

## Europäisches Gesellschaftsrecht

### § 5 Entstehung und Publizität der Aktiengesellschaft

#### I. Die Publizitätsrichtlinie vom 09.03.1968

##### 1. Einführung

- auf Art. 44 Abs. 2 lit. g EGV gestützte Richtlinie 68/151/EWG war erste Richtlinie auf dem gesamten Gebiet des Zivilrechts → blieb lange Zeit fast unverändert → jetzt wichtige Änderungen durch die Richtlinie 2003/58/EG vom 15.07.2003 (in Kraft seit 04.09.2003; war umzusetzen bis zum 31.12.2006)
- das Hauptanliegen der Richtlinie besteht im Schutz derjenigen Personen, die im Rechtsverkehr mit einer Gesellschaft (RL gilt nicht nur für AG, sondern für alle Kapitalgesellschaften) in Kontakt kommen → deshalb:
  - Offenlegung wichtiger Angaben über die Gesellschaft (*dazu unter 2. und 3.*)
  - Regelungen über die Wirksamkeit der für die Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen (*dazu unter 4.*)
  - Bestimmungen über die Nichtigkeit der Gesellschaft (*dazu unter 5.*)

##### 2. Vorgaben für die handelsrechtliche Publizität

- Richtlinie trifft Regelungen über die Mittel, die Gegenstände und die Wirkungen der Publizität:
  - Publizitätsmittel → Art. 3 RL: über jede Gesellschaft ist bei einem Register eine Akte zu führen → hier wesentliche Änderungen durch RL 2003/58/EG: bis zum 1.1.2007 Übergang auf elektronische Register
  - Publizitätsgegenstände → vgl. hierzu insb. Art. 2 Abs. 1 RL
  - Publizitätswirkungen → Art. 3 Abs. 5 – 7 RL

##### 3. Neuregelung des Publizitätsbereichs durch das EHUG

- am 01.01.2007 ist in Deutschland das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) in Kraft getreten
- dieses umfangreiche Artikelgesetz dient nicht nur der Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Publizitäts-RL (2003/58/EG), sondern auch der sog. Transparenz-Richtlinie (2004/109/EG); geregelt wird ferner die Schaffung eines zentralen Unternehmensregister
- errichtet wird ein neues Gesamtsystem zur Registrierung und Veröffentlichung von Gesellschafts- und Unternehmensdaten, das aus drei Elementen besteht:
  - **Handelsregister**
    - wird weiterhin (dezentral) von Gerichten geführt, aber in elektronischer Form (§ 8 Abs. 1 HGB) → deshalb nun bei Anmeldungen zum Register elektronische Einreichung der Unterlagen (§ 12 HGB)
    - die Publikationsgegenstände sind unverändert geblieben, aber jetzt Verpflichtung der Gerichte zur unverzüglichen Eintragung in das Register

- zur Bekanntgabe der Eintragung siehe § 10 HGB → Bundesländer wollen hierfür das elektronische Handelsregister nutzen → Zugang (auch) über **www.handelsregister.de** als gemeinsames Portal der Länder

- **elektronischer Bundesanzeiger**

- ist vom EHUG zu einem Medium für die Veröffentlichung von Jahresabschlüssen und anderen Berichten bzw. Erklärungen von Gesellschaften umgestaltet worden (siehe insb. § 325 Abs. 1 HGB)
- der Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers prüft außerdem, ob diese Unterlagen von allen Verpflichteten fristgerecht und vollständig eingereicht werden (§ 329 HGB)

- **Unternehmensregister**

- wird grundsätzlich von Bundesjustizministerium geführt, das den Bundesanzeiger-Verlag mit der Führung des Registers beleihen will
- zum Inhalt siehe § 8 b HGB → Regelung macht deutlich, dass das Register teilweise nur ein Portal bzw. eine Suchmaschine ist: ermöglicht werden soll so ein schneller Zugriff auf andere Register (insb. auf die Handelsregister)
- teilweise handelt es sich beim Unternehmensregister aber auch um ein eigenständiges Register und zwar vor allem für Veröffentlichungen des elektronischen Bundesanzeigers

#### 4. Bindung der Gesellschaft an Handlungen ihrer Vertreter

- Art. 7 bestimmt eine Handelndenhaftung für die Verbindlichkeiten aus der Gründungsphase, falls die fertige Gesellschaft diese Verbindlichkeiten nicht übernimmt → Vorschrift will aber nur sicherstellen, dass (überhaupt) jemand haftet → verpflichtet die Mitgliedstaaten also nicht auf ein Vorgesellschaftsmodell (*hierzu unter V.*)
- Art. 8 schützt Dritte, welche die Korrektheit der Bestellung kaum einschätzen können
- Art. 9 enthält Grundsatz der unbeschränkten und unbeschränkbar organchaftlichen Vertretungsmacht (vgl. auch § 37 GmbHG, § 29 Abs. 1 Satz 3 GWiG, Art. 17 § 3 KSH) → hieraus folgt u.a.: Ablehnung der ultra vires – Lehre (vgl. Art. 9 Abs. 1)
- noch nicht geklärt sind die Wirkungen von gesetzlichen Beschränkungen der Vertretungsmacht der Geschäftsführer bzw. Vorstände (vgl. z.B. Art. 228 Ziffer 4 KSH, der für Immobiliengeschäfte die Zustimmung der Gesellschafterversammlung verlangt) → hier setzt dann die Vorschrift des Art. 17 § 1 KSH an → mit Art. 9 der RL vereinbar?

**Art. 17 KSH**

§ 1 Fordert das Gesetz für die Vornahme eines Rechtsgeschäfts durch die Gesellschaft einen Gesellschafterbeschluss, den Beschluss der Hauptversammlung oder des Aufsichtsrates, so ist ein solches Rechtsgeschäft ohne erforderlichen Beschluss nichtig.

§ 3 Ein ohne Zustimmung des zuständigen Gesellschaftsorgans vorgenommenes Rechtsgeschäft ist – wenn die Zustimmung ausschließlich im Gesellschaftsvertrag oder der Satzung der Gesellschaft vorgeschrieben war – wirksam, dies schließt jedoch die Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber der Gesellschaft wegen der Verletzung des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung der Gesellschaft nicht aus.

#### 5. Nichtigkeit der Gesellschaft

- Art. 10 sieht eine gewisse Gründungskontrolle vor → vgl. § 2 GmbHG, § 23 Abs. 1 AktG; fraglich, ob § 11 Abs. 3 GWiG dem genügt; Art. 11 enthält u.a. abschließende Aufzählung der Nichtigkeitsgründe und Art. 12 legt u.a. fest, dass nichtige Gesellschaft ordentlich abzuwickeln ist (baut auf der Figur der „fehlerhaften Gesellschaft“ auf)

## II. Einheitsgründung und Stufengründung

- historische Erfahrungen („Gründerkrach“ von 1873) veranlassten den deutschen Gesetzgeber schon frühzeitig (2. Aktiennovelle von 1884) die Gründung einer AG detailliert und streng zu regeln → jetzt: §§ 23 – 53, 275 – 277, 399 AktG

*Einheitsgründung oder Simultangründung* (das GWiG spricht von *geschlossener Gründung*): Gründer übernehmen alle Aktien; das „breite Publikum“ kommt erst mit fertiger Gesellschaft in Berührung

*Stufengründung oder Sukzessivgründung* (im GWiG heißt es *offene Gründung*): Gründer müssen nur je Aktie übernehmen; Publikum kann schon in der Gründungsphase Aktien zeichnen

- im 19. Jahrhundert wurden in Deutschland die meisten Aktiengesellschaften auf dem Wege der Stufengründung errichtet → da es dabei zu vielen Mißbräuchen kam, verschärfte man die gesetzlichen Vorschriften, was wiederum die Stufengründung unattraktiv machte → im deutschen Aktiengesetz von 1965 ist nun nur noch die Einheitsgründung geregelt → anders dagegen noch die §§ 288 ff. GWiG für die Gründung einer offenen Aktiengesellschaft („nyrt.“)
- in Deutschland entstehen neue Aktiengesellschaften heute zumeist durch Umwandlungen nach dem UmwG-1994

## III. Ablauf der Gründung bei einer Einheitsgründung nach deutschem Recht

### 1. Feststellung der Satzung

#### a) Inhalt der Satzung

- *Mindestinhalt*

- Firma und Sitz der AG, Gegenstand des Unternehmens (→ hier verlangt das deutsche Recht relativ präzise Festlegungen), Höhe des Grundkapitals, Zerlegung des Grundkapitals in Nenn- oder Stückaktien u.a.m. (§ 23 Abs. 3 AktG)
- Bestimmungen über die Form der Bekanntmachungen → seit dem 1.1.2003 verweist der neugefasste § 25 Satz 1 AktG insoweit auf den „*elektronischen Bundesanzeiger*“ ([www.ebundesanzeiger.de](http://www.ebundesanzeiger.de))

- *Inhalt bei „qualifizierter“ Gründung*

- Angaben über zugesagte Sondervorteile (§ 26 Abs. 1 AktG)
- Angaben über den sog. Gründungsaufwand (§ 26 Abs. 2 AktG)
- Angaben über beabsichtigte Sacheinlagen → Leistungen auf Einlagen, die nicht durch Einzahlung des Ausgabebetrages zu erbringen sind (§ 27 AktG) → wird hiergegen verstoßen, richten sich die Rechtsfolgen nach §§ 27 Abs. 3, 54 Abs. 2 AktG
- Angaben über beabsichtigte Sachübernahmen → AG verpflichtet sich schon bei der Gründung durch schuldrechtlichen Austauschvertrag, einen Gegenstand entgeltlich zu erwerben (§ 27 AktG) → *wichtig*: anders als im GmbH-Recht werden insoweit nicht nur Geschäfte mit Gesellschaftern, sondern auch mit Dritten erfasst

- *weiterer Inhalt* – insoweit ist § 23 Abs. 5 AktG zu beachten

## b) Akt der Feststellung

- Feststellung durch die Gründer (§§ 2, 28) in notarieller Form (§ 23 Abs. 1 AktG)

## 2. Zeichnung der Aktien

- Gründer müssen alle Aktien übernehmen („zeichnen“) → Anteile der einzelnen Gründer sind in notariell beurkundeter Gründungsurkunde anzugeben (§ 23 Abs. 2 Nr. 2 AktG); die Gesellschaft selbst darf nicht zeichnen (§ 56 Abs. 1 AktG)
- mit der Übernahme aller Aktien durch die Gründer entsteht die Vor-AG (§ 29 AktG)

## 3. Bestellung der Gründungsorgane

- Gründer bestellen den ersten Aufsichtsrat und die Abschlussprüfer für das erste Geschäftsjahr (§ 30 Abs. 1 – 3 AktG) → der erste Aufsichtsrat ist mitbestimmungsfrei → anders, wenn bei Gründung ein Unternehmen eingebracht wird (§ 31 Abs. 1 AktG)
- Aufsichtsrat bestellt ersten Vorstand (§ 30 Abs. 4 AktG)

## 4. Aufbringung des Grundkapitals

- bei Bareinlagen muss mindestens ein Viertel des geringsten Ausgabebetrages und das Agio (in voller Höhe) eingezahlt werden (§§ 36 Abs. 2, 36a Abs. 1, 54 Abs. 3 AktG)
- für Sacheinlagen § 36a Abs. 2 → hier Ausnahme in Satz 2 insb. für Einbringung eines Unternehmens praktisch bedeutsam (fünf Jahre Frist für Leistung)

## 5. Gründungsbericht

- Gründer haben schriftlichen Bericht über die Gründung zu erstatten (§ 32 AktG)

## 6. Gründungsprüfung

- nach Erstattung des Gründungsberichts haben die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat zu prüfen § 33 Abs. 1 AktG
- zusätzlich in der Praxis fast immer Prüfung durch externe Prüfer (§ 33 Abs. 2 – 5 AktG) → das Transparenz- und Publizitätsgesetz v. 19.7.2002 hat die Neuregelung des § 33 Abs. 3 Satz 1 AktG eingefügt → hiernach kann der beurkundende Notar in bestimmten Fällen die Prüfung übernehmen (nicht aber in den Fällen der qualifizierten Gründung)

## 7. Anmeldung zum Handelsregister

- durch alle Gründer, Vorstände und Aufsichtsratsmitglieder (§ 36 Abs. 1 AktG) → zu den Unterlagen, die der Anmeldung beizufügen sind vgl. § 37 Abs. 4 AktG
- Abgabe von Versicherungen gemäß § 37 Abs. 1, 2 AktG → hieran knüpft Haftung nach den §§ 46 ff. an, sowie strafrechtliche Verantwortlichkeit gem. § 399 AktG

## 8. Registerrichterliche Prüfung

- Gericht hat Einhaltung der formellen Gründungsvorschriften zu prüfen und die Vereinbarkeit der Satzung mit dem materiellen Recht (§ 38 Abs. 1, 2) → aber seit 1998 Beschränkung der registerrichterlichen Prüfung durch § 38 Abs. 3 AktG

## 9. Eintragung in das Handelsregister

- Inhalt der Eintragung § 39 AktG
- mit Eintragung erlangt die AG juristische Persönlichkeit (§ 41 Abs. 1 Satz 1 AktG)

#### **IV. Ablauf der Gründung bei einer offenen Gründung nach den §§ 288 ff. GWiG**

- Gründer stellen einen Gründungsaufruf auf (zu Form und Mindestinhalt vgl. § 288 Abs. 2, 3 GWiG) → der Aufruf kann auch ein Zeichnungsminimum enthalten
- der Aufruf wird als Bestandteil eines Prospekts veröffentlicht (§ 288 Abs. 4 GWiG)
- das Publikum zeichnet die Aktien, wobei der einzelne Zeichner die ersten 10 % auf die Aktien einzahlen muss (§ 289 GWiG)
- bei Überzeichnung entweder Akzeptanz oder Ablehnung der Überzeichnung (§ 290 GWiG); wird Zeichnungsminimum nicht erreicht, scheitert die Gründung (§ 291 GWiG)
- Einberufung der Gründungshauptversammlung durch die Gründer (§ 292 GWiG) → die Zeichner haben ihre Einzahlungen auf 25 % zu erhöhen
- Abhaltung der Gründungshauptversammlung, welche u.a. die Satzung festlegt → diese muss auch die Namen der Aufsichtsratsmitglieder enthalten (§§ 293 – 295 GWiG)
- Anmeldung der Aktiengesellschaft zum Register

#### **V. Die Vorgesellschaft (Vor-AG)**

- anders als bei der Vor-GmbH hier kaum Rechtsprechung: lange Zeit nur LG Heidelberg, ZIP 1997, 2045; sehr allgemein dann BGHZ 117, 323, 326 f.; vgl. jetzt zudem BGH, Urteil vom 23.10.2006 (II ZR 162/05), NZG 2007, 20, zur Auflösung einer Vor-AG aus wichtigem Grund
- die Rechtsprechung und das rechtswissenschaftliche Schrifttum gehen generell von einer entsprechenden Anwendung jener Grundsätze aus, die der BGH zum Recht der Vor-GmbH entwickelt hat (*siehe hierzu das Papier zu § 2 unter II.4*)
- trotz der §§ 26 Abs. 2 u. 3, 27, 36 Abs. 2, 36a Abs. 2, 41 AktG kommt also auf die Vor-AG grundsätzlich das gleiche „Modell“ wie bei der Vor-GmbH zur Anwendung → *Stichworte*: Vorgründungsgesellschaft, Vorgesellschaft mit weitreichender Rechtsfähigkeit, kein Vorbelastungsverbot, „automatischer“ Übergang der Verbindlichkeiten von Vor-AG auf fertige Gesellschaft, Unterbilanzhaftung der Gründer auf Zeitpunkt der Eintragung; eventuell „unechte Vorgesellschaft“ bei Fortsetzung der Geschäftstätigkeit trotz Aufgabe der Eintragsabsicht
- noch nicht endgültig geklärt ist die Haftung der Gründer in der Vorgesellschaftsphase:
  - 1. wie bei der GmbH wohl nur Innen- und keine Außenhaftung;
  - 2. pro-rata-Haftung oder solidarische Haftung der Gründer?

#### **VI. Gründungsmängel und Nichtigkeitsklage**

- nach der Eintragung genießt die Gesellschaft einen weitreichenden Bestandsschutz:
  - einzelne Satzungsbestimmungen, die nichtig sind, werden nach § 242 Abs. 2 AktG analog geheilt (so BGH WM 2000, 1544)
  - nur bei schwersten Mängeln Nichtigkeitsklage nach den §§ 275 ff. AktG
  - wenn das öffentliche Interesse betroffen ist - Amtslöschung der AG nach den §§ 144 Abs. 1, 144a FGG
- im Umwandlungsrecht noch weitergehender Bestandsschutz vgl. §§ 20 Abs. 2, 131 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG