

die Gelegenheit erhält, den Widerspruch zu seiner Moto-Meter-Entscheidung aufzulösen. Nur so können die Unsicherheiten ausgeräumt werden, die der Daimler/Chrysler-Beschluss für die Fortentwicklung des Verhandlungsmodells *de lege lata et ferenda* hervorgerufen hat. Bis dahin

ist zu wünschen, dass die Vor- und Nachteile des Verhandlungsmodells und seine verfassungsrechtlichen Grenzen im rechtswissenschaftlichen Schrifttum näher diskutiert werden.

RA FASTr FAHGESr Sigmund Perwein, Singen/Hohentwiel*

Ist ein Kapitalerhöhungsbeschluss mit festem Erhöhungsbetrag unverzüglich durchzuführen?

§ 182 AktG enthält keine Vorgabe dahingehend, bis wann die Verwaltung der Aktiengesellschaft einen von der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft gefassten Kapitalerhöhungsbeschluss durchführen muss. Die Frage, ob eine Durchführungsfrist durch die Hauptversammlung selbst festzusetzen ist und welcher Zeitraum als noch angemessen angesehen werden kann bzw. die Frage, in welchem Zeitraum die Kapitalerhöhung ohne ausdrücklichen Beschluss der Hauptversammlung durch die Verwaltung durchzuführen ist, ist in den vergangenen Jahren wiederholt Gegenstand von Gerichtsentscheidungen und Beiträgen in der Literatur gewesen. Dabei konzentrierte sich die Diskussion hinsichtlich der Durchführungsfrist auf sog. „Um-bis-zu-Kapitalerhöhungsbeschlüsse“ bzw. sog. „Bis-zu-Kapitalerhöhungsbeschlüsse“ und streifte eher am Rande die Frage, ob für ordentliche Kapitalerhöhungsbeschlüsse mit festem Erhöhungsbetrag ebenfalls eine Durchführungsfrist durch die Hauptversammlung vorzusehen ist oder in welcher Frist die Verwaltung eine solche Kapitalerhöhung durchzuführen hat, wenn die Hauptversammlung keine Frist festgelegt hat. Der vorliegende Beitrag nimmt sich deshalb dieses Themas an.

I. Einleitung

Unter der sog. Durchführungsfrist wird der Zeitraum zwischen der Beschlussfassung der Hauptversammlung über die Kapitalerhöhung bis zur Eintragung ihrer Durchführung im Handelsregister verstanden.¹ Die Diskussion um die Durchführungsfrist ist vor dem Hintergrund der Abgrenzung der ordentlichen Kapitalerhöhung gem. § 182 ff. AktG von der Kapitalerhöhung mit genehmigtem Kapital gem. § 202 ff. AktG zu sehen.² Beide Maßnahmen der Kapitalbeschaffung unterscheiden sich strukturell.

Im Falle des Kapitalerhöhungsbeschlusses mit festem Erhöhungsbetrag entscheidet die Hauptversammlung durch ihre Beschlussfassung abschließend über den Umfang der Kapitalerhöhung und ist der Vorstand gem. § 83 AktG verpflichtet, einen solchen Kapitalerhöhungsbeschluss auszuführen.³ Demgegenüber entscheidet bei der Kapitalerhöhung mit genehmigtem Kapital zwar grundsätzlich auch die Hauptversammlung, sie erteilt hier aber der Verwaltung keinen immanenten „Umsetzungsbefehl“, sondern vielmehr die Ermächtigung zur Kapitalerhöhung. Es handelt sich hier also um eine Maßnahme der Geschäftsführung gem. § 77 AktG, so dass der Vorstand beim genehmigten Kapital nach pflichtgemäßem Ermessen selbst entscheidet, ob er dieses ausnutzt oder nicht.⁴

Beide Kapitalerhöhungsmaßnahmen sind demgemäß in einem von drei Punkten identisch, nämlich in dem Punkt, dass die Hauptversammlung die grundlegende Entscheidung trifft. Sie unterscheiden sich jedoch in den beiden anderen Punkten, nämlich hinsichtlich der Ausführungspflicht einerseits bzw. dem Ausführungsermessen andererseits und hinsichtlich der Frage, welches Organ letztendlich über die Höhe der Kapitalerhöhung entscheidet, nämlich die Hauptversammlung einerseits bzw. die Verwaltung andererseits.

Ausgehend vom gesetzlichen Leitbild der ordentlichen Kapitalerhöhung mit festem Erhöhungsbetrag, bei welcher die Hauptversammlung abschließend entscheidet, in welcher Höhe eine Kapitalerhöhung durchgeführt wird, ist es gesetzestechnisch konsequent, dass beim genehmigten Kapital, bei welchem das Gesetz das „Ob“ und den Umfang der Kapitalerhöhung in die Hände der Verwaltung legt, die Rechte der Hauptversammlung als oberstem Organ der Aktiengesellschaft dadurch gewahrt werden sollen, dass § 202 Abs. 1 AktG bestimmt, dass die Ermächtigung wegfällt, insoweit sie nicht innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren nach Eintragung der Ermächtigung im Handelsregister durch die Verwaltung ausgeübt worden ist.

* Der Autor ist in der Steuerberater- und Rechtsanwaltskanzlei Reichert & Reichert in Singen/Hohentwiel tätig.

¹ Vgl. OLG München v. 22.9.2009 – 31 Wx 110/09, AG 2010, 88; LG Hamburg v. 2.12.1993 – 405 O 162/93, AG 1995, 92.

² OLG München v. 22.9.2009 – 31 Wx 110/09, AG 2010, 88; LG Freiburg v. 15.12.2004 – 6 O 6/02; *Veil* in K. Schmidt/Lutter, 2. Aufl. 2010, § 182 AktG Rz. 17; *Peifer* in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2011, § 182 AktG Rz. 36; *Albrecht/Lange*, BB 2010, 142 (143); *Holzmann/Eichstädt*, DStR 2010, 277 (278 f.).

³ Vgl. *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, 2. Aufl. 2010, § 83 AktG Rz. 11; *Spindler* in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 83 AktG Rz. 15.

⁴ Vgl. *Hüffer*, 10. Aufl. 2012, § 202 AktG Rz. 20; *Veil* in K. Schmidt/Lutter, 2. Aufl. 2010, § 202 AktG Rz. 21; *Bayer* in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2011, § 202 AktG Rz. 86.

Führt man sich diese beiden gegensätzlichen Pole vor Augen und konzentriert sich dabei als wesentliches Unterscheidungsmerkmal darauf, ob Hauptversammlung oder Verwaltung über das „Ob“ und die Höhe der durchzuführenden Kapitalerhöhung entscheiden, erklärt sich, warum sich die Diskussion um die Durchführungsfrist speziell bei „Um-bis-zu-Kapitalerhöhungsbeschlüssen“ bzw. „Bis-zu-Kapitalerhöhungsbeschlüssen“,⁵ welche eine Unterart der ordentlichen Kapitalerhöhung gem. § 182 AktG darstellen,⁶ entzündet. Denn wenn die alleinige Entscheidungsbefugnis der Hauptversammlung für die ordentliche Kapitalerhöhung nicht schleichend durch allzu große Nähe zur Kapitalerhöhung mit genehmigtem Kapital verwässert werden soll, müssen Kapitalerhöhungsbeschlüsse mit Mindest- und/oder Höchstbetrag hinsichtlich des Zeitraums ihrer Durchführung eingegrenzt werden, da eine zeitlich zu weite Ausdehnung solcher Beschlüsse, diese faktisch (abgesehen vom fehlenden bloßen Ausführungs-ermessen) zu Kapitalerhöhungsbeschlüssen mit genehmigtem Kapital transformieren würden.⁷

Dass solche Beschlüsse mit Mindest- und/oder Höchstbetrag deshalb einer Durchführungsfrist bedürfen, ist dogmatisch nachvollziehbar. Aus Sicht des Verfassers ist es zweitrangig, ob man verlangt, dass die Durchführungsfrist von der Hauptversammlung selbst festzulegen ist oder nicht, und ob diese nun drei, sechs oder neun Monate beträgt. Allerdings ist es absolut misslich, dass es mangels gesetzlicher Regelung und damit von Rechtssicherheit für den Praktiker im Grunde notwendig ist, aus Sicherheitsgründen, die kürzeste Frist (drei bis max. sechs Monate) zugrunde zu legen.⁸

In der Diskussion hinsichtlich der notwendigen Festsetzung einer Durchführungsfrist und deren Dauer bei ordentlichen Kapitalerhöhungsbeschlüssen mit Mindest- und/oder Höchstbetrag findet sich aber auch immer wieder die Nebenbemerkung, dass Kapitalerhöhungsbeschlüsse mit festem Erhöhungsbetrag sofort bzw. unverzüglich durchzuführen seien.⁹ An anderer Stelle wird dagegen nicht immer genau ersichtlich, ob sich die Aussage nur¹⁰ auf Kapitalerhöhungsbeschlüsse mit Mindest- und/oder Höchstbetrag bezieht oder auch¹¹ auf Kapitalerhö-

hungsbeschlüsse mit festem Erhöhungsbetrag, so dass der Meinungsstand¹² unklar¹³ erscheint. Der Frage, ob es richtig ist, dass Kapitalerhöhungsbeschlüsse mit festem Erhöhungsbetrag unverzüglich durchgeführt werden müssen und andernfalls das Registergericht die Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung ins Handelsregister abzulehnen hat, soll vor diesem Hintergrund nunmehr nachgegangen werden.

II. Historie und Diskussion der „unverzüglichen“ Durchführung von Kapitalerhöhungsbeschlüssen mit festem Erhöhungsbetrag

Soweit ersichtlich, ist das Urteil des Reichsgerichts vom 13.3.1934¹⁴ Ausgangspunkt der Diskussion, und tatsächlich ist in diesem Urteil Folgendes zu lesen:

„Der Beschluss besagt allerdings ausdrücklich nichts darüber, bis wann er durchzuführen ist. Daraus folgt aber noch keineswegs, dass es dem Aufsichtsrat oder dem Vorstand überlassen bleiben sollte, ob und wann dies zu geschehen habe. (...) ... kann der Erhöhungsbeschluss nur so gemeint gewesen sein, dass die Erhöhung des Grundkapitals sofort durchgeführt werden sollte, wie dies tatsächlich auch der Fall gewesen ist. Dann enthält der Beschluss aber in zeitlicher Hinsicht überhaupt keine Ermächtigung an den Aufsichtsrat zur näheren Ausgestaltung der Durchführung.“¹⁵

Eine Rechtsgrundlage bzw. eine Vorschrift, bei welcher das Reichsgericht das Erfordernis der sofortigen Durchführung dogmatisch verankert wissen wollte, ist seinem Urteil allerdings nicht zu entnehmen.

Aus dem „sofort“ des Reichsgerichts aus dem Jahre 1934 hat sich im Laufe der Jahre dann der Terminus „unverzüglich“¹⁶ entwickelt. Interessanterweise wird dabei jeweils auf § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB¹⁷ rekurriert, was bei näherer Betrachtung doch sehr überrascht, handelt es sich hierbei doch bekanntlich um die Regelung, dass die Anfechtung wegen Irrtums bzw. falscher Übermittlung (§§ 119, 120 BGB) „ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) erfolgen (muss), nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat“.

5 Im Weiteren zusammenfassend als Kapitalerhöhungsbeschlüsse mit Mindest- und/oder Höchstbetrag bezeichnet.

6 Vgl. *Holzmann/Eichstädt*, DStR 2010, 277 (279, li. Sp.).

7 OLG München v. 22.9.2009 – 31 Wx 110/09, AG 2010, 88; LG Freiburg v. 15.12.2004 – 6 O 6/02; *Veil* in K. Schmidt/Lutter, 2. Aufl. 2010, § 182 AktG Rz. 17; *Peifer* in MünchKommAktG, 3. Aufl. 2011, § 182 AktG Rz. 36; *Albrecht/Lange*, BB 2010, 142 (143); *Holzmann/Eichstädt*, DStR 2010, 277 (278 f.).

8 Vgl. nur *Peifer* in MünchKommAktG, 3. Aufl. 2011, § 182 AktG Rz. 37.

9 LG Hamburg v. 2.12.1993 – 405 O 162/93, AG 1995, 92 – juris Rz. 24; LG Freiburg v. 15.12.2004 – 6 O 6/02 – juris Rz. 40; *Albrecht/Lange*, BB 2010, 142 (143, li. Sp.).

10 So bei *Veil* in K. Schmidt/Lutter, 2. Aufl. 2010, § 182 AktG Rz. 17, dessen Kommentierung im Übrigen insoweit keine ausdrückliche Aussage zu Kapitalerhöhungsbeschlüssen mit festem Erhöhungsbetrag enthält.

11 Vgl. *Peifer* in MünchKommAktG, 3. Aufl. 2011, § 182 AktG Rz. 37; *Dürr* in Wachter, 2012, § 182 AktG Rz. 19 unter Berufung auf OLG München v. 22.9.2009 – 31 Wx 110/09, AG 2010, 88, wiewohl sich dessen Aussage eindeutig nur auf den entschiedenen Fall

einer „Bis-zu“-Kapitalerhöhung bezieht (vgl. Rz. 11 bei juris); *Marsch-Barner* in *Bürgers/Körper*, 2. Aufl. 2011, § 182 AktG Rz. 22, ebenfalls unter fälschlicher Berufung auf OLG München v. 22.9.2009 – 31 Wx 110/09, AG 2010 88; *Sickinger/Kuthe* in *Anwaltshdb. Aktienrecht*, 2. Aufl. 2010, § 33 Rz. 35.

12 Deutlich wohl aber: *Hüffer*, 10. Aufl. 2012, § 182 AktG Rz. 14 (unverzügliche Durchführung).

13 Umgekehrt berufen sich *Holzmann/Lange*, DStR 2010, 277 (280, li. Sp.) bei der „Bis-zu“-Kapitalerhöhung auf RGZ 144, 138, wiewohl es in dieser Entscheidung um einen Kapitalerhöhungsbeschluss mit festem Erhöhungsbetrag ging.

14 RG v. 13.3.1934 – II. 225/33, RGZ 144, 138 (141 f.).

15 RG v. 13.3.1934 – II. 225/33, RGZ 144, 138 (141 f.).

16 Vgl. beispielhaft jeweils unter Berufung auf das Reichsgericht: LG Freiburg v. 15.12.2004 – 6 O 6/02 – juris Rz. 40; *Hüffer*, 10. Aufl. 2012, § 182 AktG Rz. 14; *Peifer* in MünchKommAktG, 3. Aufl. 2011, § 182 AktG Rz. 37.

17 Vgl. beispielhaft OLG München v. 22.9.2009 – 31 Wx 110/09, AG 2010, 88 – juris Rz. 11 (zum Kapitalerhöhungsbeschluss mit Mindest- und/oder Höchstbetrag); LG Freiburg v. 15.12.2004 – 6 O 6/02 – juris Rz. 41; *Hüffer*, 10. Aufl. 2012, § 182 AktG Rz. 14; *Dürr* in Wachter, 2012, § 182 AktG Rz. 19; *Marsch-Barner* in *Bürgers/Körper*, 2. Aufl. 2011, § 182 AktG Rz. 22; *Holzmann/Eichstädt*, DStR 2010, 277 (280, li. Sp.).

Andere leiten die Notwendigkeit der unverzüglichen Durchführung aus dem Gegenschluss zu den Vorschriften zum genehmigten Kapital ab, welche eine gesetzliche Durchführungsfrist von maximal fünf Jahren vorsehen.¹⁸ Während der Bezug auf § 121 BGB dogmatisch schwer nachvollziehbar ist, erscheint diese Auffassung auf den ersten Blick bestechend, denn tatsächlich – wie bereits vorstehend unter Ziff. I. dargestellt – ist die ordentliche Kapitalerhöhung mit festem Erhöhungsbetrag in gewisser Weise das Gegenstück zur Kapitalerhöhung mit genehmigtem Kapital.

Aber folgt deshalb aus § 202 Abs. 1 AktG im Umkehrschluss zwingend das Ergebnis, dass der Kapitalerhöhungsbeschluss mit festem Erhöhungsbetrag dann (als quasi radikales Gegenstück zu einer Frist von fünf Jahren) unverzüglich durchgeführt werden muss? Und wäre nicht eine Durchführungsfrist von 18, 24 oder gar 30 Monaten auch noch geeignet, um ausreichenden dogmatischen Abstand zur Kapitalerhöhung mit genehmigtem Kapital zu gewährleisten?

Kann es, solange keine ausdrückliche gesetzliche Regelung existiert – wenn man denn eine Durchführungsfrist für Kapitalerhöhungsbeschlüsse mit feststehendem Erhöhungsbetrag für notwendig halten müsste – überhaupt für alle Arten von Aktiengesellschaften eine fixe Frist geben? Gilt doch § 182 AktG sowohl für börsennotierte Aktiengesellschaften als auch nichtbörsennotierte Aktiengesellschaften und ebenso, wenn eine Aktiengesellschaft ihre Kapitalerhöhung als Selbstemission oder als Fremdemission konzipiert, und genauso für das große Dax-Unternehmen wie für die kleine Publikums-Aktiengesellschaft mit regionaler Bedeutung und vielleicht 100 oder 1.000 Aktionären.

Tatsächlich führt der Umkehrschluss aus § 202 Abs. 1 AktG auf die angeblich für die Kapitalerhöhung mit fixem Erhöhungsbetrag abzuleitende unverzügliche Durchführung in die „Irre“.¹⁹ Denn entscheidend für die Abgrenzung zwischen der ordentlichen Kapitalerhöhung mit festem Erhöhungsbetrag und der Kapitalerhöhung mit genehmigtem Kapital ist nicht die fünfjährige Durchführungsfrist in § 202 Abs. 1 AktG, sondern der Umstand, ob die Hauptversammlung oder die Verwaltung über das „Ob“ und die definitive Höhe der Kapitalerhöhung entscheiden. Ausgehend von diesem zentralen Kriterium für die Abgrenzung von Kapitalerhöhungsbeschluss mit festem Erhöhungsbetrag und Kapitalerhöhung mit genehmigtem Kapital zeigt sich, dass die Einhaltung einer wie

auch immer gearteten Durchführungsfrist grundsätzlich keine Voraussetzung für die Eintragung der Durchführung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses mit festem Erhöhungsbetrag im Handelsregister sein kann. Denn unabhängig davon, ob es 18, 24 oder 30 Monate²⁰ dauert, bis die Durchführung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses mit festem Erhöhungsbetrag im Handelsregister eingetragen worden ist, ist und bleibt die Hauptversammlung alleinige Herrin der Kapitalerhöhung.²¹

Und solange die Hauptversammlung nicht von ihrem Recht Gebrauch macht, im Rahmen der jährlich wiederkehrenden ordentlichen Hauptversammlung einen etwa noch nicht durchgeführten Kapitalerhöhungsbeschluss mit festem Erhöhungsbetrag durch Aufhebungsbeschluss zu beseitigen,²² wird die Hoheit und alleinige Entscheidungsgewalt der Hauptversammlung hinsichtlich der Durchführung einer Kapitalerhöhung mit festem Erhöhungsbetrag durch die Zeitdauer zwischen dem Erhöhungsbeschluss und der Eintragung seiner Durchführung im Handelsregister auch nicht beeinträchtigt.²³ Gerade dies ist der Grund, warum § 182 AktG bewusst und geplant keine Durchführungsfrist und keine unverzügliche Durchführung vorsieht.

Nur so kann das Gesetz in Gestalt von § 182 AktG der Vielfalt denkbarer Sachverhaltsgestaltungen auch gerecht werden. Da ist auf der einen Seite die börsennotierte Aktiengesellschaft, welche eine Fremdemission durchführt und durch entsprechende Vereinbarung mit einer Emissionsbank sichergestellt hat, dass alle Aktien von dieser Bank am Tage nach der Beschlussfassung gezeichnet werden. Da ist aber auch die kleine Publikums-Aktiengesellschaft, welche darauf angewiesen ist, dass sie die zwölfmonatige Gültigkeitsdauer für das regelmäßig notwendige Wertpapierprospekt (§ 9 WpPG) voll ausnutzen kann und deshalb inklusive des Zeitraums für die Erstellung des Prospekts regelmäßig 18–24 Monate zwischen der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung mit festem Erhöhungsbetrag und der Eintragung seiner Durchführung im Handelsregister benötigt, um einen unter Kosten-/Nutzen-Gesichtspunkten ausreichend hohen Erhöhungsbetrag zu realisieren, und welcher nicht damit geholfen ist, einen Kapitalerhöhungsbeschluss mit Mindest- und/oder

¹⁸ Vgl. *Albrecht/Lange*, BB 2010, 142, (143, li. Sp.).

¹⁹ Würde man den Gedanken des Umkehrschlusses zu Ende denken, dann wäre das Gegenteil einer Durchführungsfrist von fünf Jahren aus § 202 Abs. 1 AktG im Übrigen nicht eine unverzügliche Durchführung, sondern das unverzügliche Inangriffnehmen der Kapitalerhöhung (so i.E. möglicherweise auch *Sickinger/Kuthe* in *Anwaltshdb. Aktienrecht*, 2. Aufl. 2010, § 33 Rz. 35), also der unverzügliche Beginn mit den ersten Vorbereitungen, was etwas gänzlich anderes ist und je nachdem, ob eine Selbst- oder Fremdemission ansteht und die Anzahl der (ggf. erst noch zu findenden) Zeichner potentiell größer oder kleiner ist, kürzere oder (auch deutlich) längere Zeit in Anspruch nehmen kann.

²⁰ Die Frist gem. § 185 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 AktG sei bei dieser Betrachtung ausgeklammert, zumal eine Durchführungsdauer von 24 oder 30 Monaten ja nicht bedeutet, dass die Zeichnungsfrist ebenso lang ist und es dann i.S.v. § 185 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 AktG zwangsläufig zu einer überlangen Bindungsdauer kommt.

²¹ Hier zeigt sich auch nochmals, dass es eine andere Frage ist, ob §§ 182, 83 AktG (kein Ermessen des Vorstands hinsichtlich „Ob“ und „Höhe“) betroffen sind oder §§ 202, 77 AktG (Ermessen des Vorstands hinsichtlich „Ob“ und „Höhe“). Denn wo es kein Ermessen gibt, gibt es auch kein Abgrenzungsproblem, das eine Durchführungsfrist oder gar eine unverzügliche Durchführung erfordert.

²² Weswegen auch die Formel, wonach die „Durchführung der Kapitalerhöhung nicht mehr vom Kapitalerhöhungsbeschluss gedeckt sei“ (so LG Freiburg v. 15.12.2004 – 6 O 6/02 – juris Rz. 41), unrichtig ist.

²³ Dass der Vorstand den Beschluss der Hauptversammlung gem. § 83 AktG ausführen muss und sich bei einer „überlangen Durchführungsdauer“ ggf. pflichtwidrig verhält, ist eine andere Frage und ändert hieran nichts.

Höchstbetrag zu fassen und dann innerhalb einer durch die Rechtsprechung und die herrschende Meinung in der Literatur sehr knapp bemessenen Frist von max. sechs Monaten durchführen zu müssen.

III. Zurückführung des Urteils des Reichsgerichts vom 13.3.1934 auf den entschiedenen Einzelfall

Die vorstehend in Abschnitt II. dargestellte Auffassung, wonach sich aus dem Aktiengesetz nicht ableiten lässt, dass Kapitalerhöhungsbeschlüsse mit festem Erhöhungsbetrag unverzüglich durchzuführen sind und andernfalls das Registergericht die Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung ins Handelsregister abzulehnen hätte, lässt sich auch gerade mit dem Urteil verifizieren, welches in Rechtsprechung und Literatur häufig als Beweis für die Notwendigkeit der unverzüglichen Durchführung benannt und zitiert²⁴ wird, nämlich das Urteil des Reichsgerichts vom 13.3.1934.²⁵

Schaut man sich nämlich Sachverhalt und Begründung dieses Urteils im Detail an, so wird deutlich, dass das „sofort“ des Reichsgerichts nicht über den entschiedenen Einzelfall²⁶ hinaus verallgemeinert werden kann. Dieser Sachverhalt kann kurz wie folgt zusammengefasst werden:

Die streitgegenständliche Aktiengesellschaft hatte am 22.12.1928 beschlossen, das Grundkapital um 3,0 Mio. Reichsmark von 6,0 Mio. Reichsmark auf 9,0 Mio. Reichsmark durch Ausgabe von 15.000 Stück auf den Inhaber lautenden Aktien zu je 200 Reichsmark zu erhöhen. Weiter wurde beschlossen, dass die neuen Aktien am Gewinn ab 1.1.1929 teilnehmen und der Aufsichtsrat ermächtigt wird, die Einzelheiten der Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals und der Aktienausgabe festzusetzen.²⁷

Zwischen der streitgegenständlichen Aktiengesellschaft und dem Beklagten des Urteils des Reichsgerichts war zuvor vereinbart worden, dass der Beklagte alle neuen Aktien übernimmt. Es stand also schon bei der Beschlussfassung der Hauptversammlung fest, dass alle Aktien durch einen Zeichner gezeichnet werden. Ferner war eine enge zeitliche Nähe dadurch vorgegeben, dass der Beschluss vom 22.12.1928 vorsah, dass die neuen Aktien bereits ab 1.1.1929, also 10 Tage später, am Gewinn der Aktiengesellschaft teilnehmen sollten.²⁸

Die vollständigen Erwägungen des Reichsgerichts, welche vorstehend im Abschnitt I. aus erkenntnistheoretischen Gründen bewusst unvollständig zitiert worden waren, sollen hier nun vollständig zitiert werden:

„Der Beschluss besagt allerdings ausdrücklich nichts darüber, bis wann er durchzuführen ist. Daraus folgt aber noch keineswegs, dass es dem Aufsichtsrat oder dem Vorstand überlassen bleiben sollte, ob und wann dies zu geschehen habe. Auch ein Kapitalerhöhungsbeschluss unterliegt der Auslegung nach Grundsätzen des § 133 BGB. Nun weist schon die Bestimmung, dass die jungen Aktien ab 1.1.1929 gewinnberechtigt sein sollten, darauf hin, dass die Erhöhung sofort durchgeführt werden sollte. Dazu kommen die schon vor der Generalversammlung vom 22.12.1928 mit der Beklagten selbst geführten Verhandlungen und getroffenen Abmachungen wegen der in Aussicht genommenen Kapitalerhöhung, die offensichtlich den Zweck verfolgten, die beschleunigte Durchführung eines solchen Beschlusses zu ermöglichen und sicherzustellen. Angesichts dieser Umstände und in weiterer Berücksichtigung dessen, dass in der Generalversammlung gleichzeitig über die für den Fall der Durchführung der Kapitalerhöhung notwendig gewordenen Satzungsänderungen Beschluss gefasst worden ist, kann der Erhöhungsbeschluss nur so gemeint gewesen sein, dass die Erhöhung des Grundkapitals sofort durchgeführt werden sollte, wie dies tatsächlich auch der Fall gewesen ist. Dann enthielt der Beschluss aber in zeitlicher Hinsicht überhaupt keine Ermächtigung an den Aufsichtsrat zur näheren Ausgestaltung der Durchführung.“²⁹

Diese klaren Ausführungen des Reichsgerichts bedürfen keiner weiteren Kommentierung. Mehr als deutlich wird, dass der „Sofort“-Befehl des Reichsgerichts auf den entschiedenen Einzelfall³⁰ begrenzt ist und dieser demgemäß nicht verallgemeinerungsfähig ist. Vielmehr obliegt es nach dem Urteil des Reichsgerichts, wenn der Beschluss der Hauptversammlung keine Durchführungsfrist enthält und sich auch im Wege der Auslegung kein „Befehl“ zur sofortigen Durchführung ergibt, aufgrund der im Kapitalerhöhungsbeschluss (regelmäßig) ausgesprochenen Ermächtigung der Verwaltung, die nähere Ausgestaltung vorzunehmen, eben der Verwaltung, die Durchführung nach den im Einzelfall gegebenen Umständen anzugehen.

IV. Zusammenfassung

Die Auffassung, wonach ein Kapitalerhöhungsbeschluss mit festem Erhöhungsbetrag mangels Festsetzung einer Durchführungsfrist durch die Hauptversammlung, unverzüglich durchzuführen ist und andernfalls das Registergericht die Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung ins Handelsregister abzulehnen hat, findet im Gesetz keine Stütze und kann als verallgemeinernder Grundsatz auch nicht aus dem Urteil des Reichsgerichts vom 13.3.1934³¹ abgeleitet werden.

Vielmehr ist ausdrücklich festzuhalten, dass es keine Durchführungsfrist bzw. kein Fristerfordernis für solche Kapitalerhöhungsbeschlüsse gibt und abgesehen von den Fällen,³² in denen die Zeichner bereits feststehen, auch keinen Zwang zur unverzüglichen Durchführung, zumal es die Hauptversammlung bei der alljährlichen Hauptversammlung jederzeit in der Hand hat, eine aus ihrer Sicht etwaig zu lange dauernde Durchführung der Kapitalerhöhung durch Aufhebung des Kapitalerhöhungsbeschlusses zu beenden. Da es beim Kapitalerhöhungsbeschluss mit festem Erhöhungsbetrag unabhängig davon, wie lange es dauert, bis dessen Durchführung im Handelsregister ein-

²⁴ Vgl. LG Hamburg v. 2.12.1993 – 405 O 162/93, AG 1995, 92 – juris Rz. 24; LG Freiburg v. 15.12.2004 – 6 O 6/02 – juris Rz. 40; Hüffer, 10. Aufl. 2012, § 182 AktG Rz. 14; Peifer in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2011, § 182 AktG Rz. 37; Albrecht/Lange, BB 2010, 142 (143, li. Sp.).

²⁵ RG v. 13.3.1934 – II. 225/33, RGZ 144, 138.

²⁶ Bzw. die entschiedene Fallkonstellation.

²⁷ RG v. 13.3.1934 – II. 225/33, RGZ 144, 138 f.

²⁸ RG v. 13.3.1934 – II. 225/33, RGZ 144, 138 f.

²⁹ RG v. 13.3.1934 – II. 225/33, RGZ 144, 138 (141 f.).

³⁰ Bzw. die entschiedene Fallkonstellation.

³¹ RG v. 13.3.1934 – II. 225/33, RGZ 144, 138.

³² Z.B. der Fall der Fremdemission (bei der in der Regel bereits vor der Beschlussfassung feststeht, dass eine oder mehrere Emissionsbanken die Aktien zeichnen) oder wenn im Fall der Selbstemission bereits feststeht, dass die bisherigen Aktionäre zeichnen.

getragen ist, immer nur und ausschließlich in der Hand der Hauptversammlung liegt, in welcher Höhe die Kapitalerhöhung durchgeführt wird, droht ohne Durchführungsfrist und ohne unverzügliche Durchführung bei solchen Beschlüssen auch keine Verwischung der Grenzen zur Kapitalerhöhung mit genehmigtem Kapital. Denn Kern der

Kapitalerhöhung mit genehmigtem Kapital ist nicht die gesetzliche fünfjährige Durchführungsfrist, sondern der Umstand, dass – anders als bei der Kapitalerhöhung mit festem Erhöhungsbetrag – die Verwaltung über das „Ob“ und die Höhe der Ausnutzung der Ermächtigung, und damit über die Kapitalerhöhung selbst entscheidet.

RA Dr. Wolfgang Selter, Düsseldorf*

Die Prüfung des Jahresabschlusses durch den Aufsichtsrat bei Fehlen einer Prüfung gem. §§ 316 ff. HGB

Der Aufsichtsrat hat nach § 171 Abs. 1 Satz 1 AktG den vom Vorstand aufgestellten Jahresabschluss zu prüfen. Regelmäßig wird er hierbei durch den Abschlussprüfer unterstützt. Bei kleinen Kapitalgesellschaften bedarf es keiner Abschlussprüfung durch einen externen Wirtschaftsprüfer, so dass der Aufsichtsrat bei seiner Prüfung des Jahresabschlusses auf sich allein gestellt ist. Der nachfolgende Beitrag zeigt, dass entgegen der h.M. die Mitglieder des Aufsichtsrats kleiner Aktiengesellschaften aufgrund dieses Defizits keine gesteigerte Verantwortung tragen und somit keinen erhöhten Haftungsrisiken unterliegen. Am Ende finden sich Handlungsempfehlungen für Mitglieder solcher Aufsichtsräte.

I. Einleitung

1. Einführung der Abschlussprüfung durch externe Wirtschaftsprüfer

Im Zuge der Aktienrechtsnovelle von 1931 wurde durch die erste Notverordnung des Reichspräsidenten¹ vom 19.9.1931² die Pflichtprüfung durch externe Wirtschaftsprüfer bzw. Wirtschaftsprüfungsgesellschaften³ für Akti-

engesellschaften in Deutschland eingeführt.⁴ Zuvor war es der Generalversammlung überlassen gewesen, ob sie Revisoren zur Prüfung des vom Vorstand aufgestellten Jahresabschlusses⁵ bestellen wollte.⁶

Die Pflichtprüfung sollte eine Antwort auf die Weltwirtschaftskrise sein, die mit dem „schwarzen Freitag“ an der New Yorker Wallstreet im Oktober 1929 begann und der eine nahezu weltweite wirtschaftliche Depression folgte. Zuvor hatte es bereits zuvor Anzeichen einer starken Überbewertung der Aktienkurse gegeben. Konkreter Anlass für die Notverordnung dürfte der Zusammenbruch des Nordwolle-Konzerns⁷ in Bremen am 18.6.1931 gewesen sein⁸, der im Sommer 1931 eine schwere Bankenkrise in Deutschland und Österreich⁹ auslöste. Der Vorstand von Nordwolle hatte unbemerkt vom Aufsichtsrat große

eines Einführungsgesetzes nebst erläuternden Bemerkungen, 1930, S. 116, wonach eine regelmäßige Rechnungsprüfung durch „fachlich erfahrene und ausreichend vorgebildete Personen oder Treuhandgesellschaften“ erfolgen soll. Im Zuge der Einführung der Pflichtprüfung 1931 wurde der Begriff des „Wirtschaftsprüfers“ für eine spezielle Gruppe besonders qualifizierter und privilegierter Revisoren geschaffen. Zugelassen wurden 1931 insgesamt 549 Wirtschaftsprüfer und 78 Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, vgl. *Hax*, 75 Jahre Deutsche Treuhand-Gesellschaft 1890–1965, 1965, S. 99 (102) m.w.N.

4 Die Pflichtprüfung wurde stufenweise für Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien eingeführt für nach dem 30.9.1931, 1932 und 1937 beginnende Geschäftsjahre, jeweils abhängig vom Grundkapital der Gesellschaften, vgl. *Born* in 75 Jahre Deutsche Treuhand-Gesellschaft 1890–1965, 1965, S. 53 (53).

5 Art. 222a ADHGB in der Fassung von 1884 sah zudem vor, dass auf Antrag einer Minderheit durch Gerichtsentscheidung eine Sonderprüfung für Vorgänge bei der Geschäftsführung angeordnet werden konnte, die von Revisoren vorzunehmen war, vergleichbar den heutigen §§ 143 ff. AktG.

6 Hierzu: *Born* in 75 Jahre Deutsche Treuhand-Gesellschaft 1890–1965, 1965, S. 53 (96); *Hax* in 75 Jahre Deutsche Treuhand-Gesellschaft 1890–1965, 1965, S. 99 (113), der die regelmäßige Revision durch externe Prüfer in der Zeit kurz vor Einführung der Pflichtprüfung als Regelfall darstellt; *Pothoff*, DB 1976, 1777 (1779), der die gesetzliche Pflichtprüfung als „Kind der Not“ bezeichnet; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl. 2008, § 5 Rz. 172.

7 Norddeutsche Wollkammerei & Kammgarnspinnerei Aktiengesellschaft (NW&K bzw. Nordwolle).

8 So auch *Clemm* in FS Havermann, 1995, S. 83 (86 f.), der die Motivation für die Einführung der Pflichtprüfung darin sieht, dass „künftig auch Aktionäre, Gläubiger und Öffentlichkeit vor überraschenden Unternehmenszusammenbrüchen bewahrt“ werden.

9 Begünstigt wurde die Bankenkrise durch Kreditkündigungen Frank-

* Der Autor ist Partner der Sozietät Einhaus Selter Rechtsanwälte in Düsseldorf.

1 Gemäß Art. 48 der Weimarer Reichsverfassung war Reichspräsident *Hindenburg* hierzu befähigt. Somit benötigte er nicht die ansonsten erforderliche Reichstagsmehrheit, zumal eine solche nach dem Scheitern der großen Koalition, bestehend aus SPD, DDP, Zentrum und DVP, Ende März 1930 nur noch in wenigen Fällen wie z.B. bei der sog. kleinen Finanzreform des damaligen Reichsfinanzministers *Moldenhauer* im April 1930 oder den Gesetzen zur Osthilfe im März 1931 realisiert werden konnte. Andererseits war aber auch nicht zu befürchten, dass sich eine Reichstagsmehrheit für die Aufhebung der Notverordnung gefunden hätte, was im Juli 1930 bei einer Notverordnung zur Auflösung des Reichstags durch Reichskanzler *Brüning* und zu Neuwahlen im September 1920 geführt hatte. Hierzu ausführlich *Born* in 75 Jahre Deutsche Treuhand-Gesellschaft 1890–1965, 1965, S. 53 (71 ff.).

2 Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über eine Steueramnestie, RGBI. I, S. 493. Vgl. auch *Schubert/Hommelhoff*, Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik – Die Protokolle der Verhandlungen im Aktienrechtsausschuss des Vorläufigen Reichswirtschaftsrats unter dem Vorsitz von *Max Hachenburg*, 1987, S. 29 ff.; hierzu auch *Forster*, ZfB 1988 (58. Jg.), 789 (789 f.).

3 *Reichsjustizministerium*, Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie Entwurf