge ausgegeben worden, muss dies Inhalt der Bankbestätigung sein. Im Hinblick darauf, dass an die Abgabe der Bestätigung durch das Kreditinstitut dessen strenge Haftung auf Schadensersatz geknüpft ist, eine eindeutige höchstrichterliche Rechtsprechung zu der Frage bislang aussteht, sollte bei der Beratung der Beteiligten immer von der vorgenannten strengeren Auffassung ausgegangen werden. Diese führt zu folgenden Konsequenzen: Es besteht kein allgemeines Vorbelastungsverbot. Der Vorstand kann bereits vor der Anmeldung über eingezahlte Beträge verfügen. Ein Eintragungshindernis stellt dies jedoch nur dann nicht dar, wenn die Entnahmen unter Einhaltung des Grundsatzes der „wertgleichen Deckung" vorgenommen wurden. Darunter wird verstanden, dass durch eine mit Einlagemitteln getätigte Investition der Gesellschaft ein entsprechender Wert zugeflossen ist, der im Zeitpunkt der Anmeldung noch vorhanden ist[216]. Diese Umstände sind dem Registergericht vom Vorstand durch Vorlage entsprechender Unterlagen zu belegen. Gelingt dies nicht, ist ein Eintragungshindernis gegeben, das praktisch wohl nur durch (Wieder-)einzahlung entsprechender Beträge behoben werden kann. Enthält also eine Bankbestätigung nach § 37 AktG minutiöse Angaben darüber, wozu bereits eingezahlte Beträge verwendet worden sind, zieht dies die Verpflichtung des Vorstands nach sich, nachzuweisen, ob mit diesen Beträgen entsprechend dem genannten Grundsatz verfahren wurde. Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Bankbestätigung nach § 37 AktG lassen sich am einfachsten dadurch vermeiden, dass die eingezahlten Beträge jedenfalls bis zur Anmeldung der Gesellschaft und dem Vorliegen der Bankbestätigung nicht angetastet werden. Ist dies den Beteiligten nicht möglich, erscheint es zumindest sinnvoll bei diesen darauf hinzuwirken, dass die Bankbestätigung möglichst schnell, im zeitlichen Zusammenhang mit der Einzahlung des Grundkapitals und der Einreichung der Anmeldung bei Gericht, beigebracht wird.

II. Besonderheiten bei der Ein-Mann-AG

Mit dem Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des AktG wurde auch § 2 AktG geändert. Seitdem kann eine Aktiengesellschaft von einer oder mehreren Personen gegründet werden. Eine Erleichterung gegenüber dem Rechtszustand vorher ist insoweit hiermit verbunden, als früher, um das Ziel einer Ein-Mann-AG zu erreichen, die Einschaltung von Strohmännern erforderlich war, die nach der Gründung ihre Anteile auf den dann verbleibenden Gesellschafter übertrugen[217].

Wie im GmbH-Recht auch[218], hat der Ein-Mann-Gründer für das restliche, nicht schon bei der Gründung einzuzahlende Grundkapital eine Sicherheit zu bestellen, § 36 Abs. 2 S. 2 AktG. Soweit ersichtlich, greift diese Vorschrift ebenso wie § 7 Abs. 2 S. 3 GmbHG bei Strohmanngründungen nicht ein, welche damit möglicherweise weiterhin vorkommen dürften[219].

Eine nicht deutlich im Gesetz beantwortete Frage ist die, wann der Schutzzweck des § 36 Abs. 2 S. 2 AktG entfällt. Wie auch im GmbH-Gesetz könnte man argumentieren, dass sich bereits dann, wenn ein weiterer Gesellschafter in die Gesellschaft, etwa auch durch Erwerb einer einzelnen Aktie eintritt, der Schutzzweck der Vorschrift erledigt[220]. Dagegen spricht allerdings der Umstand, dass im Recht der GmbH ein einen Geschäftsanteil erwerbender Gesellschafter automatisch nach § 16 Abs. 3 GmbHG sowie § 24 GmbHG für rückständige eingeforderte Leistungen auf die Stammeinlagen (auch anderer Gesellschafter) haftet, eine dementsprechende Vorschrift im AktG aber fehlt[221]. Viel spricht daher dafür, die Sicherheitsleistung für die Geldeinlagen erst dann für nicht mehr erforderlich zu halten, wenn das gesamte Grundkapital vollständig erbracht wurde[222].

---

214 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 37 Rn. 3 a.

215 Henze, Aktienrecht, 4. Aufl., 2000, Rn. 105; GK/Röhricht, AktG, 4. Aufl., 1996, § 37 Rn. 28; wohl auch BGHZ 119, 177; zum Ganzen auch DNotI-Report 2001, 131 f.

216 BGHZ 119, 177, 186 ff.; GK/Wiedemann, AktG, 4. Aufl., 1995, § 188 Rn. 38; GK/Röhricht, AktG, 4. Aufl., 1996, § 37 Rn. 88; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 36 Rn. 11 f.; § 38 Rn. 10: Die Aufgabe des früher vertretenen Erfordernisses der „Unversehrtheit" der Einlage bzw. Vorbelastungsverbots hängt eng mit der Ausbildung von (ungeschriebenen) Haftungstatbeständen, der sog. Verlustdeckungshaftung und Vorbelastungshaftung, vor allem auch im Recht der GmbH, zusammen, die aber im Aktienrecht übernommen werden können, s. etwa Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 41 Rn. 8 ff.

217 Lutter, AG 1994, 429, 430.

218 § 7 Abs. 2 S. 3 GmbHG.

219 Heckschen, DNotZ 1995, 276 f. Zu beachten ist, dass alle Gründer in dieser Eigenschaft nach § 46 Abs. 2 und 3 AktG für grob fahrlässige Schädigungen haften, die aus falschen Angaben zum Zwecke der Gründung der Gesellschaft resultieren. Dieser Umstand rechtfertigt es, die Vorschriften über die Ein-Mann-AG für Strohmanngründungen gerade nicht analog heranzuziehen.

220 Zum GmbHG s. Scholz/Winter, GmbHG, Band I, 9. Aufl., 2000, § 7 Rn. 47.

221 S. o. Abschnitt D. IV. 3.

222 Lutter, AG 1994, 429, 432; krit. hierzu Heckschen, DNotZ 1995, 276, 278.

Bemerkenswerterweise ist eine Vorschrift wie § 19 Abs. 4 GmbHG, nach der ein Gesellschafter einer GmbH, der binnen 3 Jahren nach der Gründung alleiniger Gesellschafter ist, die fehlenden Stammeinlagen entweder vollständig einzahlen muss oder Sicherheit leisten muss, nicht in das AktG aufgenommen worden. Bei nachträglicher Entstehung einer Ein-Mann-AG ist eine Sicherung damit nicht gesetzlich vorgeschrieben. Auch dieses könnte als Einladung, in geeigneten Fällen Strohmanngründungen vorzunehmen, verstanden werden.

Für den Fall, dass alle Aktien einem Aktionär gehören[223], bestimmt der neu ins AktG aufgenommene § 42 AktG lediglich, dass „unverzüglich eine entsprechende Mitteilung" mit bestimmten Angaben zur Person des Aktionärs „zum Handelsregister einzureichen sei"[224]. Auffälligerweise wird anders als im GmbH-Recht, wo nach § 40 Abs. 1, 2 GmbHG die Verpflichtung eine Gesellschafterliste einzureichen, die Geschäftsführer trifft, der Adressat dieser Verpflichtung, die immerhin nach einer Ansicht Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB ist[225], nicht genannt. Aus der Gesetzgebungsgeschichte soll folgen, dass der Vorstand der Gesellschaft zur Einreichung der Mitteilung beim Handelsregister verpflichtet sei[226]. Andererseits ist aber festzustellen, dass von wenigen Ausnahmefällen abgesehen, der Vorstand einer Gesellschaft gar nicht sicher wissen oder feststellen kann, wer Aktionär ist, insbesondere, wenn man sogar mittelbare Beteiligungen mit einbeziehen will. Daher soll in diesen Fällen den Alleinaktionär die Verpflichtung treffen[227]. Dass dieser hierzu indessen mit Zwangsmitteln bewegt werden kann, erscheint praktisch eher zweifelhaft. Letztlich dürfte die Vorschrift damit in den meisten Fällen leer laufen. Es handelt sich um eine „lex imperfecta"[228].

III. Die Vertretung der Vor-AG, Besonderheiten gegenüber der Vor-GmbH?

Ob hinsichtlich der Frage nach dem Umfang der Vertretungsmacht des Vorstands in der AG und der Geschäftsführung in der GmbH Unterschiede bestehen, lässt sich nicht allgemein, sondern nur im Hinblick auf verschiedene zur Vertretungsmacht in der Vorgesellschaft allgemein vertretene Ansichten beantworten.

Keiner weiteren Ausführungen bedarf es, wenn man die für die Vertretung der eingetragenen Gesellschaft geltenden Vorschriften auch schon auf den Zeitraum von der Gründung der Gesellschaft bis zur Eintragung anwenden will[229]. Für den Vorstand der AG müsste dann bereits mit der Gründung der Gesellschaft § 83 AktG gelten, also seine Vertretungsbefugnis unbeschränkt bestehen. Vertreten wird indessen auch, dass die Anwendung der Regeln über die Vertretungsmacht der eingetragenen Gesellschaft auch die tatsächliche Eintragung dieser Gesellschaft voraussetze[230]. Für die Geschäftstätigkeit und Vertretung des Vorstands in der Vorgesellschaft bedarf dieser danach der Zustimmung aller Gesellschafter, wenn sich ein Einverständnis nicht schon aus der Satzung ergibt[231]. Letzteres ist etwa für solche Maßnahmen anzunehmen, die die Einbringung von Sacheinlagen mit sich bringt. Insbesondere, wenn es sich bei Sacheinlagen um Unternehmensteile handelt, soll sich die Weiterführung dieser durch den Vorstand als Pflicht bereits in der Vor-AG darstellen[232]. Während diese Überlegungen sowohl für die AG als auch die GmbH gelten, tritt im Recht der Aktiengesellschaft eine weitere Problematik hinzu. Umstritten ist hier der Umfang der von § 27 Abs. 1 AktG erfassten Fallgestaltungen. Die Vorschrift bestimmt, dass sowohl Sacheinlagen als auch sog. Sachübernahmen in der Satzung festgesetzt werden müssen, wenn sie wirksam vereinbart werden sollen.

Der Begriff der Sachübernahme, der im Recht der GmbH keine Entsprechung findet[233], erfasst jede Übernahme von Vermögensgegenständen durch die Gesellschaft gegen Vergütung. Anders als für die Sacheinlagen kommt es auf eine Verrechnungsabrede mit den Aktionären nicht an[234]. Erfasst von der Vorschrift ist daher auch der bereits im Rahmen der Gründung der Gesellschaft verabredete Erwerb von Vermögensgegenständen von Dritten[235]. Einzig umstritten ist, ob Sachübernahmen

223 Zur Auslegung des Begriffs des „Gehörens" wird man wohl auf § 16 Abs. 4 AktG abzustellen haben. Auch mittelbar über abhängige Unternehmen oder über Treuhänder gehaltene Anteile dürften darunterfallen, Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 1, 3; Lutter, AG 1994, 429, 432 (abweichend aber für den Fall der Treuhänderschaft); a. A., nach der nur das „Gehören" i. S. d. § 16 Abs. 1, also die unmittelbare Inhaberschaft, hier genügen, Blanke, BB 1994, 1505, 1506; Heckschen, DNotZ 1995, 276, 279. Warum indessen die Vorschrift des § 16 AktG zwar hier maßgeblich sein soll, dann aber nur zum Teil angewendet wird, ist nicht einzusehen.

224 Die Vorschrift ist nach ihrer Einführung 1994 bereits 1998 (HRefG v. 22. 6. 1998, BGBl. I S. 1474) geändert worden. Die ursprünglich dort enthaltene Formulierung, nach der Angaben zum Alleinaktionär „anzumelden" waren, ist durch die des „Einreichens" ersetzt worden. Veröffentlichungen und Kritik zu der Vorschrift vor 1998 sind damit z. T. durch den Gesetzgeber umgesetzt worden, s. Lutter, AG 1994, 429, 434 f.

225 Lutter, AG 1994, 429, 435; krit. Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 1, 4, mit dem Hinweis, dass kaum ein Fall vorstellbar sei, in dem ein Schaden eines Gläubigers der Gesellschaft deshalb habe entstehen können, weil er nicht erfahren habe, dass die Gesellschaft nur einen Aktionär habe.

226 Lutter, AG 1994, 429, 435; Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 1, 3 f.; es habe sich ursprünglich um eine Verpflichtung zur „Anmeldung" gehandelt. „Anmelden" könne einen Umstand aber nur ein Organ der betreffenden Gesellschaft, mithin der Vorstand; ebenso i. E. Hölters/Deilmann, Die „kleine" Aktiengesellschaft, S. 61.

227 Lutter, AG 1994, 429, 435.

228 Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 1, 4.

229 MünchKomm/Pentz, AktG, 2. Aufl., 2000, § 41 Rn. 53, ausführlich Priester, ZHR 165, 385, 388; K. Schmidt, GesR, 3. Aufl., 1997, § 27 II 4 a, S. 796; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, Band I, 9. Aufl., 2000, § 11 Rn. 64 zur GmbH.

230 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 41 Rdn. 11; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 11 Rn. 54 (zur GmbH).

231 BGHZ 80, 129, 139; KK/Kraft, AktG, 2. Aufl., 1988, § 41 Rn. 27; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 41 Rdn. 6, 11; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 11 Rn. 27 (zur GmbH).

232 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 41 Rdn. 6.

233 MünchKomm/Pentz, AktG, 2. Aufl., 2000, § 27 Rn. 61; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 27 Rn. 5.

234 MünchKomm/Pentz, AktG, 2. Aufl., 2000, § 27 Rn. 61; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 27 Rn. 5.

235 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 27 Rn. 5; GK/Röhricht, AktG, 4. Aufl., 1996, § 27, Rn. 118; KK/Kraft, AktG, 2. Aufl., 1988, § 27 Rn. 39, 44. Eine parallele Problematik fand sich bis vor kurzem für den Zeitpunkt nach der Gründung der Gesellschaft in § 52 Abs. 1 AktG. Verträge – auch solche mit Dritten –, nach denen die Gesellschaft Vermögensgegenstände gegen eine 10 % ihres Grundkapitals übersteigende Vergütung erwerben soll, und die innerhalb von 2 Jahren nach der Eintragung der Gesellschaft geschlossen wurden, bedurften hiernach der Zustimmung der Hauptversammlung und der Eintragung im Handelsregister. Nach der Neufassung der Vorschrift im Jahre 2001 sind nur noch Verträge erfasst, die mit Gründern oder Aktionären geschlossen werden. Hinsichtlich der Vorschrift des § 27 Abs. 1 AktG und der Problematik der Sachübernahmen ist hingegen bisher keine Änderung erfolgt.

auf Vereinbarungen der Gründer mit Dritten beschränkt sind oder auch Geschäfte des Vorstands mit Dritten unter die Vorschrift des § 27 Abs. 1 AktG fallen[236]. Wenn Letzteres verneint wird, dann vor allem im Hinblick darauf, dass sich für den Vorstand die Frage der Wirksamkeit von Rechtsgeschäften nach dem Umfang von dessen Vertretungsmacht richte. Letztere sei ebenfalls vom Satzungsinhalt abhängig[237].

Festzustellen ist nach diesen Ausführungen, dass im Recht der Aktiengesellschaft die Meinungen, denen zufolge der Vorstand der Vor-AG für seine Geschäftstätigkeit einer ausdrücklichen Ermächtigung in der Satzung bedarf, mit größerem Nachdruck und argumentativ zusätzlich aus anderen rechtlichen Ansätzen heraus vertreten werden, als dies im Recht der GmbH der Fall ist. Diesen Meinungen ist daher im Ergebnis mehr Aufmerksamkeit zu schenken. Ist daher bereits in der Gründungsphase abzusehen, dass noch vor der Eintragung der Gesellschaft wichtige Anschaffungen für die AG vorgenommen, etwa Maschinen oder Kraftfahrzeuge erworben werden sollen, kann es sich empfehlen, will man den „sichersten Weg" auch im Hinblick auf die genannten Meinungen verfolgen, diese geplanten Maßnahmen in die Satzung ausdrücklich aufzunehmen.

IV. Die Vorbereitung und Abhaltung der Hauptversammlung der „kleinen" AG, Besonderheiten

– Erleichterungen bei der Einberufung und deren Handhabung

Während bis zur Reform des AktG im Jahre 1994 stets die Einberufung der Hauptversammlung einer AG in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen war, hat das Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts mit dem neu eingefügten § 121 Abs. 4 AktG den Gesellschaften die Möglichkeit gegeben, die Hauptversammlung mit eingeschriebenem Brief einzuberufen. Voraussetzung hierfür ist freilich, dass die Aktionäre der Gesellschaft namentlich bekannt sind. Diese Formulierung wirft, da sie ausdrücklich an keine Kriterien für das Bekanntsein der Aktionäre anknüpft, Zweifel auf: Bei verkörperten Namensaktien wird man noch am ehesten annehmen können, dass derjenige als „namentlich bekannt" gilt, der im Aktienregister der Gesellschaft eingetragen ist: Immerhin stellt § 67 Abs. 2 AktG die Vermutung auf, dass der Gesellschaft gegenüber derjenige als Aktionär gilt, der im Aktienregister als solcher eingetragen ist[238]. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass gerade die Vermutung des § 67 Abs. 2 AktG keine Aussage darüber trifft, wer Aktionär ist, sondern nur, wer gegenüber der Gesellschaft berechtigt ist, Mitgliedschaftsrechte auszuüben. Hätte der Gesetzgeber daher auf die Legitimationswirkung des Aktienregisters abstellen wollen, hätte er dies auch so formulieren können[239]. Im Ergebnis wird aber an der Interpretation des Merkmals „namentlich bekannt" in diesem Sinne kein Zweifel bestehen.

Keinem ernsthaften Zweifel kann auch unterliegen, wer Aktionär ist, wenn es sich bei den Aktien sogar um vinkulierte Namensaktien handelt. Aktionär kann hier nur derjenige sein, dessen Erwerb der Vorstand oder das sonst durch die Satzung ermächtigte Organ zugestimmt hat. Dies gilt im Übrigen unabhängig von der Frage der Führung eines Aktienregisters oder der Verkörperung der Aktien.

In den übrigen Fällen ist hingegen nicht ganz zweifelsfrei, wann eine Gesellschaft davon ausgehen darf, dass ihre Aktionäre namentlich bekannt sind. Diese Fälle werden, insbesondere da „kleine Aktiengesellschaften" ihre Aktien nur selten verkörpern werden, die überwiegende Anzahl in der Praxis kleiner Aktiengesellschaften sein: Grundsätzliche Frage ist hier, ob man die Vorschrift geltungserhaltend so weit ausdehnen kann, dass immer dann die Aktionäre namentlich bekannt sind, wenn der einladende Vorstand ohne zu vertretenden Irrtum davon ausgehen durfte, dass der Eingeladene auch Aktionär war[240]. Diese Überlegung knüpft an eine zum Recht der GmbH vertretene Ansicht an[241]. Zutreffend ist darauf hingewiesen worden, dass im Recht der GmbH der genannte Fall angesichts des umfassend geltenden Anmeldeerfordernisses nach § 16 Abs. 1 GmbHG nur bei nicht bekannt gewordenen Erbfällen, also Gesamtrechtsnachfolge, zum Zuge kommen wird[242]. Im Recht der Aktiengesellschaft wird es sich hingegen um den Regelfall einer Übertragung handeln, die wegen des Fehlens einer Melde-Obliegenheit nicht angezeigt werden muss.

Letztlich ist die Frage der Auslegung der Vorschrift die der Abgrenzung von Sphären: Die erstgenannte Ansicht weist das Risiko, dass ein Aktionär nicht geladen wird, letztlich diesem zu. Soweit ersichtlich, sind keine Überlegungen dazu veröffentlicht, was für den Vorstand „schuldhaft" sein soll. Offensichtlich soll es allerdings der Fall, dass Aktionäre ihre Aktienübertragung bei der Gesellschaft nicht „melden", nicht sein. Mit dieser Überlegung ist aber bereits eine Obliegenheit, die nach geltendem Recht gerade nicht besteht, als selbstverständlich vorausgesetzt[243]. Umgekehrt lässt das Gesetz mit der Formulierung der Folgen, die Fehler bei der Einladung zur Hauptversammlung nach sich ziehen, erkennen, dass hierbei gerade auch die berechtigten Belange einzelner Aktionäre geschützt werden sollen: Unter Verstoß gegen die Vorschrift des § 121 Abs. 4 AktG einberufene Hauptversammlungsbeschlüsse, also auch solche, bei denen nur ein einziger Aktionär nicht eingeladen worden ist, sind nach § 241 Nr. 1 AktG nichtig.

Die Gesetzesbegründung und verschiedene Literaturstimmen wollen zumindest dann den Einladungsmangel dem Aktionär zuweisen und ihn damit als unbeachtlich ansehen, wenn eine Aktienübertragung gegen eine ausdrücklich übernommene vertragliche Verpflichtung nicht

---

236 Dagegen: Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 27 Rn. 5 a; GK/Röhricht, AktG, 4. Aufl., 1996, § 27, Rn. 116; KK/Kraft, AktG, 2. Aufl., 1988, § 27 Rn. 61; dafür: Eckardt in Geßler/Hefermehl, AktG, Band I, 1973, § 27 Rn. 39; unter einschränkenden Voraussetzungen auch Heidinger, ZNotP 2000, 182, 185 f.

237 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 27 Rn. 5 a.

238 Zu dieser Deutung der Vorschrift Lutter, AG 1994, 429, 436 ff.; Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 1, 5 f.; Planck, GmbHR 1994, 501, 503; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 121 Rn. 11 b.

239 Heckschen, DNotZ 1995, 275, 279 f.

240 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 121 Rn. 11 c; Lutter, AG 1994, 429, 436, 438; Planck, GmbHR 1994, 501, 503.

241 Hachenburg/Hüffer, GmbHG, 8. Aufl., 1997, § 51 Rn. 7; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl., 2000, § 51 Rn. 10 f.

242 Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 1, 6.

243 Mit dieser Argumentation auch Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 1, 6.

der Gesellschaft mitgeteilt wurde[244]. Eine entsprechende Verpflichtung könne auch als Bestimmung in die Satzung aufgenommen werden[245]. Gegen die Argumentation des Verstoßes gegen vertragliche Verpflichtungen ist aber einzuwenden, dass diese den neuen Aktionär gerade nicht treffen. Die Vorstellung, diesen darüber „einzufangen", dass die entsprechende Verpflichtung mit „dinglicher" Wirkung Teil der Satzung wird, bedeutet umgekehrt einen Verstoß gegen den Grundsatz der Satzungsstrenge, § 23 Abs. 5 AktG. Letztlich stünde es dann zur Disposition des Satzungsgebers, eine Vorschrift wie § 16 Abs. 1 GmbHG, die gerade nicht Teil des Aktiengesetzes wurde, doch hier einzuführen. Dass sich entsprechende Vorschläge in einer Gesetzesbegründung finden[246], macht sie gerade nicht zum Gesetz und kann auch Gesetzesdurchbrechungen nicht rechtfertigen.

Bei einer Beratung kann es sich empfehlen darauf hinzuweisen, dass einer weiten Auffassung wie der genannten zur Einberufung von Hauptversammlungen zu folgen, mit erheblichen Risiken verbunden ist, die häufig nicht durch den Nutzen, eine Veröffentlichung im Bundesanzeiger zu umgehen, gerechtfertigt sein werden[247]. Ohne größere Bedenken können mithin nur Gesellschaften den Weg einer erleichterten Einberufung der Hauptversammlung nach § 121 Abs. 4 AktG beschreiten, die entweder vinkulierte Namensaktien haben, oder Namensaktien, die auch verkörpert sind, ausgegeben haben, und damit ein Aktienregister führen können.

Für die ebenfalls praxisrelevante Frage danach, was gilt, wenn Einladungen an den richtigen Aktionär, aber an eine nicht mehr zutreffende Adresse gerichtet werden, gelten die oben genannten Zweifel nicht in vollem Umfang. Der betreffende Aktionär ist namentlich bekannt, § 121 Abs. 4 AktG greift damit ein. Gegen eine Bestimmung in der Satzung, nach der der Vorstand durch Zuschicken der Einladung an die letzte ihm bekannte Adresse des Aktionärs diesen wirksam lädt, ist hier genauso wenig auszusetzen wie im Recht der GmbH[248].

– Umfang der Formbedürftigkeit der Hauptversammlung

Eine weitere Erleichterung, die das Gesetz für nicht börsennotierte Gesellschaften bereithält, ist in § 130 Abs. 1 S. 3 AktG enthalten. Bei solchen Gesellschaften reicht eine vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats unterzeichnete Niederschrift über die Hauptversammlung aus, soweit keine Beschlüsse gefasst werden, für die das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt.

Eine Erleichterung enthält die Vorschrift hier insoweit, als auf das sonst geltende Erfordernis einer notariellen Beurkundung der Hauptversammlung verzichtet wird. Die materiellen Anforderungen, die an die Hauptversammlungsniederschrift, aber auch an die Abhaltung einer Hauptversammlung selbst geknüpft sind[249], bestehen unverändert fort, damit auch die mit evtl. Fehlern verbundenen Haftungsgefahren. Einem Aufsichtsratsvorsitzenden, der oft bei „kleinen AG" juristischer Laie sein wird, obliegt daher allein die Einhaltung der Anforderungen, deren Formulierung im Gesetz sich eher an den Notar als geschulten Experten richtet[250]. Im Rahmen der Beratung der Verwaltung einer „kleinen AG" erscheint es damit angemessen, auf diesen Umstand als Kehrseite der „Vereinfachungsvorschrift" hinzuweisen. Nicht selten werden sich die mit der Einschaltung eines Notars verbundenen Kosten, die sich nach der KostO und dem hier verankerten Grundsatz der Wertgebühr bemessen, bei „kleinen AG" auch aus kleinen Geschäftswerten berechnen und damit recht maßvoll sein. Trotz eines im Einzelfall fehlenden gesetzlichen Beurkundungserfordernisses können diese Kosten daher „gut angelegt" sein, jedenfalls, wenn man sich die Risiken vor Augen hält, die mit jahrelangen Streitigkeiten über den Inhalt, die Wirksamkeit und Vollständigkeit des Hauptversammlungsprotokolls verbunden sind. Auch darauf könnte eine Beratung im geeigneten Einzelfall hinweisen.

Bei der Frage nach den Beschlüssen, die auch bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften nach wie vor zu beurkunden sind, stellt das Gesetz auf eine Dreiviertel-Mehrheit ab. Dies ist zumindest ungenau, kennt doch das Aktiengesetz nur eine Dreiviertel-Stimmenmehrheit sowie eine Dreiviertel-Kapitalmehrheit[251]. Da letztlich vom Gesetzgeber intendiert war, Grundlagenbeschlüsse[252] als beurkundungspflichtig zu erhalten, wird man davon auszugehen haben, dass die Vorschrift so zu lesen ist, dass mit der dort genannten Drei-Viertel-Mehrheit die Mehrheit des Kapitals gemeint ist. Danach sind nicht beurkundungsbedürftig die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern[253] oder die Beschlussfassung nach § 111 Abs. 4 S. 4 AktG über ein Geschäft, das der Aufsichtsrat zuvor abgelehnt hat[254]. Für diese Beschlüsse sieht das Gesetz eine qualifizierte Mehrheit der Stimmen vor.

Der Wortlaut des § 130 Abs. 1 S. 3 AktG lädt mit dem Wort „soweit" zu der Interpretation ein, dass bei „gemischten" Hauptversammlungen, bei denen verschiedene Arten von Beschlüssen gefasst werden, der Notar nur für die Beurkundung der Grundlagenbeschlüsse herangezogen werden muss[255], er also nur soweit der Hauptversammlung beiwohnen muss, als beurkundungspflichtige Vorhaben verhandelt und beschlossen werden.

---

244 Lutter, AG 1994, 429, 436, 438; Planck, GmbHR 1994, 501, 503.

245 Planck, GmbHR 1994, 501, 503.

246 Frakt.Begr., BT-Drucks. 12/6721, S. 8, re. Sp.

247 Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 1, 6; Blanke, BB 1994, 1505, 1508; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 121 Rn. 11 c.

248 Hinzuweisen ist aber darauf, dass auch im Recht der GmbH Zweifel an der Wirksamkeit solcher Regelungen geäußert werden, etwa bei Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 17. Aufl., 2000, § 51 Rn. 6.

249 Hinzuweisen ist hier darauf, dass mit dieser Vorschrift nicht etwa wie im Recht der GmbH sog. Umlaufbeschlüsse für zulässig erklärt worden sind, s. a. Heckschen, DNotZ 1995, 275, 282. Werden Beschlüsse der Hauptversammlung, einem aus dem Recht der GmbH geläufigen Ablauf folgend, im Umlaufverfahren gefasst, besteht die Gefahr, dass nicht nur ein nach § 241 AktG nichtiger Beschluss, sondern, da eben keine Hauptversammlung stattgefunden hat, ein „Nichtbeschluss", vorliegt.

250 Heckschen, DNotZ 1995, 275, 285: Dies gilt für die Protokollierung der Abstimmungsergebnisse, die Feststellung des Vorsitzenden, dass ein entsprechender Beschluss gefasst wurde, insbesondere aber auch die Aufnahme von Widersprüchen oder Minderheitsverlangen sowie Auskunftsverweigerungen nach § 131 Abs. 5 AktG zu Protokoll.

251 Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 1, 7.

252 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 130 Rn. 14 b; Hölters/Deilmann, Die „kleine" Aktiengesellschaft, S. 89 m. w. N.

253 § 103 Abs. 1 S. 2 AktG.

254 Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 1, 7; a. A. Heckschen, DNotZ 1995, 275, 283.

255 So im Hinblick auf die angebliche Intention des Gesetzes Lutter, AG 1994, 429, 440; Happ, AktienR, 10.09, Rn. 1 f.

Gegen eine solche Lesart des Gesetzes spricht indes, dass die Hauptversammlung insgesamt eine Einheit bildet, etwa auch Widersprüche zu einzelnen Beschlussvorhaben während der ganzen Hauptversammlung zu Protokoll erklärt werden können[256]. Auch muss angesichts der Formulierung des Gesetzes in § 130 Abs. 5 AktG, aus der sich das Erfordernis der Einreichung des Hauptversammlungsprotokolls beim Handelsregister ergibt und wo von der Hauptversammlungsniederschrift immer als einheitlichem Vorgang die Rede ist, davon ausgegangen werden, dass eine „gemischte Beurkundung" nicht den Erfordernissen des § 130 Abs. 1 S. 3 AktG gerecht wird.

– Insbesondere die Abhaltung von Vollversammlungen, § 121 Abs. 6 AktG, sowie die nachträgliche Genehmigung von Beschlüssen durch nicht geladene Aktionäre, § 242 Abs. 2 S. 4 AktG

Eine gerade für die Praxis kleiner Aktiengesellschaften, die möglicherweise dieselbe Mitgliederstruktur aufweisen wie GmbHs, wichtige klarstellende Vorschrift ist § 121 Abs. 6 AktG: Sind alle Aktionäre erschienen oder vertreten, kann eine Hauptversammlung ohne Einhaltung der Bestimmungen der §§ 121 bis 128 AktG, also unter Verzicht auf die Einhaltung aller Frist- und Formvorschriften, abgehalten werden, sofern kein Aktionär der Beschlussfassung widerspricht. Der Gesetzgeber hat damit die für die GmbH geltende Rechtslage ausdrücklich für das Aktienrecht übernommen[257]. Insbesondere ist auch klargestellt, dass ein Aktionär, der mit der Abhaltung einer Vollversammlung nicht einverstanden ist, nicht zum Fernbleiben gezwungen wird, sondern seine Bedenken durch Abgabe eines Widerspruches innerhalb der Versammlung zum Ausdruck bringen kann. Das Risiko, dass Vollversammlungen wegen des Erfordernisses der Einigkeit aller Gesellschafter Erpressungspotenzial[258] mit sich bringen, trifft genauso im Recht der GmbH zu und ist daher hier nicht weiter zu behandeln.

Zusammen mit der Einführung von § 121 Abs. 6 AktG wurde die Vorschrift des § 242 Abs. 2 S. 4 AktG in das Aktiengesetz eingefügt. Die Nichtigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses nach § 121 Abs. 4 AktG, also wegen des Übergehens eines Aktionärs bei der Einladung, kann dann von keinem Aktionär mehr geltend gemacht werden, wenn der betreffende übergangene Aktionär den Beschluss genehmigt. Nach der Fraktionsbegründung zum Gesetz[259] sollte auch hier die Rechtslage in der GmbH auch für das Aktiengesetz verbindlich gemacht werden. Im GmbHG ist die Folge des Übergehens von Gesellschaftern bei der Einladung und deren Nichtteilnahme an der Gesellschafterversammlung aber keineswegs unumstritten[260]. Insgesamt ist mit der Vorschrift daher eine sowohl im Recht der AG als auch GmbH Maßstäbe setzende[261] Bestimmung, was die Folge der Nichtbeteiligung einzelner Gesellschafter anbelangt, Gesetz geworden: Es obliegt dem Willen der betroffenen Gesellschafter, ob ein ohne ihre Mitwirkung zustandegekommener Beschluss wirksam werden soll oder nicht.

Praktisch relevant dürfte die Vorschrift insbesondere für Vollversammlungen sein, bei denen sich nachträglich herausstellt, dass Gesellschafter fehlten, es sich in Wahrheit gar nicht um eine Vollversammlung handelte[262]. Stimmt der übergangene Gesellschafter der Beschlussfassung nachträglich zu, ist der Beschluss wirksam.

– Teilnahme von Vertretern ohne Vertretungsmacht, insbesondere nach den letzten Gesetzesänderungen

Nicht selten ergibt sich das Problem, dass Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft planen, eine Vollversammlung – kurzfristig – abzuhalten, einer oder mehrere der Gesellschafter aber zu dem eigentlichen Termin der Vollversammlung nicht anwesend sein können. Unproblematisch ist dieser Fall, wenn die betreffenden Gesellschafter sich durch andere oder Dritte unter Vorlegung einer Vollmacht vertreten lassen.

Im Recht der GmbH verlangt § 47 Abs. 3 GmbHG zur Gültigkeit einer solchen Vollmacht die schriftliche Form. Das AktG sah bis zur Verabschiedung des NaStraG am 18. Januar 2001 in § 134 Abs. 3 S. 2 AktG vor, dass für die Stimmrechtsvollmacht die schriftliche Form „erforderlich und genügend" sei. Nach der seitdem geltenden Neufassung bestimmt § 134 Abs. 3 S. 2 AktG, dass für die Vollmacht die schriftliche Form gilt, wenn die Satzung keine Erleichterungen bestimmt. Lediglich dann, wenn von der Gesellschaft benannte Stimmrechtsvertreter bevollmächtigt werden, sog. „Proxy-Vertreter"[263], soll die Vollmachtserklärung von der Gesellschaft nachprüfbar festzuhalten sein. Besondere Bestimmungen enthält § 135 Abs. 2 S. 3 AktG auch für die Form der Bevollmächtigung von Kreditinstituten. Für die damit nicht ausdrücklich geregelte Frage nach der Zulässigkeit der Teilnahme von Vertretern ohne Vertretungsmacht bei der Abstimmung wurde nach bisherigem Recht überwiegend davon ausgegangen, dass bei der GmbH zumindest bei einer Zwei-Personen-Gesellschaft die Beteiligung vollmachtloser Vertreter zulässig sein sollte[264], bei der Aktiengesellschaft hingegen nicht[265].

---

256 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 130 Rn. 14 c; Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 1, 7; Beck'sches Notarhandbuch/Heckschen, D III, Rn. 67.

257 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 121 Rn. 21.

258 Dazu Heckschen, DNotZ 1995, 275, 282.

259 BT-Drucks. 12/6721 S. 11 li. Sp.

260 Hachenburg/Hüffer, GmbHG, 8. Aufl., 1997, § 51 Rn. 32 m. w. N.

261 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 242 Rn. 5 a.

262 Insbesondere im Recht der GmbH sind die Fallgestaltungen nicht selten, in denen Beschlüsse gefasst und beurkundet wurden im Vertrauen auf die Richtigkeit der beim Handelsregister eingereichten Gesellschafterlisten, die sich aber als falsch oder unvollständig herausstellen.

263 Zum Begriff s. Noack, ZIP 2001, 57, 61 f. Entsprechend dem angloamerikanischen Vorbild werden die Gesellschaft oder deren Verwaltung bevollmächtigt, das Stimmrecht für Aktionäre auszuüben. Nach zuvor herrschender Ansicht sollte es ausgeschlossen sein, dass ein Aktionär die Gesellschaft selbst oder ihre Organe zur Stimmrechtsausübung bevollmächtigte oder sogar von der Gesellschaft bezahlte Stimmrechtsvertreter oder Gesellschafter, Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 134 Rn. 25; § 135 Rn. 3. Der Gesetzgeber hat diese Form der Stimmrechtsvertretung nunmehr ausdrücklich für zulässig erklärt.

264 BayObLG GmbHR 1989, 252 ff.; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 17. Aufl., 2000, § 51 Rn. 25; DNotI Gutachten zum Aktienrecht 1997/1998/1999, Nr. 31, S. 138.

265 Eckardt in Geßler/Hefermehl, AktG, Band II, 1973, 1974, § 134 Rn. 44; DNotI Gutachten zum Aktienrecht 1997/1998/1999, Nr. 31, S. 138; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 134 Rn. 23, Letzterer allerdings mit dem Hinweis darauf, dass dies auch in der GmbH so sein sollte.

Für diese von der Rechtsform abhängige unterschiedliche Beantwortung der Frage der Zulässigkeit der Beteiligung von Vertretern ohne Vertretungsmacht konnte nach dem bisher geltenden Recht nur geltend gemacht werden, dass die Schriftform der Vollmacht nach § 134 Abs. 3 AktG Gültigkeitserfordernis[266] sei und diese Vorschrift in der AG vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Satzungsstrenge zu sehen sei[267]. Seit dem In-Kraft-Treten von § 134 Abs. 3 S. 2 AktG n. F. gilt dies indessen nicht mehr. Indem die Form der Stimmrechtsvollmacht nach dem Aktiengesetz jedenfalls für den Regelfall der Stimmrechtsvertretung ausdrücklich freigegeben wird, kann dieser Argumentation nicht mehr gefolgt werden. Gegen eine Beteiligung auch vollmachtlos vertretener Aktionäre spricht damit ebenso wenig wie bei der GmbH auch. Im Gegenteil ist die Situation hier unproblematischer als bei der GmbH, wo die Vorschrift des § 47 Abs. 3 GmbHG eine Ausnahme vom Schriftformerfordernis gerade nicht vorsieht und diese Schriftform daher gerade dort eher als Gültigkeitserfordernis angesehen werden kann.

– **Beurkundung der Hauptversammlung in der Form der Beurkundung von Willenserklärungen (wie Vollversammlung der GmbH)**

Übliche Form der Beurkundung von Hauptversammlungen ist die als Tatsachenprotokoll nach den Vorschriften der §§ 36 ff. BeurkG. Dies gilt auch für Vollversammlungen in der Aktiengesellschaft. Diese Form der Beurkundung ist zulässig, da gerade nicht in erster Linie die einzelnen Stimmabgaben der Aktionäre, also Willenserklärungen, beurkundet werden, für die §§ 8 ff. BeurkG als Spezialvorschriften gelten, sondern Beschlüsse. Hierbei wird das rechnerische Ergebnis aus der Addition der für oder gegen einen Beschlussgegenstand abgegebenen Einzelstimmen oder Stimmenthaltungen ermittelt[268]. Diese tatsächlichen Vorgänge werden üblicherweise in der Form der Niederschrift über Tatsachen nach §§ 36 ff. AktG beurkundet. Sollen über den Gang und die Ergebnisse der Versammlung hinaus Erklärungen beurkundet werden, gelten hierfür die Vorschriften der §§ 8 ff. BeurkG ohne weitere Besonderheiten[269].

Für die Beurkundung von Vollversammlungen in der GmbH ist generell letztere Form der Beurkundung üblich.

Da die Vorschriften der §§ 8 ff. BeurkG strengere Anforderungen aufstellen, soll grundsätzlich auch für Hauptversammlungsbeschlüsse und insbesondere Vollversammlungen die Beurkundung in der Form der Beurkundung von Willenserklärungen zulässig sein[270]. Allerdings sind ebenso die Erfordernisse der Vorschriften der §§ 129 ff. AktG als leges speciales einzuhalten.

Ein Argument, das bisher praktisch klar dagegen sprach, Hauptversammlungsbeschlüsse nach §§ 8 ff. BeurkG zu beurkunden, war das gesetzliche Erfordernis der Beifügung des Teilnehmerverzeichnisses als Anlage zur Niederschrift, § 130 Abs. 3 S. 1 AktG a. F. Ergaben sich schon aus der Anlage zur Niederschrift die mitwirkenden Aktionäre, musste deren Nennung in der Niederschrift nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG schlicht überflüssig wirken. Eine Änderung ist auch hier mit der Neufassung der §§ 129 Abs. 4, 130 Abs. 3 AktG eingetreten. Den Vorschriften kann entnommen werden, dass ein Teilnehmerverzeichnis im Zusammenhang einer Hauptversammlung zwar erstellt werden muss, aber keinen Formerfordernissen mehr unterliegt. Insbesondere ist es nicht mehr ausdrücklich der Niederschrift über die Hauptversammlung beizufügen. Hieraus wird man wiederum schließen können, dass eine notarielle Niederschrift, die bereits selbst die Angaben der Beteiligten enthält, sowie zu den von den Beteiligten gehaltenen Aktien[271], den gesetzlichen Erfordernissen genügt. Dem weiteren Erfordernis, dass die Aktionäre binnen zwei Jahren bei der Gesellschaft Einsicht in das Teilnehmerverzeichnis nehmen können müssen[272], wird in jedem Falle dadurch Genüge getan, dass die Beteiligten von der Niederschrift, die ja alle erforderlichen Angaben enthält, eine Ausfertigung erhalten und die Niederschrift nach § 130 Abs. 5 AktG beim Registergericht eingereicht werden muss. Besonderheiten, die bisher dazu geführt haben, die Beurkundung von Vollversammlungen bei der GmbH und der Aktiengesellschaft nach anderen Vorschriften vorzunehmen, bestehen daher streng genommen nicht mehr. In gewisser Weise hat auch hier eine Annäherung der AG an die GmbH stattgefunden.

– **Insbesondere die Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss**

Blickt man auf Ansichten zum Bestehen und der Möglichkeit des Verzichts auf Bezugsrechte der Gesellschafter bei Kapitalerhöhungen, so ist auffallend, dass Unsicherheiten und Streitigkeiten weniger zum Rechtszustand in der AG, der durch die Gesetzesbestimmungen der §§ 182 ff. AktG klar umschrieben wird, bestehen, sondern eher zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein ähnliches oder vergleichbares Bezugsrecht auch in der GmbH besteht[273] und unter welchen Voraussetzungen es ausgeschlossen werden kann.

Soweit hier relevant, ist zumindest bei Kapitalerhöhungen im Recht der Aktiengesellschaft stets das Bezugsrecht der Aktionäre zu berücksichtigen. Nach § 186 Abs. 1 AktG hat jeder Aktionär gegen die Gesellschaft einen Anspruch auf Abschluss eines Zeichnungsvertrages zu den im Kapitalerhöhungsbeschluss festgesetzten Bedingungen[274]. Dieses Bezugsrecht kann allerdings nach § 186 Abs. 3 AktG durch Beschluss der Hauptversammlung mit einer Mehrheit von mindestens 3/4 des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals ausgeschlossen werden. Im Hinblick auf die Situation der kleinen AG hier erscheint bemerkenswert, dass dieser

266 Ebenso allerdings wird dies für die GmbH vertreten, BGHZ 49, 183, 194; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 134 Rn. 23.
267 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 134 Rn. 23.
268 DNotI, Gutachten zum Aktienrecht 1997/1998/1999, Nr. 32, S. 142.
269 DNotI, Gutachten zum Aktienrecht 1997/1998/1999, Nr. 32, S. 142.
270 DNotI, Gutachten zum Aktienrecht 1997/1998/1999, Nr. 32, S. 142; speziell zu Beschlüssen im Umwandlungsrecht Widmann/Meyer/Heckschen, UmwG, Std. Nov 1998, § 13 Rn. 222.
271 Zu den notwendigen Angaben § 129 Abs. 1 AktG.
272 § 129 Abs. 4 S. 2 AktG.
273 S. etwa K. Schmidt, GesR, 3. Aufl., 1997, § 37 V S. 1170 f.: Es soll zum Ausschluss des Bezugsrechts auch in der GmbH eines besonderen Beschlusses bedürfen, so auch Scholz/Priester, GmbHG, Band II, 8. Aufl., 1995, § 55 Rn. 59.
274 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 186 Rn. 4.

Ausschluss, welcher nur „im Beschluss über die Erhöhung des Grundkapitals erfolgen kann“, auch konkludent geschehen kann, etwa durch Zuteilung der neuen Aktien an einen bestimmten Personenkreis bereits im Erhöhungsbeschluss[275]. Mit der ausdrücklichen Anerkennung der Vollversammlung im Recht der AG ist ebenfalls anerkannt, dass die Vollversammlung auf das nach § 186 Abs. 4 AktG vorgeschriebene Erfordernis der vorherigen Bekanntmachung des Beschlusses über den Bezugsrechtsausschluss nach § 124 AktG verzichten kann, ebenso auf die Erstattung des schriftlichen Berichts des Vorstands über den Grund des vollständigen oder teilweisen Ausschlusses des Bezugsrechts und zur Begründung des vorgeschlagenen Ausgabebetrages, § 186 Abs. 4 S. 2 AktG[276]. Findet, wie im Recht der GmbH fast als Normalfall üblich, eine Beschlussfassung über eine Kapitalerhöhung als Vollversammlung statt, sind bei dieser Beschlussfassung gegenüber der Rechtslage in der GmbH praktisch keine weiteren Besonderheiten zu beachten. Allerdings empfiehlt sich zur Klarstellung ein ausdrücklicher Beschluss mit dem Inhalt des Bezugsrechtsausschlusses.

Letztlich lediglich einen formalen Unterschied stellt es dar, wenn es zur Übernahme der Stammeinlage in der GmbH einer notariell beurkundeten oder beglaubigten Erklärung der Übernehmer bedarf, § 55 Abs. 2 GmbHG, die üblicherweise bereits im Zusammenhang mit dem Kapitalerhöhungsbeschluss abgegeben wird, während im Recht der Aktiengesellschaft die neuen Aktionäre die Aktien durch schriftliche Erklärung in einem separaten Zeichnungsschein zeichnen, § 185 Abs. 1 AktG. Dieser ist in Zweitschrift bei der Anmeldung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister einzureichen, § 188 Abs. 3 Nr. 1 AktG.

V. Der Vertrag über die Übertragung von Aktien, Übertragung von „Wertrechten“?, Verhältnis zum GmbH-Recht?

1. In der Vertragsgestaltung nicht nennenswerte Probleme wirft eine Übertragung von Aktien auf, die verkörpert sind. Je nachdem, ob es sich um Inhaberaktien oder Namensaktien handelt, erfolgt die Einigung über den Eigentumsübergang zusammen mit der Übergabe der Urkunde oder zusätzlich noch mit der Aufbringung eines Indossaments auf der Urkunde.

2. Auf den ersten Blick keine Besonderheiten bestehen bei einer Aktienübertragung, die bei nicht verkörperten Aktien im Wege der Abtretung nach §§ 398 ff. BGB geschieht. Ein Blick auf die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen und eine dort diskutierte Problematik lässt hieran indessen Zweifel aufkommen. Dort ist anerkannt, dass dann, wenn ein Abtretender mehrere Geschäftsanteile besitzt, die Abtretungserklärung stets angeben muss, welcher Anteil abgetreten wird; andernfalls ist die Abtretung nichtig[277]. Unvoreingenommen übertragen auf den Fall der Abtretung von Aktien, die insbesondere, wie heute üblich, in kleiner Stückelung ausgegeben werden, müsste ein Vertrag, in dem z. B. schlicht „von 1 000 Aktien 500 Aktien übertragen“ werden, zwanglos nichtig sein. Eine solche Übertragung lässt nicht erkennen, welche Aktien, etwa gekennzeichnet durch Ordnungsziffern, übertragen werden und welche Aktien der Veräußerer zurückbehält. Unproblematisch erschiene hiernach nur eine Übertragung, in der der Veräußerer alle seine Aktien überträgt.

   a) Fraglich ist indessen, ob die vorgenannten Grundsätze aus dem Recht der GmbH unbesehen auf die Übertragung nicht verkörperter Aktien übertragen werden können. Im Recht der GmbH kommt es schon wegen der in § 16 Abs. 3 GmbHG in jedem Falle bestehenden Haftung von Veräußerer und Erwerber für rückständige Leistungen stets auf die Frage an, wer Rechtsvorgänger und Rechtsnachfolger welchen Anteils war. Schon nach der gesetzlichen Systematik ist der Umstand, dass ein Gesellschafter mehrere Anteile besitzt, angesichts des Grundsatzes, dass bei der Gründung jeder Gesellschafter nur einen Anteil übernehmen kann, § 5 Abs. 2 GmbHG, eine Besonderheit.

      Anderes gilt für Aktien. Wegen der heute üblichen geringen Nennbeträge der Aktien bildet der Fall, dass Gründer von Aktiengesellschaften oder Erwerber von Aktien nur eine Aktie erwerben, rein tatsächlich eine Ausnahme. Aktien treten bei Erwerben faktisch nur in der Mehrzahl auf. Die rechtliche Relevanz des Umstandes, dass jemand Veräußerer und Erwerber von Aktien ist, ist ebenfalls gegenüber der GmbH deutlich geringer: Nach § 65 AktG können Veräußerer von Aktien wegen rückständiger Leistungen nur dann in Anspruch genommen werden, wenn sie als Vorgänger im Aktienregister eingetragen sind. Dies soll indessen wieder die Verkörperung der Aktien voraussetzen, s. o. Abschnitt D. IV. 4. d), so dass konsequenterweise bei der Abtretung im Rahmen des § 398 BGB eine Haftung der Vormänner nicht infrage kommt. Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich zunächst nur, dass die Frage, welche von mehreren Gesellschaftsanteilen jemand erwirbt, bei der Aktiengesellschaft nicht die gleiche rechtliche Relevanz hat wie bei der GmbH. Zu untersuchen ist in einem nächsten Schritt, ob es auch rechtliche Anhaltspunkte dafür gibt, die Frage der Identifizierbarkeit von einzelnen Aktien nicht mit derselben Strenge zu sehen wie im Recht der GmbH üblich.

   b) Eine auch rechtliche Besonderheit der AG ist, dass Aktien nicht nur einzeln, sondern anerkanntermaßen auch in Mehrfach- oder sogar Globalurkunden verkörpert werden können. Verfügungen hierüber stellen sich so dar, dass immer rechtlich Miteigentumsanteile an der Aktienurkunde übertragen werden. Bei Miteigentumsanteilen ist aber generell schon begrifflich ausgeschlossen, diese

275 Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 186 Rn. 4.

276 Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 1 , 7; Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 121 Rn. 23, § 186 Rn. 22, 25; Lutter/Schneider, ZGR 1975, 182, 198; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl, AktG, Band II, 1973, 1974, § 186 Rn. 104.

277 OLG Brandenburg GmbHR 1998, 935; Baumbach/Fastrich, GmbHG, 17. Aufl., 2000, § 15 Rn. 23; Scholz/Winter, GmbHG, Band I, 9. Aufl., 2000, § 15 Rn. 40; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl., 2000, § 15 Rn. 18.

genauer zu identifizieren als als Miteigentumsanteile. Dies stellt aber dasselbe dar wie der oben beschriebene Verzicht auf eine genaue Bezeichnung durch Ordnungsziffern. Als Folge hiervon ist fraglich, ob dieser Verzicht auf eine Identifizierung nur dann anzuerkennen ist, wenn die Übertragung von Wertpapieren tatsächlich nach den sachenrechtlichen Grundätzen der §§ 929 ff. BGB stattfindet oder ob damit nicht weitergehend für jede Einigung über die Übertragung solcher Rechte charakteristische Aussagen getroffen sind.

Oben ist schon geschildert worden, dass mit Hilfe einer Globalurkunde eine Übertragung von Aktien nach Maßgabe der §§ 929 ff. BGB nur in seltenen Ausnahmefällen möglich ist. Die Entwicklung der Globalaktie steht vielmehr in untrennbarem Zusammenhang mit der Ausbildung des Effektengiroverkehrs. Zugeschnitten ist diese Rechtsfigur letztlich auf den Übertragungstatbestand des § 24 Abs. 2 DepotG. Die mit der Verkörperung in einer Globalurkunde verbundene Anknüpfung an sachenrechtliche Gestaltungen geschieht nur noch beinahe symbolisch, da der letzte Schritt der Loslösung der Aktien von ihrem Wertpapiercharakter hin zum sog. Wertrecht[278] aus verschiedenen auch rechtspolitischen Gründen (noch) nicht vollzogen wurde. Die Gestaltung der Mehrfach- oder Globalaktien stellt ihrem Zweck nach damit letztlich nur ein Hilfsmittel dar, längst rein elektronisch in Computern von Banken vor sich gehende nicht mehr sinnlich wahrnehmbare Übertragungsvorgänge symbolisch den für bewegliche Sachen geltenden Regelungen des Sachenrechts zu unterstellen.

Die Anerkennung von Globalaktien ist letztlich Ausdruck der Entscheidung, gerade kein Sonderrecht für von Banken verwahrte Aktien herauszubilden, sondern allgemeine für alle Aktien geltende Regelungen der Übertragung von Rechten nur weiterzuentwickeln. Ist hier aber nun anerkannt, dass es für eine Einigung nach § 929 BGB ausreicht, wenn die übergehenden Rechte nur zahlenmäßig bestimmt sind, sollte für die Einigung über dieselben Rechte, wenn sie nur im Rahmen des § 398 BGB stattfindet, nichts anderes gelten. Keinen Unterschied kann es dann auch ausmachen, ob wirklich eine entsprechende Globalurkunde gebildet wurde oder nicht. Letzteres hat nur Auswirkungen darauf, ob zumindest theoretisch durch Übergabe der Aktien i. S. d. § 929 BGB oder Verwirklichung eines Besitzkonstituts eine Übereignung nach den Bestimmungen über bewegliche Sachen möglich ist. Hier geht es indessen um die Frage, welche Erfordernisse an eine Einigung i. S. d. § 398 BGB zu stellen sind.

Auch die Grenzen dieses Konzeptes sind damit allerdings deutlich: Soweit nach allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätzen eine Individualisierung der Aktien erforderlich ist, ist dies auch im Rahmen der Abtretung nach § 398 BGB erforderlich. Verstöße hiergegen führen zur Nichtigkeit einer entsprechenden Einigung und Abtretung. Es gelten die allgemeinen Grundsätze über die Verkörperung von Aktien, § 10 Abs. 2 AktG: Inhaberaktien können nur ausgegeben werden, wenn der Ausgabebetrag vollständig eingezahlt war; bei Namensaktien muss der Betrag der eingezahlten Teilleistungen in der Aktienurkunde angegeben werden. Insbesondere die unterschiedliche Einzahlung auf Aktien ist damit ein Umstand, der bei der Verbriefung der Aktien, damit auch bei einer Übertragung nach Maßgabe des § 398 BGB nicht vernachlässigt werden kann, erst recht auch nicht die Tatsache, dass unterschiedliche Gattungen von Aktien bestehen. Findet eine Übertragung solcher Rechte statt, ohne dass deutlich wird, welche Aktien gemeint sind, ist die Übertragung wegen mangelnder Bestimmtheit nichtig. Es gelten hier dieselben Grundsätze wie im Recht der GmbH.

Dies führt dazu, dass ein Erwerber von Aktien, der etwa von 1.000 nicht verkörperten Aktien eines Veräußerers 500 erwirbt, nur dann wirklich Aktionär wird, wenn diese Aktien in dem oben genannten Sinne in einer Urkunde verbriefbar und damit austauschbar wären[279]. Sind von den Aktien des Veräußerers hingegen z. B. 500 vollständig eingezahlt, 500 nur zur Hälfte, verbietet sich die Annahme, mit dem Erwerb von „500 Aktien" habe der Erwerber überhaupt wirksam erworben: Die Frage der Einzahlung ist ein für die Identifizierung der Aktien maßgeblicher Umstand. Die Einigung lässt hier Angaben vermissen und ist damit unwirksam. Der Erwerber solcher Rechte läuft damit nicht etwa Gefahr, dass er auf die Aktien noch Beträge einzahlen muss, sondern dass der gesamte Vertrag vollständig nichtig ist.

3. Zwischenergebnis

Eine Übertragung nicht verkörperter Aktien in der Weise, dass die Übertragungsurkunde nur Mengenbezeichnungen enthält, etwa ein Veräußerer eine bestimmte Anzahl seiner Aktien überträgt, ist nicht nach den im Recht der GmbH geltenden Regeln nichtig. Innerhalb bestimmter Grenzen muss es vielmehr ausreichen, dass die Aktien im Hinblick auf die mit ihnen verbundenen Rechte identisch sind. Wie bei der Übertragung von Miteigentumsanteilen, die darüber hinaus nicht mehr einzeln bezeichnet werden müssen, reicht die summenmäßige Bezeichnung der Aktien aus. Dies kann allerdings nicht gelten, wenn mit einzelnen Aktien unterschiedliche Rechte oder Pflichten verbunden sind, insbesondere auf die Aktien unterschiedliche Beträge eingezahlt wurden. Fehlt eine genauere Identifizierung dieser Aktien, ist die Übertragung insoweit nichtig.

Praktisch kann diese Folge vermieden werden, wenn bereits bei der Gründung der AG die jeweils übernommenen Aktien mit Ordnungsziffern versehen werden. In der Gründungsurkunde müsste nur die Formulierung aufgenommen werden, dass ein Aktionär nicht

278 Zum Begriff s. GK/Canaris, HGB, Bankvertragsrecht, 3. Aufl., 2. Bearb., Rn. 2040.

279 Zu dieser Unterscheidung auch GK/Canaris, HGB, Bankvertragsrecht, 3. Aufl., 2. Bearb., Rn. 2047.

etwa 100 Aktien übernimmt, sondern die mit den Ordnungsziffern 1 – 100 bezeichneten Aktien.

G. Ergebnis

1. Argumente, die anstatt der Gründung einer GmbH die Gründung einer AG als zwingend erscheinen lassen, gibt es nicht. Es lassen sich – mit Ausnahme des Börsenganges – kaum Umstände und Gestaltungsziele finden, die nicht mit der Rechtsform der GmbH ebenso verwirklicht werden können. Im Gegenteil bietet die GmbH zusätzlich jeweils die Möglichkeit, in die Satzung die auf die konkrete Situation passenden „maßgeschneiderten" Regelungen aufzunehmen. Solche Regelungen verbieten sich wegen des Grundsatzes der Satzungsstrenge in der AG meist. Auch eine geplante Börseneinführung spricht indessen nicht zwingend für die Gründung eines Unternehmens bereits als AG, insbesondere dann, wenn der Börsengang erst mittelfristig und als unbestimmte Vorstellung geplant ist.
2. Wird von Beteiligten der Wunsch an den Notar herangetragen eine AG zu gründen, spricht andererseits der Umstand, dass man wohl meist die zu erreichenden Gestaltungsziele auch in der Rechtsform der GmbH mit gleichem Erfolg oder zumindest mit geringerem Aufwand erreichen könnte, noch nicht dagegen, dem Wunsch, gerade eine AG zu gründen, besonders kritisch gegenüberzustehen. Eine Beratung sollte in diesem Fall darauf hinwirken, dass den Beteiligten die notwendigerweise mit der Rechtsform der AG verbundenen Schwierigkeiten und Besonderheiten klar vor Augen stehen. Die Beherrschung der gesellschaftsrechtlichen Grundkonstellationen in der AG verlangt gegenüber der GmbH ein deutlich gesteigertes Maß an Kenntnissen und Professionalität. Liegen diese Umstände vor oder sprechen gute Gründe dafür, dass die Beteiligten diese Kenntnisse erwerben, spricht nichts gegen die Gründung einer AG.
3. In jedem Fall sollte dann beratend auf die Beteiligten mit dem Ziel, die Gründung einer AG zu vermeiden, eingewirkt werden, wenn bereits erkennbar die Beherrschung der Rechtsform der GmbH und deren Besonderheiten auf Schwierigkeiten oder Unverständnis stoßen.

Die Amtsniederlegung des GmbH-Geschäftsführers

(von Notarassessor Dr. Martin Lohr, Dormagen)

I. Einführung

Das GmbHG sieht keine Regelungen zur Amtsniederlegung des GmbH-Geschäftsführers vor[1]. Es ist jedoch anerkannt, dass der Geschäftsführer grundsätzlich durch einseitige Erklärung das Organverhältnis beenden kann[2]. Die Voraussetzungen der Amtsniederlegung sind umstritten. In formeller Hinsicht stellt sich die Frage, an wen der Geschäftsführer die Erklärung der Amtsniederlegung richten muss. Der BGH bejaht in einer aktuellen Entscheidung[3] die Wirksamkeit der Amtsniederlegung in dem Fall, in dem die Erklärung in einer mehrgliedrigen GmbH nicht gegenüber der Gesellschafterversammlung bzw. sämtlichen Gesellschaftern, sondern ausschließlich gegenüber einem Gesellschafter abgegeben wird. Allerdings bleiben Folgefragen offen. Umstritten ist insbesondere, ob sich auch eine Empfangszuständigkeit des Mit-Geschäftsführers aus § 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG ableiten lässt.

Bei den inhaltlichen Anforderungen steht die Frage im Mittelpunkt, ob die Amtsniederlegung des alleinigen Geschäftsführers auch dann wirksam ist, wenn nicht zugleich ein neuer Geschäftsführer bestellt wird, die Gesellschaft somit aufgrund der Amtsbeendigung handlungsunfähig wird. Nach der Rechtsprechung der Obergerichte ist die Amtsniederlegung des alleinigen Geschäftsführers, der zugleich einziger Gesellschafter ist, ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes unwirksam, wenn nicht zugleich ein neuer Geschäftsführer bestellt wird. Diese „Sonderbehandlung" des Gesellschafter-Geschäftsführers der Einmann-GmbH wird von der herrschenden Literaturauffassung infrage gestellt, nach der die Amtsbeendigung stets organschaftlich wirksam sein soll.

Auch die Registeranmeldung wirft Fragen auf: Der niederlegende Geschäftsführer wird bestrebt sein, sein Ausscheiden selbst anzumelden, um sicherzustellen, dass der Geschäftsverkehr zeitnah über sein Ausscheiden informiert wird. Die Voraussetzungen einer solchen „Selbstanmeldung" sind umstritten. Gleiches gilt für die Frage, ob der Zugang der Erklärung der Amtsniederlegung gegenüber dem Registergericht durch Vorlage von Urkunden nachgewiesen werden muss. Das OLG Naumburg[4] fordert in einer aktuellen Entscheidung einen solchen Zugangsnachweis.

---

1 Vgl. zur Amtsniederlegung des GmbH-Geschäftsführers: Baums, der Geschäftsleitervertrag, 1987, 407 ff.; Wachter, GmbHR 2001, 1129; Münch, DStR 1993, 916, 918 ff., Eckert, KTS 1990, 33; Schneider/Schneider, GmbHR 1980, 4; zur Frage des Rechtsmissbrauchs der Amtsniederlegung in der Krise der Gesellschaft: Trötsch, GmbHR 1995, 857; Khatib-Shahidi/Bögner, BB 1997, 1161; Zur Anmeldungsbefugnis des ausgeschiedenen Geschäftsführers: Kiesling/Eichele, GmbHR 1999, 1165; Bärwaldt, GmbHR 2001, 290; Müller, BB 1998, 329; vgl. auch zur Amtsniederlegung des Vorstandsmitglieds einer AG: Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 84, Rn. 36 ff.; Henze, Aktienrecht – Höchstrichterliche Rechtsprechung, 4. Aufl. 2000, S. 128 ff., zum Vereinsvorstand: MünchKomm/Reuter, 4. Aufl. 2001, § 27 Rn. 33 ff.; Stöber, Handbuch zum Vereinsrecht, 8. Aufl. 2000, S. 165 ff.

2 BGH GmbHR 1993, 216.

3 GmbHR 2002, 26.

4 RNotZ 2001, 349 m. abl. Anm. Maurer; ausführlich zu dieser Entscheidung: Wachter, GmbHR 2001, 1129 ff.

Neben diesen Punkten geht der folgende Beitrag auf die Folgefragen der Amtsniederlegung ein (Haftungsrechtliche Folgen, Einziehung des Geschäftsanteils des Gesellschafter-Geschäftsführers, Konsequenzen der Amtsbeendigung für das Anstellungsverhältnis) und schließt mit Formulierungsvorschlägen zur Gestaltung der Satzung und des Geschäftsführer-Anstellungsvertrags ab.

II. Die formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Amtsniederlegung

1) Zulässigkeit der mündlichen Erklärung

Die Amtsniederlegung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die keinen Formerfordernissen unterliegt. Der Geschäftsführer kann sein Amt demnach auch durch mündliche Erklärung niederlegen[5]. Eine Schriftformklausel im Anstellungsvertrag, nach der eine Eigenkündigung des Geschäftsführers der Schriftform bedarf[6], erfasst nicht die Amtsniederlegung. Den Gesellschaftern bleibt es jedoch vorbehalten, ein Schriftformerfordernis für die Amtsniederlegung in die Satzung aufzunehmen[7]. Auch ohne eine solche Satzungsregelung empfiehlt sich, das Amt durch schriftliche Erklärung niederzulegen, da der Geschäftsführer nur in diesem Fall gegenüber Dritten (insb. den Finanz- und Sozialversicherungsbehörden) die Amtsniederlegung nachweisen kann.

2) Erklärungsadressat (Passivvertretung)

Die Amtsniederlegung ist gegenüber dem Gesellschaftsorgan zu erklären, das für die Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers zuständig ist. Sofern keine abweichende Satzungsregelung vorliegt, ist dies die Gesellschafterversammlung (§ 46 Ziff. 5 GmbHG). Außerhalb der Gesellschafterversammlung ist die Erklärung wirksam, wenn sie gegenüber sämtlichen Gesellschaftern abgegeben wird.

a) Umstritten war bislang, ob in der mehrgliedrigen GmbH die Erklärung gegenüber einem Gesellschafter ausreicht. Dies wird von einigen Autoren unter Hinweis auf den Rechtsgedanken der §§ 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG, 78 Abs. 2 S. 2 AktG bejaht[8]. Nach der Gegenauffassung ist dieser Rechtsgedanke nicht einschlägig, da der einzelne Gesellschafter weder für die Gesellschafterversammlung vertretungsbefugt sei noch die Gesellschafter sich wechselseitig zum Empfang solcher Erklärungen ermächtigt hätten[9]. Der BGH stellte zunächst in einer Entscheidung aus dem Jahre 1993 fest, dass die Erklärung jedenfalls dann wirksam ist, wenn sie gegenüber einem Gesellschafter abgegeben wird und die übrigen Gesellschafter in Kenntnis von dieser Erklärung gesetzt werden[10]. Ob nicht bereits die Erklärung gegenüber einem Gesellschafter ausreichend ist, ließ das Gericht offen. Nunmehr bejaht der Zweite Zivilsenat in der Entscheidung vom 17. 9. 2002[11] eine solche Empfangszuständigkeit jedes Gesellschafters. Das Berufungsgericht hielt die Erklärung gegenüber einem Gesellschafter nicht für genügend: Dem Rechtsverhältnis zwischen den Gesellschaftern sowie der Rechtsbeziehung der Gesellschafter zu der Gesellschaft fehle die vertretungstypische Vertrauensbeziehung des Geschäftsherrn zum Bevollmächtigten, kraft deren sich der Geschäftsherr Handlungen und Wissen des Bevollmächtigten zurechnen lassen wolle. Nach Auffassung des Zweiten Zivilsenats liegt hingegen ein Vertrauensverhältnis vor, dessen Auswirkung die gegenseitige Treuepflicht sei und das die Gesellschafter verpflichte, im Rahmen ihres Verhaltens einschließlich ihrer Entscheidungen den Belangen ihrer Mitgesellschafter und der Gesellschaft angemessen Rechnung zu tragen.

Unklar bleibt, ob eine Empfangszuständigkeit auch bei einem größeren Gesellschafterkreis besteht. Der BGH führt aus, dass solche Gesellschaften in der Regel eine Empfangszuständigkeit in der Satzung und den Geschäftsführer-Anstellungsverträgen vorsehen. Auch wenn dies aus dem Urteil nicht eindeutig hervorgeht, ist auch bei einem größerem Gesellschafterkreis von einer Empfangszuständigkeit auszugehen, denn auch in diesem Fall besteht ein wechselseitiges Vertrauensverhältnis und eine Treuepflicht der Gesellschafter. Zudem bestünde andernfalls erhebliche Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Frage, ab welcher Gesellschafteranzahl eine Empfangszuständigkeit zu verneinen wäre.

Die Amtsniederlegung wird nach Auffassung des BGH bereits wirksam, wenn sie einem der Gesellschafter zugeht. Demnach ist unerheblich, wann die anderen Gesellschafter Kenntnis von der Erklärung erlangen. Auch dann, wenn der Adressat die Erklärung den anderen Gesellschaftern nicht weiterleitet bzw. diese nicht in Kenntnis setzt, ist die Amtsniederlegung wirksam, ungeachtet einer etwaigen Schadensersatzpflicht des Gesellschafters[12]. Wollen die Gesellschafter das Risiko vermeiden, dass die Erklärung nicht weitergeleitet wird, müssen sie in der Satzung den Adressatenkreis einschränken, etwa dergestalt, dass nur die Gesellschafterversammlung empfangszuständig ist.

Ein weiteres Folgeproblem, das nicht Gegenstand der Entscheidung ist, ist die zwischenzeitliche Veräußerung des Geschäftsanteils: Hat der Erklärungsadressat vor dem Zugang der Niederlegungserklärung seinen Geschäftsanteil veräußert, endet die Empfangszuständigkeit des ausscheidenden Gesellschafters mit der Veräußerung. Unerheblich ist, ob eine Anzeige der Veräußerung (§ 16 GmbHG) erfolgte, die Vermutungswirkung des § 16 GmbHG betrifft nur die Legitimation des Erwerbers gegenüber der Gesellschaft. Der Geschäftsführer kann sich daher nicht darauf berufen, er habe aufgrund der unterbliebenen Anzeige auf die Gesellschafterstellung des Erklärungsadressaten vertraut.

---

5 BGH GmbHR 2002, 26, 28; GmbHR 1993, 216; Hachenburg/Stein, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 38, Rn. 138.

6 Zum Geltungsbereich einer Schriftformklausel im Anstellungsvertrag: Jäger, Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers, 4. Aufl. 2001, S. 149; Weber/Dahlbender, Verträge für GmbH-Geschäftsführer und Vorstände, 2. Aufl. 2000, S. 67.

7 Zur Satzungsgestaltung vgl. Punkt VI.

8 Rowedder/Koppensteiner, GmbHG, 3. Aufl. 1997, § 38 Rn. 27; Plander, ZHR 133 (1970), 327, 360; Münch, DStR 1993, 916, 920.

9 Scholz/Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 38 Rn. 91; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 38 GmbHG, Rn. 42; Wachter, GmbHR 2001, 1129, 1133.

10 BGH GmbHR 1993, 216.

11 BGH GmbHR 2002, 26, 27 = NZG 2002, 43 m. Anm. Schneider/Schneider = EWiR 2002, 67 (Wagner).

12 Schneider/Schneider, NZG 2002, 43, 45.

b) Das OLG Düsseldorf hält die Amtsniederlegung für unwirksam, wenn sie gegenüber einem Gesellschafterausschuss erklärt wird, der lediglich beratende und unterstützende Funktionen ausübt, ohne zur Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers berechtigt zu sein[13]. Angesichts der aktuellen BGH-Entscheidung sollte jedoch entscheidend sein, dass die Erklärung hierdurch zugleich mehreren Gesellschaftern zugeht, ungeachtet der Unzuständigkeit des Gesellschafterausschusses als Gesellschaftsorgan.

c) Wird die Kompetenz zur Begründung oder Beendigung des Organverhältnisses auf einen Aufsichts- bzw. Beirat übertragen, muss die Erklärung gegenüber diesem Gesellschaftsorgan abgegeben werden. Ausreichend ist die Erklärung gegenüber dem Aufsichtsrats- bzw. Beiratsvorsitzenden. Die Entgegennahme von Erklärungen durch den Vorsitzenden hat sich im Aktienrecht in der Praxis eingebürgert[14], für den fakultativen Aufsichts- bzw. Beirat einer GmbH kann nichts anderes gelten. Umstritten war bislang hingegen die Empfangszuständigkeit des „einfachen" Aufsichtsratsmitglieds[15]. Angesichts der aktuellen BGH-Entscheidung zur passiven Vertretungsmacht des GmbH-Gesellschafters ist es folgerichtig, auch für Aufsichtsratsmitglieder, die ebenfalls einer Treuepflicht unterliegen, eine Empfangszuständigkeit aus einer entsprechenden Anwendung des § 78 Abs. 1 S. 2 AktG abzuleiten[16].

d) Einige Autoren halten es für zulässig, wenn die Erklärung ausschließlich gegenüber einem Mit-Geschäftsführer abgegeben wird. Nach Auffassung von Gustavus ist die Amtsniederlegung sogar nur dann an die Gesellschafterversammlung zu richten, wenn keine weiteren Geschäftsführer vorhanden sind[17]. Auch Maurer[18] leitet aus § 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG die Zuständigkeit des Mit-Geschäftsführers ab, die Erklärung entgegenzunehmen.

Die Vertretungsmacht des § 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG erstreckt sich jedoch nicht auf das Anstellungs- und Organverhältnis eines Mit-Geschäftsführers, so dass der Geschäftsführer ohne eine besondere Bevollmächtigung nicht berechtigt ist, Erklärungen über diese Rechtsverhältnisse abzugeben. Er ist daher nicht befugt, ohne Ermächtigung durch die Gesellschafter Anstellungs- und Aufhebungsverträge eines anderen Geschäftsführers zu unterzeichnen, die Bestellung zu widerrufen oder einen Geschäftsführer-Anstellungsvertrag zu kündigen[19]. Gleiches gilt für die passive Vertretungsmacht. Daher muss auch die Eigenkündigung an die Gesellschafterversammlung (oder außerhalb dieser an zumindest einen Gesellschafter) gerichtet werden[20]. Auch für die Amtsniederlegung kann aus § 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG keine Empfangszuständigkeit abgeleitet werden. Der Mit-Geschäftsführer ist nur bei einer entsprechenden Ermächtigung empfangszuständig [21]. Handelt es sich um einen Gesellschafter-Geschäftsführer, kann dieser hingegen in seiner Eigenschaft als Gesellschafter die Erklärung entgegennehmen.

3) Anforderungen an den Erklärungsinhalt

Der Begriff der Amtsniederlegung muss nicht verwendet werden. Ausreichend ist, dass aus dem Erklärungsinhalt der Wille zur Beendigung der Amtstätigkeit hervorgeht. Kündigt der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftern seinen Anstellungsvertrag, ist im Zweifel davon auszugehen, dass diese Erklärung zugleich die Amtsniederlegung beinhaltet[22]. Liegt ein wichtiger Grund für die Amtsniederlegung vor, ist der Geschäftsführer nicht verpflichtet, diesen Grund bei der Erklärung der Amtsniederlegung anzugeben[23]. Allerdings obliegt es dem Geschäftsführer, auf Nachfrage der Gesellschafter den Anlass seiner Erklärung mitzuteilen (vgl. auch § 626 Abs. 2 S. 3 BGB hinsichtlich der Angabe des Kündigungsgrundes).

III. Materiell-rechtliche Anforderungen

Die Amtsniederlegung des alleinigen Geschäftsführers führt zur Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft. Die Zustellung von Mahn- und Vollstreckungsbescheiden bzw. von Klageschriften kann auf diesem Wege vereitelt werden. Vollstreckungsmaßnahmen in das Gesellschaftsvermögen sind ausgeschlossen, da die GmbH mit der Amtsniederlegung ihre Verfahrensfähigkeit verliert. Auch zur Abgabe einer Versicherung an Eides statt (§ 807 ZPO) ist der ehemalige Geschäftsführer nicht verpflichtet, es sei denn, er entzieht sich durch die Amtsniederlegung der Erklärungspflicht[24].

Legt der Geschäftsführer sein Amt nieder, enden seine Amtspflichten und seine Verantwortung für die Finanzlage der Gesellschaft. Die Insolvenzantragspflicht (§ 64 Abs. 1 GmbHG) setzt die Amtsausübung voraus. Lagen

13 OLG Düsseldorf, NZG 1999, 1066.

14 Mertens in: Kölner Kommmentar zum Aktienrecht, 2. Aufl. 1988, § 112, Rn. 22.

15 Für eine Empfangszuständigkeit: Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 112, Rn. 4, dagegen Mertens, a. a. O., Wiesner, BB 1981, 1533, 1537.

16 So auch Wagner, EwiR 2002, 67, 68.

17 Handelsregisteranmeldungen, 5. Aufl. 2001, A 99, S. 94; ebenso Waldner, Handelsregisteranmeldungen und Kostenrecht, DAI-Skript, 2001, S. 51.

18 RNotZ 2001, 350, 352 (Der Geschäftsführer als „Sprach- und Hörrohr" der Gesellschaft).

19 Vgl. zur Unwirksamkeit eines Geschäftsführer-Anstellungsvertrages, den ein Gesellschafter-Geschäftsführer ohne Zustimmung der anderen Gesellschafter unterzeichnet: BGH GmbHR 2000, 876 m. Anm. Haase; vgl. des Weiteren zur fehlenden Kompetenz hinsichtlich der Begründung und Beendigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages: BGH, ZIP 1991, 380, 382 = GmbHR 1991, 363; ZIP 1995, 643 = GmbHR 1995, 373, vgl. ferner OLG Köln, GmbHR 1993, 734, 736 (Keine nachträgliche Genehmigung der Kündigung bei fehlender Ermächtigung).

20 Weber/Hoß/Burmester, Handbuch der Managerverträge, 2000, S. 412; Jäger, Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers, S. 164 m. Rspr.-Nachw. Der BGH hat zwar in älteren Entscheidungen festgestellt, dass die Kündigung an den Mit-Geschäftsführer zu richten sei (vgl. BGH GmbHR 1961, 48). Zur Begründung wurde angeführt, dass der Mit-Geschäftsführer auch für die Beendigung des Anstellungsvertrages zuständig sei. Nach neuerer Rechtsprechung (Fn. 19) kann jedoch der Geschäftsführer nur aufgrund einer besonderen Ermächtigung Aufhebungsverträge unterzeichnen, so dass die Argumentationsgrundlage für die Empfangszuständigkeit des Mit-Geschäftsführers weggefallen ist. In der Lit. ist jedoch weiterhin umstritten, ob die Kündigungserklärung gegenüber einem Mit-Geschäftsführer ausreichend ist, vgl. Scholz/Schneider, a. a. O., § 35 GmbHG, Rn. 171 m. w. N.

21 Vgl. zur Erweiterung des Adressatenkreises in der Satzung Punkt VI.

22 Für den umgekehrten Fall (ausschließliche Erklärung der Amtsniederlegung) kann diese Verknüpfung nicht ohne weiteres bejaht werden, da es durchaus Fälle gibt, in denen der Geschäftsführer trotz der Amtsniederlegung an seinem Anstellungsvertrag festhalten will, vgl. hierzu IV 3 a.

23 BGH GmbHR 1993, 216.

24 Zöller/Stöber, ZPO, 22. Aufl. 2001, § 807 Rn. 8 m. w. N.

zum Zeitpunkt der Amtsniederlegung bereits die Voraussetzung einer Insolvenzverschleppung vor, kann der Geschäftsführer auch nach der Amtsbeendigung von den Gesellschaftsgläubigern nach §§ 64 Abs. 1 GmbHG, 823 Abs. 2 BGB in Anspruch genommen werden[25]. Bei einer Amtsniederlegung vor Beginn der Dreiwochenfrist des § 64 Abs. 1 GmbHG ist eine Haftung nach §§ 823 Abs. 2 BGB, 64 Abs. 1 GmbHG hingegen ausgeschlossen. Die Verpflichtung zur ständigen Prüfung der Finanzlage entfällt mit der Amtsbeendigung. Gleiches gilt nach richtiger Auffassung auch bei einer Amtsbeendigung während der Dreiwochenfrist, da der Geschäftsführer andernfalls gezwungen wäre, vorsorglich einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen[26]. Der Geschäftsführer haftet weder für Steuerschulden der Gesellschaft nach den §§ 34, 69 AO, sofern diese nach der Amtsbeendigung fällig werden[27], noch für Sozialversicherungsbeiträge der Arbeitnehmer (§§ 266 a StGB, 823 Abs. 2 BGB), die nach der Amtsbeendigung abzuführen sind. Auch die Verantwortung im Innenverhältnis, d. h. die Verantwortung gegenüber der Gesellschaft, endet mit der Amtsniederlegung. Der Geschäftsführer ist nach diesem Zeitpunkt nicht mehr für die Finanzlage der Gesellschaft verantwortlich, so dass bei einer nach der Amtsniederlegung eintretenden Unternehmenskrise weder eine Haftung des niederlegenden Geschäftsführer aus § 43 Abs. 3 GmbHG (Verletzung der Kapitalerhaltungsvorschriften) noch eine Inanspruchnahme aus § 43 Abs. 2 GmbHG (allgemeine Geschäftsführer-Haftung) in Betracht kommt[28]. Auch hierin liegt eine Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen, da die Innenhaftung mittelbar dem Kompensationsinteresse der Gläubiger dient.

Angesichts dieser Folgen stellt sich die Frage, ob die Amtsniederlegung stets organschaftlich wirksam ist oder ob unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes Einschränkungen geboten sind.

1) Die Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Amtsniederlegung

Während die Amtsniederlegung nach früherer BGH-Rechtsprechung einen wichtigen Grund erforderte (z. B. Dienstunfähigkeit des Geschäftsführers oder Vorliegen einer gravierenden Vertrauensstörung zwischen dem Geschäftsführer und den Gesellschaftern)[29], stellt der Zweite Zivilsenat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1993 fest, dass die Amtsniederlegung auch dann wirksam ist, wenn die Erklärung ohne Angaben von Gründen erfolgt. Es wäre für die Beteiligten und den allgemeinen Rechtsverkehr unzumutbar, dass unter Umständen mehrere Jahre Ungewissheit darüber bestünde, ob die Erklärung wirksam war und durch wen die Gesellschaft in dieser Zeit vertreten wird. Im Fall der unbegründeten Amtsniederlegung blieben mögliche anstellungsvertragliche Folgen (fristlose Kündigung des Geschäftsführer-Vertrages, Inanspruchnahme nach § 43 Abs. 2 GmbHG) unberührt. Das Gericht lässt offen, ob diese Grundsätze auch für den Geschäftsführer gelten, der seinerseits nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes abberufen werden kann (§ 38 Abs. 2 GmbHG) bzw. ob die Erklärung zur Unzeit oder wegen Rechtsmissbrauchs unwirksam sein kann.

Nach Auffassung der Obergerichte ist die Amtsniederlegung des alleinigen Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann-GmbH rechtsmissbräuchlich, wenn dieser nicht zugleich einen neuen Geschäftsführer bestellt oder die Amtsniederlegung aus wichtigem Grund erfolgt[30]. Solange eine Gesellschaft als Rechtspersönlichkeit existent sei, dürfe sie nicht ohne rechtfertigen Grund „handlungsunfähig gemacht" werden. Zwar sei es grundsätzlich nicht Aufgabe des niederlegenden Geschäftsführers, für einen Amtsnachfolger zu sorgen. Sei er aber zugleich der alleinige Gesellschafter, so könne die im rechtlichen Bereich notwendige theoretische Trennung nicht so weit getrieben werden, dass die Personenidentität außer Acht gelassen werde. Vielmehr müsse zumindest verlangt werden, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer in seiner Eigenschaft als Gesellschafter einen neuen Geschäftsführer bestellt, wenn er selbst nicht mehr zur Geschäftsführung bereit sei.

Das Kammergericht überträgt diese Einschränkung der Amtsniederlegung auf die beiden Gesellschafter-Geschäftsführer einer zweigliedrigen GmbH, die zeitgleich ihr Amt niederlegen, ohne zugleich einen neuen Geschäftsführer zu bestellen[31]. Die Wirksamkeit der Amtsniederlegungen könne in einem solchen Fall nicht anders bewertet werden als die Amtsniederlegung des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann-GmbH.

2) Gegenauffassung in der Literatur

Während einige Autoren der Rechtsprechung zur Amtsniederlegung des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann-GmbH folgen[32], ist nach überwiegender Literaturauffassung die Amtsniederlegung des Geschäftsführers generell wirksam[33]. Die Amtsniederlegung des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann-GmbH sei nicht treuwidrig, da dieser nicht zur Geschäftsführung verpflichtet sei. Dies bestätige auch die Rechtsprechung, nach der ein Gesellschafter nicht zur Übernahme der Notgeschäftsführung (§ 29 BGB analog) gezwungen werden könne[34]. Zudem habe der Gesellschafter-Ge-

25 Zur Insolvenzverschleppungshaftung: Haas, NZG 1999, 373 ff.

26 Umstr. Vgl. Trölitsch, GmbHR 1995, 857 ff. m. w. N.

27 BFH DB 1985, 1326.

28 Zur Geschäftsführer-Innenhaftung: Lutter, GmbHR 2000, 301 ff.; Weber/Lohr, GmbHR 2000, 698 ff.; zur Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung durch Abschluss einer Managerhaftpflichtversicherung: Dreher, ZHR 2001, 293; Weber/Lohr, GmbH-StB 2001, 293.

29 Vgl. zum Erfordernis eines wichtigen Grundes: BGHZ 78, 82 = GmbHR 1980, 270.

30 BayObLG DNotZ 1993, 198 = MittBayNot 1993, 95; MittBayNot 1981, 200; KG Berlin, GmbHR 2001, 147 (Ls); OLG Hamm, DNotZ 1989, 396; OLG Düsseldorf, GmbHR 2000, 144 m. Anm. Hohlfeld = NotBZ 2001, 186 m. Anm. Dietsch.

31 KG Berlin, GmbHR 2001, 147, vgl. aber auch OLG Koblenz, NJW-RR 1995, 556, 557 (Wirksamkeit der Amtsniederlegung aller Gesellschafter-Geschäftsführer).

32 Zustimmend Scholz/Schneider, GmbHG, § 38, Rn. 90; Lutter/Hommelhoff, a. a. O., § 38 GmbHG, Rn. 41; Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl. 2002, § 242 Rn. 74.

33 Baums, Der Geschäftsleitervertrag, 1987, S. 411 ff.; Altmeppen/Roth, GmbHG, 3. Aufl. 1997, § 38 Rn. 59; Hachenburg/Stein, GmbHG, § 38, Rn. 137; Hohlfeld, GmbHR 2001, 145, 146; Dietsch, NotBZ 2001, 187, 188; Khatib-Shahidi/Bögner, BB 1997, 1161, 1165; Fleck, EwiR 1988, 795; differenzierend: Trötsch, GmbHR 1995, 857 ff. (Erfordernis des wichtigen Grundes in der „Schwebephase", d. h. während der Dreiwochenfrist des § 64 Abs. 1 GmbHG).

34 Hohlfeld, GmbHR 2001, 145, 147; Baums, a. a. O., S. 412.

schäftsführer der Einmann-GmbH jederzeit die Möglichkeit, durch ihm gestattetes Insichgeschäft[35] bzw. durch die eigene Abberufung[36] die Verpflichtung zur Geschäftsführung wieder aufzuheben.

Um die Handlungsunfähigkeit der Gesellschafter zu beseitigen, könne auf Antrag der Gläubiger ein Notgeschäftsführer oder ein Prozesspfleger (§ 57 ZPO) bestellt werden. Darüber hinaus habe das Registergericht keine Möglichkeit, die Bestellung eines Geschäftsführers zu erzwingen. Konsequenterweise müsse es dem Registergericht verwehrt sein, die Eintragung der Amtsniederlegung mit der Begründung zu verweigern, es müsse zunächst ein neuer Geschäftsführer bestellt werden[37]. Den Gläubigerinteressen werde durch die Möglichkeit der Bestellung eines Notgeschäftsführers bzw. Prozesspflegers Rechnung getragen[38].

Auch die Rechtssicherheit erfordere die sofortige Wirksamkeit der Amtsniederlegung. Den Gläubigern sei nicht geholfen, wenn unklar sei, ob der Geschäftsführer – insb. bei Angabe eines nicht belegbaren wichtigen Grundes – weiterhin amtiere. Das Risiko der Gläubiger bei der Bestellung eines Not-Geschäftsführers bzw. eines Prozesspflegers sei geringer als die Inanspruchnahme einer GmbH, deren Vertretung unsicher sei[39].

Letztendlich sei die von der Rechtsprechung entwickelte „Sonderbehandlung" des Gesellschafter-Geschäftsführers der Einmann-GmbH nicht gerechtfertigt. Unter den Aspekten der Gläubigerinteressen und der Handlungsunfähigkeit könne die Amtsniederlegung durch den alleinigen Fremd-Geschäftsführer einer Einmann-GmbH oder den Geschäftsführer einer mehrgliedrigen GmbH keiner anderen Bewertung unterliegen[40]. Zudem sei bei einer solchen Sonderrechtsprechung zur Einmann-GmbH den Fällen nicht beizukommen, in denen es dem Gesellschafter gelingt, vor der Amtsniederlegung seinen Anteil oder einen Teil des Geschäftsanteils auf einen Dritten zu übertragen[41].

3) Stellungnahme

Anhaltspunkte für oder gegen die Wirksamkeit der Amtsniederlegung sind den gesetzlichen Bestimmungen unmittelbar nicht zu entnehmen. Zwar hat der Gesetzgeber in den §§ 97, 101 InsO Informations- und Unterstützungspflichten des ausgeschiedenen GmbH-Geschäftsführers aufgenommen, um zu vermeiden, dass sich der Geschäftsführer durch die Amtsniederlegung den insolvenzrechtlichen Verfahrenspflichten entzieht[42]. Hieraus lässt sich jedoch nicht ableiten, dass der Gesetzgeber von der uneingeschränkten Wirksamkeit der Amtsniederlegung ausgeht.

Ob die Amtsniederlegung Einschränkungen nach § 242 BGB unterliegt, kann nur anhand einer Bewertung der Interessenlage beantwortet werden. Hierbei sind das Allgemeininteresse an der Handlungsfähigkeit bestehender Gesellschaften und die Interessen der Gläubiger insbesondere hinsichtlich des Zugriffs auf das Gesellschaftsvermögen mit den Belangen des Geschäftsführers abzuwägen. Auch dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit ist Rechnung zu tragen: Rechtsfolgen, die zu einem unsicheren Schwebezustand führen, sind zu vermeiden, da eine erhebliche Rechtsunsicherheit für den Geschäftsführer, für die Gesellschaft als auch für die Gesellschaftsgläubiger nachteilhaft wäre.

Im Ergebnis ist hiernach der Rechtsprechung zur Einschränkung der Amtsniederlegung des alleinigen Gesellschafter-Geschäftsführers der Einmann-GmbH zu folgen:

a) Die durch die Amtsniederlegung des alleinigen Geschäftsführers verursachte Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft stünde der Amtsniederlegung dann nicht entgegen, wenn die Handlungsunfähigkeit ohne weiteres wieder behoben werden könnte. Die Gegenmeinung verweist insoweit auf die Möglichkeit, durch gerichtlichen Beschluss einen Not-Geschäftsführer (§ 29 BGB analog) zu bestellen[43]. Hierdurch kann die Handlungsunfähigkeit jedoch regelmäßig nicht beseitigt werden: Die Bestellung des Not-Geschäftsführers setzt die Annahme des Amtes voraus. Dies gilt auch für den Gesellschafter einer GmbH, dieser kann nicht gegen seinen Willen zum Notgeschäftsführer bestellt werden[44]. Dritte werden zur Übernahme des Amtes nur gegen Zahlung einer angemessenen Vergütung bereit sein. Die Vergütung müsste insbesondere die Haftungsrisiken des Not-Geschäftsführers kompensieren, die nicht geringer sind als die des „regulären" Geschäftsführers[45]. Der Not-Geschäftsführer kann seinen Vergütungsanspruch nur gegen die (regelmäßig notleidende) Gesellschaft richten. Weder der Gläubiger, der die Bestellung beantragt hat noch die Gesellschafter sind zur Zahlung verpflichtet [46]. Auch öffentlich-rechtliche Ansprüche sind ausgeschlossen, so dass die Staatskasse nicht in Anspruch genommen werden kann. Dieses Problem kann im Regelfall nur dadurch gelöst werden, dass der antragstellende Gläubiger die Kosten übernimmt. Der Gläubiger trägt hierbei das Risiko, „gutes Geld schlechtem hinterher zu werfen."[47] In der Vergütungsproblematik liegt der Schwachpunkt der Notgeschäftsführung[48]. Das Institut der Notgeschäftsführung ist im Regelfall kein taugliches Mittel zur Wiederherstellung der Handlungsfähigkeit.

b) Das Interesse an der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft muss jedoch in den Fällen zurücktreten, in denen gewichtige Belange des Geschäftsführers eine sofortige Beendigung des Geschäftsführer-Amtes erfordern. Dem

35 Baums, a. a. O., S. 412; Fleck, EwiR 1988, 795.
36 Wachter, GmbHR 2001, 1129, 1133.
37 Baums, a. a. O., S. 413.
38 Hohlfeld, GmbHR 2001, 145, 146.
39 Dietsch, NotBZ 2001, 187, 189.
40 Baums, S. 413; Hohlfeld, GmbHR 2001, 146; Dietsch, NotBZ 2001, 187, 189.
41 Baums, S. 412.
42 Vgl. hierzu K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz, 2. Aufl. 1999, S. 425 ff.; vgl. allgemein zu den Geschäftsführer-Rechten und Pflichten in der Insolvenz: Uhlenbruck GmbHR 1999, 313 ff. und 390 ff.
43 Vgl. zum Not-Geschäftsführer: OLG Frankfurt a. M., GmbHR 2001, 436; BayObLG, GmbHR 1997, 1002 = FGPrax 1997, 235; OLG Hamm, GmbHR 1996, 210; Scholz/Schneider, a. a. O., § 6 GmbHG, Rn. 39 ff., vgl. ausführlich zu den Schwachstellen der Notgeschäftsführung: Kögel, NZG 2000, 20 ff.
44 KG Berlin, GmbHR 2000, 660 m. Anm. Hohlfeld, a. A. Gustavus, GmbHR 1992, 15, 18.
45 Kögel, NZG 2000, 20, 23.
46 Haas, DStR 2000, 454.
47 Haas, DStR 2000, 454.
48 Ausführlich zur „Not mit der Notgeschäftsführung" und zu möglichen gesetzgeberischen Lösungen: Kögel, NZG 2000, 20 ff.

Geschäftsführer ist es unzumutbar, das Amt auszuüben, wenn er z. B. nicht mehr das Vertrauen der Gesellschafter genießt oder aufgrund einer Erkrankung zur Unternehmensleitung nicht mehr in der Lage ist. Es ist unstreitig, dass auch der alleinige Geschäftsführer bei Vorliegen eines solchen Grundes sein Amt niederlegen kann.

c) Im Hinblick auf die Rechtssicherheit ist es zudem überzeugend, hinsichtlich des Gesellschafter-Geschäftsführers der mehrgliedrigen GmbH und des Fremd-Geschäftsführers von dem Grundsatz der sofortigen Wirksamkeit der Amtsniederlegung auszugehen. Anlass der Amtsniederlegung wird regelmäßig ein gesellschaftsinterner Konflikt sein. Hierzu zählt insbesondere der Fall, dass der Geschäftsführer die Amtsniederlegung auf eine Störung des zwischen ihm und den Gesellschaftern erforderlichen Vertrauensverhältnisses stützt (z. B. im Fall unberechtigter Vorwürfe, rechtswidriger oder widersprüchlicher Weisungen der Gesellschafter, bzw. der grundlosen Entlastungsverweigerung). Die Gesellschaftsgläubiger können die Sachlage im Regelfall nicht beurteilen. Würde man die Amtsniederlegung generell dahingehend beschränken, dass ein wichtiger Grund vorliegen muss, wäre dies jedoch nicht nur für die Gesellschaftsgläubiger mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit verbunden. Auch für den Geschäftsführer wäre dieser „Schwebezustand" problematisch. Es bestünde weiterhin das Risiko der Innen- und Außenhaftung, wenn der Geschäftsführer die Situation falsch bewertet und im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Amtsbeendigung z. B. trotz der Insolvenzreife der Gesellschaft untätig bleibt. Zudem müsste der Geschäftsführer aufgrund des gesetzlichen Wettbewerbsverbots vorsorglich bis zu einer gerichtlichen Klärung Konkurrenzhandlungen unterlassen, um nicht der Schadensersatzpflicht aus § 43 Abs. 2 GmbHG ausgesetzt zu sein. Eine Anschlusstätigkeit in derselben Branche wäre ihm bis zur gerichtlichen Bestätigung der Amtsbeendigung verwehrt.

Hinsichtlich des alleinigen Geschäftsführers, der zugleich Gesellschafter einer Einmann-GmbH ist, besteht keine vergleichbare Rechtsunsicherheit. Gesellschaftsinterne Konflikte und die damit verbundenen Schwierigkeiten der Sachverhaltsaufklärung und -bewertung sind ausgeschlossen. Lediglich in Ausnahmefällen liegt ein wichtiger Grund für die Amtsniederlegung vor. Neben der Dienstunfähigkeit des Geschäftsführers wird die Anerkennung eines wichtigen Grundes in den Fällen erwogen, in denen der Gesellschafter, der die Geschäftsführung im Vertrauen auf einen wirksamen Anteilserwerb übernommen hat, den Anteilserwerb anficht[49]. Demgegenüber rechtfertigen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die damit verbundenen etwaigen Vergütungseinbußen keine Amtsniederlegung [50]. Der Gesellschafter, der seinen Geschäftsanteil treuhänderisch hält, kann sich auch nicht auf etwaige Differenzen zwischen ihm und dem Treugeber berufen[51]. Ein wichtiger Grund wird daher nur in Ausnahmefällen bejaht, deren Voraussetzungen nicht derart schwierig zu beurteilen sind wie die Fälle gesellschaftsinterner Konfliktsituationen.

d) Der Gesellschafter der Einmann-GmbH ist frei in seiner Entscheidung, einen neuen Geschäftsführer zu bestellen oder – sofern noch keine Insolvenzreife vorliegt – die Auflösung der Gesellschaft zu beschließen. Die Gläubigerinteressen werden in diesem Fall durch das Liquidationsverfahren (§§ 65 ff. GmbHG) gewahrt. Sieht der Einmann-Gesellschafter-Geschäftsführer von der Neubestellung eines Geschäftsführers bzw. der Auflösung der Gesellschaft ab, kann er nicht stattdessen durch die Amtsniederlegung das Gesellschaftsvermögen dem Zugriff der Gläubiger entziehen.

Demgegenüber muss der Mehrheitsgesellschafter der mehrgliedrigen GmbH bei der Beschlussfassung die Interessen der Gesellschaft und die Interessen anderer Gesellschafter wahren, er hat keinen uneingeschränkten Entscheidungsspielraum[52]. Der Vorwurf der unterbliebenen Bestellung eines Nachfolgers bzw. der unterbliebenen Auflösung der Gesellschaft trifft nicht den Gesellschafter, der sein Geschäftsführeramt aufgibt, sondern die Gesellschafterversammlung. Insoweit besteht keine Personenidentität zwischen dem Beschluss- und dem Geschäftsführungsorgan, so dass der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs nicht gerechtfertigt ist. Dies gilt unabhängig von den Beteiligungs- und Stimmverhältnissen, so dass auch die Amtsniederlegung des Mehrheitsgesellschafters organschaftlich wirksam ist. Erst recht kann die Amtsniederlegung des Fremd-Geschäftsführers, der an der Willensbildung bezüglich der Geschäftsführerbestellung bzw. der Auflösung der Gesellschaft nicht teilnimmt, keinen organschaftlichen Einschränkungen unterliegen.

e) Der BGH weist darauf hin, dass die Amtsniederlegung grundsätzlich lediglich auf der Ebene des Anstellungsvertrages Folgen auslöst, insb. in Form der Kündigung des Anstellungsvertrages und der Inanspruchnahme des Geschäftsführers durch die Gesellschaft. Sofern der Gesellschaftsvertrag eine Verpflichtung zur Mitarbeit sämtlicher Gesellschafter vorsieht, muss der niederlegende Gesellschafter-Geschäftsführer zudem eine Einziehung seines Geschäftsanteils befürchten. Durch die Möglichkeit dieser internen Sanktionen wird mittelbar einer unberechtigten Amtsniederlegung vorgebeugt. Solche Sanktionen braucht der Gesellschafter-Geschäftsführer der Einmann-GmbH hingegen nicht zu befürchten. Insbesondere haftet dieser nicht wegen Vertragsbruchs nach § 280 BGB bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG gegenüber „seiner" Gesellschaft[53]. Auch diese Unterschiede rechtfertigen es, an die Amtsbeendigung des alleinigen Gesellschafter-Geschäftsführers der Einmann-GmbH höhere Anforderungen zu stellen.

f) Soweit von der Gegenauffassung in der Literatur auf die Möglichkeit einer Geschäftsführer- bzw. Gesellschafteraußenhaftung verwiesen wird, ist die Grundlage einer solchen Haftung problematisch. Zwar kommt eine Inanspruchnahme nach § 826 BGB bzw. §§ 823 Abs. 2

49 OLG Hamm, GmbHR 1989, 35, 37 = DNotZ 1989, 396.

50 OLG Düsseldorf DStR 2000, 454 m. Anm. Haas.

51 BayObLG MittBayNot 1993, 95.

52 Zur Berücksichtigung der Interessen des Minderheitsgesellschafters bei der Beschlussfassung über die Auflösung: BGHZ 103, 184, 189 f.

53 Eine Haftung kommt nur bei einem Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften (§ 43 Abs. 3 GmbHG) bzw. bei existenzmindernden Eingriffen in Betracht, vgl. BGH GmbHR 2000, 330. Die Amtsbeendigung als solche führt demnach nicht zur Schadensersatzpflicht gegenüber der GmbH nach § 43 Abs. 2 GmbHG.

BGB i. V. mit §§ 288, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB in Betracht, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer sein Amt mit dem Ziel der Vollstreckungsvereitelung niederlegt[54]. Beruft sich der Geschäftsführer hingegen auf Motive, die zwar keinen wichtigen Grund darstellen, jedoch den Vorsatz bzw. die Sittenwidrigkeit infrage stellen, lässt sich eine Haftung nur schwer begründen. Auch die Fallgruppen, die ausnahmsweise eine Durchgriffshaftung des Gesellschafters zulassen, sind nicht einschlägig. Insbesondere erfolgt durch die Amtsbeendigung als solche keine Vermögens- bzw. Sphärenvermengung[55].

Im Übrigen kann auch bei Bejahung einer unmittelbaren Außenhaftung nicht außer Betracht bleiben, dass das vorrangige Interesse der Gläubiger, die über einen Vollstreckungstitel gegen die Gesellschaft verfügen, auf eine Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen gerichtet ist. Wäre die Vollstreckung aufgrund der Amtsbeendigung ausgeschlossen, bliebe dem Gläubiger nur die Möglichkeit der Beantragung der Bestellung eines Not-Geschäftsführers und der Schadensersatzklage gegen den Gesellschafter-Geschäftsführer. Aufgrund des Zeitaufwands und der Kostenrisiken sind beide Handlungsalternativen für den Gläubiger unbefriedigend.

g) Auch eine Umgehungsgefahr rechtfertigt keine andere Bewertung. Der Gesellschafter-Geschäftsführer kann sich nicht dadurch seiner Verantwortung entziehen, dass er vor der Amtsniederlegung einen Geschäftsanteil z. B. auf seine Ehefrau oder einen Bekannten überträgt. Bei einem nahen zeitlichen Zusammenhang zwischen Anteilsübertragung und Amtsbeendigung ist die Umgehungsabsicht zu vermuten. Ebenso wenig wie die Anteilsübertragung zur Umgehung des gesetzlichen Stimmverbotes (§ 47 Abs. 4 GmbHG)[56] eingesetzt werden kann, kann das Erfordernis eines wichtigen Grundes für die Amtsniederlegung durch die Übertragung eines Geschäftsanteils unterlaufen werden.

h) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Amtsniederlegung des Gesellschafter-Geschäftsführers einer mehrgliedrigen GmbH und die Amtsbeendigung des Fremd-Geschäftsführers auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes wirksam ist, es sei denn, die Satzung beschränkt die Wirksamkeit der Amtsniederlegung auf Fälle wichtigen Grundes. Demgegenüber erfordert die Amtsniederlegung des „Einmann-Geschäftsführers" stets einen wichtigen Grund, wenn die Bestellung eines Nachfolgers unterbleibt. Hierin liegt keine gleichheitswidrige „Sonderbehandlung". Vielmehr ist es angesichts der Personenidentität von Geschäftsführungs- und Willensbildungsorgan und der fehlenden Sanktionen im Innenverhältnis gerechtfertigt, höhere Anforderungen an die Amtsniederlegung des alleinigen Gesellschafter-Geschäftsführers zu stellen. Andernfalls könnte dieser nach freiem Belieben Vollstreckungsmaßnahmen in das Gesellschaftsvermögen verhindern. Damit steht zugleich fest, dass eine Abberufung bzw. vertragliche Beendigung des Organverhältnisses durch Insichgeschäft den gleichen Einschränkungen unterliegen. Die Amtsbeendigung als solche ist rechtsmissbräuchlich, die Form der Amtsbeendigung (Amtsniederlegung, Abberufung oder einvernehmliche Aufhebung des Organverhältnisses durch Insichgeschäft) kann nicht entscheidend sein.

IV. Folgefragen der Amtsniederlegung

Hinsichtlich der Folgefragen ist zu differenzieren zwischen dem Organverhältnis (Haftung aufgrund faktischer Geschäftsführung), der Gesellschafterebene in der mehrgliedrigen GmbH (Einziehung des Geschäftsanteils oder Gesellschafterausschluss bei unberechtigter Einstellung der Mitarbeit) und den anstellungsvertraglichen Folgen für den Fremd-Geschäftsführer und den Gesellschafter-Geschäftsführer in der mehrgliedrigen GmbH (insb. haftungs- und kündigungsrechtliche Konsequenzen).

1) „Rückgängigmachung" der Amtsniederlegung und faktische Geschäftsführung

Die Erklärung der Amtsniederlegung ist ebenso wie die Kündigung des Anstellungsverhältnisses eine Gestaltungserklärung, die nach dem Erklärungszugang nicht zurückgenommen werden kann. Ist die Erklärung einem der Gesellschafter zugegangen, kann der Geschäftsführer daher nicht durch einseitige Erklärung das Amtsverhältnis wieder aufleben lassen. Sofern in einzelnen Entscheidungen des BFH und des BGH von einer „Rückgängigmachung" der Amtsniederlegung gesprochen wird, ist damit nicht eine Rücknahme der Amtsniederlegung, sondern eine (konkludente) Neubestellung gemeint [57].

Unterbleibt eine erneute Bestellung, kann der Betreffende nur als faktischer Geschäftsführer in Anspruch genommen werden, wenn er trotz der Amtsniederlegung weiterhin die Geschäfte der Gesellschaft führt[58]. Eine solche Haftung ist auch dann nicht ausgeschlossen, wenn ein weiterer verantwortlicher Geschäftsführer vorhanden ist. Voraussetzung ist, dass demjenigen, der ohne Bestellung Geschäftsführeraufgaben wahrnimmt, eine überragende Stellung gegenüber dem wirksam bestellten Geschäftsführer zukommt[59].

2) Einziehung des Geschäftsanteils – Verknüpfung von Amtsverhältnis und Gesellschaftsbeteiligung

Bei Gesellschafter-Geschäftsführern einer mehrgliedrigen GmbH kommt eine Satzungsklausel in Betracht, nach der die Amtsniederlegung die Einziehung des Geschäftsanteils rechtfertigt. Einziehungsklauseln dürfen zwar nicht dazu führen, dass ein Gesellschafter durch Willkürentscheidung des bzw. der anderen Gesellschafter/s ausgeschlossen werden kann. Eine Einziehungsklausel, nach welcher bei einer Beendigung des Anstel-

54 Vgl. zur Gesellschafterhaftung wegen einer Vollstreckungsvereitelung durch Anteilsveräußerung, Sitzverlegung und Geschäftsführerwechsels: OLG Dresen, RNotZ 2001, 460.

55 Zur Durchgriffshaftung: OLG Celle, GmbHR 2001, 1042 = GmbH-StB 2001, 343 (Görden).

56 Vgl. OLG Düsseldorf, NZG 2001, 991, 992 (Unzulässige Umgehung des Stimmverbots durch Anteilsabtretung, um die eigene Entlastung als Geschäftsführer durchzusetzen).

57 BFH BStBl. II 1985, 562, 566 = GmbHR 1985, 375; BGH GmbHR 1997, 25; ebenso LG Stendhal, GmbHR 2000, 88 m. abl. Anm. Peetz.

58 OLG Naumburg, GmbHR 2000, 558 m. Anm. Peetz zur Haftung nach §§ 823 Abs. 2 i. V. m. § 266 a, 14 Abs. 1 S. 1 StGB; umfassend zum faktischen Geschäftsführer Weimar, GmbHR 1997, 473, 538; vgl. auch zur Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers: Tsambikakis/Hermanns; GmbHR 2001, 857, 858 f.

59 BayObLG, GmbHR 1997, 453; Baumbach/Hueck/Zöllner, a. a. O., § 35 GmbHG, Rn. 6 a.

lungsverhältnisses oder Beendigung der Amtstätigkeit der Geschäftsanteil eingezogen werden könnte, wäre daher zu weit gefasst, wenn keine Einschränkung der Abberufung nach § 38 Abs. 2 GmbHG bzw. kein Ausschluss der ordentlichen Kündigung des Geschäftsführer-Dienstvertrages vorliegt. Andernfalls könnte der Mehrheitsgesellschafter die Einziehung des Geschäftsanteils jederzeit durchsetzen, indem der Minderheitsgesellschafter abberufen (§ 38 Abs. 1 GmbHG) und das Anstellungsverhältnis ordentlich gekündigt wird.

Demgegenüber kann die unberechtigte Amtsniederlegung einen Einziehungsgrund darstellen, da der Gesellschafter-Geschäftsführer in diesem Fall selbst die Ursache der Amtsbeendigung setzt[60]. Eine solche Satzungsregelung wird insbesondere bei der personalistischen GmbH in Betracht kommen, die auf die Mitarbeit aller Gesellschafter ausgerichtet ist. Damit keine Zweifel aufkommen, sollte die ungerechtfertigte Amtsniederlegung ausdrücklich als Einziehungsgrund genannt werden[61].

3) Konsequenzen auf der Ebene des Anstellungsverhältnisses

a) Liegt ein wichtiger Grund für die Amtsniederlegung vor, wird dieser Grund regelmäßig auch eine fristlose Kündigung des Anstellungsvertrages (§ 626 BGB) rechtfertigen, die ebenso wie die Amtsniederlegung gegenüber der Gesellschafterversammlung oder – nach den Maßstäben der BGH-Entscheidung vom 17. 9. 2001[62] – zumindest gegenüber einem der Gesellschafter erklärt werden muss[63]. Den durch die frühzeitige Beendigung entstandenen Vermögensschaden (insb. seinen Vergütungsausfall) kann der Geschäftsführer nach § 628 BGB ersetzt verlangen.

Allerdings wird es durchaus Fälle geben, in denen der Geschäftsführer das Anstellungsverhältnis aufrechterhalten will, insbesondere um für die Zeit des Annahmeverzugs (§ 615 BGB)weiterhin die Vergütung zu erzielen und einen „nahtlosen“ Anschluss an eine neue Tätigkeit zu sichern. Zudem wird der Geschäftsführer insbesondere bei einer mehrjährigen Befristung versuchen, die Gesellschafter hinsichtlich eines Abfindungsvergleichs unter „Zugzwang“ zu setzen. Es gibt daher keinen Grundsatz, dass die Erklärung der Amtsniederlegung im Zweifel zugleich die Kündigung des Anstellungsverhältnisses beinhaltet[64].

b) Legt der Geschäftsführer hingegen ohne wichtigen Grund sein Amt nieder, verletzt er seine anstellungsvertragliche Pflicht zur Ausübung des Amtes, so dass die Gesellschafter das Anstellungsverhältnis im Regelfall durch fristlose Kündigung[65] beenden können, ohne dass es einer vorherigen Abmahnung bedarf[66]. Eine Fortführung des Anstellungsverhältnisses für die Restlaufzeit wird ihnen regelmäßig unzumutbar sein[67]. Ein Vertragsbruch liegt auch dann vor, wenn der Geschäftsführer den Gesellschaftern vorab mitteilt, dass er sein Amt niederlegen wird, z. B. um diesen ausreichend Zeit für die Auswahl eines neuen Geschäftsführers zu verschaffen[68]. Die Vorankündigung ist lediglich im Rahmen der Interessenabwägung (§ 626 Abs. 2 BGB) zugunsten des Geschäftsführers zu berücksichtigen.

Dem Gesellschafter-Geschäftsführer steht bei der Beschlussfassung über die Kündigung aus wichtigem Grund kein Stimmrecht zu (§ 47 Abs. 4 GmbHG), so dass auch der Mehrheitsgesellschafter die gegen seine eigene Person gerichtete Kündigung nicht verhindern kann[69]. Erfolgt die Amtsniederlegung außerhalb einer Gesellschafterversammlung durch Erklärung gegenüber allen Gesellschaftern, beginnt trotz der Kenntniserlangung sämtlicher Gesellschafter die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB erst dann zu laufen, wenn sich die Gesellschafterversammlung mit dem Vorgang befasst[70].

c) Darüber hinaus haftet der Geschäftsführer bei einer unberechtigten Amtsniederlegung gegenüber der Gesellschaft für die daraus resultierenden Schäden[71]. Eine solche Schadensersatzpflicht hat das OLG Koblenz[72] in dem Fall bejaht, in dem die beiden Geschäftsführer einer Steuerberatungs-GmbH unter Berufung auf den drohenden Zusammenbruch der Gesellschaft ihr Amt niederlegten und den Mandantenstamm der Gesellschaft „mitnahmen“.

d) Der Geschäftsführer unterliegt aufgrund seiner Treuepflicht während der Amtstätigkeit einem Wettbewerbsverbot, dessen Verletzung Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche der Gesellschaft auslösen sowie den Ausspruch einer fristlosen Kündigung rechtfertigen kann[73]. Darüber hinaus steht der Gesellschaft in entsprechender Anwendung der §§ 88 Abs. 2 AktG, 113 HGB ein Eintrittsrecht zu. Ist der Geschäftsführer nach der Amtsniederlegung noch für die Gesellschaft tätig (z. B. für die Dauer der Einarbeitung seines Nachfolgers) oder wird er von der Dienstleistung freigestellt, ist ihm auch in dieser Zeit eine Konkurrenztätigkeit versagt[74].

---

60 Der BGH hält eine Satzungsklausel für zulässig, nach der ein Gesellschafter bei Weigerung der Mitarbeit aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann, vgl. GmbHR 1984, 74.

61 Zur Satzungsgestaltung Punkt VI.

62 BGH GmbHR 2002, 26, 27 = NZG 2002, 43 m. Anm. Schneider/Schneider.

63 Vgl. hierzu: Weber/Hoß/Burmester, Handbuch der Managerverträge, S. 411.

64 Hachenburg/Stein, a. a. O., § 38 Rn. 141.

65 Allg. zur fristlosen Kündigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrags und deren Folgen: Lohr, NZG 2001, 826 ff.

66 BGH GmbHR 2001, 1159; auch nach § 314 BGB n. F. besteht keine Pflicht zur vorherigen Abmahnung; § 626 BGB, der keine Abmahnung vorsieht, ist lex specialis, vgl. Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Anwaltskommentar Schuldrecht, 1. Aufl. 2002, § 314 Rn. 4.

67 Ein Ausnahmefall liegt der Entscheidung des OLG Celle, GmbHR 1995, 728, zugrunde: Der Geschäftsführer sollte in Kürze abberufen werden, es wurde bereits über den Abschluss eines Aufhebungsvertrags verhandelt. Angesichts dieser besonderen Umstände war es der Gesellschaft zumutbar, das Anstellungsverhältnis für die Restlaufzeit fortzuführen.

68 Anders Wachter, GmbHR 2001, 1129, 1131, nach dessen Auffassung die Amtsniederlegung bei einer Vorankündigung gerechtfertigt ist.

69 OLG Düsseldorf, GmbHR 2000, 1050, 1053.

70 BGH GmbHR NZG 1998, 634 m. Anm. Rottnauer; KG NZG 2000, 101, 102; ausführlich zu Einzelfragen der Ausschlussfrist: Stein, ZGR 1999, 264.

71 Umstritten ist die Rechtsgrundlage. Nach richtiger Auffassung ist nicht § 43 Abs. 2 GmbHG einschlägig, sondern § 280 BGB. § 43 Abs. 2 GmbHG erfasst nur die Verletzung von Organpflichten. Die Verpflichtung zur Übernahme bzw. Fortführung der Geschäftsführung ergibt sich hingegen aus dem Anstellungsvertrag.

72 OLG Koblenz, GmbHR 1985, 730.

73 Vgl. zum Wettbewerbsverbot während der Amtszeit: BGHZ 49, 30; WM 1979, 1328, 1330; Timm GmbHR 1981, 177; vgl. zur Abgrenzung zwischen unzulässiger Wettbewerbstätigkeit und zulässigen Vorbereitungshandlungen während der Freistellungszeit: OLG Brandenburg, NZG 2000, 1038.

74 OLG Frankfurt, GmbHR 1998, 376.

Nach der Vertragsbeendigung steht es dem Geschäftsführers hingegen grundsätzlich frei, eine Konkurrenztätigkeit aufzunehmen, es sei denn, die Beteiligten haben ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart[75]. Des Weiteren kann eine Konkurrenztätigkeit auch bei Beendigung des Anstellungsverhältnisses Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche der Gesellschaft auslösen, wenn der ehemalige Geschäftsführer weiterhin an der Gesellschaft beteiligt ist und die Satzung ein Wettbewerbsverbot der Gesellschafter vorsieht[76] . Ohne solche vertraglichen Einschränkungen ist die Konkurrenztätigkeit des ehemaligen Unternehmensleiters auch dann zulässig, wenn die Gesellschafter das Anstellungsverhältnis fristlos gekündigt haben. Auch aus § 628 Abs. 2 BGB kann keine Verpflichtung des Geschäftsführers abgeleitet werden, für die hypothetische Restlaufzeit Konkurrenzhandlungen zu unterlassen[77].

e) Wird das Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers fristlos gekündigt, bevor eine Anwartschaft auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung unverfallbar geworden ist, bestehen keine Versorgungsansprüche des Geschäftsführers[78]. Bei einer Beendigung nach Eintritt der Unverfallbarkeit ist die Gesellschaft hingegen auch im Fall einer fristlosen Kündigung grundsätzlich gehalten, die Versorgungsansprüche zu erfüllen. Denn die Kündigung ist „zukunftsgerichtet", sie führt nicht zum Verlust bereits entstandener Ansprüche des Geschäftsführers. Lediglich für den Ausnahmefall, dass die Berufung auf die Versorgungszusage wegen schwerster Verfehlungen des Geschäftsführers rechtsmißbräuchlich ist, kann die Gesellschaft die Versorgungszusage vollständig oder teilweise widerrufen. Dies ist dann der Fall, wenn der Geschäftsführer über einen längeren Zeitraum der Gesellschaft Schaden zufügt, so dass die vergütete Betriebstreue aufgrund langjähriger Pflichtverletzungen rückblickend als wertlos erscheint. Beispiele aus der Rechtsprechung sind die Annahme von Schmiergeldern über einen längeren Zeitraum oder die langjährige Konkurrenztätigkeit[79]. Die unberechtigte Amtsniederlegung rechtfertigt als solche keinen Widerruf der Versorgungszusage. Es handelt sich um eine „punktuelle" Pflichtverletzung, welche die Betriebstreue während der Anwartschaftszeit nicht infrage stellt.

V. Einzelfragen der Registeranmeldung

1) Anmeldebefugnis

Die Beendigung der Amtstätigkeit des Geschäftsführers ist durch die anderen Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§§ 39 Abs. 1, 78 GmbHG)[80]. Umstritten ist, unter welchen Voraussetzungen der Geschäftsführer sein Ausscheiden selbst anmelden kann[81]. Das Interesse des Geschäftsführers, durch die eigene Anmeldung seines Ausscheidens eine zeitnahe Eintragung zu bewirken, kann sich daraus ergeben, dass er eine Führungsposition bei einer anderen Gesellschaft aufnehmen und Irritationen vermeiden will, die durch die unterbliebene Eintragung seines Ausscheidens entstehen können. Auch ist nicht ausgeschlossen, dass sich Ermittlungsbehörden bezüglich Steuern und Sozialversicherungsbeiträge weiterhin an den noch eingetragenen Geschäftsführer wenden.

Hinsichtlich der Anmeldebefugnis sind vier Fälle zu trennen:

a) Der Geschäftsführer kann die Amtsniederlegung unter der aufschiebenden Bedingung der Registereintragung seines Ausscheidens erklären[82]. In diesem Fall ist er berechtigt, sein Ausscheiden zur Eintragung in das Handelsregister einzutragen. Allerdings wird ein solches Vorgehen nur in den Fällen in Betracht kommen, in denen keine besondere Eilbedürftigkeit besteht.

b) Anerkannt ist auch die Amtsniederlegung unter der aufschiebenden Bedingung des Eingangs der Anmeldung beim Registergericht[83]. Für die Anmeldebefugnis ist nicht der Zeitpunkt der Eintragung, sondern der Zeitpunkt des Eingangs der Anmeldung beim Registergericht entscheidend, so dass bei dieser Bedingung der ausscheidende Geschäftsführer zur Anmeldung berechtigt ist.

c) Legt der Geschäftsführer sein Amt hingegen mit sofortiger Wirkung nieder, kann er sein Ausscheiden nicht anmelden, wenn noch ein weiterer Geschäftsführer vorhanden ist. Umstritten ist, ob der alleinige Geschäftsführer anmeldeberechtigt ist, der das Amtsverhältnis bereits wirksam beendet hat. Nach h. M. besteht auch in diesem Fall keine Anmeldebefugnis des ausgeschiedenen Geschäftsführers[84]. Folgt man dieser Auffassung, sind die Möglichkeiten des bereits ausgeschiedenen Geschäftsführers, die Eintragung durchzusetzen, begrenzt[85]:

Die Anregung eines Zwangsgeldverfahrens des Registergerichts (§§ 39 Abs. 1 GmbHG, 14 S. 1 HGB, §§ 132 ff. FGG) scheitert daran, dass ein solches Zwangsmittel nur gegenüber einem Geschäftsführer, nicht gegenüber einem Gesellschafter oder der GmbH angedroht und festgesetzt werden kann.

Der ausgeschiedene Geschäftsführer kann die Amtslöschung der unrichtig gewordenen Eintragung (§ 39 Abs. 1 GmbHG, § 142 FGG, § 19 HRV) anregen. Dies setzt jedoch die Bestellung eines Verfahrenspflegers (§ 57 ZPO analog) voraus.

Eine gegen die Gesellschaft gerichtete Leistungsklage scheidet bereits aus Zeitgründen aus, zumal zunächst ein

---

75 Besteht eine solche Vertragsabrede, kann die Partei, die fristlos gekündigt hat, sich durch einseitige Erklärung von der Konkurrenzabrede lösen (§ 75 Abs. 1 HGB analog), vgl. Bauer/Diller, GmbHR 1999, 885, 893.

76 Vgl. BGH DNotZ 1990, 54.

77 OLG Frankfurt, GmbHR 1998, 376, 378.

78 BGH BB 1993, 679; OLG Frankfurt, GmbHR 2000, 664.

79 Vgl. BGH GmbHR 1984, 75 (Schmiergeldannahme von insg. 450.000,– DM über einen Zeitraum von acht Jahren, vgl. ferner zum Widerruf der Versorgungszusage: BGH NZG 2000, 498; OLG Stuttgart, GmbHR 1998, 1034; OLG Frankfurt, GmbHR 2000, 664.

80 Vgl. hierzu Baumbach/Hueck/Zöllner, a. a. O., § 39 GmbHG, Rn. 1 ff.

81 Ausführlich hierzu: Kießling/Eichele, GmbHR 1999, 1165 ff.

82 OLG Zweibrücken, GmbHR 1999, 479; OLG Frankfurt, GmbHR 1993, 738 = WM 1994, 2250; OLG Hamm, GmbHR 1989, 35, 35; Gustavus, GmbHR 1992, 15; Münch, DStR 1993, 916, 920.

83 OLG Zweibrücken, GmbHR 1999, 479; OLG Frankfurt a. M., GmbHR 1993, 738 = WM 1994, 2250; LG Frankenthal, Rpfleger 1996, 411, 412; Bärwaldt, GmbHR 2001, 290.

84 OLG Zweibrücken, GmbHR 1999, 479; OLG Frankfurt a. M., GmbHR 1993, 738; OLG Hamm, GmbHR 1989, 35, 36; BayObLG GmbHR 1982, 214 (Ls.); Münch, DStR 1993, 916, 920; Baumbach/Hueck/Zöllner, a. a. O., § 39 GmbHG, Rn. 6; Scholz/Schneider, a. a. O., § 39 GmbHG, Rn. 13.

85 Ausführlich hierzu: Kießling/Eichele, GmbHR 1999, 1165, 1166 ff.

Prozesspfleger bestellt werden muss. Im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes kann keine Eintragung in das Handelsregister durchgesetzt werden, so dass der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung unzulässig ist.

Es bleibt die Bestellung eines Not-Geschäftsführers (§ 29 BGB analog), die im Regelfall aus Zeit- und Kostengründen vermieden wird.

Angesichts vorstehender Schwierigkeiten gehen einige Gerichte und ein Teil der Literatur davon aus, dass der ausgeschiedene Geschäftsführer zur Anmeldung berechtigt ist[86]. Voraussetzung sei, dass kein weiterer Geschäftsführer vorhanden ist und dass die Anmeldung in nahem zeitlichen Zusammenhang mit der Amtsniederlegung erfolgt.

Für eine solche „nachwirkende" Anmeldebefugnis lässt sich jedoch nicht anführen, dass auch der Geschäftsführer, der sein Amt aus wichtigem Grund niederlegt, die Möglichkeit haben muss, die Eintragung zeitnah zu bewirken [87]. Der Geschäftsführer kann sein Amt unter der Bedingung des Eingangs der Anmeldung beim Registergericht erklären. Die Anmeldung kann sofort nach Zugang der Erklärung erfolgen, so dass auch nach der strengeren Auffassung in „Eilfällen" die Anmeldung des eigenen Ausscheidens möglich ist. Das Problem liegt im praktischen Bereich: Die Gegenauffassung versucht, die Fälle in den Griff zu bekommen, in denen der Geschäftsführer ohne vorherige Rechtsberatung sein Amt mit sofortiger Wirkung niederlegt. Eine nachwirkende Befugnis des Geschäftsführers, sein Ausscheiden anzumelden, lässt sich in diesen Fällen nur aus der Funktion des Handelsregisters ableiten, auch bei einer sofortigen Amtsniederlegung des alleinigen Geschäftsführers den Rechtsverkehr zeitnah über das Ausscheiden zu informieren. Nicht das Interesse des Geschäftsführers, sondern das Interesse des Rechtsverkehrs rechtfertigt in diesem Fall eine erweiternde Auslegung des § 78 GmbHG. Die Anmeldung muss jedoch zeitnah erfolgen. Hierbei dürfte bei einem Zeitraum von drei Wochen die Obergrenze liegen[88].

d) Die Anmeldungsbefugnis besteht auch dann, wenn die Amtsniederlegung mit einer Frist oder zu einem bestimmten Datum erklärt wird, z. B. zum Monatsende, und die Anmeldung vor diesem Zeitpunkt bei dem Registergericht eingeht. Die Amtstätigkeit muss im Zeitpunkt der Eintragung beendet sein. Wird die Anmeldung vor diesem Zeitpunkt eingereicht, rechtfertigt das zeitweilige Hindernis der Eintragung keine Zurückweisung des Antrags[89]. Ebenso kann der alleinige Geschäftsführer nach dem Zeitpunkt der Amtsbeendigung innerhalb der vorgenannten Dreiwochenfrist sein Ausscheiden anmelden.

2) Einzureichende Urkunden – Nachweis des Zugangs?

a) Der Anmeldung sind nach § 39 Abs. 2 GmbHG „die Urkunden . . . über die Beendigung der Vertretungsbefugnis in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift . . . beizufügen." Nach einer aktuellen Entscheidung des OLG Naumburg[90] ist der Zugang der Erklärung der Amtsniederlegung urkundlich zu belegen. Die anmeldenden Geschäftsführer legten die beglaubigte Abschrift eines Niederlegungsschreibens vor, das an die Gesellschafter und Mitgeschäftsführer adressiert war. Dies war nach Auffassung des Gerichts nicht ausreichend, vorzulegen sei eine Zugangsbestätigung der Gesellschafter oder ein entsprechender Zugangsnachweis.

b) Die Erklärung des anmeldenden Geschäftsführers in der Registeranmeldung, dass ein Mit-Geschäftsführer sein Amt z. B. durch Erklärung gegenüber einem der Gesellschafter niedergelegt hat, ist entgegen der Auffassung des OLG Naumburg ausreichend, es sei denn, die Unrichtigkeit ergibt sich aus der Anmeldung oder es liegen sonstige Umstände vor, die die Richtigkeit der Angaben des Anmelders infrage stellen[91]. Wäre die Auffassung des OLG Naumburg richtig, müsste auch bei jeder Abberufung der Nachweis erbracht werden, dass die Abberufung gegenüber dem Geschäftsführer erklärt wurde[92]. Eine solche Nachweispflicht entspricht nicht der Praxis. In den Fällen, in denen der Erklärungsadressat sich weigert, die Empfangsbestätigung abzugeben, z. B. weil er die Wirksamkeit der Amtsbeendigung infrage stellt, muss der Zugangsnachweis durch erneute Erklärung (z. B. per Einschreiben mit Rückschein) erst beschafft werden. Die hiermit verbunden Schwierigkeiten können zu einer zeitlichen Verzögerung der Eintragung führen. Die Funktion des Registerrechts, den Rechtsverkehr zeitnah über die Amtsbeendigung zu unterrichten, wird durch das Erfordernis eines Zugangsnachweises beeinträchtigt. Ein solcher Nachweis ist daher bei der Anmeldung der Amtsniederlegung grundsätzlich nicht erforderlich. Dies gilt auch für die „Selbstanmeldung" des ausscheidenden Geschäftsführers[93].

c) Sollte das zuständige Registergericht hingegen der Rechtsauffassung des OLG Naumburg folgen und soll eine Zwischenverfügung vermieden werden, kann der Nachweis wie folgt erbracht werden:

- Legt der Geschäftsführer sein Amt in der Gesellschafterversammlung nieder, ist die Vorlage des Protokolls ausreichend.

- Meldet ein Mit-Geschäftsführer das Ausscheiden an und erfolgt die Erklärung außerhalb der Gesellschafterversammlung, ist die schriftliche Zugangsbestätigung des Gesellschafters (bzw. in der mehrgliedrigen GmbH eines Gesellschafters) beizufügen.

---

86 LG Köln, GmbHR 1998, 185; LG Berlin, GmbHR 1993, 292; Bauderer, BB 1993, 1749, 1750; Lutter/Hommelhoff, a. a. O., § 39, Rn. 6; mit ausführlicher Begründung: Kießling/Eichele, GmbHR 1999, 1165, 1173 ff.

87 So aber Kießling/Eichele, GmbHR 1999, 1165, 1173 und Wachter, GmbHR 2001, 1129, 1136.

88 Kießling/Eichele, GmbHR 1999, 1165, 1174; vgl. auch LG Berlin, GmbHR 1993, 292 (Zulässigkeit der Anmeldung 19 Tage nach der Amtsbeendigung), a. A. Wachter, GmbHR 2001, 1129, 1136 (15 Tage).

89 A. A. LG Frankenthal, GmbHR 1996, 936: Der Geschäftsführer hatte das Amt mit Wirkung zum 29. 2. niedergelegt, die Anmeldung ging am 23. 2. beim Registergericht ein. Das Gericht wies den Antrag zurück.

90 RNotZ 2001, 349 m. Anm. Maurer, i. E. ebenso BayObLGZ 1981, 227, 230; Keidel/Schmatz/Stöber Registerrecht, 5. Aufl. 2000, Rn. 575 a.

91 Wachter, GmbHR 20001, 1129, 1138; Maurer, RNotZ 2001, 349, 350.

92 Vgl. zur Notwendigkeit einer solchen Erklärung: Lutter/Hommelhoff, a. a. O., § 38 GmbHG, Rn. 6.

93 Abweichend Maurer, a. a. O., der in diesem Fall einen Zugangsnachweis für erforderlich hält.

– Erfolgt eine „Selbstanmeldung" des ausscheidenden Geschäftsführers, kann der Nachweis bei einem Einschreiben durch Vorlage des Rückscheins[94] erfolgen. Ebenso ist bei einem „Einwurf-Einschreiben" die Vorlage des Datenauszugs ausreichend[95]. Wurde die Erklärung hingegen mündlich bzw. per einfachem Brief abgegeben und weigern sich die Gesellschafter zur Abgabe einer Zugangsbestätigung, muss der Geschäftsführers nicht prozessieren, um eine Empfangsbestätigung zu erhalten[96]. Er kann die Amtsniederlegung durch Einschreiben mit Rückschein bzw. durch Einschreibebrief bestätigen, um sich hierdurch einen Zugangsbeleg zu verschaffen [97].

3) Prüfungskompetenz des Registergerichtes – Prüfung des wichtigen Grundes?

Die Prüfungskompetenz der Registergerichte wird unterteilt in die formelle und die materielle Prüfungskompetenz. Die formelle Prüfung betrifft die Erfüllung der normierten Eintragungsvoraussetzungen dem äußeren Tatbestand nach. Hinsichtlich der Amtsniederlegung zählen hierzu die folgenden Punkte: Die Zuständigkeit des Registergerichts, die formgerechte Anmeldung unter Vorlage des Niederlegungsschreibens (sofern keine mündliche Erklärung abgegeben wurde) sowie die Anmeldebefugnis des ausscheidenden Geschäftsführers[98].

Die materielle Prüfungskompetenz bezeichnet die Berechtigung der Registergerichte, zu prüfen, ob die Angaben der Anmeldung richtig und die zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte gültig sind[99]. Das Registergericht ist zu einer solchen Prüfung nur dann berechtigt (und verpflichtet), wenn konkret begründete Zweifel oder erhebliche Bedenken an der Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen bzw. der Gültigkeit der Rechtsgeschäfte bestehen[100]. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein Sitzungsprotokoll beigefügt wird, nach dem der Antrag über die Abberufung des Geschäftsführers mit vier Ja-Stimmen gegen sechs Nein-Stimmen „angenommen" worden sein soll[101]. Im Übrigen besteht weder eine Verpflichtung noch eine Berechtigung des Registergerichts, die Richtigkeit der Angaben der Beteiligten zu überprüfen[102]. Wird daher z. B. ein Geschäftsführer aus wichtigem Grunde abberufen, kann das Gericht nicht den Antrag mit der Begründung zurückweisen, dass kein wichtiger Grund vorliege[103]. Die Einzelheiten der Prüfungskompetenz des Registerverfahrens können im Rahmen dieses Beitrags nicht erörtert werden. Insoweit wird auf die Ausführungen von Keilbach[104] verwiesen.

Für die Berechtigung des Registergerichts, die Wirksamkeit der Amtsniederlegung zu prüfen, ist wie folgt zu differenzieren:

– Legt der Gesellschafter-Geschäftsführer einer mehrgliedrigen GmbH oder der Fremd-Geschäftsführer der Einmann- oder mehrgliedrigen Gesellschaft sein Amt nieder, entfällt die Prüfung eines wichtigen Grundes, da die Amtsniederlegung organschaftlich uneingeschränkt wirksam ist.

– Wird die Amtsniederlegung in den vorgenannten Fällen hingegen durch eine Satzungsregelung dahin gehend eingeschränkt, dass ein wichtiger Grund vorliegen muss, oder legt der Gesellschafter-Geschäftsführer der Einmann-GmbH sein Amt nieder, kann (und muss) das Gericht die Eintragung ablehnen, wenn bereits der dargelegte Grund als solcher – ungeachtet der Richtigkeit der Angaben – die Amtsniederlegung nicht rechtfertigt. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer einer Einmann-GmbH die Amtsniederlegung auf eine finanzielle Krise der Gesellschaft bzw. die Eröffnung des Insolvenzverfahrens stützt[105]. Werden hingegen Umstände dargelegt, die an sich geeignet sind, die Beendigung des Amtes zu begründen (z. B. die Dienstunfähigkeit des Geschäftsführers), muss das Registergericht die Eintragung vornehmen, es sei denn, die Angaben sind widersprüchlich oder offensichtlich unrichtig.

Lediglich bei der Angabe eines „untauglichen" Grundes ist daher der Grundsatz, dass das Gericht zur Überprüfung der Angaben zur Amtsbeendigung nicht berechtigt ist, einzuschränken. Die Bejahung eines solchen Ausnahmefalls ist Folge des materiell-rechtlichen Grundsatzes, dass der alleinige Geschäftsführer, der zugleich Gesellschafter ist, sich seiner Verantwortung durch eine Amtsniederlegung grundsätzlich nicht entziehen kann. Für andere Fälle der Amtsbeendigung bleibt es bei dem Grundsatz, dass eine materielle Prüfungskompetenz nicht besteht.

4) Formulierungsvorschlag zur Registeranmeldung

Die Registeranmeldung kann wie folgt formuliert werden[106]:

*„Der Unterzeichner als allein vertretungsberechtigter Geschäftsführer der *** GmbH meldet zur Eintragung in das Handelsregister an:*

*Herr ***, geboren am ***, wohnhaft in ***, ist aus der Geschäftsführung ausgeschieden.*

(Alt. bei „Selbstanmeldung" des Geschäftsführers):

*Der Unterzeichner hat sein Amt unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung (*** des Eingangs der Anmel-*

---

94 Entgegen der Auffassung von Maurer lässt sich aus der Entscheidung des OLG Naumburg nicht ableiten, dass das Gericht einen solchen Beleg für unzureichend hält. Im Übrigen ist diese Nachweisform auch bei § 17 UmwG (Zuleitung des Verschmelzungsvertrages an den Betriebsrat) anerkannt, vgl. Widmann/Mayer, UmwG, § 17 Rn. 8.1., an den Nachweis der Amtsniederlegung können keine strengeren Anforderungen gestellt werden.

95 Die Vorlage reicht in jedem Fall für die Registeranmeldung aus, vgl. aber zur umstrittenen Frage der Beweisführung im Erkenntnisverfahren: AG Paderborn, NJW 2000, 3722 (Anscheinsbeweis bejahend), LG Potsdam NJW 2000, 3722 (Anscheinsbeweis ablehnend).

96 So aber Maurer, RNotZ 2001, 351.

97 Vgl. auch zur Möglichkeit einer Bestätigung der Amtsniederlegung durch erneute Erklärung (§ 141 BGB): BGH GmbHR 2002, 26, 28.

98 Vgl. zur formellen Prüfungskompetenz: Lutter/Hommelhoff, a. a. O., § 39 Rn. 9.

99 Vgl. hierzu Keilbach, MittRhNotK 1990, 367, 368.

100 BayObLG Rpfleger 1978, 254; Keilbach, a. a. O., 367 m. w. N. aus Rspr. und Lit.

101 OLG Hamm, GmbHR 1996, 615.

102 Scholz/Schneider, a. a. O., § 39 GmbHG Rn. 18, BayObLG GmbHR 1992, 304; OLG Hamm, GmbHR 1996, 614.

103 Scholz/Schneider, a. a. O., § 39 GmbHG Rn. 19.

104 MittRhNotK 2000, 365 ff.

105 OLG Düsseldorf, GmbHR 2001, 14 m. Anm. Hohlfeld.

106 Vgl. auch die Formulierungen von Gustavus, Handelsregisteranmeldungen, 5. Aufl. 2001, S. 94; Maurer, RNotZ 2001, 351.

dung beim Registergericht) niedergelegt und scheidet somit aus der Geschäftsführung aus.[107]

Als Anlage füge ich bei:

Notariell beglaubigte Abschrift des Niederlegungsschreibens an die Gesellschafter

Bestätigung der Gesellschafter über den Zugang des Schreibens/Einschreiberückschein zum Beleg des Zugangs der Erklärung[108]

(oder bei einer Amtsniederlegung in der Gesellschafterversammlung):

*Protokoll über die Gesellschafterversammlung vom ***"*

VI. Gestaltung der Satzung und des Anstellungsvertrages

Die Satzung kann die Zulässigkeit der Amtsniederlegung dahin gehend einschränken, dass die Amtsniederlegung nur aus wichtigem Grund erfolgen darf[109]. Wird lediglich der Widerruf der Bestellung an die Voraussetzung eines wichtigen Grundes geknüpft (§ 38 Abs. 2 GmbHG), folgt hieraus nicht, dass auch die Amtsniederlegung entsprechenden Einschränkungen unterliegt[110]. Die Einschränkung der Abberufung ist eine Schutzregelung zugunsten des Geschäftsführers, die nicht dahin gehend interpretiert werden kann, dass auch der Gesellschaft ein entsprechender Schutz zukommt. Daher ist eine ausdrückliche Einschränkung der Amtsniederlegung erforderlich.

Allerdings wird es regelmäßig nicht im Interesse der Gesellschafter liegen, ihr Unternehmen durch einen Geschäftsführers führen zu lassen, der dieses Amt „zwangsweise" ausübt. Vorzuziehen ist daher – parallel zur Mindestkündigungsfrist des Anstellungsvertrages – die Regelung einer Mindestfrist, die der Geschäftsführer bei der Amtsniederlegung einzuhalten hat. Allerdings kann das Recht zur sofortigen Amtsniederlegung aus wichtigem Grund hierdurch nicht abbedungen werden[111]. Ebenso wie bei der Einschränkung des Widerrufs der Bestellung (§ 38 Abs. 2 GmbHG) ist für eine Einschränkung der Amtsniederlegung eine Satzungsgrundlage erforderlich. Regelungen im Anstellungsvertrag stehen der Wirksamkeit der Amtsniederlegung nicht entgegen, ungeachtet der kündigungs- und haftungsrechtlichen Konsequenzen.

Die Satzung kann des Weiteren Formerfordernisse regeln, z. B. die Schriftform vorsehen. Des Weiteren kann festgelegt werden, dass auch der Mit-Geschäftsführer zur Entgegennahme der Erklärung der Amtsniederlegung berechtigt ist. Dies hat den Vorteil, dass der Mit-Geschäftsführer in der Registeranmeldung des Ausscheidens den Zugang der Erklärung bestätigen kann, ohne dass es der Vorlage einer Bestätigung der Gesellschafter bedarf, sofern man einen solchen Zugangsnachweis für erforderlich hält.

Folgende Formulierung kommt in Betracht [112]:

„§ X
Amtsniederlegung

Die Niederlegung des Geschäftsführeramtes kann nur mit einer Mindestfrist von vier Wochen zum Monatsende erklärt werden, es sei denn, es liegt ein wichtiger Grund vor, der die sofortige Amtsniederlegung rechtfertigt. Die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung des Geschäftsführervertrages sowie die Inanspruchnahme auf Schadensersatz aufgrund einer vertragswidrigen Amtsbeendigung bleiben hiervon unberührt.

Die Amtsniederlegung ist nur wirksam, wenn sie schriftlich erfolgt. Die Erklärung kann gegenüber der Gesellschafterversammlung, einem der Gesellschafter oder einem Mit-Geschäftsführer abgegeben werden."

Zusätzlich kann in der Satzung einer Gesellschaft, die auf die Mitarbeit der Gesellschafter ausgerichtet ist, bei den Einziehungsgründen folgende Regelung aufgenommen werden:

„. . . Der Geschäftsanteil des Gesellschafters kann auch dann eingezogen werden, wenn dieser sich weigert, die Bestellung zum Geschäftsführer anzunehmen, sein Geschäftsführeramt niederlegt, ohne dass ein wichtiger Grund vorliegt, oder seine Bestellung aus wichtigem Grunde widerrufen wird."

In dem Anstellungsvertrag des Geschäftsführers können die Folgen der Amtsbeendigung wie folgt geregelt werden[113]:

„§ X
Kündigung

1. *Der Vertrag kann von beiden Vertragspartnern mit einer Frist von 12 Monaten zum Jahresende gekündigt werden*[114]*. Die Kündigung des Anstellungsvertrages durch den Geschäftsführer kann gegenüber der Gesellschafterversammlung, einem der Gesellschafter oder einem Mit-Geschäftsführer erklärt werden.*
2. *Wird der Geschäftsführer abberufen, beinhaltet die Mitteilung der Abberufung zugleich die ordentliche*

---

107 Ist die Amtsniederlegung auf Fälle wichtigen Grundes beschränkt, muss in der Anmeldung zusätzlich der wichtige Grund dargelegt werden.

108 Nach richtiger Auffassung ist ein Zugangsbeleg nicht erforderlich. Liegt ein solcher Beleg vor, kann er angesichts der Entscheidung des OLG Naumburg zumindest in den Fällen, in denen die Eintragung eilt und eine Zwischenverfügung in jedem Fall vermieden werden soll, vorsorglich beigefügt werden.

109 Scholz/Schneider, a. a. O., § 38 GmbHG Rn. 88.

110 Der BGH ließ die Frage bislang offen. Vgl. BGH GmbHR 1993, 216.

111 Hachenburg/Stein, a. a. O., § 38 GmbHG, Rn. 144.

112 Vgl. auch die Formulierungen von von Langenfeld, GmbH-Vertragspraktikum, 3. Aufl. 1999, S. 41; Kanzleiter, Intensivkurs zum Gesellschaftsrecht, DAI-Skript 2001, S. 168 f.; Wachter, GmbHR 2001, 1129, 1138.

113 Bei der Beschlussfassung über den Anstellungsvertrag kann der betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer mitwirken. Das Stimmverbot des § 47 Abs. 4 GmbHG ist nicht einschlägig. Daher kann der Mehrheitsgesellschafter ihm unliebsame Klauseln wie z. B. die Koppelungsklausel oder ein Vertragsstrafeversprechen grundsätzlich verhindern.

114 Üblich sind Kündigungsfristen, die deutlich über die gesetzlichen Fristen des § 622 BGB hinausreichen oder Vereinbarungen über eine Festlaufzeit, innerhalb derer das Anstellungsverhältnis nur außerordentlich kündbar ist, vgl. Dietz, Anstellungsvertrag des GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers, 2001, S. 41.

Kündigung des Anstellungsverhältnis[115]. Abweichend von Ziff. 1 richtet sich die Kündigungsfrist nach § 622 BGB. Entsprechendes gilt im Fall der Amtsniederlegung des Geschäftsführers[116]. Die Möglichkeit einer Vertragspartei, das Anstellungsverhältnis bei Vorliegen eines wichtigen Grundes fristlos zu kündigen, bleibt hiervon unberührt. Legt der Geschäftsführer sein Amt nieder, ohne dass ein wichtiger Grund vorliegt, kann die Gesellschaft das Anstellungsverhältnis ohne vorherige Abmahnung fristlos kündigen.

3. *Nimmt der Geschäftsführer schuldhaft seine Tätigkeit nicht auf oder legt er sein Amt nieder, ohne dass ein wichtiger Grund vorliegt, kann die Gesellschaft unbeschadet ihrer sonstigen Rechte eine Vertragsstrafe in Höhe von *** Euro verlangen.[117]“*

VII. Zusammenfassung

1. Die Erklärung der Amtsniederlegung ist gegenüber dem Gesellschaftsorgan zu erklären, das für die Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers zuständig ist. Sofern keine Übertragung dieser Zuständigkeit auf einen Aufsichts- oder Beirat erfolgte, ist die Erklärung grundsätzlich gegenüber der Gesellschafterversammlung abzugeben. In der mehrgliedrigen GmbH ist zudem jeder Gesellschafter zur Entgegennahme der Erklärung berechtigt, so dass die Amtsniederlegung auch dann wirksam ist, wenn sie einem Gesellschafter zugeht. Dies gilt unabhängig davon, ob und wann die anderen Gesellschafter Kenntnis über die Erklärung erlangen.

   Aus § 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG lässt sich keine Zuständigkeit des Fremdgeschäftsführers ableiten, die Erklärung der Amtsniederlegung entgegenzunehmen. Ein nicht an der Gesellschaft beteiligter Mit-Geschäftsführer ist daher nur dann tauglicher Adressat, wenn er durch eine Regelung in der Satzung, im Anstellungsvertrag oder durch Bevollmächtigung im Einzelfall zum Empfang ermächtigt wird.

2. Die Amtsniederlegung des Gesellschafter-Geschäftsführers einer mehrgliedrigen GmbH und des Fremd-Geschäftsführers ist organschaftlich wirksam, es sei denn, die Satzung begrenzt die Zulässigkeit der Amtsniederlegung auf Fälle wichtigen Grundes. Demgegenüber ist die Amtsniederlegung des alleinigen Geschäftsführers, der zugleich einziger Gesellschafter ist, rechtsmissbräuchlich und damit unwirksam, wenn weder ein Nachfolger bestellt wird noch ein wichtiger Grund vorliegt. Der Geschäftsführer kann sein Amt in einem solchen Fall auch nicht durch die eigene Abberufung bzw. die Aufhebung des Amtes im Wege des Insichgeschäfts beenden.

3. Mit der Amtsniederlegung enden die Pflichten des Geschäftsführers im Innen- und Außenverhältnis, es sei denn, er führt das Unternehmen als faktischer Geschäftsführer. Die vorzeitige Amtsniederlegung ohne wichtigen Grund stellt einen Vertragsbruch dar, so dass die Gesellschafter das Anstellungsverhältnis des Gesellschafter-Geschäftsführers der mehrgliedrigen GmbH bzw. des Fremd-Geschäftsführers im Regelfall ohne vorherige Abmahnung fristlos kündigen können. Des Weiteren ist der Geschäftsführer verpflichtet, den aus der Amtsbeendigung entstandenen Schaden zu ersetzen. Die vorzeitige Amtsbeendigung rechtfertigt als solche jedoch keinen Widerruf der Versorgungszusage, so dass eine unverfallbare Anwartschaft auf Leistungen betrieblicher Altersversorgung nicht gekürzt werden kann.

4. Die Satzung kann eine Einziehungsklausel vorsehen, nach der die Amtsniederlegung ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes die Einziehung des Geschäftsanteils rechtfertigt.

5. Der alleinige Geschäftsführer ist nach richtiger Auffassung berechtigt, sein Ausscheiden zeitnah nach der Amtsniederlegung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die h. M. verneint hingegen eine solche Anmeldebefugnis, so dass die Amtsniederlegung vorsorglich unter der Bedingung der Eintragung in das Handelsregister oder – in Eilfällen – unter der Bedingung des Eingangs der Anmeldung beim Registergericht erklärt werden sollte.

6. Ein Nachweis über den Zugang der Niederlegungserklärung muss gegenüber dem Registergericht nicht erbracht werden. Das Registergericht kann nur dann einen solchen Nachweis fordern, wenn Zweifel an der Richtigkeit der Angaben des anmeldenden Geschäftsführers bestehen. Dies gilt auch im Fall einer „Selbstanmeldung“ des ausgeschiedenen Geschäftsführers.

7. Im Regelfall ist zu empfehlen, die Amtsniederlegung in der Satzung dahin gehend zu beschränken, dass diese nur mit einer Mindestfrist erklärt werden kann. Eine solche Frist verschafft den Gesellschaftern Zeit für die Suche nach einem Nachfolger. Des Weiteren sollte ein Schriftformerfordernis aufgenommen werden, um Streitigkeiten über die Amtsbeendigung zu vermeiden. Der Adressatenkreis der Erklärung kann in der Satzung sowohl eingeschränkt als auch erweitert werden. Insbesondere können Mit-Geschäftsführer zur Entgegennahme der Niederlegungserklärung bevollmächtigt werden.

8. Der Anstellungsvertrag kann die Folgen der vorzeitigen Amtsbeendigung regeln. Amts- und Anstellungsverhältnis können durch eine Koppelungsklausel verknüpft werden, nach der das Anstellungsverhältnis auch bei einer berechtigten Amtsbeendigung in der Frist des § 622 Abs. 1 und 2 BGB endet. Um den Geschäftsführer zur Vertragstreue anzuhalten und die Schwierigkeiten eines Schadensnachweises zu vermeiden, kommt die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall der unberechtigten Amtsniederlegung in Betracht.

---

115 Vgl. zur Zulässigkeit von Koppelungsklauseln: BGH GmbHR 1989, 415. Wird eine Befristung unter Ausschluss der ordentlichen Kündigungsmöglichkeit vereinbart, ist in der Koppelungsklausel klarzustellen, dass im Fall der Amtsbeendigung ausnahmsweise die ordentliche Kündigung zulässig ist, vgl. BGH GmbHR 1999, 1140 = NZG 1999, 1215. Koppelungsklauseln sind für den Geschäftsführer nachteilhaft. Um diese Nachteile auszugleichen, kommt die Zusage einer Abfindung in Betracht. Vgl. hierzu: Jaeger, Geschäftsführeranstellungsvertrag, 4. Aufl. 2000; S. 151; vgl. auch zur steuerlichen Behandlung einer bereits im Anstellungsvertrag zugesicherten Abfindung: Offerhaus, DB 2000, 296 ff.

116 Vgl. zur Verknüpfung von Amtsniederlegung und Vertragsbeendigung: Dietz, Anstellungsvertrag, S. 41; Jaeger, a. a. O., S. 20.

117 Vgl. zur Vertragsstrafe in Anstellungsverträgen: Weber/Dahlbender, Verträge für GmbH-Geschäftsführer, S. 59.

Rechtsprechung

1. Liegenschaftsrecht – Eintragung von Wohnungsrecht und Reallasten mit Löschungserleichterungsvermerken
(LG Braunschweig, Beschluss vom 12. 6. 2001 – 8 T 605/01)

BGB §§ 1093; 1105
GBO § 23

1. **Bei einem Wohnungsrecht sind Rückstände von Leistungen i. S. von § 23 Abs. 1 S. 1 GBO ausnahmsweise dann möglich, wenn zwischen den Verpflichteten und den Berechtigten als Nebenleistungspflicht des Eigentümers eine Unterhaltspflicht als dinglicher Inhalt des Wohnungsrechts vertraglich vereinbart wird.**

2. **Haben Wohnungsrecht und Reallast unterschiedliche räumliche Bezugspunkte, handelt es sich hierbei um zwei inhaltlich verschiedene dingliche Rechte, die nebeneinander eintragungsfähig sind.**

3. **Die Eintragung einer Wohnungsreallast neben dem Wohnungsrecht ist nicht überflüssig, da das Wohnungsrecht im Falle einer Zerstörung des Gebäudes oder einer starken, die Unbewohnbarkeit nach sich ziehenden Beschädigung erlischt.**

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der eingetragene Eigentümer ist der Sohn der Bet. zu 1) und 2). Diese sowie die Schwester des Eigentümers schlossen einen notariellen Überlassungsvertrag. Dieser Vertrag hatte u. a. gemäß Ziff. III. zum Inhalt, dass der Bet. zu 2) mit Zustimmung der Bet. zu 1) im Wege der vorweggenommenen Erbfolge das Grundstück dem jetzigen Eigentümer zu alleinigem Eigentum überlässt. Unter Ziff. V. des vorbezeichneten notariellen Vertrages wurden folgende Gegenleistungen des jetzigen Eigentümers zu Gunsten der Bet. zu 1) und zu 2) vereinbart:

In Ziff. V. 1. wurde den Bet. zu 1) und zu 2) ein Wohnungsrecht mit der Maßgabe bestellt, dass die Berechtigten auf Lebensdauer unter Ausschluss des Eigentümers zur Nutzung der abgeschlossenen Wohnung im Erdgeschoss des Hauses berechtigt sind. Den Berechtigten wurde ferner die Befugnis eingeräumt, die Nebenräume und alle sonstigen, dem gemeinsamen Gebrauch dienenden Einrichtungen und Anlagen mit zu benutzen. Darüber hinaus wurde dem Eigentümer die Verpflichtung auferlegt, das Gebäude und die dem Wohnrecht unterliegenden Räume und Einrichtungen stets im ordnungsgemäßen, gut bewohnbaren und beheizbaren Zustand zu erhalten. Schließlich wurde vereinbart, dass das Wohnungsrecht mit dem Vermerk eingetragen werden sollte, dass zur Löschung der Nachweis des Todes der Berechtigten genügt. Unter Ziff. V. 2. a) wurde für die Bet. zu 1) und zu 2) auf Lebenszeit eine Reallast am Flurstück des Inhalts bestellt, dass der jeweilige Eigentümer auch die auf die Erdgeschosswohnung entfallenden Kosten für Schönheitsreparaturen, Wasser, Abwasser, Müllabfuhr und Heizung zu tragen hat. Ferner wurde auch hier der Vermerk vereinbart, dass zur Löschung der Nachweis des Todes der Berechtigten genügen soll. In Ziff. V. 2. b) wurde für den Fall der Zerstörung des Wohngebäudes den Bet. vom Eigentümer eine weitere Reallast an dem Flurstück bewilligt; auch diesbezüglich sollte der Vermerk in das Grundbuch aufgenommen werden, dass zur Löschung der Nachweis des Todes der Berechtigten genügt.

Der Notar beantragte für die Vertragspartner unter Bezugnahme auf den notariellen Überlassungsvertrag

– die Eintragung des neuen Alleineigentümers und

– die Eintragung des Wohnungsrechtes und der Reallast zu Gunsten der Bet. zu 1) und 2) als Gesamtberechtigte.

Der Rechtspfleger beim GBA des AG nahm ausweislich des Grundbuchs folgende Eintragungen vor:

Antragsgemäß erfolgte die Eintragung des neuen Alleineigentümers sowie in Abteilung II die Eintragung der unter Ziff. V. 2. a) des notariellen Überlassungsvertrages bezeichnete Reallast für die Bet. zu 1) und zu 2) mit dem Vermerk, dass die Reallast bei Nachweis des Todes löschbar sei. Abweichend vom Antrag wurde das im notariellen Überlassungsvertrag unter Ziff. V. 1. bezeichnete Wohnungsrecht ohne den Vermerk eingetragen, dass das Wohnungsrecht bei Nachweis des Todes löschbar sei. Nicht eingetragen wurde die weitere in Ziff. V. 2. b) bezeichnete Reallast.

Der Notar bemängelte gegenüber dem AG, dass die vorgenommenen Eintragungen unvollständig seien.

Mit Zwischenverfügung teilte daraufhin der Rechtspfleger beim GBA des AG dem Notar Folgendes mit:

„Bei einem Wohnungsrecht sind Rückstände von Leistungen grundsätzlich ausgeschlossen. Daher ist die Löschungserleichterung des § 23 GBO nicht eintragungsfähig. Ich werde daher diesen Vermerk nicht nachträglich eintragen. Die in V. 2. Ihres Vertrages aufgeführten Leistungen des Eigentümers sind grundsätzlich Inhalt des Wohnungsrechts bzw. können zum dinglichen Inhalt erklärt werden. Daher ist die bereits erfolgte Eintragung des Rechtes II/4 (Lastentragung) gesetzlich unzulässig. Ich werde daher diese Eintragung von Amts wegen gem. § 53 GBO von Amts wegen löschen."

Dagegen richtet sich die vom Notar für die Bet. zu 1) und zu 2) eingelegte Beschwerde.

Der Rechtspfleger hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem LG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Die gemäß §§ 71 ff. GBO zulässige Beschwerde ist auch begründet. Der Rechtspfleger hat zu Unrecht die Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks bezüglich des Wohnungsrechtes i. S. von § 1093 BGB unterlassen (siehe dazu unter 1.), die Löschung der eingetragenen Reallast angekündigt (siehe dazu unter 2. a) und von der Eintragung der Wohnungsreallast mit Löschungserleichterungsvermerk abgesehen (siehe dazu unter 2. b)).

1. Die Bet. zu 1) und zu 2) haben einen Anspruch darauf, dass ihr in Abteilung II des Grundbuchs eingetragenes Wohnungsrecht mit dem Zusatz versehen wird, dass zur Löschung des vorbezeichneten Rechtes der Nachweis des Todes der Berechtigten genügt. Die Voraussetzungen des § 23 Abs. 2 GBO sind gegeben. Danach bedarf es der in § 23 Abs. 1 GBO vorgesehenen Bewilligung des Rechtsnachfolgers des Berechtigten nicht, wenn im Grundbuch eingetragen ist, dass zur Löschung des Rechtes der Nachweis des Todes des Berechtigten genügen soll. Ein solcher Löschungserleichterungsvermerk ist gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 GBO nur eintragungsfähig, wenn das Recht zum einen gesetzlich oder rechtsgeschäftlich auf die Le-

benszeit des Berechtigten beschränkt ist. Zum anderen ist erforderlich, dass bei diesem beschränkten Recht Rückstände von Leistungen nicht ausgeschlossen sind.

Das hier in Abteilung II des Grundbuchs eingetragene Wohnungsrecht genügt diesen Anforderungen. Der Rechtsnatur nach handelt es sich dabei um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit i. S. von § 1093 BGB, die schon kraft Gesetzes auf die Lebenszeit der Berechtigten zu 1) und zu 2) beschränkt ist.

Bei diesem konkreten Wohnungsrecht sind auch Rückstände von Leistungen nicht ausgeschlossen. Zwar sind derartige Leistungsrückstände bei einem reinen Wohnrecht nicht möglich, weil es für den Grundstückseigentümer nur die Verpflichtung begründet, die Ausübung des Rechtes durch den Berechtigten zu dulden, nicht aber auch die Pflicht, den Gebrauch der Wohnung zu gewähren und diese in einem gebrauchsfähigen Zustand zu erhalten (vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 1989, 146; OLG Düsseldorf Rpfleger 1995, 248 = MittRhNotK 1994, 347). Bei einem Wohnungsrecht sind jedoch Rückstände von Leistungen ausnahmsweise dann möglich, wenn zwischen den Verpflichteten und den Berechtigten als Nebenleistungspflicht des Eigentümers eine Unterhaltspflicht als dinglicher Inhalt des Wohnungsrechtes vertraglich vereinbart wird (vgl. OLG Frankfurt a. a. O.). Eine solche Situation ist insbesondere dann gegeben, wenn die konkrete Ausgestaltung des Wohnungsrechtes ergibt, dass das Wohnungsrecht sich nicht auf ein Gebäude als Ganzes, sondern nur auf einzelne abgeschlossene Teile des Gebäudes bezieht, gemeinsame Einrichtungen des Hauses aber vom Berechtigten mitbenutzt werden dürfen und der Eigentümer sich gleichzeitig verpflichtet, die vom Wohnungsrecht betroffenen Räume, also auch die Gemeinschaftsanlagen und Einrichtungen in einem jederzeit gut bewohnbaren und beheizbaren Zustand zu halten (vgl. OLG Frankfurt a. a. O.; OLG Düsseldorf a. a. O.; BayObLG Rpfleger 1980, 20 f. = DNotZ 1980, 157).

So liegt der Fall hier: In Ziff. V. 1. des notariellen Überlassungsvertrages ist ausdrücklich beurkundet, dass die Bet. zu 1) und zu 2) als Berechtigte des Wohnungsrechts neben der abgeschlossenen Wohnung im Erdgeschoss des Hauses auch berechtigt sind, die dem gemeinsamen Gebrauch dienenden Einrichtungen und Anlagen mit zu benutzen. Des Weiteren übernimmt der Eigentümer als Verpflichteter des Wohnungsrechtes auch explizit die Pflicht, das Gebäude und die dem Wohnrecht unterliegenden Räume und Einrichtungen stets in ordnungsmäßigem, gut bewohnbarem und beheizbarem Zustand zu erhalten. Mit dieser ausdrücklichen vertraglichen Regelung ist die Unterhaltungspflicht dinglicher Inhalt des Wohnungsrechtes, so dass Rückstände von Leistungen möglich sind.

2. a) Die Eintragung der in Abteilung II des Grundbuchs eingetragenen Reallast (Lastentragung) ist zu Recht erfolgt und nicht zu löschen. Soweit der Rechtspfleger meint, dort bestimmte Verpflichtung des Eigentümers sei bereits dinglicher Inhalt des vorstehend unter 1. erörterten Wohnungsrechtes, tritt die Kammer dieser Ansicht entgegen. Zu unterscheiden sind nämlich die jeweiligen Rechtsnaturen von Wohnungsrecht und Reallast sowie der jeweils dahinter stehende Sinn und Zweck der beiden Rechte.

Das Wohnungsrecht als Dienstbarkeit ist gekennzeichnet durch seinen duldenden Charakter, die Reallast durch die Begründung einer Pflicht zum aktiven Tun (vgl. Palandt/Bassenge, 58. Aufl., Überblick vor § 1105 BGB Rn. 3). Vorliegend könnte man deshalb auf die Idee kommen, dass die eingetragene Reallast bereits Gegenstand des Wohnungsrechtes ist, weil das konkrete Wohnungsrecht mit seinem grundsätzlich duldenden Charaker einhergeht mit einer aktiven Verpflichtung des Eigentümers, das Gebäude in einem ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten. Inhaltlich regelt aber die eingetragene Reallast (Lastentragung) einen anderen Bereich: Das aktive Tun des Wohnungsrechtes bezieht sich vornehmlich auf die gemeinsamen Räume und Einrichtungen des Hauses, wohingegen die Reallast beschränkt ist auf die abgeschlossene Erdgeschosswohnung. Wegen dieser unterschiedlichen räumlichen Bezugspunkte handelt es sich bei den eingetragenen Rechten – Wohnungsrecht und Reallast – um zwei inhaltlich verschiedene dingliche Rechte, die beide nebeneinander eintragungsfähig sind.

Es war auch zulässig, diese Reallast mit einem Löschungserleichterungsvermerk i. S. von § 23 Abs. 2 GBO einzutragen. Einerseits sind bei einer Reallast Rückstände von Leistungen niemals ausgeschlossen (vgl. Demharter, 22. Aufl., § 23 GBO Rn. 10). Andererseits ist die eingetragene Reallast auch im konkreten Fall auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt. Zwar ist eine, wie hier vorliegende, subjektiv persönliche Reallast grundsätzlich vererblich (vgl. Palandt/Bassenge, a. a. O., § 1111 BGB Rn. 2). Es kann jedoch durch Rechtsgeschäft geregelt werden oder sich aus der Natur der Leistung ergeben, dass sich die subjektiv persönliche Reallast auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränken soll (vgl. Palandt/Bassenge, a. a. O.; BayObLG DNotZ 1989, 567 f.). Nach eindeutigem Wortlaut des notariellen Überlassungsvertrages wird die Reallast in Ziff. V. 2. a) auf die Lebenszeit der Bet. zu 1) und zu 2) beschränkt.

b) Die Bet. zu 1) und zu 2) haben als Berechtigte schließlich auch Anspruch auf Eintragung einer weiteren Reallast, und zwar einer Wohnungsreallast, nebst Löschungserleichterungsvermerk nach § 23 Abs. 2 GBO in Abteilung II des Grundbuchs.

Neben dem bereits eingetragenen Wohnungsrecht und der eingetragenen Reallast hat die überdies beantragte Wohnungsreallast ergänzenden Regelungsgehalt und ist neben den vorbezeichneten Rechten gesondert eintragungsfähig. Insbesondere ist die Eintragung dieser Wohnungsreallast neben dem eingetragenen Wohnungsrecht nicht überflüssig. Denn nach st. Rspr. des BGH erlischt das Wohnungsrecht im Falle der Zerstörung des Gebäudes oder einer starken, eine Unbewohnbarkeit nach sich ziehenden, Beschädigung der Räume bzw. des Gebäudes (vgl. BGHZ, 7, 268, 273 f.; 8, 58, 62 ff.).

Die Wohnungsreallast kann auch mit einem Löschungserleichterungsvermerk i. S. von § 23 Abs. 2 GBO versehen werden. Leistungsrückstände sind zum einen wie bei der unter 2. a) behandelten Reallast generell nicht ausgeschlossen. Zum anderen ergibt sich auch hier aus dem notariellen Vertrag, dass die Wohnungsreallast

auf die Lebenszeit der Berechtigten, also der Bet. zu 1) und zu 2) beschränkt sein soll. Zwar ist der Wortlaut – anders als im Falle der unter 2. a) erörterten Reallast – nicht eindeutig. Jedoch ergibt sich die Beschränkung auf die Lebenszeit der Berechtigten aus dem Sachzusammenhang mit den Ziff. V. 1. und 2. a) des notariellen Vertrages. Da die Wohnungsreallast insbesondere für den Fall des Untergangs des eingetragenen Wohnungsrechtes bestellt werden soll und das Wohnungsrecht explizit auf die Lebenszeit der Bet. zu 1) und zu 2) laut Vertrag beschränkt ist, muss dieses auch für die Wohnungsreallast gelten, die im Falle der Zerstörung des Gebäudes das Wohnungsrecht ersetzen soll.

2. Familienrecht – Abkehr von der Anrechnungsmethode beim nachehelichen Unterhalt
(BVerfG, Beschluss vom 5. 2. 2002 – 1 BvR 105/95, 559/95 und 457/96)

BGB § 1578 Abs. 1
GG Art. 6 Abs. 1; 3 Abs. 2

Zur Gleichwertigkeit von Familien- und Erwerbsarbeit bei der Bemessung nachehelichen Unterhalts.

Aus den Gründen:

A. Die zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Verfassungsbeschwerden richten sich dagegen, wie in den angegriffenen Gerichtsentscheidungen der Wert der während der Ehe geleisteten Haushaltsführung und Kindererziehung bei der Bemessung nachehelichen Unterhalts berücksichtigt worden ist.

I. Das Maß des nachehelichen Unterhalts bestimmt sich gemäß § 1578 Abs. 1 BGB nach den ehelichen Lebensverhältnissen. Wie die vom Gesetz nicht näher definierten ehelichen Lebensverhältnisse zu ermitteln und wie insbesondere die nachehelichen Einkünfte des unterhaltsberechtigten Ehegatten dabei zu berücksichtigen sind, der während der Ehe überhaupt nicht oder nur in Teilzeit berufstätig war, ist in Rspr. und Lit. umstritten.

1. a) Der BGH hat seit In-Kraft-Treten des geltenden Unterhaltsrechts am 1. 7. 1977 (Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. 6. 1976, BGBl. I S. 1421) den Begriff der ehelichen Lebensverhältnisse durch eine Vielzahl von Entscheidungen konkretisiert. Nach seiner st. Rspr. werden die ehelichen Lebensverhältnisse i. S. von § 1578 BGB von den Einkommens- und Vermögensverhältnissen bestimmt, die während der Ehe oder auch der Trennungszeit der Ehegatten den Lebensstandard beider Ehegatten nachhaltig geprägt haben. Maßgebend sollen deshalb regelmäßig die Einkommens- und Vermögensverhältnisse im Zeitpunkt der Scheidung sein, es sei denn, das Einkommen eines Ehegatten hat während des Getrenntlebens bis zur Scheidung eine unerwartete, vom Normalverlauf erheblich abweichende Entwicklung genommen (vgl. BGH FamRZ 1982, 576, 577 f.). Demgegenüber konnten bis zum Urteil des BGH vom 13. 6. 2001 (FamRZ 2001, 986) Veränderungen, die erst nach der Ehescheidung eintreten, nur dann berücksichtigt werden, wenn sie zum Zeitpunkt der Scheidung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen sind und wenn diese Erwartung die ehelichen Lebensverhältnisse bereits geprägt oder sich in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Scheidung verwirklicht hat (vgl. BGH FamRZ 1986, 148 f.). Entsprechend hat der BGH zwischen der Erwerbstätigkeit während der geführten Ehe, der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit während der Trennungszeit sowie einer solchen nach der Ehescheidung unterschieden.

aa) Im Gegensatz zu Einkünften, die schon zu Zeiten des Zusammenlebens der Eheleute erzielt wurden, haben sich Einkünfte des unterhaltsberechtigten Ehegatten aus einer zwischen Trennung und Scheidung aufgenommenen Erwerbstätigkeit auf das Maß des Unterhalts nur auswirken sollen, wenn diese Erwerbstätigkeit in der Ehe angelegt gewesen ist und damit auch ohne die Trennung erfolgt wäre. Lasse sich dies nicht feststellen, so müssten die daraus erzielten Einkünfte bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs außer Betracht bleiben, da der Unterhaltskläger die Beweislast für die Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse trage (BGHZ 89, 108, 112 = FamRZ 1984, 149 f.).

bb) Einkünfte aus einer erst nach der Scheidung aufgenommenen Erwerbstätigkeit hat der BGH bei der Bestimmung der ehelichen Lebensverhältnisse regelmäßig außer Betracht gelassen (BGH FamRZ 1985, 161 f. unter Hinweis auf BGH FamRZ 1981, 539, 541 und FamRZ 1982, 255, 257), und zwar auch im Umfang der Ausweitung einer während der Ehe ausgeübten Halbtagsbeschäftigung zu einer Vollerwerbstätigkeit (BGH FamRZ 1985, 161 f.). Den wirtschaftlichen Wert der Haushaltsführung und Kinderbetreuung durch den nicht erwerbstätigen Ehegatten hat der BGH als nicht die ehelichen Verhältnisse prägend angesehen. Zwar seien diese Leistungen der Erwerbstätigkeit des anderen Ehegatten grundsätzlich gleichwertig. An Barmitteln stünden der Familie zum Lebensunterhalt jedoch nur die Einkünfte des erwerbstätigen Ehegatten zur Verfügung. Diese vorhandenen Einkünfte und nicht der wirtschaftliche Wert der von beiden Ehegatten erbrachten Leistungen prägten entscheidend die ehelichen Lebensverhältnisse (BGH FamRZ 1985, 161, 163).

cc) Nicht die ehelichen Lebensverhältnisse prägendes Einkommen des Unterhaltsberechtigten ist dann unter Anwendung der so genannten Anrechnungsmethode bei der Berechnung der Unterhaltshöhe allein bedürftigkeitsmindernd berücksichtigt worden, während prägende Einkünfte im Wege der so genannten Differenzmethode auch dem der Bedarfsermittlung zu Grunde zu legenden Einkommen zugerechnet worden sind (BGH FamRZ 1981, 539, 541; 1981, 752, 754 f.; 1982, 255, 257; 1983, 146, 150; 1988, 265, 267). Bei der Anrechnungsmethode wird das bereinigte Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen entsprechend der maßgeblichen Unterhaltsquote aufgeteilt; auf den sich dabei ergebenden Betrag wird das bereinigte Nettoeinkommen des Unterhaltsberechtigten angerechnet. Demgegenüber wird bei der Differenzmethode zunächst die Differenz zwischen den bereinigten Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen und des Unterhaltsberechtigten gebildet und sodann diese nach Maßgabe der Unterhaltsquote aufgeteilt.

b) Mit Urteil vom 13. 6. 2001 hat der BGH seine bisherige Rspr. zur Anrechnungsmethode geändert (FamRZ

2001, 986). Die Anrechnungsmethode werde der Gleichwertigkeit von Kinderbetreuung und Haushaltsführung nicht gerecht und trage auch dem gewandelten Ehebild in der Mehrzahl der Fälle nicht mehr angemessen Rechnung. Ohne dass es einer abschließenden Entscheidung zur Frage der Notwendigkeit einer Monetarisierung der Haushaltstätigkeit bedürfe, sei das Einkommen, das ein unterhaltsberechtigter Ehegatte nach der Scheidung erziele oder erzielen könne und das gleichsam als Surrogat des wirtschaftlichen Wertes seiner bisherigen Tätigkeit anzusehen sei, in die Unterhaltsberechnung nach der Differenzmethode einzubeziehen. Die während der Ehe erbrachte Familienarbeit habe den ehelichen Lebensstandard geprägt und auch wirtschaftlich verbessert. Sie sei als eine der Erwerbstätigkeit gleichwertige Leistung anzusehen. Der durch die jeweilige Arbeit von beiden Ehegatten erreichte Lebensstandard solle ihnen auch nach der Scheidung zu gleichen Teilen zustehen. Nehme der bisher haushaltsführende Ehegatte nach der Scheidung eine Erwerbstätigkeit auf oder erweitere er sie über den bisherigen Umfang hinaus, spiegele sich, von Ausnahmen einer ungewöhnlichen, vom Normalverlauf erheblich abweichenden Karriereentwicklung abgesehen, der Wert seiner Haushaltsleistungen in dem aus der Erwerbstätigkeit erzielten oder erzielbaren Einkommen wider. Die Einbeziehung dieses Einkommens in die Bedarfsbemessung mit Hilfe der Differenzrechnung gewährleiste, dass, ebenso wie früher die Familienarbeit beiden Ehegatten zu gleichen Teilen zugute gekommen sei, nunmehr das beiderseitige Einkommen zwischen ihnen nach dem Grundsatz der gleichmäßigen Teilhabe geteilt werde.

2. In der Lit. hat die bisherige Rspr. des BGH teilweise Zustimmung (vgl. Luthin, FamRZ 1983, 1236; 1986, 786), vielfach aber auch Kritik erfahren (vgl. Hampel, FamRZ 1981, 851; Büttner, FamRZ 1984, 534; Rupsch, FamRZ 1990, 172; Fricke, FamRZ 1991, 941; Driest, Streit 1991, 60; Laier, FamRZ 1993, 392). Es ist einerseits die Auffassung vertreten worden, auch bei der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit des bisher haushaltsführenden (Gerhardt, FamRZ 2000, 134, 136) oder kinderbetreuenden (Büttner, FamRZ 1999, 893, 895) Ehegatten müsse die Differenzmethode angewendet werden, und zwar unabhängig davon, ob die Erwerbstätigkeit während der Trennungszeit oder erst nach der Scheidung aufgenommen werde. Nach anderer Ansicht muss der Hausfrauenbeitrag zu den ehelichen Lebensverhältnissen geldwert in Ansatz gebracht und zumindest in den Fällen berücksichtigt werden, in denen ein Einkommen etwa aus Vermögen oder aus einer nach Trennung aufgenommenen oder ausgeweiteten Erwerbstätigkeit als Ersatz für die Haushaltsleistungen zur Verfügung stehe (Graba, FamRZ 1999, 1115, 1118, 1121; zum Meinungsstand Born, FamRZ 1999, 541 ff.; Kleffmann, FuR 2000, 202, 205 f.).

II. Den Verfassungsbeschwerden liegen folgende Sachverhalte zu Grunde:

1. Verfahren 1 BvR 105/95

(. . .) Während das AG der Bf. auf ihre Klage hin Unterhalt unter Berechnung nach der Differenzmethode zusprach, wies das OLG ihre Klage unter Aufhebung des amtsgerichtlichen Urteils ab. Eine erst nach der Trennung erfolgte Erweiterung einer Teilzeittätigkeit zu einer Vollzeitbeschäftigung durch den Unterhalt fordernden Ehegatten könne die ehelichen Lebensverhältnisse nur dann noch prägen, wenn sie auch ohne die Trennung erfolgt wäre. Im Falle der Bf. könne aufgrund der Ausführungen ihres Ehemannes nicht ausgeschlossen werden, dass sie allein trennungsbedingt wieder voll berufstätig geworden sei.

2. Verfahren 1 BvR 559/95

(. . .) Das OLG sprach der Bf. mit dem angegriffenen Urteil in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung einen niedrigeren Unterhaltsanspruch zu und erkannte im Übrigen, die Bf. habe nur befristet einen Unterhaltsanspruch gegen den Ehemann, da die ihr bewilligte Erwerbsunfähigkeitsrente ihre Unterhaltsbedürftigkeit zum Wegfall gebracht habe. Die ehelichen Lebensverhältnisse der Bf. seien durch das Erwerbseinkommen des Ehemannes, nicht auch durch ihre Erwerbs- oder Renteneinkünfte geprägt worden. Die Bf. habe nur trennungsbedingt wieder mit einer Erwerbstätigkeit beginnen wollen. Dafür, dass sie auch ohne die Trennung erwerbstätig geworden wäre, lägen keine Anhaltspunkte vor. Ihren Unterhaltsbedarf könne sie durch eigene Renteneinkünfte decken, die sie sich gemäß § 1577 Abs. 1 BGB anrechnen lassen müsse.

3. Verfahren 1 BvR 457/96

(. . .) Das OLG entschied, zugunsten der Bf. lasse sich kein Unterhaltsbetrag errechnen. Grundlage eines Unterhaltsanspruchs der Bf. seien allein die die ehelichen Lebensverhältnisse prägenden Gehaltseinkünfte ihres geschiedenen Ehemannes. Eigene Erwerbseinkünfte der Bf. hätten außer Betracht zu bleiben. (. . .) Eine Erwerbstätigkeit der Bf. habe erst nach der Scheidung eingesetzt, so dass der Unterhalt nicht im Wege der Differenzmethode zu berechnen sei. Er bemesse sich durch Anrechnung ihres Einkommens auf die allein vom Einkommen des geschiedenen Ehemannes abgeleitete Unterhaltsquote. Dabei errechne sich zugunsten der Bf. kein Unterhaltsanspruch. (. . .)

B. Die Verfassungsbeschwerden sind begründet. Die angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen verletzen die Bf. in ihren Grundrechten aus Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 2 GG.

I. 1. a) Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 2 GG schützt die Ehe als eine Lebensgemeinschaft gleichberechtigter Partner (vgl. BVerfGE 35, 382, 408; 103, 89,101 = DNotZ 2001, 222 = RNotZ 2001, 215), in der die Ehegatten ihre persönliche und wirtschaftliche Lebensführung in gemeinsamer Verantwortung bestimmen (vgl. BVerfGE 57, 361, 390; 61, 319, 347). Zur selbstverantwortlichen Lebensgestaltung gehören neben der Entscheidung, ob die Ehegatten Kinder haben wollen, insbesondere auch die Vereinbarung über die innerfamiliäre Arbeitsteilung und die Entscheidung, wie das gemeinsame Familieneinkommen durch Erwerbsarbeit gesichert werden soll (vgl. BVerfGE 61, 319, 347; 66, 84, 94; 68, 256, 268). Dabei steht es den Ehepartnern frei, ihre Ehe so zu führen, dass ein Ehepartner allein einer Berufstätigkeit nachgeht und der andere sich der Familienarbeit widmet, ebenso wie sie sich dafür entscheiden können, beide einen Beruf ganz oder teilweise auszuüben und sich die Hausarbeit

und Kinderbetreuung zu teilen oder diese durch Dritte durchführen zu lassen (vgl. BVerfGE 39, 169, 183; 48, 327, 338; 99, 216, 231).

b) Kommen den Ehegatten gleiches Recht und gleiche Verantwortung bei der Ausgestaltung ihres Ehe- und Familienlebens zu, so sind auch die Leistungen, die sie jeweils im Rahmen der von ihnen in gemeinsamer Entscheidung getroffenen Arbeits- und Aufgabenzuweisung erbringen, als gleichwertig anzusehen (vgl. BVerfGE 37, 217, 251; 47, 1, 24; 53, 257, 296; 66, 84, 94; 79, 106, 126). Haushaltsführung und Kinderbetreuung haben für das gemeinsame Leben der Ehepartner keinen geringeren Wert als Einkünfte, die dem Haushalt zur Verfügung stehen. Gleichermaßen prägen sie die ehelichen Lebensverhältnisse und tragen zum Unterhalt der Familie bei.

Allerdings bemisst sich die Gleichwertigkeit der familiären Unterhaltsbeiträge von Ehegatten nicht an der Höhe des Erwerbseinkommens, das einer oder beide Ehegatten erzielen, oder am wirtschaftlichen Wert der Familienarbeit und an deren Umfang. Sie drückt vielmehr aus, dass die von den Ehegatten für die eheliche Gemeinschaft jeweils erbrachten Leistungen gerade unabhängig von ihrer ökonomischen Bewertung gleichgewichtig sind und deshalb kein Beitrag eines Ehegatten höher oder niedriger bewertet werden darf als der des anderen. Dem tragen auch die Regelungen der §§ 1360 S. 2 und 1606 Abs. 3 S. 2 BGB Rechnung, die die Gleichwertigkeit der Unterhaltsbeiträge von Ehegatten einfach-rechtlich normieren und einen rechnerischen Leistungsausgleich zwischen den Ehegatten ausschließen.

c) Sind die Leistungen, die Ehegatten im gemeinsamen Unterhaltsverband erbringen, gleichwertig, haben beide Ehegatten grundsätzlich auch Anspruch auf gleiche Teilhabe am gemeinsam Erwirtschafteten, das ihnen zu gleichen Teilen zuzuordnen ist. Dies gilt nicht nur für die Zeit des Bestehens der Ehe, sondern entfaltet seine Wirkung auch nach Trennung und Scheidung der Ehegatten auf deren Beziehung hinsichtlich Unterhalt, Versorgung und Aufteilung des gemeinsamen Vermögens (vgl. BVerfGE 47, 85, 100; 63, 88, 109). Dem entsprechen die gesetzlichen Regelungen über den Versorgungsausgleich (vgl. BVerfGE 53, 257, 296) und den Zugewinnausgleich (vgl. BVerfGE 71, 364, 386) bei Scheidung. Insbesondere aber bestimmt der Anspruch auf gleiche Teilhabe am gemeinsam Erarbeiteten auch die unterhaltsrechtliche Beziehung der geschiedenen Eheleute (vgl. BVerfGE 63, 88, 109). Bei der Unterhaltsberechnung ist das Einkommen, das den Lebensstandard der Ehe geprägt hat, den Ehegatten grundsätzlich hälftig zuzuordnen. Seine Höhe ergibt sich regelmäßig aus der Summe der Einkünfte, die den Eheleuten zur gemeinsamen Lebensführung zur Verfügung gestanden hat, gleichgültig, ob sie nur von einem oder beiden Ehegatten erzielt worden sind. Im Allgemeinen stellt die Hälfte dieses gemeinsamen Gesamteinkommens den Teil dar, den es – sofern die sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen – unterhaltsrechtlich für denjenigen Ehegatten zu sichern gilt, der nach der Scheidung nicht über ein eigenes Einkommen in entsprechender Höhe verfügt.

2. Die st. Rspr. der Zivilgerichte berücksichtigt bei der Unterhaltsberechnung auch Einkommenszuwächse, die von einem oder beiden Ehegatten erst nach der Ehescheidung erzielt werden, sofern diese Zuwächse einer normalen Entwicklung von Einkommen und beruflichem Verlauf entsprechen (vgl. oben A I 1 a). Eine solche Auslegung des Begriffs der ehelichen Lebensverhältnisse, nach denen sich gemäß § 1578 Abs. 1 BGB die Höhe des nachehelichen Unterhalts bestimmt, ist dann verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn dabei der aus der Gleichwertigkeit der ehelichen Unterhaltsbeiträge erwachsene Anspruch beider Ehegatten auf Sicherung eines gleichen Lebensstandards auch nach der Ehe bei der Berechnung des nachehelichen Unterhalts im Prinzip gewahrt bleibt.

3. Dem werden die angegriffenen Entscheidungen, die sich auf die frühere Rspr. des BGH stützen, nicht gerecht, wenn sie als Bestandteile des den ehelichen Verhältnissen entsprechenden Gesamteinkommens zwar die Einkommenszuwächse bei der Unterhaltsberechnung berücksichtigen, die der Ehegatte nach der Scheidung erzielt, der schon während der Ehezeit einer Vollerwerbstätigkeit nachgegangen ist, nicht aber diejenigen, die dem in der Ehe nicht oder nur teilweise erwerbstätigen Ehegatten dadurch zufließen, dass er nach der Scheidung eine Teil- oder Vollerwerbstätigkeit wieder aufnimmt. Sie verstoßen damit gegen Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 2 GG.

a) Die Nichtberücksichtigung von nachehelichen Einkommenszuwächsen aus der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit beim Gesamteinkommen, das der Unterhaltsberechnung zu Grunde gelegt wird, führt dazu, dass, gemessen an der ehelichen Einkommenssituation, die auf der Leistung beider Ehegatten beruht, der schon während der Ehezeit erwerbstätige Ehegatte durch die Arbeitsaufnahme des anderen einseitig eine finanzielle Entlastung bei seiner Unterhaltsverpflichtung erfährt. Ihm wird dadurch ein höherer Anteil seines Einkommens belassen als der, der ihm während der Ehe zur Verfügung gestanden hat. Demgegenüber reduziert das zusätzliche Einkommen des in der Ehe nicht oder nur teilweise erwerbstätigen Ehegatten in Höhe dieses Einkommens seinen Unterhaltsanspruch. Es wirkt sich nicht auf seinen Unterhaltsbedarf aus, sondern mindert allein seine Bedürftigkeit. Der von ihm erlangte Einkommenszuwachs kommt damit nicht ihm, sondern lediglich dem anderen geschiedenen Ehepartner zugute. Dieses Ergebnis trägt der Gleichwertigkeit der Leistung, die der nicht erwerbstätige Ehegatte während der Ehezeit erbracht hat, nicht Rechnung. Diese Leistung hat zusätzlich zum Einkommen des anderen Ehegatten in gleicher Weise das eheliche Leben geprägt. Wird diese sich nicht in Geldwert ausdrückende, in der Ehe erbrachte Leistung abgelöst von einer, die entlohnt wird, führt die Nichtberücksichtigung des hierdurch erzielten Einkommens bei der Bestimmung der ehelichen Einkommenssituation im Nachhinein zur Missachtung des Wertes der geleisteten Familienarbeit zu Lasten dessen, der sie in der Ehe erbracht hat.

b) Wenn in den angegriffenen Entscheidungen für die Einbeziehung von derartigen Einkommenszuwächsen in das der Unterhaltsberechnung zu Grunde zu legende, die Einkommenssituation der Eheleute bestimmende Gesamteinkommen gefordert wird, eine wieder aufgenommene Erwerbstätigkeit müsse zumindest auf einem

gemeinsamen Lebensplan der Ehegatten beruhen, der schon vor der Scheidung wenigstens teilweise verwirklicht worden ist, verkennt dies den Schutz, den Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 2 GG jedem Ehegatten gewährt. Die Ehegatten können ihre eheliche Beziehung frei und in gemeinsamer gleichberechtigter Entscheidung gestalten. Die Entscheidung über ihre jeweiligen Aufgaben innerhalb der Ehe prägt ihre ehelichen Verhältnisse. Übernimmt dabei einer der Ehegatten die Familienarbeit, verzichtet er auch zugunsten des anderen auf ein eigenes Einkommen. Die Begründung dieses Verzichts liegt in der Ehe. Endet sie durch Scheidung, wird damit der ehelichen Vereinbarung der Grund entzogen. Den während der Ehe auf eigenes Einkommen verzichtenden Ehegatten hieran nach Beendigung der Ehe unterhaltsrechtlich festzuhalten, bedeutet, nunmehr allein ihm die daraus erwachsenden finanziellen Nachteile zuzuweisen, die aufgrund der gemeinsamen Entscheidung in der Ehe beide Ehegatten zu tragen hatten. Dies führt zur Schlechterstellung des die Familienarbeit übernehmenden Ehegatten gegenüber dem, der kontinuierlich einer Erwerbsarbeit auch in der Ehe hat nachgehen können.

c) Im Übrigen entspricht die von den Gerichten mit dieser Rechtsauffassung unterstellte Endgültigkeit einer einmal gemeinsam von den Ehegatten getroffenen Arbeitsteilung nicht mehr der Ehewirklichkeit. Seit den siebziger Jahren hat sich das Ausbildungs-, Erwerbs- und Familiengründungsverhalten von Frauen kontinuierlich gewandelt. Während das durchschnittliche Heiratsalter lediger Frauen 1975 noch bei 22,7 Jahren lag, heirateten ledige Frauen 1998 durchschnittlich erst im Alter von 28 Jahren (Statistisches Jahrbuch 1985, 72 und Statistisches Jahrbuch 2000, 69). Dies lässt den Schluss zu, dass Frauen heute erst nach Abschluss einer Berufsausbildung und nach einigen Berufsjahren eine Ehe eingehen (vgl. Büttner, FamRZ 1999, 894). Viele Frauen bleiben auch während der Kinderbetreuung berufstätig (Statistisches Jahrbuch 2000, 108) oder nehmen nach dem Ende der Kinderbetreuungsphase wieder eine Berufstätigkeit auf. So gingen im Mai 2000 74 % der Frauen, deren jüngstes Kind 15 bis 18 Jahre alt war, einer Erwerbstätigkeit nach (Ergebnis des Mikrozensus 2000, vgl. Statistisches Bundesamt, Zentralblatt für Jugendrecht 2001, 278). Dementsprechend ist die Erwerbsquote verheirateter Frauen in der Altersgruppe der 40- bis 45-Jährigen, das heißt in einem Alter, in dem die Kinderbetreuung weitgehend abgeschlossen ist, mit 78 % am höchsten (Statistisches Jahrbuch 2000, 101). 61 % der Frauen mit mindestens einem minderjährigen Kind arbeiteten im Mai 2000 in einer Teilzeitbeschäftigung (Ergebnis des Mikrozensus 2000, a. a. O.). So zeichnet sich ab, dass inzwischen die noch in den fünfziger und sechziger Jahren dominierende Hausfrauenehe einem nunmehr vorherrschenden Ehebild gewichen ist, das auf Vereinbarkeit von Beruf und Familie setzt, bei dem nur noch in der Phase aktiver Elternschaft der Typus der Versorgerehe weitgehend erhalten geblieben ist. Dabei strebt die Mehrheit der Frauen eine Verbindung von privater Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit auf der Basis von temporärer Teilzeitarbeit an (vgl. Pfau-Effinger, Kultur und Frauenerwerbstätigkeit in Europa 2000, 144 f.). Insoweit wird auch von einer typischen Doppelverdienerehe mit zeitweiliger Aussetzung der Berufstätigkeit wegen der Kinderbetreuung (Gerhardt, FamRZ 2000, 134) oder von einer Aneinanderreihung der Ehetypen gesprochen (Büttner, FamRZ 1999, 893, 894). Deshalb ist davon auszugehen, dass der zeitweilige Verzicht eines Ehegatten auf Erwerbstätigkeit, um die Aufgabe der Kindererziehung zu übernehmen, ebenso die ehelichen Verhältnisse prägt wie die vorher ausgeübte Berufstätigkeit und die danach wieder aufgenommene oder angestrebte Erwerbstätigkeit. Dies verkennen die angegriffenen Entscheidungen, wenn sie allein auf den Zeitpunkt der Scheidung abstellen, vor dem eine Erwerbstätigkeit wieder aufgenommen werden muss, um bei der unterhaltsrechtlichen Bestimmung des die ehelichen Verhältnisse prägenden Gesamteinkommens Berücksichtigung zu finden.

4. Wie die von Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 2 GG gebotene Gleichwertigkeit von geleisteter Familienarbeit und ehelichen Einkünften in Auslegung des Begriffs der ehelichen Lebensverhältnisse nach § 1578 Abs. 1 BGB bei der nachehelichen Unterhaltsbemessung zur Geltung zu bringen und wie der Unterhalt zu berechnen ist, haben die Fachgerichte zu beurteilen. Mit seiner Entscheidung vom 13. 6. 2001 (FamRZ 2001, 986) hat der BGH seine bisherige Rspr. geändert und nunmehr eine Unterhaltsbemessung vorgenommen, die der Gleichwertigkeit der Unterhaltsbeiträge beider Ehegatten Rechnung trägt. Damit, dass er die neue Berufstätigkeit des vorher nicht erwerbstätigen Ehegatten als „Surrogat“ der bisher geleisteten Haushaltsführung und Kinderbetreuung angesehen hat, hat der BGH einen möglichen, verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Weg aufgezeigt, den Wert, der der Ehe aus der Familienarbeit erwächst, unterhaltsrechtlich zum Tragen zu bringen.

II. Die Gerichte haben in ihren angegriffenen Entscheidungen die Gleichwertigkeit der ehelichen Unterhaltsleistungen nicht beachtet und der nachehelichen Unterhaltsbemessung in nicht verfassungsgemäßer Auslegung des Begriffs der ehelichen Lebensverhältnisse eine Berechnung zu Grunde gelegt, die dem Wert der in der Ehe geleisteten Familienarbeit nicht gerecht wird. In allen drei Verfahren hat sich die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit kurz vor oder nach der Scheidung durch die Beschwerdeführerinnen nur leistungsmindernd auf ihren Unterhaltsanspruch ausgewirkt, ohne dass ihre in der Ehe geleistete Familienarbeit bei der Bemessung ihres Unterhaltsbedarfs entsprechend Berücksichtigung gefunden hätte. Die Entscheidungen sind deshalb aufzuheben und die Sachen an die OLGe zurückzuverweisen.

3. Handels-/Gesellschaftsrecht – Haftung des BGB-Gesellschafters für vor seinem Eintritt begründete Verbindlichkeiten

OLG Hamm, Urteil vom 22. 11. 2001 – 28 U 16/01 – s. a. Anmerkung *Heil, Krefeld,* und *Menninger, Düsseldorf,* in diesem Heft, S. 187)

BGB §§ 705 ff.
HGB §§ 128 ff.

Nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft durch den BGH (NJW 2001, 1056 ff. = RNotZ

2001, 224) gilt für den neu eintretenden Gesellschafter § 130 HGB analog, der eine Haftung auch für die vor dem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft vorsieht. Der Ausschluss dieser Haftung bedarf einer besonderen Vereinbarung mit dem Gläubiger.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Kl. forderte von den Bekl. gezahltes Anwaltshonorar wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurück. Nachdem ein Scheck zur Begleichung der Klageforderung der Kl. übergeben wurde, streiten die Kl. und der Bekl. zu 2) über die Erledigung der Hauptsache bzw. die Kosten des Verfahrens. (. . .)

Im Rahmen von Sanierungsmaßnahmen wurde der Alleingeschäftsführer der Komplementärgesellschafterin der Kl. zu einer Besprechung in die Räume der Sparkasse gerufen. Dort wurde ihm der Zeuge, der kein zugelassener Rechtsanwalt ist, als Berater in „schwierigen Rechtsangelegenheiten" vorgestellt. Der Zeuge war in der Folgezeit häufig in den Geschäftsräumen der Kl., erteilte Weisungen gegenüber den Angestellten der Kl. und nahm Einsicht in ihre Geschäftsunterlagen. (. . .)

Der Zeuge überreichte dem ehemaligen Geschäftsführer der Kl. mit einem Anschreiben der Bekl. zu 1) und 3) eine Rechnung des Bekl. zu 1), Rechtsanwalt, an die Kl., mit der auch die Tätigkeit des Zeugen „gemäß Honorarvereinbarung" abgegolten werden sollte. Als Betreff waren in dem Schreiben und Berechnung aufgeführt: „Sparkasse (Beratung) Gesamtvollstreckung W.-Werk". Der Zeuge erklärte dazu, eine Zahlung des hälftigen Rechnungsbetrages sei zunächst ausreichend und die Einlösung des Schecks werde in Absprache mit dem damaligen Vorstand der Sparkasse erfolgen. Dem Zeugen wurde daraufhin vom Geschäftsführer der Kl. ein Scheck in Höhe der hälftigen Rechnungssumme zuzüglich Umsatzsteuer überreicht, der von den Bekl. zur Einlösung eingereicht und von der Sparkasse auch eingelöst wurde. Zu diesem Zeitpunkt waren die Bekl. zu 2) und 3) noch nicht Mitglieder der Anwaltskanzlei. Der Bekl. zu 3) war im Briefkopf aufgeführt; der Bekl. zu 2) war noch nicht als Rechtsanwalt zugelassen. Eine Sozietät besteht erst seit einem späteren Zeitpunkt. (. . .)

Die Kl. ließ die Bekl. mit anwaltlichen Schreiben zur Rückzahlung des Betrages auffordern. Darin wurden eine Auftragserteilung an den Zeugen und die in der Rechnung erwähnte Honorarvereinbarung in Abrede gestellt. Die Bekl. beriefen sich auf den Ausschluss des Rückforderungsanspruches gemäß § 814 BGB und führten darüber hinaus aus, ein Mandatsverhältnis zu der seinerzeitigen Anwaltskanzlei könne bewiesen werden. Ferner schrieben sie, auch nach Überprüfung der Angelegenheit keinerlei Veranlassung zu haben, von der offen stehenden Forderung abzurücken. Gleichzeitig wiesen sie darauf hin, dass auf Grund eines nunmehr abgeschlossenen Sozietätvertrages alle drei „hier firmierenden Anwälte" durch Einbringung von Honorarforderungen seitens des Rechtsanwaltes in die Sozietät Gläubiger der streitgegenständlichen Ansprüche geworden seien. Die Bekl. beriefen sich darauf, der Zeuge habe im Auftrage der Kl. umfangreiche Verhandlungen im Zuge der Gesamtvollstreckung geführt und es sei nicht vollständig auszuschließen, dass er auch schon einmal eine Moderatorenrolle übernommen habe, worauf der Eindruck entstanden sein könne, dass die Betreuung von Interessen der Bankengruppe ebenfalls das gewesen sei, worauf er sein Augenmerk gerichtet habe. (. . .)

Das LG hat der Klage nach Beweisaufnahme in voller Höhe stattgegeben. (. . .).

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung des Bekl. zu 2) ist unbegründet.

I. Auf Antrag der Kl. ist die Erledigung des Rechtsstreites festzustellen. Die Klage war auch gegen den Bekl. zu 2) bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses – der Zahlung durch den Bekl. zu 1) – zulässig und begründet.

Das LG hat im Ergebnis zu Recht auch den Bekl. zu 2) zur Rückzahlung des Honorars wegen ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB verurteilt.

II. 1. Die Berufung des Bekl. zu 2) bestreitet ausdrücklich nicht mehr das Bestehen eines Bereicherungsanspruches dem Grunde nach. So ist unstreitig geworden, dass die Sozietät der Bekl. die Vorschusszahlung der Kl. ohne Rechtsgrund erhalten hat und die Bekl. nicht den ihnen obliegenden Beweis führen können, dass der Vorschuss durch einen entsprechenden Honoraranspruch verbraucht wurde (vgl. Palandt/Thomas, 60. Aufl, § 812 BGB Rn. 104; BGH NJW 1989, 161 ff. u. 1606 ff.; Gerold/Schmidt/Madert, 13. Aufl., § 17 BRAGO Rn. 9). Insoweit kann dahingestellt bleiben, ob das LG nach der Beweisaufnahme zutreffend eine Auftragserteilung der Kl. an den Zeugen verneint hat, oder ob diese von vornherein gemäß § 134 BGB wegen eines Verstoßes gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG unwirksam war (vgl. BGH NJW 1999, 1715; Palandt/Heinrichs, 60. Aufl., § 134 BGB Rn. 9 u. 21 m. w. N.), wofür vorliegend durchaus gewichtige Gründe sprechen.

2. Schuldner des Rückforderungsanspruches aus § 812 Absatz 1 S. 1 1. Alt. BGB waren nicht nur die zum Zeitpunkt des Empfanges der Zuwendung der (Außen)sozietät angehörenden Bekl. zu 1) und 3), sondern auch der Bekl. zu 2). Der Haftung des Bekl. zu 2) steht nicht entgegen, dass er erst nach der Entstehung des Rückforderungsanspruches als Mitglied der Sozietät nach außen in Erscheinung getreten ist.

Soweit sich der Bekl. zu 2) darauf beruft, die Verpflichtung der Gesellschafter als Gesamthandgemeinschaft sei ein „aliud" gegenüber der persönlichen Haftung der Gesellschafter, vermag das der Berufung nicht zum Erfolg zu verhelfen. Die Kl. hat in der Klageschrift zum Ausdruck gebracht, dass sich die Forderung gegen die beklagten Rechtsanwälte und somit auch gegen den der Sozietät angehörenden Bekl. zu 2) richtete.

Diese Haftung traf auch den Bekl. als Gesellschafter der Sozietät. Ein Gesellschafter haftetet nämlich auch für die Altverbindlichkeiten, die vor seinem Eintritt in die Gesellschaft begründet waren.

a) An der Haftung des neu eintretenden BGB-Gesellschafters für so genannte „Altverbindlichkeiten" mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen bestanden und bestehen in der Lit. und Rspr. keine ernsthaften Zweifel.

Der in eine Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts neu eintretende Gesellschafter haftet für die vor seinem Eintritt begründeten Gesellschaftsschulden danach zumindest mit dem Gesellschaftsvermögen (vgl. BGHZ 74, 240, 242 f. = DNotZ 1979, 537; BGHZ 79, 374, 378 f. = DNotZ 1981, 485; Palandt/Sprau, 60. Aufl., § 736 BGB Rn. 6). Die Haftungsübernahme ist Folge des Gesamthandprinzips der Gesellschafter in ihrer Verbundenheit „als Gesellschaft", deren Mitglieder mit Wirkung für und ge-

gen das Gesellschaftsvermögen im Rechtsverkehr handeln können (vgl. auch BGHZ 78, 311 = DNotZ 1981, 299), weshalb § 718 Abs. 1 BGB dementsprechend die „durch die Geschäftsführung erworbenen Gegenstände", also auch die Rechte und Pflichten aus einem im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Vertrage dem Gesellschaftsvermögen zuweist. Der Bestand des Gesamthandvermögens mit allen Rechten und Pflichten wird von einem Mitgliederwechsel in der Gesellschaft dementsprechend nicht berührt (vgl. BGHZ 79, 378, 379 f. = DNotZ 1981, 485).

Daher hat der Bekl. zu 2) mit dem Eintritt in die Sozietät gegenüber Dritten den Schein gesetzt, auch einen Anteil am Gesellschaftsvermögen übernommen zu haben, der mit der bereits zuvor begründeten Verbindlichkeit belastet war, und muss es hinnehmen, dass der Gläubiger, wenn er in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken will, einen Titel gegen ihn gem. § 736 ZPO erwirken muss, obwohl der Bekl. zu 2) nach der in Lit. und Rspr. bisher überwiegend vertretenen Ansicht persönlich nicht haftete (vgl. Zugehör/Sieg, Handbuch der Anwaltshaftung, Rn. 364). In einem solchen Titel musste bei der Verurteilung von Gesellschaftern einer GbR eine vorliegende materielle Beschränkung der Haftung mit dem Gesellschaftsvermögen in der Urteilsformel zum Ausdruck kommen (vgl. MünchKomm/Arnold, 2. Aufl., § 736 ZPO Rn. 42 ff.; Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., S. 1809; vgl. auch MünchKomm/Ulmer, 3. Aufl., § 718 BGB Rn. 51: Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen; Müther, MDR 1998, 625, 629). In der ZPO ist der Fall der beschränkten Haftung des BGB-Gesellschafters nicht geregelt. Der beschränkt haftende Gesellschafter kann aber entsprechend § 780 ZPO ebenso wie der beschränkt haftende Erbe beantragen, dass ihm die Beschränkung seiner Haftung in dem Urteil vorbehalten wird. Dem steht § 786 ZPO nicht entgegen, wonach die Vorschriften über den Vorbehalt der beschränkten Haftung (§ 780 Absatz 1, 781 bis 784 ZPO) auf die Haftungsbeschränkungen gemäß §§ 1489, 1480, 1504, 1629 a, 2187 BGB anzuwenden sind. Die Aufzählung der Anwendungsfälle ist nicht abschließend gemeint, sondern sollte die dem Gesetzgeber damals alle bekannten Fälle der einseitigen Haftungsbeschränkung erfassen (vgl. Kornblum, BB 1970, 1445, 1453 m. w. N. in Fn. l07 und 108). Diese Haftungsbeschränkung im Erkenntnisverfahren geltend zu machen obliegt dem Schuldner, der insoweit eine Initiativlast trägt (vgl. Kornblum, a. a. O.; Müther/Noack, MDR 1974, 811, 813; Stein/Jonas/Münzberg, 21. Aufl., § 786 ZPO Rn. 8).

b) Da die Beschränkung der Haftung auf Gesellschaftsvermögen im landgerichtlichen Urteil nicht enthalten ist, obwohl der Bekl. zu 2) seine Passivlegitimation im Hinblick darauf bestritten hat, dass eine Sozietät mit ihm erst nach Entstehung des Bereicherungsanspruches gegründet wurde, wäre insoweit eine Abänderung in Betracht gekommen. Dem steht aber die Änderung der Rspr. des BGH im Urteil vom 29. 1. 2001 (vgl. BGH NJW 2001, 1056 ff. = RNotZ 2001, 224) – Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft – entgegen.

aa) Während nach der bisher in der Rspr. vertretenen Ansicht der neu eintretende Gesellschafter für Gesellschaftsschulden mit dem Privatvermögen nur dann haftete wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund gegeben war (vgl. BGHZ 74, 240, 242 f. = DNotZ 1979, 537; BGHZ 79, 374, 378 f. = DNotZ 1981, 485; Palandt/Sprau, 60. Aufl., § 736 BGB Rn. 6; Borgmann/Haug, Anwaltshaftung, 3. Aufl., § 36 Rn. 20) ist dies nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft durch den BGH im Urteil vom 29. 1. 2001 (vgl. BGH NJW 2001, 1056 ff. = RNotZ 2001, 224) anders zu beurteilen. Danach bestimmt sich das Verhältnis zwischen der Gesellschaftshaftung und der Gesellschafterhaftung wie bei der OHG gemäß §§ 128 f. HGB (vgl. BGH, a. a. O., S. 1061; bereits auch Timm, NJW 1995, 3209, 3217, auf dessen Ausführungen der BGH in der Entscheidung vom 29. 1. 2001 Bezug nimmt: BGH a. a. O., S. 1057). Die Konsequenz der Rechtsfähigkeit und der damit verbundenen gesetzlichen Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden entspricht derjenigen bei der OHG, die gemäß § 128 S. 1 HGB persönlich unbeschränkt und gemäß § 128 S. 2 HGB durch bloße Vereinbarung der Gesellschafter untereinander nicht beschränkbar ist (vgl. Karsten Schmidt, NJW 2001, 993, 999 m. w. N.). Für den neu eintretenden Gesellschafter gelten demnach nicht nur die §§ 128 f. HGB, sondern auch bei der BGB-Gesellschaft § 130 HGB analog, der eine Haftung auch für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft vorsieht. Der Ausschluss dieser Haftung bedarf einer besonderen Vereinbarung mit dem Gläubiger (vgl. Ulmer, ZIP 2001, 585, 598; Karsten Schmidt, a. a. O., S. 999; bejahend als Konsequenz der Entscheidung vom 29. 1. 2001: Habersack, BB 2001, 477, 482; Peifer, NGZ 2001, 296, 299; wohl auch Westermann, NGZ 2001, 289, 294 f.: „nicht verwundern, wenn sich die Rechtsprechung und die h. M. in diese Richtung entwickeln würde"; Dauner-Lieb, DStR 2001, 356, 358 f.). Die Folge der Bejahung des Akzessorietätsprinzips ist, auch den BGB-Gesellschafter der Haftung gemäß § 130 HGB zu unterwerfen, da diese ein zentraler Bestandteil des auf dem Akzessorietätsprinzip beruhenden Haftungsregimes ist (vgl. Ulmer, ZIP 2001, 585, 598). Mit Sinn und Zweck des Überganges von der Doppelverpflichtungs- zur Akzessorietätstheorie wäre eine andere Auffassung auch schwerlich vereinbar (vgl. Ulmer, a. a. O. S. 598). Nicht von ungefähr hat deshalb der BGH bereits die Haftung für Altverbindlichkeiten „ähnlich wie nach § 130 HGB" als „wohl folgerichtig" bezeichnet, wollte man „die handelsrechtlich durch §§ 128, 129 HGB vorgezeichnete Akzessorietät der Gesellschafterhaftung zur Gesellschafterschuld auf das Recht der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft übertragen" (BGHZ 74, 240, 242 = NJW 1979, 1821 = DNotZ 1979, 537).

Die Bejahung der Akzessorietätslehre macht den Weg frei für die aus dem systematischen Zusammenhang der §§ 128 ff. HGB folgende entsprechende Anwendbarkeit des § 130 HGB hinsichtlich der Haftung des eingetretenen BGB-Gesellschafters für Altverbindlichkeiten. Ohne die Regelung in § 130 HGB wäre der Gesellschaftsgläubiger damit belastet, die im Zeitpunkt der Begründung seiner Forderung vorhandenen Gesellschafter zu bestimmen, was ihm vielfach kaum oder nur schwer und häufig nur unzuverlässig möglich wäre. Er liefe Gefahr, dass der in Anspruch genommene Gesellschafter seine Mitgliedschaft zum fraglichen Zeitpunkt abstreitet (vgl. Habersack, a. a. O., S. 482). Durch die

entsprechende Anwendung des § 130 HGB werden verlässliche Haftungsstrukturen im Rechtsverkehr geschaffen (vgl. Ulmer, ZIP 2001, 585, 598), der nicht stets mit der erforderlichen Klarheit zwischen einer BGB-Gesellschaft und einer OHG unterscheiden kann (vgl. Westermann, NGZ 2001, 289, 291). Gerade für die außerhalb des Handelsregisters agierende GbR kommt diesem Aspekt besondere Bedeutung zu (vgl. Habersack, a. a. O., S. 482).

Die zur akzessorischen Haftung führenden Aspekte des Gläubigerschutzes sprechen dafür, gerade auch gesetzliche Verbindlichkeiten wie die vorliegende Bereicherungshaftung in die Haftung des neu eingetretenen Gesellschafters einzubeziehen. Die Gläubiger können sich hierbei – anders als bei rechtsgeschäftlicher Haftungsbegründung – ihren Schuldner nicht aussuchen (Ulmer, a. a. O., S. 597). Dass dies keine unzumutbare Härte für die Gesellschafter bedeutet, war für die Fälle der Leistungskondiktion schon bisher in der Lit. überwiegend anerkannt, weil dem Gesellschafter nicht zuletzt der Entreicherungseinwand nach § 818 Abs. 3 BGB verblieb, auf den sich nach dem Rechtsgedanken des § 129 Abs. 1 HGB auch die Gesellschafter persönlich berufen können (vgl. Ulmer, a. a. O., m. zahlreichen N. in Fn. 111). Zu berücksichtigen ist auch, dass eine Zuwendung oder eine sonst aufgrund von Gesetzesverletzung der Gesellschaft zufließende Leistung häufig nicht in deren Vermögen verbleibt, sondern über die Entnahmen der Gesellschafter und ihre Teilhabe am Ergebnis der Gesellschaft letztlich ihrem Privatvermögen zugute kommt. Daher kann es nicht unbillig sein, dass diese auch persönlich für die gesetzlichen Verbindlichkeiten haften. Im Ergebnis lassen sich keine überzeugenden Gründe gegen das Eingreifen akzessorischen Gesellschafterhaftung in Fällen gesetzlicher GbR-Verbindlichkeiten feststellen (vg. Ulmer, a. a. O., S. 597).

Diese Haftung ist in ihrer Konsequenz auch nicht unbillig und entspricht dem Grundmodell des Gesetzgebers in gesetzlichen Vorschriften jüngeren Datums über Haftung in Personengesellschaften. Neben einer Haftung des beitretenden Gesellschafters einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) für Altverbindlichkeiten, die in Art. 26 Abs. 2 EWIV-VO der Lösung in § 130 HGB entspricht, ist auch die Haftung für die Verbindlichkeiten der Partnerschaft den §§ 128, 130 HGB nahezu wörtlich nachgebildet, denn Art. 8 Abs. 1 S. 1 PartGG entspricht inhaltlich § 128 S. 1 HGB und die §§ 129, 130 HGB werden in § 8 Abs. 1 S. 2 PartGG für entsprechend anwendbar erklärt (vgl. dazu schon Timm, a. a. O., S. 3216). Zum Gesamtbild dieses Grundmodells gehört auch § 736 Abs. 2 BGB, der die Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters ausdrücklich durch sinngemäße Anwendung der Bestimmungen über die Begrenzung der Nachhaftung in Personenhandelsgesellschaften regelt. Damit setzt er aber eine Haftung des Gesellschafters in struktureller Nähe zu der des OHG-Gesellschafters voraus (vgl. Timm, a. a. O., S. 3216). Denjenigen, die unabhängig von einer Zustimmung des jeweiligen Vertragspartners einen Ausschluss der persönlichen Haftung erreichen möchten, steht letztlich eine Vielzahl von gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung durch die entsprechende Wahl der Rechtsform ihrer Betätigung zur Verfügung. Hierzu bieten sich z. B. die GmbH (siehe § 59 c BRAO n. F., auch Henssler, NJW 1999, 241) oder die Partnerschaft für freiberufliche Sozietäten gemäß § 8 Abs. 2, 3 PartGG an, in der nach dem Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung (vgl. BGH NJW 1999, 3483, 3485 zur allgemeinen Haftungsbegrenzung bei der GbR) die Haftung ebenfalls begrenzt werden kann.

bb) Eine besondere Vereinbarung der Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen mit der Kl. behauptet der Bekl. zu 2) nicht. Daher verbleibt es bei der aus der entsprechenden Anwendung des § 130 HGB folgenden unbeschränkten Haftung für Gesellschaftsschulden (vgl. BGH MDR 1992, 655; BGH MDR 1982, 208 = DNotZ 1982, 488), die bereits vor seinem Beitritt in die Sozietät bestanden haben.

Diese Haftung ist auch hier im Ergebnis nicht unbillig. Sie vermeidet den Widerspruch, der nach der Rechtsauffassung der Bekl. entstehen würde, wonach sie zwar Gläubiger des ursprünglich streitgegenständlichen Honoraranspruches geworden wären, wie sie in ihrem Schreiben geäußert haben, und dem Umstand, dass demgegenüber eine etwaige Haftung auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung nicht sie, sondern lediglich die Gesellschaft treffen würde. In diesem Schreiben haben sie der Kl. mitgeteilt, dass alle drei Rechtsanwälte der Sozietät Gläubiger der bestehenden Honorarforderungen geworden sind.

4. Handels-/Gesellschaftsrecht – Haftung des BGB-Gesellschafters für vor seinem Eintritt begründete Verbindlichkeiten
(OLG Düsseldorf, Urteil vom 20. 12. 2001 – 23 U 49/01 – mit Anmerkung *Heil, Krefeld,* und *Menninger, Düsseldorf*)

BGB §§ 705 ff.
HGB §§ 128 ff.

1. § 130 HGB ist eine Sondervorschrift des Handelsgesellschaftsrechts, die sich auf die GbR wegen ihrer Vielgestaltigkeit von klein- und nichtkaufmännischen Erwerbsgesellschaften bis zur Gelegenheitsgesellschaft nicht übertragen lässt.

2. Die rückwirkende Änderung der gefestigten Rechtsprechung würde den beitretenden Gesellschafter nachträglich Haftungsrisiken aussetzen, mit denen er im Zeitpunkt des Beitritts weder rechnen konnte noch musste. Die gesetzgeberischen Erwägungen lassen für eine Korrektur im Wege der Rechtsfortbildung keinen Raum.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die K. nimmt die Bekl. wegen unvollständigen Steuererklärungen für die Veranlagungszeiträume 1991 bis 1996 auf Schadensersatz in Anspruch.

Die Kl. ist Alleinerbin ihres verstorbenen Ehemanns, der Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH war. Der Bekl. zu 2) hat die Eheleute sowie die GmbH seit 1973 in allen steuerlichen Angelegenheiten als Steuerberater betreut. Der Bekl. zu 1) war

bis 1998 Angestellter des Bekl. zu 2) und hat anschließend mit diesem eine Steuerberatersozietät gegründet.

Das LG hat der Klage stattgegeben.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung des Bekl. zu 1) ist begründet; das Rechtsmittel des Bekl. zu 2) bleibt dagegen ohne Erfolg.

I. Gegenüber dem Bekl. zu 1) ist die Klage unschlüssig. Die Klägerin hat keine Umstände dargetan, aus denen sich dessen Haftung für den geltend gemachten Schaden ergeben könnte.

1. Die Voraussetzungen eines Anspruchs aus positiver Vertragsverletzung (pVV) liegen nicht vor.

a) Der Bekl. zu 1) ist durch die Beauftragung des Bekl. zu 2) mit der Anfertigung der Steuererklärungen für die Jahre 1991 bis 1996 nicht Partei des Steuerberatervertrages geworden; er haftet der Kl. auch nicht nach §§ 427, 714, 675 BGB als Mitglied einer gemeinsam mit dem Bekl. zu 2) betriebenen Steuerberatersozietät.

aa) Bei einer Sozietät rechtlicher oder steuerlicher Berater kommt zwar das Mandatsverhältnis nach dem insoweit übereinstimmenden Willen der Vertragsschließenden grundsätzlich mit allen Sozien zustande; für eine Schlechterfüllung des Beratungsvertrages haften deshalb alle Mitglieder der Sozietät als Gesamtschuldner (BGHZ 56, 355, 359 f. = NJW 1971, 1801; BGHZ 124, 47, 48 f. = NJW 1994, 257; BGH NJW-RR 1996, 313, 314; NJW 2001, 2462, 2463; Kamps/Alvermann, NJW 2001, 2121, 2122 m. w. N.). Das gilt jedoch nur im Falle einer im Zeitpunkt der Auftragserteilung bereits bestehenden Sozietät. Bei einem bereits vor Sozietätsgründung erteilten Einzelmandat hatten dagegen der Mandant und der Berater weder den Willen noch die rechtliche Befugnis, das Auftragsverhältnis zugleich mit oder für unselbstständige Hilfspersonen des Beraters oder sonstige Mitglieder einer seinerzeit noch gar nicht bestehenden Sozietät zu begründen; der spätere Sozius haftet daher allein wegen der nachvertraglichen Sozietätsgründung nicht für frühere Verletzungen der aus dem Beratervertrag erwachsenen Pflichten (BGH NJW 1988, 1973 m. w. N.; NJW 1990, 827, 829). Anderes gilt lediglich dann, wenn er im Zeitpunkt der Auftragserteilung durch Praxisschild oder Briefbögen bei dem Auftraggeber den Anschein einer Sozietät erweckt hat, weil Angehörige rechts- oder steuerberatender Berufe hierdurch nach außen hin als Mitglieder einer Sozietät in Erscheinung treten und sich deshalb nach den Grundsätzen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht an dem von ihnen gesetzten Rechtsschein festhalten lassen müssen (BGHZ 124, 47, 51 = NJW 1994, 257, 258; BGH NJW-RR 1988, 1299, 1300; NJW 1990, 827, 829; NJW 1991, 1225; NJW 1999, 3040, 3041; NJW 2000, 1333, 1334).

bb) Danach scheidet vorliegend eine eigene Beauftragung des Bekl. zu 1) von vornherein aus. Die Kl. hat unstreitig gestellt, dass die Steuerberatersozietät erst 1998 gegründet worden ist und der Bekl. zu 1) bis dahin lediglich als Angestellter des Bekl. zu 2) tätig war. (. . .) Dass der Bekl. zu 1) seit 1973 für sie, ihren Ehemann oder die GmbH tätig gewesen ist, begründet nicht seine persönliche Haftung; dass beide Bekl. nach Begründung der Sozietät im Zuge der Nachfestsetzung für den Veranlagungszeitraum 1995 für die Kl. tätig waren, ist für den Klageanspruch irrelevant (vgl. unten b.bb) und in seiner rechtlichen Bedeutung für eine „Außenhaftung" des Bekl. zu 1) für Versäumnisse aus der Zeit vor der Sozietätsgründung keine geständnis- oder präklusionsfähige Tatsache.

b) Der Bekl. zu 1) haftet der Kl. auch nicht deshalb, weil er nach Begründung der Sozietät 1998 ihr Vertragspartner geworden ist.

aa) Das einer bereits bestehenden Sozietät erteilte Mandat erstreckt sich zwar in aller Regel auch auf später eintretende Sozietätsmitglieder (BGHZ 124, 47, 49 = NJW 1994, 257; BGH NJW 2001, 1575, 1576; NJW 2001, 2462, 2463). Ist das Mandat dagegen – wie hier – zunächst nur einem rechtlichen oder steuerlichen Berater erteilt worden, so führt die spätere Gründung einer Sozietät nicht ohne weiteres zu einer Erweiterung des Auftragsverhältnisses; hierzu bedarf es vielmehr einer zumindest stillschweigenden Einbeziehung des Sozius in das bisherige Einzelmandat (BGHZ 124, 47, 49 = NJW 1994, 257; BGH NJW 1988, 1973 m. w. N.; NJW 1990, 827, 829). Dies setzt voraus, dass die Sozien bei der Ausführung des Auftrags – etwa durch Übersendung eines unter gemeinsamem Briefkopf beider Sozien gefertigten Schreibens – gegenüber dem Mandanten gemeinsam auftreten und das Verhalten beider Seiten dahin zu deuten ist, dass sie sich über die Erstreckung des Mandats auf die Sozietät einig sind (BGH a. a. O.).

bb) Auch insoweit fehlt es bereits an einem schlüssigen Klagevortrag. Das einzige zur Akte gereichte Schreiben der Bekl. unter einem gemeinsamen Briefkopf datiert von 1999 und befasst sich nicht mit der Durchführung eines noch nicht beendeten Auftrags; es enthält lediglich eine Aufstellung der im Zuge der bereits abgewickelten Aufträge unberücksichtigt gebliebenen Zinsen. Aber selbst wenn der Bekl. zu 1) nach Sozietätsgründung in das Mandatsverhältnis zur Kl. einbezogen worden wäre, so mangelt es sowohl an einer nachfolgenden Pflichtverletzung als auch auf einem hierauf beruhenden Schaden; unstreitig erschöpfte sich die weitere – erfolgreiche – Tätigkeit der Bekl. darin, die nachträgliche Berücksichtigung der Zinsaufwendungen im Veranlagungszeitraum 1995 zu bewirken.

2. Entgegen der Auffassung der Kl. hat der Bekl. zu 1) auch nicht analog §§ 128, 130, 28 HGB für die bereits vor der Gründung der Sozietät entstandenen Ersatzansprüche gegen den Bekl. zu 2) einzustehen. Weder § 130 HGB noch § 28 HGB sind vorliegend entsprechend anwendbar.

a) Eine freiberufliche Rechtswalts- oder Steuerberatersozietät betreibt kein Gewerbe i. S. der § 1 ff. HGB; es handelt sich vielmehr rechtlich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGH NJW 1988, 1973; NJW-RR 1996, 313, 314). Nach der st. Rspr. des II. Zivilsenats des BGH, der sich neben dem IX. Zivilsenat (a. a. O.) auch das BAG angeschlossen hat (NJW 1988, 222, 223 = DNotZ 1988, 511), haften die Gesellschafter einer GbR jedoch nicht kraft Gesetzes für vor ihrem Eintritt begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten; hierzu bedarf es vielmehr einer – vorliegend nicht gegebenen – be-

sonderen Vereinbarung mit dem Gläubiger (BGHZ 74 240, 241 ff. = NJW 1979, 1821 = DNotZ 1979, 537; BGH NJW 1992, 1501, 1503 = DNotZ 1992, 578; NJW 1997, 1580, 1581 = DNotZ 1997, 974 [insoweit in BGHZ 134, 224 nicht abgedruckt]). An dieser Rechtslage hat sich auch durch die Entscheidung des II. Zivilsenats vom 29. 1. 2001 (NJW 2001, 1056 ff. = RNotZ 2001, 224) nichts geändert. Danach besteht zwar in Konsequenz der Anerkennung einer beschränkten Rechtsfähigkeit der GbR eine akzessorische Verknüpfung zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterhaftung. Der jeweilige Bestand der Gesellschaftsschuld ist aber nur insoweit für die persönliche Haftung maßgebend, als „der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft auch persönlich haftet" (a. a. O., S. 1061). Die *Begründung* dieser (sodann akzessorischen) Haftung bestimmt sich jedoch nach der ausdrücklich in Bezug genommenen Entscheidung vom 27. 9. 1999 (BGHZ 142, 315, 318 = NJW 1999, 3483, 3484 = DNotZ 2000, 135 = MittRhNotK 1999, 353) nicht nach den Sondervorschriften für Handelsgesellschaften, sondern nach § 714 BGB; sie setzt somit eine auf den Gesellschaftsvertrag rückführbare Geschäftsführungsbefugnis voraus und gilt deshalb nicht für bereits vor dem Beitritt begründete Verbindlichkeiten (vgl. BGH – IX. Zivilsenat – NJW 1988, 1973; NJW-RR 1996, 313, 314). Dementsprechend hat der II. Zivilsenat in seinem Urteil vom 29. 1. 2001 lediglich auf die Parallele zur „akzessorischen Haftung gemäß §§ 128 f. HGB bei der OHG", nicht aber auf die Überleitungsvorschrift für den eintretenden Gesellschafter in § 130 HGB verwiesen (NJW 2001, 1056, 1061 = RNotZ 2001, 224). Dass er damit seine Rspr. zur Haftung der GbR-Gesellschafter für Altschulden nicht aufgeben wollte, ergibt sich auch aus dem Umstand, dass er trotz der dieser Auffassung beitretenden Entscheidungen des IX. Zivilsenats des BGH und des BAG weder das Beteiligungsverfahren nach § 132 Abs. 3 GVG noch das Verfahren vor dem gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes eingeleitet hat (vgl. Jauernig, NJW 2001, 2231, 2232).

Soweit in der Lit. aus der „OHG-ähnlichen Gesellschafterhaftung" der Schluss auf eine (unmittelbare oder entsprechende) Anwendung des § 130 HGB gezogen worden ist (so K. Schmidt, NJW 2001, 993, 999), vermag der Senat dem nicht zu folgen. § 130 BGB ist eine Sondervorschrift des Handelsgesellschaftsrechts, die sich auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts wegen ihrer Vielgestaltigkeit von klein- und nichtkaufmännischen Erwerbsgesellschaften bis zur Gelegenheitsgesellschaft nicht übertragen lässt. Die unterschiedliche Haftung für Altschulden der Gesellschaft beruht vielmehr auf wohlerwogenen gesetzgeberischen Erwägungen, die für eine Korrektur im Wege der Rechtsfortbildung keinen Raum lässt (BGHZ 74, 240, 242 f. = NJW 1979, 1821 = DNotZ 1979, 537; BAG NJW 1988, 222, 223 [unter 5] = DNotZ 1988, 511). Dies gilt umso mehr, als die rückwirkende Änderung einer gefestigten Rspr. den einer GbR beitretenden Gesellschafter nachträglich Haftungsrisiken aussetzen würde, mit denen er im Zeitpunkt des Beitritts weder rechnen konnte noch musste. Eine solche Rechtsfortbildung ist nur bei einem überwiegenden Interesse der Allgemeinheit oder des hierdurch begünstigen anderen Beteiligten zulässig (BVerfGE 58, 128, 164 ff. = NJW 1983, 103, 107; BGH [Großer Senat] BGHZ 85, 64, 66 = NJW 1983, 228; BGHZ 132, 6, 11 = NJW 1996, 925, 926; BGHZ 132, 119, 130 = NJW 1996, 1467, 1470 = DNotZ 1997, 616), für das vorliegend nichts ersichtlich ist.

b) Im Übrigen greift § 130 HGB selbst im Falle ihrer entsprechenden Anwendbarkeit auf die GbR nicht zugunsten der Kl. ein. Jene Vorschrift setzt ausdrücklich den Eintritt in eine „bestehende Gesellschaft" voraus, an der es vorliegend fehlt; durch den Eintritt des Bekl. zu 1) in die bisher allein vom Bekl. zu 2) betriebene Steuerberaterpraxis ist die Gesellschaft vielmehr erst entstanden. Die Haftung des neuen Gesellschafters in einem solchen Fall ist nicht in § 130 HGB, sondern nur in § 28 HGB geregelt. Jene Vorschrift setzt jedoch die Kaufmannseigenschaft des Einzelunternehmens im Rechtssinne voraus; sie findet daher weder unmittelbare noch entsprechende Anwendung, wenn durch den „Eintritt" eines oder mehrerer Gesellschafter in den bisherigen Gewerbebetrieb keine OHG oder KG, sondern lediglich eine GbR entsteht (BGHZ 31, 397, 400 f. = NJW 1960, 624; BGHZ 143, 314 = NJW 2000,1193 m. w. N.). So liegt der Fall hier, weil Freiberufler wie Rechtsanwälte oder Steuerberater kein Gewerbe i. S. der §§ 1 ff. HGB betreiben (oben a) m. w. N.).

II. Die Berufung des Bekl. zu 2) hat dagegen keinen Erfolg. Dieser haftet der Kl. aus positiver Vertragsverletzung i. V. mit § 1922 BGB auf vollen Ersatz des ihr und ihrem verstorbenen Ehemann aus der Nichtberücksichtigung der Zinsaufwendungen als Werbungskosten entstandenen Schadens. (. . .)

Anmerkung: Das OLG Hamm hat nunmehr festgestellt, dass auf Grund der geänderten BGH-Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft der neu eintretende Gesellschafter für Altverbindlichkeiten nicht nur mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen, sondern – als Folge der Bejahung des Akzessorietätsprinzips – in entsprechender Anwendung des § 130 HGB auch mit seinem Privatvermögen haftet. Dies steht im Gegensatz zu einer gefestigten Rechtsprechung des BGH[1], die allerdings nicht auf der Basis der Lehre von der Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität der GbR erging, und zur traditionellen Lehre vom Gesamthandsvermögen als Sondervermögen der Gesellschafter, die über Jahrzehnte herrschend war[2]. Rechtsprechungswechsel, die eine derartige für die Praxis bedeutsame Haftungsverschärfung bewirken, müssen kritisch hinterfragt werden.

a) Der BGH hat sich bisher in mehreren Entscheidungen ausdrücklich gegen eine akzessorische Haftung der Gesellschafter in der GbR ausgesprochen und dies damit begründet, dass die strenge handelsrechtliche Haftung gemäß dem OHG-Recht im Recht der GbR nicht vorgesehen sei (HGB als Sonderrecht der Kaufleute und Handelsgesellschaften), für eine entsprechende Anwendung kein Raum sei und diese Haftung im Ergebnis auf die vielgestaltigen GbRs auch nicht passe[3]. Eine persönliche Haftung des neu Eintretenden für Alt-

1 BGHZ 74, 240, 243.

2 Vgl. zuletzt etwa Kraft/Kreutz, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2000, 102 ff. m. w. N.; Zöllner, FS Kraft, 1998, S. 701 ff.; Heil, NZG 2001, 300 ff. m. w. N.

3 BGHZ 74, 240 = NJW 1979, 1821; NJW 1992, 1615, 1617; BB 1998, 2128.

schulden bedürfe eines besonderen Verpflichtungsgrundes (z. B. Schuldbeitritt). Die Anerkennung der Rechtssubjektivität der GbR als solche hat der BGH ausdrücklich nur mit der Anerkennung einer Haftung entsprechend §§ 128 f. HGB verbunden (also nicht „ff."!)[4], so dass die Frage der Haftung entsprechend § 130 HGB vom BGH offen gelassen wurde.

b) In der Literatur wurden zur hier untersuchten Frage seit dem Rechtsprechungswechsel des BGH diverse Stellungnahmen abgegeben, die hier kurz vorgestellt werden sollen: Hierbei ist zu unterscheiden zwischen die Haftung entsprechend § 130 HGB bejahenden Ansichten[5] und ablehnenden Äußerungen[6].

Als Argumente für eine persönliche Altschuldenhaftung, also eine analoge Anwendung des § 130 HGB, werden vorgetragen, dass die Haftung nach § 130 HGB zentraler Bestandteil des Akzessorietätsprinzips sei[7] und die Gläubiger bei der Inanspruchnahme von Gesellschaftern der GbR nicht mehr den – ihnen angeblich häufig kaum möglichen – Nachweis erbringen müssten, dass diese bei Entstehung der Verbindlichkeit schon Mitglied der Gesellschaft waren[8]. Eine unter Umständen komplizierte Feststellung des Eintrittzeitpunkts des Gesellschafters sei insofern nicht mehr erforderlich. Dadurch werde dem Verkehrsschutzinteresse entsprochen[9]. Viele Befürworter der erweiterten Gesellschafterhaftung entsprechend § 130 HGB halten es mit Blick auf die jüngste Rechtsprechung des BGH[10] für konsequent oder zu erwarten, dass dieser nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR und der Anwendbarkeit der § 128 f. HGB auf die GbR bei nächster Gelegenheit nun auch noch eine entsprechende Anwendung von § 130 HGB durchsetze[11].

c) Die Gegenmeinung führt an, dass die Haftung für Altschulden eines neu in die BGB-Gesellschaft Eintretenden mit seiner Beteiligung am Gesellschaftsvermögen durchaus richtig sei. Dies dürfe aber trotz der zugestandenen strukturellen Nähe der Gesamthandsgemeinschaften nicht auf eine entsprechende Anwendung des § 130 HGB ausgedehnt werden. Eine einen kaufmännischen Betrieb unterhaltende OHG könne nicht mit einer GbR verglichen werden, die im Gegensatz zur OHG sehr vielgestaltig in ihrem Tätigkeitsfeld sein könne. Insofern sei die entsprechende Anwendung einer so strengen Haftungsnorm wie § 130 HGB nicht angebracht[12]. Es wird darauf hingewiesen, dass eine automatische Haftung für Altschulden im deutschen Recht grundsätzlich die Ausnahme bildet[13] und dass diese Haftung im deutschen Handelsrecht singulär im Vergleich zu anderen ausländischen Rechtsordnungen sei[14].

d) Das OLG Hamm verarbeitet einige der vorstehenden Argumente und fügt weitere hinzu, um die Haftung des neu Eintretenden entsprechend § 130 HGB zu bejahen. Kritisch ist vorab anzumerken, dass das Urteil an einigen Stellen formale Schwächen aufweist: Daraus, dass die vom BGH bejahte Haftung nach §§ 128 *f.*[15] HGB derjenigen in der OHG entspricht, kann man nicht logisch „demnach" folgern, dass § 130 HGB entsprechend gilt. Ferner wird Westermann unrichtigerweise als „wohl" zustimmend angeführt.

Das OLG Hamm trägt zusätzlich vor, dass das Gesellschaftsvermögen nach und nach durch Entnahmen der Gesellschafter und ihre Teilnahme am Ergebnis der Gesellschaft letztlich ihrem Privatvermögen zugute komme. Daher sollen sie dann auch mit dem Privatvermögen für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften müssen. Diejenigen, die eine persönliche Haftung vermeiden wollten, könnten immer noch darauf zugeschnittene Gesellschaftsformen (GmbH, Partnerschaft für freiberufliche Sozietäten, bei der nach Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung die pers. Haftung beschränkt werden kann) wählen. Das OLG führt ferner eine eingehende Billigkeitskontrolle durch.

e) Ausgangspunkt für eine Stellungnahme muss bei der Frage der entsprechenden Anwendung des § 130 HGB im Recht der GbR die Feststellung der planwidrigen Gesetzeslücke sein. Über diese Frage ist viel, vielleicht zu viel, geschrieben worden. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat unter Zustimmung der Literatur[16] über Jahrzehnte trotz Prüfung eine Gesetzeslücke mehrfach verneint und gleichwohl alle Fälle einer gesetzlichen Lösung zuführen können. Der historische Gesetzgeber, der mit dem Gesamthandsprinzip ein „auch dem Nichtjuristen verständliches Prinzip" hat einführen wollen[17], ist von der gesamtschuldnerischen Haftung der Gesellschafter aus gemeinschaftlicher Verpflichtung mehrerer nach § 427 BGB ausgegangen[18] und die Rechtsprechung ist dem lange gefolgt. Mit diesem Konzept lässt sich eine persönliche Haftung des Eintretenden für Altschulden ohne besonderen Verpflichtungsgrund logisch nicht vereinbaren, wie der BGH zutreffend feststellte[19]. Die Gesetzeslücke, die die Anwendung der akzessorischen Haftung des HGB erst ermöglicht, deswegen zu bejahen, weil das BGB zwar die Frage der Enthaftung des Ausscheidenden, nicht aber die Frage der Haftung des Eintretenden regle[20], greift zu kurz. Das BGB hat auf Grund

4 BGH, RNotZ 2001, 224, 230 mit Anm. Brandani; dies betont auch Hadding, ZGR 2001, 712, 740.
5 K. Schmidt, NJW 2001, 993, 999; Ulmer, ZIP 2001, 585, 598; Habersack, BB 2001, 477, 482; Hadding, ZGR 2001, 712, 740 (nach ihm ist aber eine genaue Auseinandersetzung mit der bisherigen Rspr. erforderlich); Gesmann-Nuissl, WM 2001, 973, 978.
6 Wiedemann, JZ 2001, 661, 664; Westermann, NZG 2001, 294 f.; Wertenbruch, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, 2000, S. 182, 223; Wunderlich, WM 2002, 271, 274; zum gleichen Ergebnis müssen ferner alle Vertreter der traditionellen Lehre kommen, s. u.
7 Ulmer, ZIP 2001, 585, 598.
8 Ulmer, ZIP 2001, 585, 598; ähnlich Gesmann-Nuissl, WM 2001, 973, 978; Habersack, BB 2001, 477, 482.
9 Gesmann-Nuissl, WM 2001, 973, 978.
10 BGH NJW 2001, 1056 ff. = RNotZ 2001, 224 mit Anm. Brandani; vgl. auch BGHZ 74, 240.
11 Ulmer, Hadding, Habersack, Gesmann-Nuissl, K. Schmidt, jeweils a. a. O.
12 Westermann, NZG 2001, 294 f.; ähnlich Wiedemann, JZ 2001, 664.
13 Wunderlich, WM 2002, 271, 274.
14 Wiedemann, JZ 2001, 661, 664 m. w. N.
15 Kursivhervorhebung von den Verfassern; vgl. oben Fn. 4.
16 Zur Rspr. oben Fn. 3; ferner Hommelhoff, ZIP 1998, 8, 15; Habersack, BB 1999, 61, 62; Wunderlich, WM 2002, 272; alle Vertreter der trad. Lehre, etwa Kraft/Kreutz und Zöllner, jeweils a. a. O. (Fn. 2); Cordes, JZ 1998, 545 ff.; Heil, NZG 2001, 300, 304.
17 Protokolle II, S. 431.
18 Vgl. Protokolle in Mugdan II, S. 987; ebenso Flume, AT I/1, § 16 IV 3, S. 325 ff.; Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 542; BGH, MittRhNotK 1999, 353, 354 = BGHZ 142, 315.
19 BGHZ 74, 240, 243.
20 So aber Gesmann-Nuissl, WM 2001, 973, 978.

seiner eine Rechtssubjektivität der GbR nicht bejahenden Konzeption die Haftung des Eintretenden für Altschulden mit seinem Privatvermögen nicht ausdrücklich regeln müssen, sondern systematisch mitgeregelt: Es ist klar, dass man etwa jemanden aus einem Vertrag nicht persönlich in Anspruch nehmen kann, der das Verpflichtungsgeschäft gar nicht abgeschlossen hat, wenn kein weiterer Verpflichtungsgrund vorliegt.

Folgt man der sog. Gruppenlehre, muss man sich vor Augen halten, dass ein Akt „tiefgreifender Rechtsfortbildung" in der Anerkennung der GbR als Rechtssubjekt liegt[21]. Damit ist die Frage der Haftung entsprechend § 130 HGB keine Frage der analogen Anwendung dieser Norm auf eine Gesetzeslücke, sondern eine Frage dahin gehend, ob das Rechtsfortbildungsprogramm die Einbeziehung einer Haftung nach § 130 HGB zwingend mitumfasst. Es darf nicht der Eindruck entstehen, als ob die Bejahung einer Haftung eine Frage der „Sachgerechtigkeit"[22] oder der Billigkeit[23] sei. Wer haften soll, muss dies vom Richter aus dem Gesetz zwingend begründet erhalten. § 130 HGB ist daher nur dann entsprechend anwendbar, wenn das durch Rechtsfortbildung für die GbR gewonnene Akzessorietätsmodell seine Anwendung zwingend einschließt oder – wenn dies nicht der Fall ist – eine Rechtsfortbildung auch dahin gerechtfertigt ist, § 130 HGB entsprechend heranzuziehen. Dazu reicht nicht eine Argumentation der Sachgerechtigkeit, sondern es müssen zwingende Gründe, wie etwa ein zwingendes Verkehrsbedürfnis, bestehen[24]. Dem OLG Hamm ist zuzugestehen, dass der Gesetzgeber in neueren Regelungen über die Gesamthand (EWIV, PartGG) eine akzessorische Haftung nach § 130 HGB regelmäßig vorgesehen hat. Es handelt sich aber bei all diesen Fällen um Sonderformen der Gesamthand und nicht um die Grundform, die die GbR darstellt. Der Schluss vom Besonderen auf das Allgemeine ist grundsätzlich[25] unzulässig. Da die Haftung nach § 130 HGB in § 8 Abs. 2 und 3 PartGG deutlich „durchlöchert" ist und selbst Flume auf der Basis der Gruppenlehre eine Enthaftung des neu Eintretenden durch Bekanntmachung der Nichtübernahme der persönlichen Haftung für Altschulden für möglich hält[26], ist die Haftung nach § 130 HGB nicht zwingender Bestandteil der Akzessorietätslehre, was Wiedemann auch rechtsvergleichend festgestellt hat[27]. Auch die Argumentation von der „strukturellen Nähe" der rechtsfähigen GbR zur OHG[28] ist argumentativ nicht tauglich: Nähe ist gerade nicht Identität und kann bedeuten, dass ein identisches Haftungsmodell nicht in allen Details gesetzlich gefordert ist[29]. Ein zwingendes Verkehrsbedürfnis für die Bejahung der entsprechenden Anwendung des § 130 HGB kann angesichts der jahrzehntelangen gegenteiligen Praxis, ohne dass große Missstände bekannt wurden, nicht angenommen werden, zumal ein schutzwürdiges Vertrauen des Gesellschaftsgläubigers in die Mithaftung eines zum Zeitpunkt des Verpflichtungsgrundes gar nicht vorhandenen Gesellschafters nicht besteht[30]. Er kann bestenfalls darauf vertrauen, dass ihm das – möglicherweise flüchtige, da nicht durch Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften geschützte – Gesellschaftsvermögen und die Gesellschafter persönlich haften, während deren Mitgliedschaft er kontrahiert hat, geschädigt wurde etc[31]. Die Problematik der Feststellung des Eintrittszeitpunkts wird vom Gesetz, wie sich aus der gleichgerichteten Problematik der Feststellung des Austrittszeitpunkts ergibt, nicht als hinderlich angesehen, Haftungen bzw. Enthaftungen daran anzuknüpfen, § 736 BGB. Die Feststellung des Eintrittszeitpunktes ist eine „ganz normal" durch Beweis zu klärende Frage. Eine Haftung deswegen zu bejahen, weil der Beweis der Begründung der Haftung andernfalls nur schwer zu führen sei, deutet darauf hin, dass man nicht aus dem Gesetz eine Lösung durch suchendes Fragen[32] entwickelt, sondern dass man das gewünschte Ergebnis zu begründen versucht[33]. Die vom OLG Hamm erwogenen Vermögensverschiebungen in das Vermögen des Eintretenden sind spekulativ und beachten auch nicht, dass der ausscheidende Gesellschafter – wenn auch begrenzt – nach § 736 BGB noch längere Zeit (neben dem neuen) weiter haftet und sich im Falle der Anteilsabtretung regelmäßig eine Gegenleistung ausbedingt, die vom Erwerber in sein Vermögen fließt. Ferner kann der in Anspruch genommene neu Eintretende das Risiko einer Haftung für Altschulden kaum abschätzen. Dass hier der strenge Handelsverkehr weitaus eher persönliche Haftungen zulassen kann als das weite Recht der GbR, ist augenfällig[34]. Das sichtliche Unbehagen selbst von Vertretern der Gruppenlehre wie Ulmer, die grundsätzlich bejahte Haftung entsprechend § 130 HGB auf eine Vielzahl von Gesellschaften ausgedehnt zu sehen, wird dadurch erkennbar, dass Ulmer versucht, die Rechtsfähigkeit nur bei sog. „höherstufigen" GbRs anzunehmen. Auf dieser einschränkenden Linie befindet sich der BGH gerade nicht[35]: Die einschränkenden Kriterien von Ulmer haben in die Rspr. bisher keinen Eingang gefunden und wären auch nur schwer in der Praxis handhabbar. Auch deswegen ist die pauschale Anwendung des § 130 HGB auf rechtsfähige GbRs im Sinne der bisher nicht näher differenzierenden BGH-Rspr. sehr in Frage gestellt.

---

21 Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 543; zustimmend K. Schmidt, NJW 2001, 1002; Wiedemann, JZ 2001, 661; Westermann, NZG 2001, 289/290. Wer den nichtrechtsfähigen Verein i. S. v. § 54 BGB (der auf die Vorschriften über die GbR, §§ 705 ff. BGB, verweist) für rechtsfähig hält, kann sich entgegen Hadding, ZGR 2001, 728, nicht auf eine reine Gesetzesauslegung berufen.

22 Darauf stellt Gesmann-Nuissl, a. a. O., ab.

23 In diese Richtung das OLG Hamm.

24 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, S. 302.

25 Ausnahme wäre der allgemeine Rechtsgedanke hinter allen Vorschriften.

26 Flume AT I/1, § 16 IV 7, S. 345.

27 Wiedemann, JZ 2001, 661, 664.

28 OLG Hamm, a. a. O.

29 In diesem Sinne auch Westermann, NZG 2001, 294; allein auf die OHG-Ähnlichkeit abstellend K. Schmidt, NJW 2001, 999.

30 Insoweit ist die Wortwahl von Gesmann-Nuissl, WM 2001, 973, 978, der neu Eintretende könnte sich der Haftung „entziehen", nicht treffend: Man muss seine Haftung erst einmal zwingend positiv begründen.

31 Die Anwendung der akzessorischen Haftung auf gesetzliche Schulden, z. B. aus Delikt, ist streitig.

32 Dazu Zöllner, FS Kraft, S. 701.

33 Darauf deuten auch Formulierungen im OLG-Urteil hin wie „macht den Weg frei für . . ."; wegen des Nachweisproblems die Haftung bejahend aber Ulmer, ZIP 2001, 585, 598.

34 Westermann, NZG 2001, 294: „nicht mit der einen kaufmännischen Gewerbebetrieb unterhaltenden OHG vergleichbar"; Wunderlich, WM 2002, 274.

35 Vgl. BGH, DNotZ 2001, 234 mit Anm. Schemmann = RNotZ 2001, 224 mit Anm. Brandani.

Nach allem ergibt eine nähere Betrachtung, dass die besseren Argumente für die Ablehnung einer Haftung entsprechend § 130 HGB in der – soweit man sie anerkennt – rechtsfähigen GbR sprechen[36]. Verstärkt wird dieser Eindruck dadurch, dass mit dieser Ablehnung ein Gleichlauf von bisheriger Lehre und Rspr.[37] einerseits und neuerer Dogmatik andererseits erreicht wäre, was der Rechtssicherheit (Kontinuität und Vorhersehbarkeit) förderlich wäre. Darauf sind gerade die vertragsgestaltende Praxis und der Rechtsverkehr angewiesen.

Für die hier vertretene Ansicht hat sich, was erst nach der erstmaligen Erstellung der vorstehenden Anmerkung bekannt wurde, auch das OLG Düsseldorf ausgesprochen. Es hält § 130 HGB zutreffend für eine Sondervorschrift des Handelsrechts, sieht ebenso zutreffend keinen Raum für eine Rechtsfortbildung und verweist auf die nicht akzeptable rückwirkende Haftungsverschärfung im Falle eines Rechtsprechungswechsels. Besonders ist hervorzuheben, dass das OLG Düsseldorf der neuesten Rspr. des BGH weiter entnimmt, selbst § 128 HGB sei nur anwendbar, wenn der Gesellschafter überhaupt hafte, die Haftungsbegründung richte sich nicht nach § 128 HGB, sondern nach § 714 BGB. Damit ist die in der neuesten Literatur eiligst angenommene Überstülpung des Haftungsmodells der OHG auf die GbR sehr in Frage gestellt. Insofern darf eine nun unvermeidbar gewordene Stellungnahme des BGH mit Spannung erwartet werden.

Aus traditioneller Sicht bleibt noch kritisch anzumerken, dass es bedauerlich ist, dass die hier untersuchte Grundfrage des Gesellschaftsrechts, die nach traditioneller Dogmatik gesetzlich geregelt und höchstrichterlich geklärt war, nunmehr nach über 100 Jahren BGB die Gerichte beschäftigen muss und über viele Pro- und Contra-Argumente und Sachgerechtigkeits- und Billigkeitserwägungen geklärt wird. Der nach der neuen Rspr. haftende neu Eintretende hätte es jedenfalls verdient, wenn man die gegen seine Haftung sprechenden Argumente umfassender – nämlich wie das OLG Düsseldorf – würdigen würde[38]. Einmal mehr zeigt sich, dass die Gruppenlehre unsicheres Terrain schafft, wie dies auch im Grundbuchrecht bei der Frage der Folgeverfügungen des eingetragenen Rechtssubjekts GbR zu beklagen ist. Die Frage, wie die Handelnden später ihre Vertretungsmacht grundbuchtauglich und in einer für den Rechtsverkehr sicheren Weise nachweisen sollen, wurde bisher nicht überzeugend beantwortet[39].

Notar Dr. Hans-Jürgen Heil, Krefeld, und stud. iur. Lars Menninger, Düsseldorf

5. Notarrecht – Reichweite des BGH-Urteils zur Umschreibungssperre

(LG Bonn, Beschluss vom 14. 2. 2002 – 4 T 801/01 – mitgeteilt von Notar Dr. Peter Kemp, Bonn – mit Anmerkung *Fabis*, *Wuppertal*)

AGBG § 9 Abs. 2 Nr. l
BeurkG § 53
BGB §§ 307 Abs. 2 Nr. 1; 320
BNotO § 15
GBO § 15

1. Die Entscheidung des BGH vom 7. 6. 2001 (DNotZ 2002, 41 ff. m. Anm. Basty und RNotZ 2002, 50 ff. m. Anm. Litzenburger) zur AGB-Widrigkeit einer Umschreibungssperre im Bauträgervertrag kann sich auf den verfahrensmäßigen Vollzug des Vertrages durch den Notar nicht unmittelbar auswirken, da dieser von der materiell-rechtlichen Frage der Zug-um-Zug-Leistung zwischen den Beteiligten zu trennen ist.

2. Die übereinstimmende Weisung der Parteien, erst nach Zahlung des Kaufpreises zum Vollzug der Urkunde tätig zu werden, bindet den Notar. Entfiele diese Klausel, würde dies den Notar nicht verpflichten, auf einseitiges Verlangen den Umschreibungsantrag zu stellen.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1), 2) und 3) schlossen vor dem Notar einen Kauf- und Werklieferungsvertrag (Bauträgervertrag). Dabei sollte auf dem Grundstück ein Wohn- und Geschäftshaus errichtet werden. Die Bet. zu 1) sollte hiernach einen Miteigentumsanteil an dem Grundbesitz, verbunden mit dem Sondereigentum an einer Gewerbeeinheit (Praxis) sowie das Sondernutzungsrecht an Tiefgaragenstellplätzen erwerben. Die Kaufpreisfälligkeit regelt sich nach Ziff. IV. des Vertrages nach dem Bautenstand. In Ziff. XII. heißt es u. a.:

„. . . Der vertretene Notar wird angewiesen, den Umschreibungsantrag dem Grundbuchamt erst dann zum Vollzug vorzulegen und beglaubigte Abschriften oder Ausfertigungen dieser Urkunde, in denen die Auflassung enthalten ist, erst dann zu erteilen, wenn der Käufer den Kaufpreis – ohne Zinsen – an den Verkäufer gezahlt hat".

Wie weit die Bauarbeiten seit Vertragsschluss gediehen sind und ob und wenn ja, welche Mängel an dem Bauwerk bestehen, ist im Einzelnen nicht bekannt. Zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt ist der Bauträger in die Insolvenz geraten.

Mit dem vorliegenden Notarbeschwerdeverfahren will die Bet. zu 1) die Umschreibung des Grundeigentums im Grundbuch erreichen. Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten hat sie sich an den Notar gewandt und sich unter Berufung auf die Entscheidung des BGH vom 7. 6. 2001 (RNotZ 2002, 50 f. = DNotZ 2002, 41 f.) auf den Standpunkt gestellt, die in dem vorliegenden Vertrag verwandte zitierte Umschreibungs-Sperr-

36 Interessant ist, dass viele die Haftung nach § 130 HGB bejahenden Autoren diese Ansicht letztlich nur zögernd vertreten: Gesmann-Nuissl, WM 2001, 973, 978: „scheint gerechtfertigt"; Habersack, BB 2001, 477, 482: „anderes wird zu gelten haben", „erscheint es geboten".

37 Vgl. zur Entwicklung Habersack, BB 2001, 477, 482.

38 Auf die Notwendigkeit weist Hadding, ZGR 2001, 712, 740 zutreffend hin.

39 Krit. Heil, DNotZ 2002, 64 ff.; Lesenswert, aber praktisch nicht überzeugend ist der neue Ansatz von Ulmer/Steffek, NJW 2002, 330 ff., die die Vorlage von unterschriftsbeglaubigten Gesellschaftsverträgen, Gesellschafter- und Vertreterlisten – ohne ersichtliche gesetzliche Grundlage – fordern. Dass Gesellschaftsverträge wegen ihres internen und vor allem zeitpunktbezogenen Charakters keine dem § 172 BGB entsprechende Gutglaubenswirkung im Rechtsverkehr haben, war bisher anerkannt (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 3635). Da die Listenführer ihre Befugnis zur Erstellung der geforderten Listen nicht nachweisen können und von diesen kein öffentlicher Glaube ausgeht, werden das Grundbuchamt, der Notar und der Rechtsverkehr – im Gegensatz zur traditionellen Lehre – mit sehr vielen Unklarheiten belastet, die den rechtssicheren Erwerb von einer GbR in Frage stellen. Mit der Strenge, mit der das Grundbuchrecht sonst zu Recht zeitgerechte Nachweise der Vertretungsmacht fordert, hat der Ansatz von Ulmer/Steffek nichts zu tun.

klausel in Ziff. XII. des Vertrages sei wegen Verstoßes gegen das AGB-Gesetz unwirksam. Der Notar sei daher zur umgehenden Stellung des Umschreibungsantrags beim GBA verpflichtet. Der Notar hat die Bet. zu 1) auf den Beschwerdeweg nach § 15 BNotO verwiesen.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist gem. §§ 15 Abs. 2 S. 1 BNotO, 20 Abs. 2 FGG statthaft, da es hier um die Weigerung des Notars geht, den grundbuchlichen Vollzug seiner Kaufvertragsurkunde durchzuführen (vgl. OLG Köln 2 Wx 1/01). § 15 Abs. 1 BNotO erfasst alle Fälle der Amtsverweigerung, auch die Ablehnung einer Vollzugstätigkeit nach § 53 BeurkG (OLG Köln 2 Wx 18/99 ; Seybold/Schippel, 6. Aufl., § 15 BNotO, Rn 27 f.).

Sie hat in der Sache keinen Erfolg. Denn eine Anweisung an den Notar, den Umschreibungsantrag beim GBA jetzt zu stellen, kommt vorliegend nicht in Betracht. Eine entsprechende übereinstimmende Weisung der Beteiligten an den Notar liegt nicht vor.

Auch sonst ist nicht ersichtlich, woraus die Pflicht des Notars resultieren sollte, den Umschreibungsantrag stellen zu müssen. § 53 BeurkG sieht vor, dass der Notar die beurkundete Willenserklärung beim GBA einreichen soll, wenn die Urkunde vollzogen werden kann. Dieser Zeitpunkt ist hier vorliegend durch Ziff. XII. des Vertrages gesondert geregelt. An die dort festgelegte übereinstimmende Weisung der Bet. ist der Notar gebunden (vgl. Keidel/Winkler, 14. Aufl., § 53 BeurkG, Rn. 20). Unstreitig aber ist bislang der Gesamtkaufpreis nicht gezahlt; vielmehr ist ein Rechtsstreit zwischen den Beteiligten anhängig über Restkaufpreisansprüche und Gegenansprüche (Gewährleistung, Schadensersatz). In diesem Streit Position zu beziehen und durch die Vollzugstätigkeit nach § 53 BeurkG Fakten zu schaffen, ist nicht Aufgabe des Notars, der eine unparteiliche Stellung einzunehmen hat. Hieraus erhellt zugleich, dass sich die Entscheidung des BGH auf die Abwicklung von Grundstückskaufverträgen durch den Notar nicht unmittelbar auswirken kann, weil die Entscheidung sich ausschließlich mit dem Verhältnis der am Kaufvertrag Beteiligten zueinander befasst und hierzu postuliert, dass es bei dem Zug-um-Zug-Prinzip der §§ 320, 322 BGB (a. F.) zu bleiben hat und eine in AGBs postulierte Vorleistungspflicht nur wirksam ist, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, der auch bei der Abwägung mit den für den Erwerber entstehenden Nachteilen Bestand hat (BGH DNotZ 2001, 41 ff. m. Anm. Basty und RNotZ 2002, 50 ff. m. Anm. Litzenburger).

Von dieser materiell-rechtlichen Frage der Zug-um-Zug-Leistung zwischen den Beteiligten ist die verfahrensmäßige Abwicklung des Vertrages durch den Notar, wie sie hier durch die „Umschreibungssperrklausel“ in Ziff. XII. des notariellen Vertrages geregelt ist, zu trennen. Die übereinstimmende Weisung der Parteien, erst nach Zahlung des Kaufpreises zum Vollzug der Urkunde tätig zu werden, bindet den Notar; entfiele diese Klausel, läge keine Regelung dieser Frage vor, was aber nicht dazu führen würde, dass der Notar nunmehr etwa verpflichtet wäre, auf einseitiges Verlangen eines der Beteiligten den Umschreibungsantrag zu stellen.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass das vorliegend gewählte Verfahren die zivilgerichtliche Auseinandersetzung zwischen den Parteien, die offenbar noch nicht beendet ist, weder verkürzen noch ersetzen kann.

Hinweis der Schriftleitung: Zum gleichen Ergebnis kommt mit entsprechender Argumentation eine weitere Entscheidung des LG Bonn vom 14. 2. 2002 – 4 T 823/01 –, von deren Abdruck hier abgesehen wurde.

Anmerkung: Die Entscheidung des Landgerichts ist zu begrüßen. Sie bezieht sich auf die Frage, ob die in Bauträgerverträgen übliche verfahrensrechtliche Vorlagesperre, derzufolge der Notar von den Vertragsbeteiligten angewiesen wird, die Umschreibung erst nach vollständiger Kaufpreiszahlung zu beantragen, mit den Anforderungen des AGB-Gesetzes vereinbar ist. Der Beschwerdeführer hatte entgegen dieser Weisung unter Hinweis auf die Entscheidung des BGH VII ZR 420/00 vom 7. 6. 2001[1] die vorzeitige Umschreibung verlangt, obwohl der Kaufpreis wegen einer Auseinandersetzung über Sachmängel nicht vollständig gezahlt war.

Der BGH hatte seiner Entscheidung als obiter dictum ausgeführt, dass eine vereinbarte Vorlagesperre in einem notariellen Bauträgervertrag unwirksam sein könne, sofern es sich bei der Klausel um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handele. Es komme ein Verstoß gegen § 9 AGBG (§ 307 BGB n. F.[2]) in Betracht, da der Erwerber durch die Pflicht zur Vorleistung die Möglichkeit verliere, sein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB geltend zu machen, wenn der Veräußerer nicht oder nur schlecht erfülle. Eine Vorleistungsverpflichtung sei nur dann wirksam, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sei, der auch bei der Abwägung der für den Erwerber entstehenden Nachteile Bestand habe. Ein solcher Grund sei im entschiedenen Fall nicht ersichtlich. Ob es sich bei der Vorlagesperre um eine allgemeine Geschäftsbedingung handelt, hatte das Gericht ausdrücklich offen gelassen.

Die Entscheidung des BGH ist im Schrifttum allgemein als missverständlich kritisiert worden, da sich aus ihr der unzutreffende Eindruck ergeben kann, die Aufnahme einer Vorlagesperre in notarielle Verträge sei unzulässig[3]. Vor allem würde die Entscheidung des BGH, sofern sie sich auf die verfahrensrechtliche Vorlagesperre bezöge, verkennen, dass es sich bei der Vorlagesperre nicht um eine allgemeine Geschäftsbedingung, sondern um eine verfahrensrechtliche Weisung der Vertragsbeteiligten an den Notar handelt, deren Zulässigkeit durch § 53 BeurkG ausdrücklich anerkannt ist[4]. Die Weisung ist – wie das Beurkundungsverfahren insgesamt – nicht als Willenserklärung dem Zivilrecht zuzurechnen, sondern dem öffentlich-rechtlichen Beurkundungsverfahrensrecht. Dies wird in § 53 BeurkG deutlich, der vorsieht, dass der Notar die beurkundeten Willenserklärungen beim Grundbuchamt einzureichen hat, wenn nicht „alle Beteiligten etwas anderes verlangen“. Das Gesetz differenziert an dieser Stelle zwischen der privatrechtlichen Wil-

1 DNotZ 2001, 41; RNotZ 2001, 50; ZfIR 2001, 981

2 Neufassung des Bürgerlichen Gesetzbuches, BGBl. I 2002, 42.

3 Litzenburger, RNotZ 2002, 51; Basty, DNotZ, 2002, 43; Fabis, Rechtliche Grenzen der Vorlagesperre im Bauträgervertrag, ZfIR 2002, 177; Vogel, EWiR 2002, 1075.

4 Vgl. DAI-Skript Intensivkurs Grundstücksrecht, I a, Rn. 125.

lenserklärung der Beteiligten und dem öffentlich-rechtlichen Vollzug. Auch die weiteren beurkundungsrechtlichen Vorschriften lassen erkennen, dass die Weisung öffentlich-rechtlichen Charakter hat. Erfolgt beispielsweise ein Widerruf der Weisung durch eine Partei, weil der Vertrag nach Ansicht dieser Partei z.B. nichtig sei, so kann der Notar dem Beteiligten durch Vorbescheid mitteilen, ob er beabsichtigt, den Vollzug der Urkunde durchzuführen oder zu unterlassen[5]. Gegen einen solchen Vorbescheid steht gemäß § 20 Abs. 1 FGG den Beteiligten, der in seinen Rechten beeinträchtigt wird, das Rechtsmittel der Beschwerde nach § 15 Abs. 1 S. 2 BNotO beim Landgericht zu[6]. Die Entscheidung des Notars hat insoweit die Wirkung einer erstinstanzlichen Entscheidung[7]. Die beurkundungsrechtlichen Weisungen der Vertragsbeteiligten bilden daher keine "Vertragsbestimmungen" im Sinne des AGB; es handelt sich vielmehr um verfahrensrechtliche Anweisungen für den Urkundsvollzug, auf die das AGBG nicht anwendbar ist[8]. Das Landgericht geht im Ergebnis zutreffend davon aus, dass sich die Aussagen des BGH zum AGBG nicht auf die verfahrensrechtliche Vorlagesperre beziehen. Auch die zutreffende Aussage des Landgerichts, es sei nicht Aufgabe des Notars, in einer laufenden Auseinandersetzung durch die vorzeitige Eigentumsumschreibung einseitig Fakten zu schaffen, kann aus notarieller Sicht nur unterstrichen werden.

Notar Dr. Henrich Fabis, Wuppertal

5 BayObLG DNotZ 1998, 648; OLG Düsseldorf v. 7.11.2001, 3 Wx 288/01; Keidel/Winkler, BeurkG, 14. Aufl., § 53 BeurkG, Rn. 43.
6 OLG Düsseldorf v. 7.11.2001, 3 Wx 288/01.
7 Keidel/Winkler, BeurkG, 14. Aufl., § 53 BeurkG, Rn. 44.
8 Vgl. Litzenburger, RNotZ 2002, 51; Hertel, DNotI-Report 2001, 192.

Mitteilung

1. Öffentliches Recht – Wohnungsbauförderungsbestimmungen

(Ministerium für Städtebau und Wohnen, Kultur und Sport, Runderlass vom 13. 3. 2002 – IV A 2 – 2010 – 1155/97)

Mit Wirkung zum 13. 3. 2002 sind durch Runderlass des Ministeriums für Städtebau und Wohnen, Kultur und Sport vom selben Tage – IV A 2 – 2010 – 1155/97 – die neuen Wohnungsbauförderungsbestimmungen – WFB – in Kraft getreten.

Diese können im Internet unter

http://www.mswks.nrw.de/wohnen/wbaufoerderung.htm

abgerufen werden.

Hinweis der Schriftleitung: Zu ausgewählten Aspekten des alten und neuen Wohnungsbauförderungsrechts vgl. den Aufsatz von Heimsoeth, RNotZ 2002, 88 ff.

Rheinische Notar-Zeitschrift (RNotZ)
ISSN 1431–1844

Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln

Herausgeberbeirat: Notar Dr. Wolfgang Baumann, Wuppertal; RA und Notar Wolfgang Heinser, Mülheim a. d. Ruhr; Notar Dr. Thomas Knoche, LL. M., Ratingen; Notar Dr. Klaus Piehler, LL. M., Köln; Notar Dr. Karl-Oskar Schmittat, Siegburg; Notar Dr. Ulrich Sostmann, Velbert

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Nicole Plate
Notarassessor Klaus Striewski, Burgmauer 53, 50667 Köln
(Telefon 02 21/2 57 52 91 – Telefax: 02 21/2 57 53 10)
E-Mail: rhnotk@t-online.de – Homepage: http:// www.notare.nrw.de

Gesamtherstellung: Medienhaus Froitzheim, Baunscheidtstraße 19, 53113 Bonn

Die in der RNotZ veröffentlichten Beiträge und Entscheidungen entsprechen nicht in jedem Fall der Auffassung der Rheinischen Notarkammer.

Die RNotZ erscheint jährlich in 12 Heften (10 Ausgaben) und kann nur über die Geschäftsstelle der Rheinischen Notarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln, bezogen werden.

Der Bezugspreis (einschließlich Versand) beträgt jährlich 60,– € zuzüglich 7 % USt. und wird in einem Betrag am 1. Juli des Bezugsjahres in Rechnung gestellt. Preis der Einzelausgabe: 7,– € zuzüglich Versand und 7 % USt.

Abbestellungen nur zum Ende eines Kalenderjahres bei Eingang bis zum 1. Oktober.

Zitiervorschlag:
bis 31. 12. 2000 MittRhNotK
ab 1. 1. 2001 RNotZ