

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin

Bundesministerium der Justiz und für  
Verbraucherschutz  
Herrn Prof. Dr. Ulrich Seibert  
III A 2  
11015 Berlin

Kronenstraße 73/74  
10117 Berlin  
Tel: 030 / 20 61 57 40  
Fax: 030 / 20 61 57 50  
E-Mail: o.vossius@dnotv.de  
<http://www.dnotv.de>

Per E-Mail: [seibert-ul@bmjv.bund.de](mailto:seibert-ul@bmjv.bund.de)  
[schwertfeger-ba@bmjv.bund.de](mailto:schwertfeger-ba@bmjv.bund.de)

Berlin, 16. Juni 2014

**Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2014) – i. F. „Entwurf“**

**Zum JMS v. 29.04.2014 – 3505/18 – 37 106/2014**

Sehr geehrter Herr Professor Seibert,

der Deutsche Notarverein dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

**I. Namensaktien für nicht börsennotierte Gesellschaften**

1. Gründe für Namensaktien

Namensaktien für nicht börsennotierte Gesellschaften vorzusehen, entspricht schon jetzt der *best practice* der notariellen Beratung. Die Gründe hierfür sind z. B.:

- erleichterte Einberufung der Hauptversammlung nach § 121 Abs. 4 Satz 2 AktG,
- erleichterte Beschlussfassung nach § 121 Abs. 6 AktG,
- die Möglichkeit der Vinkulierung (§§ 68, 180 Abs. 2 AktG),
- die Möglichkeit der Ausgabe der Aktien nach Einzahlung des Mindesteinlagebetrags (§§ 10 Abs. 2 36, 36a, 54 Abs. 3, 63 Abs. 1 Satz 2 AktG – Einzahlungsauf-ruf im E-Banz abbedingen!),

- die Transparenz der Beteiligungsverhältnisse aus Sicht der Gesellschaft.

Vermutlich (und hoffentlich) wird daher in der Realität nur eine Minderzahl der nicht börsennotierten Gesellschaften Inhaberaktien ausgegeben haben. Zu berücksichtigen ist hierbei jedoch, dass einige Anbieter sogenannter Vorrats-AGs Inhaberaktien ausgeben.

## 2. Nachteile von Namensaktien

Gibt man Namensaktien für nicht börsennotierte Aktien im Interesse der Transparenz der Beteiligungsverhältnisse und zur Bekämpfung der Geldwäsche zwingend vor, so sollte man sich folgender Problemfelder bewusst sein:

### *a) Treuhandverträge*

Selbst wenn Namensaktien ausgegeben werden, lassen sich Besitzverhältnisse bei der AG durch Treuhandverträge noch immer einfacher verschleiern als bei der GmbH. Der Grund hierfür ist die Formfreiheit dieser Verträge. Die Folge ist auch, dass § 54 EStDV bei der AG weitgehend leerläuft. Auch wird die Mitteilungspflicht nach § 20 Abs. 2 AktG bei Treuhandverträgen in der Praxis oft übersehen.

Das mit dem Gesetzentwurf verfolgte Ziel wird daher durch die Vorgabe von Namensaktien nur teilweise erreicht (hierzu auch unten bei 4.). Die weitere Entwicklung sollte daher beobachtet werden.

### *b) Aktienregister*

Die Geldwäsche kann auch bei Namensaktien nur dann effektiv bekämpft werden, wenn die Transparenz der Beteiligungsverhältnisse auch nach außen hergestellt wird. Mittel hierzu ist das Aktienregister, § 67 AktG. Dieses unterliegt u. U. dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden, § 94 StPO.

#### *aa) Verbriefungszwang*

Nach wohl allgemeiner Meinung liegt bislang ein Aktienregister im Sinne des § 67 AktG nur bei verbrieften Aktien vor.<sup>1</sup> Solange eine Gesellschaft ihre Aktien nicht verbrieft hat, stellt ein von ihr geführtes Verzeichnis der Aktionäre kein Aktienregister im Rechtssinn dar, sondern besitzt nur die Qualität eines privaten Adressbuchs.

Die Änderung des § 67 Abs. 1 AktG durch Art. 1 Nr. 5a) des Entwurfs wird daher begrüßt, greift sie doch eine Anregung in unserer Stellungnahme vom 23.12.2010 zur Aktiennovelle 2011 auf. Damit ist zugleich das Problem der erheblichen Kosten der Verwahrung einer Globalurkunde entschärft.

---

<sup>1</sup> Statt aller *Bayer* in MünchKomm AktG, 3. Aufl. 2008, § 67 Rz. 16 und 44.

### bb) Führung des Aktienregisters

Die Qualität der von den „kleinen AG“ mittlerer Art und Güte geführten Aktionärsverzeichnisse liegt in der Praxis auf einer ähnlichen Ebene wie die von den Geschäftsführern geführten Gesellschafterlisten bei den GmbH vor Inkrafttreten des MoMiG. Theoretisch kaum denkbar, in der Praxis aber nicht ungewöhnlich sind etwa unklare Beteiligungsverhältnisse selbst bei kleinen AG mit Namensaktien. Soweit Gesellschaften unabhängig von § 130 AktG ihre Hauptversammlungen notariell protokollieren lassen, kommt dem unter Mitwirkung des Notars erstellten Teilnehmerverzeichnis in etwa die Funktion zu, die bei der GmbH mittlerweile die bescheinigte Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG besitzt.

Dem Unterzeichner sind zudem aus der eigenen Praxis die Schwierigkeiten bestens bekannt, die selbst börsennotierte Gesellschaften haben, angesichts einer gewissen Personalfuktuation den Überblick über ausgegebene Optionen nach § 192 Abs. 2 Nr. 3 AktG zu behalten.

Man darf daher nicht glauben, mit der Namensaktie allein die legislative „Hausaufgabe“ erledigt zu haben, die die *Financial Action Task Force (FATF)* der Bundesrepublik Deutschland gestellt hat. Auch hier sollte daher die weitere Entwicklung aufmerksam beobachtet werden.

### 3. Umtausch- und Bezugsrechte

Im Sinne der Vorgaben der FATF müssten auch Umtausch- und Bezugsrechte auf Aktien sowie Genussscheine zwingend als analog § 67 AktG zu registrierende Namenspapiere ausgestaltet werden, solange die AG nicht börsennotiert ist. Dies könnte etwa erreicht werden, indem in § 221 AktG auf §§ 10 Abs. 1, 67 AktG verwiesen wird:

#### **Vorschlag 1:**

§ 221 Abs. 4 Satz 2 AktG wird wie folgt gefasst:

„Die §§ 10 Abs. 1, 67, 186 und 193 Abs. 2 Nr. 4 gelten sinngemäß.“

Eine solche Vorschrift würde auch die bei „kleinen AG“ in der Praxis oft etwas „lässig“ gehandhabte Anzeigepflicht nach § 221 Abs. 2 Sätze 2-3 AktG mit mehr Leben erfüllen. Sie schafft somit auch mehr Transparenz bei der Ausgabe von Bezugsaktien nach §§ 199, 201 AktG und erleichtert so die Arbeit der Registergerichte.

Eines Verweises auf § 68 AktG bedarf es im Rahmen des § 221 Abs. 4 AktG nicht. Für die Vinkulierung auf den Namen lautender Wandelschuldverschreibungen dürften (erst recht wenn diese gar nicht verbrieft sind) die §§ 399 BGB, 354a HGB gelten.

#### 4. Übergangsbestimmungen

Die Übergangsvorschrift des § 26g EGAktG erscheint im Grundsatz sachgerecht. Immerhin müssen Gesellschaften, die Inhaberaktien ausgegeben haben und deren Aktionäre teilweise unbekannt sind, nun nicht beim Anlegen des Aktienbuchs auf schwierige Konstruktionen (Pfleger für unbekannte Aktien etc.) zurückgreifen. Auch hier begrüßen wir, dass unseren Bedenken in der Stellungnahme vom 23.10.2010 Rechnung getragen wurde.

## **II. Wandlungspflicht**

Der Vorschlag wird ebenfalls begrüßt. Damit wird eine bereits bestehende Kautelarpraxis Gesetz (und bekommt so eine sicherere Grundlage). Die Regelungstechnik in Art. 1 Nr. 18 lit. a) und b) des Entwurfs ist elegant.

Auch bisher hat die Praxis schuldrechtlich Wandlungspflichten bei Wandelschuldverschreibungen vereinbart, die dann typischerweise als vinkulierte Namenspapiere ausgegeben wurden (um den Rechtsnachfolger zu binden). Bekannt ist diese Gestaltung unter dem Begriff der *reverse convertibles*. Mit der gesetzlichen Neuregelung können nun auch Inhaber-Wandelschuldverschreibungen als *reverse convertibles* gestaltet werden.

Die Änderung des § 194 Abs. 1 Satz 2 AktG durch Art. 1 Nr. 19 des Entwurfs ist insoweit im Grundsatz nur konsequent. Das Herangehen des Gesetzgebers an diese Norm könnte allerdings auch genutzt werden, um den nach allgemeiner Meinung unklar formulierten § 194 Abs. 1 Satz 2 AktG besser zu fassen. Seit 1937 (damals § 161 Abs. 1 Satz 2 AktG-1937) steht die Vorschrift unverändert im Gesetz.

Die Vorschrift sollte nur die Selbstverständlichkeit ausdrücken, dass das bedingte Kapital zur Gewährung von Umtauschrechten an die Inhaber von Wandelschuldverschreibungen einen gesetzlich geregelten Fall der verdeckten Sachkapitalerhöhung darstellt.<sup>2</sup> Problematisch wird aufgrund der Formulierung aber die Abgrenzung zwischen bedingtem Bar- und Sachkapital.

Im Wesentlichen will die Vorschrift zwei Fälle ausschließen:

---

<sup>2</sup> Siehe bereits *Baumbach*, AktG, 4. Aufl. 1941, § 161 Anm. 1.

- (1) Hingabe einer Sachleistung an die AG gegen Hergabe einer Wandelanleihe, die anschließend in Aktien getauscht wird.
- (2) Nachträgliche „Umwidmung“ einer normalen Darlehensforderung in eine solche mit Umtauschrecht.<sup>3</sup>

Gesetzlich vorausgesetzter Normalfall ist der Umtausch einer Wandelschuldverschreibung in Bezugsaktien, die aufgrund eines Hauptversammlungsbeschlusses ausgegeben wurde, in dem der Vorstand sowohl hierzu ermächtigt wurde (§ 221 Abs. 1 AktG) als auch ein bedingtes Kapital zur Bedingung des Umtauschrechts geschaffen wurde (§ 192 Abs. 2 Nr. 1 AktG). Die zeitliche Reihenfolge ist also:

- (1) Ermächtigungsbeschluss;
- (2) Ausgabe der Wandel-SV gegen Barleistung,
- (3) Anzeige nach § 221 Abs. 2 AktG,
- (4) Eintragung bedingten Kapitals (kann auch vor Schritt (2) und/oder (3) erfolgen),
- (5) Umtauscherklärung nach § 198 AktG,
- (6) Änderung der Satzungsfassung durch den Aufsichtsrat sowie
- (7) Anmeldung nach § 201 AktG.

Problematisch sind dagegen Fälle, in denen Wandelanleihen einfach ausgegeben werden, ohne dass das gewährte Umtauschrecht mit bedingtem Kapital unterlegt oder anderweitig gesichert ist (z. B. durch eigene Aktien).

Die von § 194 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht beantwortete Rechtsfrage lautet:

Steht die Aufwertung eines ins Leere gehenden (vgl. § 187 Abs. 2 AktG) Umtauschrechts zu einem vollwertigen Recht der nachträglichen Umwidmung einer „nackten Schuldverschreibung“ in eine Wandelanleihe gleich?

Im AktG 1937 erschien das Problem deshalb leichter lösbar, als § 159 AktG-1937 im Gegensatz zum heutigen § 192 AktG von einem „*unentziehbaren Umtausch- oder Bezugsrecht*“ sprach.

Die Erweiterung des § 192 Satz 3 auf Fälle des Debt-Equity-Swap (Art. 1 Nr. 18 lit. c) des Entwurfs) macht die Notwendigkeit einer klaren Abgrenzung zwischen bedingtem Kapital und verdeckter Sachkapitalerhöhung noch brisanter. Denn gerade hier stellt sich das Problem der Vollwertigkeit der durch die Schuldverschreibung verkörpert Forderung im besonderen Maße.

---

<sup>3</sup> Zu diesen Fällen *Fuchs* in MünchKomm AktG, 3. Aufl. 2011, § 194 Rz. 8.

Um die Abgrenzung zwischen bedingtem Bar- und Sachkapital deutlicher auszudrücken, könnte § 194 Abs. 1 Satz 2 AktG wie folgt gefasst werden:

### Vorschlag 2:

§ 194 Abs. 1 Satz 2 AktG wird wie folgt gefasst:

*„Als Sacheinlage gilt nicht der Umtausch gegen Barleistungen ausgegebener Wandelschuldverschreibungen in Bezugsaktien unter Inanspruchnahme dieses bedingten Kapitals.“*

### III. § 108 HGB

Keine zwei Wochen nach Inkrafttreten des MoMiG hatte der Unterzeichner, dem gesunden Menschenverstand folgend, die Anmeldung der Geschäftsanschrift einer KG nur durch den Komplementär unterzeichnen lassen. Seit der hierauf ergangenen Zwischenverfügung ist zumindest dem Unterzeichner die durch die Neufassung des § 108 HGB geschaffene Problematik bekannt. Der Änderungsvorschlag ist daher zu begrüßen. Für eine Sitzverlegung gilt ohnedies weiter § 108 Satz 1 HGB (Anmeldung durch alle Gesellschafter). Fragen des Minderheitenschutzes sind damit nicht aufgeworfen.

### IV. Weitere Anregungen

#### 1. „Scheinaufsichtsräte“

Fast noch häufiger als unbekannte Aktionäre bei „kleinen AG“ sind Scheinaufsichtsräte, deren turnusmäßige Wiederwahl vergessen wurde. Dieses Phänomen der aktienrechtlichen Praxis folgt aus dem Ansatz der ganz herrschenden Meinung, wonach die Amtszeit eines gewählten Aufsichtsrats erlischt, falls keine Wiederwahl stattfindet, und zwar nach überwiegender Ansicht mit dem Ablauf des achten Monats des Geschäftsjahres, in dem eine Wahl erfolgen hätte sollen.<sup>4</sup>

Während die unterlassene Wiederbestellung eines Vorstands nach Ablauf seiner Amtszeit nach § 84 AktG nur innenrechtliche Konsequenzen hat (kein wirksamer Anstellungsvertrag) und sein Handeln im Außenverhältnis davon unberührt bleibt (§ 15 HGB), sind die Folgen eines unerkannt nicht (wieder)bestellten Aufsichtsrats drama-

<sup>4</sup> Hierzu nur *Hüffer*, AktG, 10. Aufl. 2012, § 101 Rz. 17-18 mit weiteren Nachweisen zum Diskussionsstand.

tisch. Alle Rechtshandlungen, die dieser Scheinaufsichtsrat vornimmt, sind unwirksam, von der Vorstandsbestellung über die Zustimmung zu bestimmten Geschäften bis hin zum Auftrag an den Abschlussprüfer und zur Feststellung des Jahresabschlusses. Ohne festgestellten Abschluss ist z. B. auch jede Dividendenausschüttung mangels rechtlichen Grundes jedenfalls kondizierbar. Ein genehmigtes Kapital ist u. U. nicht wirksam in Anspruch genommen, Umtausch- oder Bezugsrechte bei bedingtem Kapital sind u. U. nicht wirksam entstanden.

Werden dann neue Aufsichtsräte gewählt, könnten die bisherigen Nicht-Beschlüsse durch Bestätigungsbeschlüsse des neuen Gremiums zwar grundsätzlich geheilt werden. Dies scheitert jedoch in der Praxis oft an der Weigerung der neuen Aufsichtsräte, für die Handlungen ihrer „Vorgänger“ (haftungsrechtlich) geradezustehen.

Hier könnte erwogen werden, in Analogie zu § 68 BGB und §§ 16 Abs. 3, 40 GmbHG der eingereichten Liste des Aufsichtsrats eine Vertrauensschutzfunktion für Dritte zuzuweisen. Als Standort einer solchen Regelung kommt § 106 AktG in Betracht.

### **Vorschlag 3:**

Der bisherige Wortlaut des § 106 AktG wird zu dessen Absatz 1, es wird folgender neuer Absatz 2 angefügt:

*„(2) Wird zwischen der Gesellschaft und einem Aktionär oder sonstigen Dritten eine Rechtshandlung vorgenommen, so kann eine Änderung in der Zusammensetzung des Aufsichtsrats dem Dritten nur entgegengehalten werden, wenn sie aus einer im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung im Handelsregister aufgenommenen Liste nach Absatz 1 ersichtlich oder dem Dritten sonst bekannt war.“*

Von diesem Vorschlag erfasste Rechtshandlungen<sup>5</sup> sind neben den Fällen des § 112 AktG insbesondere auch die Ausschüttung von Dividenden oder die Ausgabe neuer Aktien bzw. Bezugsrechte auf solche bei genehmigtem und bedingtem Kapital. Bei nur intern wirkenden Beschlüssen des Aufsichtsrats bleibt es jedoch bei deren Nichtexistenz.

## 2. Aufhebung des § 30 Abs. 3 Satz 2 AktG

Weiter enthält § 30 Abs. 3 Satz 2 AktG bei „kleinen AG“ weitgehend „totes Recht“. Bei Gesellschaften ohne oder mit nur ganz wenigen Arbeitnehmern (typisch für die

<sup>5</sup> Der Begriff „Rechtshandlung“ anstelle von „Rechtsgeschäft“ vermeidet z. B. die Festlegung im Meinungsstreit über die Rechtsnatur der Erfüllung.

erste Zeit nach der Gründung) ist die Vorschrift ohnehin ein unnötiger Formalismus. Denn ab der Eintragung der AG gilt für diese bereits § 97 AktG, nach dem eine Bekanntmachung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats vom pflichtgemäßen Urteil des Vorstands abhängig gemacht wird.

#### Vorschlag 4:

§ 30 Abs. 3 Satz 2 AktG wird aufgehoben.

### 3. Aufhebung des § 20 AktG?

Die Pflicht zur Ausgabe von Namensaktien bei nicht börsennotierten Gesellschaften wirft die Frage auf, ob § 20 AktG nach Inkrafttreten der Reform noch sinnvoll ist.

Für börsennotierte Gesellschaften gelten ohnedies ausschließlich (§ 20 Abs. 8 AktG) die erheblich strengeren Vorschriften der §§ 21 ff. WpHG.

§ 20 AktG, geschaffen durch die Aktienrechtsreform 1965, ist historisch gesehen ein erstes Stück Konzerneingangs- und –ausgangskontrolle.<sup>6</sup> Die Vorschrift schützt somit die Gesellschaft, ihre Gläubiger und die Mitaktionäre. Geschaffen wurde sie in einem rechtssoziologischen Umfeld, in dem die vorhandenen etwa 2.000 AG entweder Konzerngesellschaften oder börsennotierte Gesellschaften waren. „Kleine AG“, die heute die nach Anzahl weit überwiegende Mehrheit der Aktiengesellschaften stellen, waren unbekannt. Gerade durch das Bilanzrecht und die Abschlusspublizität stehen konzernrechtliche Schutzinstrumente bereit, die damals noch nicht so weit entwickelt waren.

Nach Inkrafttreten der Reform sind nicht börsennotierte AG bereits durch das Instrument der Namensaktie und des Aktienregisters hinreichend über Veränderungen in ihrem Aktionärskreis unterrichtet. Diese Gesellschaften bedürfen des Schutzes durch § 20 AktG daher nicht mehr.

Inwieweit die Unterrichtung der Mitaktionäre bei einer nicht börsennotierten AG überhaupt im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geeignet ist, diese vor Konzentration zu schützen, bedarf der Diskussion. Immerhin gibt es für deren Aktien keinen effizienten Markt, über den sie sich aus einem Investment zurückziehen könnten. Auch der *Open Market* leistet dies nur beschränkt. Die Information über eine wesentliche Beteiligung hilft ihnen daher nur wenig. Allerdings haben Mitaktionäre vorbehaltlich einer anderweitigen Satzungsregelung keinen Zugriff auf den Datenbestand des

<sup>6</sup> Begr. RegE zu § 20, zitiert bei *Koppensteiner* in *KölnerKomm/AktG*, 3. Aufl. 2010, § 20 Rz. 1.



Aktienregisters, § 67 Abs. 6 AktG. Sie sind nach jetziger Rechtslage daher auf die relativ grobe Information durch § 20 AktG angewiesen.

Für Gläubiger soll § 20 AktG nach wohl h. M ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellen.<sup>7</sup> Allerdings dürfte der Kausalitätsnachweis im Rahmen des Schadensersatzes hier nicht einfach sein. Die zwischenzeitlich geschaffenen Schutzmechanismen im Konzern ohne Unternehmensvertrag (existenzvernichtender Eingriff<sup>8</sup>) führen wohl leichter zum Ziel eines Durchgriffs auf den wesentlich beteiligten Aktionär. Das Fehlen von Judikatur zu dieser in der Wissenschaft diskutierten Streitfrage spricht nicht gerade dafür, dass § 20 AktG praktisch relevanten Gläubigerschutz gewährleistet. Erstaunlich ist der Mangel an Rechtsprechung schon deshalb, weil sich in der Rechtspraxis der „kleinen AG“ § 20 und § 130 Abs. 5 AktG ein Kopf-an-Kopf-Rennen liefern, wenn man nach den am häufigsten missachteten Vorschriften des Aktienrechts fragt.

Wir dürfen daher anregen, im Anschluss an das Inkrafttreten dieser Reform die Frage zu untersuchen, ob § 20 AktG noch zeitgemäß ist. Entscheidet man sich, wofür manches spricht, für die Aufhebung des § 20 AktG – jedenfalls für AG mit Namensaktien –, so wäre auch eine Folgeänderung des § 67 Abs. 6 Satz 2 AktG dahingehend in Betracht zu ziehen, dass bei nicht börsennotierten Gesellschaften die Aktionäre stets einen umfassenden Anspruch auf Einsicht in das Aktienregister haben.

#### 4. Änderung des § 201 Abs. 1 AktG

Ein Grundsatz unseres Handelsregisters besteht darin, dass aus dem Handelsregister und den zu ihm eingereichten Unterlagen die aktuellen Verhältnisse zu ersehen sein sollen. Diesem Ziel dienen Anmeldepflichten und Registerzwang.

§ 201 Abs. 1 AktG macht hiervon eine Ausnahme. Hier soll das Interesse des Rechtsverkehrs hinter das Interesse der Gesellschaft an Kostenersparnis zurücktreten.<sup>9</sup> Nach der überwiegenden Praxis der Registergerichte wird in § 201 Abs. 1 AktG das Wort „nur“ hineingelesen.

Im Extremfall führt das dazu, dass der Inhalt des Handelsregisters ein Jahr lang unrichtig und irreführend ist.

---

<sup>7</sup> Statt aller *Koppensteiner*, a. a. O., Rz. 90 mit weit. Nachw.

<sup>8</sup> Hierzu zuletzt etwa BGH v. 7.1.2008, II ZR 314/05, ZIP 2008, 308 im Anschluss an BGH vom 16.7.2007, II ZR 3/04, ZIP 2007, 1552 – „Trihotel“.

<sup>9</sup> Vgl. *Fuchs* in *MüKo/AktG*, 3. Aufl. 2011, § 201 Rz. 3; *Lutter* in *KölnerKomm/AktG*, 2. Aufl. 1995, § 201 Rz. 2.

Beispiel:

Im Monat Januar des Geschäftsjahres 01 tauscht der Gläubiger einer Wandelanleihe diese in neue Aktien. Das Grundkapital steigt damit um 50 % an; das hierfür geschaffene bedingte Kapital ist somit ausgeschöpft (§§ 200, 192 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 AktG). Dieser Vorgang darf jedoch erst im Januar des Geschäftsjahres 02 zum Handelsregister angemeldet werden.

Durch die Zulässigkeit von Mitarbeiteroptionen ist das bedingte Kapital in seiner Bedeutung gestiegen. Diese werden typischerweise unterjährig während bestimmter Zeitfenster ausgeübt. Mit der Zulassung bedingten Kapitals zum Zweck eines „Debt-Equity-Swap“ wird seine Bedeutung noch zunehmen.

Schon jetzt zeigt die Praxis die Verwirrung, die dann eintritt, wenn das stimmberechtigte Grundkapital bei einer Hauptversammlung das im Handelsregister eingetragene Grundkapital übersteigt. Dies zeigt sich schon bei der Einberufung, vgl. § 124a Abs. 1 Nr. 4 AktG, aber auch bei der Bekanntgabe von Abstimmungsergebnissen nach § 130 Abs. 2 Satz 2 AktG. Bereits diese Vorschriften setzen eine Übereinstimmung des Handelsregisters mit der Realität voraus. Erst recht wird ein Interesse des Rechtsverkehrs daran bestehen, dass ein erfolgreich durchgeführter Debt-Equity-Swap alsbald im Handelsregister verlautbart wird.

Der Wortlaut der ursprünglichen Regelung in § 168 AktG 1937 lautete übrigens etwas anders. Denn dort hieß es in Absatz 1:

*„Der Vorstand hat spätestens innerhalb eines Monats ...“*

**Vorschlag 5:**

Der Deutsche Notarverein spricht sich dafür aus, das Wort „*spätestens*“ in § 201 Abs. 1 AktG wieder aufzunehmen.

Die Wiedereinfügung des Wortes „*spätestens*“ überlässt es der Gesellschaft, Nutzen und Kosten einer alsbaldigen Handelsregisteranmeldung gegeneinander abzuwägen. Dies erscheint sachgerecht.

## 5. § 274 AktG

Solange mit der Verteilung des Vermögens unter die Anteilhaber noch nicht begonnen worden ist, können diese die Fortsetzung einer aufgelösten Kapitalgesellschaft beschließen. Dieser Beschluss ist zum Handelsregister anzumelden.

Im GmbH-Recht ist die Beschlussfassung konstitutiv, die Handelsregistereintragung deklaratorisch.<sup>10</sup> Das bedeutet: Mit Wirksamkeit des Fortsetzungsbeschlusses erlischt das Amt der Liquidatoren und es sind (wieder) Geschäftsführer zu bestellen. Diese melden sich und den Fortsetzungsbeschluss zur Eintragung in das Handelsregister an und übernehmen damit zugleich die Verantwortung dafür, dass die Voraussetzungen für die Fortsetzung der Gesellschaft gegeben sind. Zugleich wird die Fortsetzung der Gesellschaft in vielen Fällen eine wirtschaftliche Neugründung darstellen mit der Folge, dass auch das eingetragene Stammkapital unversehrt vorhanden sein muss.<sup>11</sup>

Anders ist die Rechtslage im Aktienrecht. Nach § 274 Abs. 4 Satz 1 AktG ist die Eintragung des Fortsetzungsbeschlusses konstitutiv.<sup>12</sup> Das bedeutet: Die Abwickler müssen die Fortsetzung der Aktiengesellschaft zur Eintragung anmelden, § 274 Abs. 3 Satz 1 AktG. In diesem Verfahren werden die nach § 274 Abs. 3 Satz 2 erforderlichen vorzulegenden Nachweise vom Registergericht geprüft; eine Versicherung der Anmelder reicht nicht aus. Erst wenn die Fortsetzung eingetragen ist, können Mitglieder des Vorstands zum Handelsregister angemeldet werden.

Warum das so ist, ist unklar. Die Vorläufervorschrift des § 274 AktG ist § 215 AktG 1937. Dieser hat den Fall des § 307 HGB 1900 verallgemeinert, der jedoch nur den Fortsetzungsbeschluss als Fall der Aufhebung einer übertragenden Umwandlung regelte. Aus § 307 Abs. 3 HGB 1900 (Anmeldung der Fortsetzung durch den Vorstand – nicht durch die Abwickler) ergibt sich, dass die entsprechende Handelsregistereintragung damals deklaratorisch war. Der Systemwechsel durch den Gesetzgeber von 1937 könnte auf der Skepsis des NS-Rechts gegenüber der Kapitalgesellschaft als solcher beruhen.<sup>13</sup> Dieses Argument scheint in der Begründung von Hüffer<sup>14</sup> noch nachzuklingen, wonach bei einer Fortsetzung derselbe Prüfungsmaßstab gelten solle wie bei der Gründung.

<sup>10</sup> Statt aller Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 60 Rz. 29.

<sup>11</sup> Hierzu jüngst BGH v. 10.12.2013 II ZR 53/12, ZNotP 2014, 36.

<sup>12</sup> Statt aller Hüffer in MüKo/AktG, 3. Aufl. 2011, § 274 Rz. 31.

<sup>13</sup> Vgl. etwa die eher metaphorische denn juristische Begründung von Baumbach, AktG, 4. Aufl. 1941, § 215 Anm. 3: „Rückzahlungen auf das Grundkapital rühren an das Mark der AG“. Allgemein zum AktG 1937 und dem Einfluss der nationalsozialistischen Rechtsauffassung Bayer/Engelke in Bayer/Habersack (Hg.), Aktienrecht im Wandel, Band 1, 2007, Kap. 15, bes. Rz. 28-31 und 42-48.

<sup>14</sup> Hüffer in MüKo/AktG, a. a. O.: „Mit der Eintragung als Wirksamkeitsvoraussetzung bezweckt das Gesetz ähnlich wie bei der Gründung von Kapitalgesellschaften die staatliche Kontrolle der Rückverwandlung in eine werbende Gesellschaft.“

§ 274 Abs. 4 AktG steht damit nicht nur unter Ideologieverdacht. Der Vollzug von Fortsetzungsbeschlüssen ist zudem in der Praxis „holprig“: Denn eine verbreitete registergerichtliche Praxis lässt es nicht zu, dass zugleich mit dem Beschluss der Hauptversammlung über die Fortsetzung der Gesellschaft deren Aufsichtsrat neue Mitglieder des Vorstands bestellt und diese sogleich mit dem Fortsetzungsbeschluss zum Handelsregister angemeldet werden.

Damit ist keine kontinuierliche Handlungsfähigkeit der Aktiengesellschaft sichergestellt: Die Abwickler nehmen keine auf die Wiederaufnahme werbender Tätigkeit gerichteten Rechtshandlungen vor, zum einen weil sie dazu als Abwickler nicht befugt sind, zum anderen weil sie nicht wissen, ob sie im Zeitpunkt der Vornahme einer solchen Handlung überhaupt noch im Amt sind. Die designierten Vorstände können mangels Bestellung durch den Aufsichtsrat bzw. mangels Handelsregistereintragung als Nachweis ihrer Rechtsstellung ebenfalls nicht handeln.

Eine Lösung ist denkbar, indem eine zum GmbH-Recht parallele Rechtslage im Aktienrecht sichergestellt ist. Die Eintragung des Fortsetzungsbeschlusses sollte daher nicht konstitutiv, sondern deklaratorisch sein. Dies gilt selbst in den Fällen des § 274 Abs. 2 Nr. 2 AktG. Es besteht kein Bedürfnis dafür, Fortsetzungs- und Satzungsänderungsbeschluss in ihrer Wirksamkeit miteinander zu verknüpfen. Das verfahrensrechtliche Erfordernis gleichzeitiger Eintragung reicht aus.

Zugleich könnte darüber nachgedacht werden, ob § 274 Abs. 3 Satz 2 nicht ein zuviel an Regulierung darstellt. Ein Grund für höhere Anforderungen bei der Aktiengesellschaft ist nämlich spätestens seit der Aktienrechtsreform 1994 (Schaffung der „Kleinen AG“) nicht mehr erkennbar. Für beide Rechtsformen reicht eine entsprechende Versicherung durch die Anmelder aus.

Daher unterbreitet der Deutsche Notarverein folgenden

#### **Vorschlag 6:**

§ 274 Abs. 3 AktG wird wie folgt gefasst:

„(3) Die Fortsetzung der Gesellschaft ist zum Handelsregister anzumelden. Bei der Anmeldung ist zu versichern, dass noch nicht mit der Verteilung des Vermögens unter die Aktionäre begonnen worden ist. In den Fällen des Absatzes 2 Nr. 2 sollen die beiden Beschlüsse nur zusammen in das Handelsregister eingetragen werden.“

§ 274 Abs. 4 AktG wird aufgehoben.

6. Redaktionelle Änderungen im UmwG.

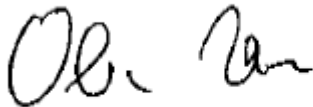
Durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19.04.2007 (BGBl. I, 542) wurde § 229 UmwG aufgehoben. Dennoch wird auf diese Vorschrift heute noch verwiesen in

- § 251 Abs. 1 Satz 1 UmwG;
- § 260 Abs. 2 Satz 1 UmwG;
- § 274 Abs. 1 Satz 1 UmwG;
- § 283 Abs. 1 Satz 1 UmwG;
- § 292 Abs. 1 UmwG.

Die Aktiennovelle 2014 könnte zum Anlass einer redaktionellen Bereinigung genommen werden.

Für Rückfragen stehen wir gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Oliver Vossius