

# Recht der Unternehmensfinanzierung

Bearbeitet von  
Prof. Dr. Dres. h.c. Theodor Baums

übersteigende Reinvermögen, das „freie“ Vermögen der Gesellschaft, nicht völlig schutzlos dem Zugriff der Gesellschafter ausgesetzt. So kann in der Mehrpersonengesellschaft die Minderheit verlangen, dass verdeckte Vermögenszuwendungen an den Mehrheitsgesellschafter rückgängig gemacht werden.<sup>76</sup> Dadurch werden reflexiv auch die Gläubiger der Gesellschaft geschützt.

Ferner können insolvenzverursachende Eingriffe in das Vermögen einer GmbH u. U. eine Haftung des oder der Gesellschafter aus § 826 BGB auslösen; Einzelheiten dazu sind hier nicht darzustellen.<sup>77</sup> Schließlich mögen Vermögenszuwendungen an die Gesellschafter im Vorfeld der Insolvenz nach deren Eintritt anfechtbar sein.<sup>78</sup> Darauf ist an dieser Stelle ebenfalls nicht näher einzugehen. Wir beschränken uns auf einen knappen Hinweis auf allgemeine Regeln des Gesellschaftsrechts, die der offenen oder verdeckten Zuwendung von Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter entgegenstehen können.

## 2. Offene Entnahmen

Ein mit dem Entnahmerecht in Personengesellschaften (§§ 122, 161 Abs. 2 HGB) vergleichbares Recht zu gewinnunabhängigen Entnahmen kennt das GmbH-Gesetz nicht. Im Gesellschaftsvertrag kann ein solches Entnahmerecht aber vorgesehen werden. Davon abgesehen können jederzeit und ergebnisunabhängig Entnahmen aufgrund Gesellschafterbeschlusses getätigt werden.<sup>79</sup> Auch Sachentnahmen sind möglich. Eine solche Vermögensentnahme, zB Zahlung fester Zinsen auf die geleistete Einlage, ist zulässig, solange die Schranke des § 30 GmbHG nicht verletzt wird und die kraft Gesetzes zu bildenden Rücklagen<sup>80</sup> nicht angetastet werden. Ferner muss der Gleichbehandlungsgrundsatz beachtet werden. Zuständig für die Entscheidung über die Zuwendung von Gesellschaftsvermögen an Gesellschafter – außerhalb für die Gesellschaft nicht nachteiliger Geschäfte zu marktüblichen Bedingungen – ist die Gesellschafterversammlung, nicht der oder die Geschäftsführer.<sup>81</sup>

## 3. Verdeckte Vermögenszuwendungen

Auch verdeckte Vermögenszuwendungen, die unter dem Deckmantel eines regulären Geschäfts aus dem „freien“ Vermögen erfolgen, also insbesondere jenseits des Verbots des § 30 GmbHG,<sup>82</sup> sind gesellschaftsrechtlich möglich und zulässig. Sie müssen allerdings zwei Anforderungen genügen: Erstens darf die Kompetenzordnung in der GmbH nicht außer Acht gelassen werden. Da die Ergebnisverwendung ebenso Angelegenheit der Gesellschafterversammlung ist (§ 46 Nr. 1 GmbHG) wie das ergebnisunabhängige offene Zuwenden von Vermögen an die Gesellschafter außerhalb regulärer Geschäfte (vgl. oben Rn. 55), liegt auch die Entscheidung über eine verdeckte Vermögenszuwendung außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Geschäftsführer. Geschäftsführer, die sich hierüber hinwegsetzen, missbrauchen ihre Vertretungsmacht mit den entsprechenden Folgen. Bei der Abstimmung über eine Vermögenszuwendung an einen einzelnen Gesellschafter durch Vertrag mit diesem ist das Stimmverbot des § 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG zu bedenken.

Zweitens muss der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter gewahrt werden.<sup>83</sup> Werden diese Regeln beachtet oder haben alle stimmberechtigten Gesellschafter der Zuwen-

<sup>76</sup> Grundlegend BGHZ 65, 15 ff. „ITT“; s. zu verdeckten Vermögenszuwendungen auch noch unten Rn. 56 f.

<sup>77</sup> Grundlegend BGHZ 173, 246 ff. „TRIHOTEL“; dazu etwa *Koch* GesR § 35 Rn. 30 f.; § 38 Rn. 59 ff.

<sup>78</sup> S. *Eidenmüller/Engert* FS K. Schmidt, 2008, S. 305 ff.

<sup>79</sup> Nachweise zur Literatur und zur Abgrenzung von Entnahmen von Vorabauschüttungen *Gelhausen/Heinz* FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 357, 358 f.

<sup>80</sup> Vgl. oben Rn. 19 ff.; Rn. 47 f., 50 ff.

<sup>81</sup> Zur bilanziellen Behandlung von Entnahmen *Gelhausen/Heinz* FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 357, 360 ff.

<sup>82</sup> Zur Umgehung des § 30 GmbHG durch verdeckte Vermögenszuwendungen oben Rn. 26 ff.

<sup>83</sup> Eingehender zum Ganzen *W. Müller* in *Großkomm-GmbHG* § 29 Rn. 162 ff.

**§ 21 57**

1. Teil. Die Eigenkapitalfinanzierung

zung eines Sondervorteils an einen Mitgesellschafter zugestimmt, ist auch die verdeckte Vermögenszuwendung gesellschaftsrechtlich nicht zu beanstanden.

## § 22 Die Vermögensbindung in der Aktiengesellschaft

### Übersicht

	Rn.		Rn.
<b>I. Allgemeines</b> .....	1–3	b) Gesetzliche Rücklage .....	24–30
<b>II. Verbot der „Einlagenrückgewähr“</b> .....	4–16	c) Satzungsmaßige und andere Gewinnrücklagen .....	31–33
1. Bedeutung des Verbots .....	4–9	d) Ausschüttungsbeschluss .....	34–36
2. Vermögenszuwendungen außerhalb der Gewinnausschüttung .....	10–16	<b>IV. Erwerb eigener Aktien</b> .....	37–61
<b>III. Kapitalrücklagen; Ergebnisverwendung</b> .....	17–36	1. Regelungszwecke und Abgrenzung ....	37–45
1. Verwendung von Kapitalrücklagen .....	17–19	2. Einsatzzwecke .....	46–49
2. Ergebnisverwendung .....	20–36	3. Durchführen des Erwerbs .....	50–52
a) Allgemeines .....	20–23	4. Behandlung eigener Aktien .....	53, 54
		5. Finanzielle Unterstützung durch die Gesellschaft .....	55–61

### I. Allgemeines

Wegen der Terminologie und der Funktion der Vermögensbindung kann auf die Ausführungen zur GmbH verwiesen werden.<sup>1</sup> Auch die Ausgestaltung der Vermögensbindung im Aktienrecht zielt darauf ab, einen Ausgleich zwischen dem Ziel des Schutzes der Fremdkapitalgeber und sonstigen Gläubiger vor Vermögensauszahlungen aus dem ihnen zugeordneten Haftungsfonds, der Verpflichtung der Aktionäre auf den Gesellschaftszweck und dem daraus abzuleitenden Interesse an Rücklagenbildung sowie den Interessen der Eigenkapitalgeber an Dividendenzahlungen zu finden. Abgesehen von diesen z. T. divergierenden „Stakeholderinteressen“ hinsichtlich Vermögensbindung und Ausschüttungen sind auch hier, wie bereits die Überlegungen zur GmbH gezeigt haben, weitere die Unternehmensfinanzierung berührende Gesichtspunkte zu bedenken, nämlich zB das Interesse daran, dass die Gesellschaft eigene Anteile erwerben und als „Akquisitionswährung“ einsetzen möchte, oder dass sie einem konzernverbundenen Unternehmen im Rahmen eines konzernweiten *Cash Management* nicht benötigte Liquidität zur Verfügung stellen will, und hierdurch berechnete Gläubigerinteressen beeinträchtigt werden können.

Wie werden diese zum Teil parallelen, zum Teil konfligierenden Interessen zum Ausgleich gebracht? Wie im GmbH-Recht (§ 64 S. 3 GmbHG) geht es auch im Aktienrecht zunächst einmal darum sicherzustellen, dass Zuwendungen an die Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen nicht absehbar die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft auslösen. Zahlungen oder sonstige Zuwendungen an Aktionäre, die erkennbar zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen müssen, sind dem Vorstand in jedem Fall verboten (§ 92 Abs. 2 S. 3 AktG). Das bedeutet, dass in angezeigten Fällen vor Zahlungen auf der Grundlage eines Liquiditätsplans eine nachvollziehbare *Liquiditätsprognose* angestellt werden muss. Ist danach der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (und damit der Insolvenzreife, § 17 InsO) überwiegend wahrscheinlich, muss die Zahlung unterbleiben.<sup>2</sup>

Über diese Sicherung der *Zahlungsfähigkeit* hinausgehend zielen die gesetzlichen Vorschriften zur Vermögensbindung darauf ab, dass die Fähigkeit der Aktiengesellschaft, künftige Verluste mit vorhandenem Eigenkapital auffangen zu können (*Verlusttragfähigkeit*<sup>3</sup>) nicht durch Vermögenstransfers an die Aktionäre zum Nachteil ihrer Fremdkapitalgeber und sonstigen Gläubiger über Gebühr vermindert wird. Im Vergleich mit dem GmbH-Recht

<sup>1</sup> Oben § 21 I.

<sup>2</sup> Zum Anwendungsbereich und zur (geringen) praktischen Bedeutung dieser Norm Hüffer/Koch AktG § 92 Rn. 35 mN; s. auch bereits oben § 21 Rn. 8. Überdies wird der Erhalt der Zahlungsfähigkeit (ebenso wie der Erhalt der Verlusttragfähigkeit) nicht nur durch Ausschüttungssperren, sondern auch durch andere Vorkehrungen, insbesondere das Gebot, ein hierauf ausgerichtetes Überwachungssystem einzurichten (§ 91 Abs. 2 AktG), gesichert; dazu noch unten §§ 55, 56.

<sup>3</sup> Zum Begriff der Verlusttragfähigkeit oben § 3 Rn. 28 f.

weist das Aktienrecht allerdings deutliche Unterschiede auf. Insbesondere reicht der Umfang der Vermögensbindung des Aktienrechts weiter als die Vermögensbindung im GmbH-Recht, und überdies sieht das Aktiengesetz einen Thesaurierungszwang, einen Zwang zum Aufbau weiteren gebundenen Vermögens vor, der dem GmbH-Recht unbekannt ist. Das ist im Folgenden näher darzustellen.

## II. Verbot der „Einlagenrückgewähr“

### 1. Bedeutung des Verbots

- 4 Nach § 57 Abs. 1 S. 1 AktG dürfen den Aktionären „... die Einlagen nicht zurückgewährt werden.“ Die Einlage des Aktionärs ist im Fall einer Bareinlage derjenige Betrag, den er bei Zeichnung der Aktie für diese zu zahlen verspricht, im Fall einer Sacheinlage die Sache oder das Recht, das er der Gesellschaft als seinen Beitrag zu übertragen sich verpflichtet.<sup>4</sup> So ist das Verbot des § 57 Abs. 1 S. 1 AktG aber nicht zu verstehen. Ein Verbot der „Einlagenrückgewähr“ könnte sich sinnvoll ohnehin nur auf eine Rückgewähr der Einlage *ihrem Wert nach* beziehen, denn selbst im Fall einer Sacheinlage wird der geleistete Gegenstand ja häufig nach Ablauf einer gewissen Zeit nicht mehr im Vermögen der Gesellschaft vorhanden sein. Aber auch das, ein Verbot der Einlagenrückgewähr ihrem Werte nach, ist mit der verbotenen „Rückgewähr der Einlagen“ nicht gemeint.
- 5 Die Summe der Werte der als Bar- oder Sacheinlage zu erbringenden Leistungen aller Aktionäre muss mindestens die Grundkapitalziffer erreichen. Wenn es nun in § 57 Abs. 1 S. 1 AktG heißt, dass den Aktionären „die Einlagen nicht zurückgewährt werden dürfen“, könnte man daher annehmen, dass der Gesetzgeber damit eine dem § 30 Abs. 1 GmbHG vergleichbare Regel auch für das Aktienrecht aufstellen wollte („Das zur Erhaltung des Grundkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Aktionäre nicht ausgezahlt werden“). In der Tat knüpfte die Vermögensbindung auch im Aktienrecht, wie heute noch § 30 GmbHG, ursprünglich an die Grundkapitalziffer an.<sup>5</sup> Bereits das ADHGB von 1861 sah aber Folgendes vor: „Er (sc. jeder Aktionär) kann den eingezahlten Betrag nicht zurückfordern und hat, solange die Gesellschaft besteht, nur einen Anspruch auf den reinen Gewinn, soweit dieser nach dem Gesellschaftsvertrage zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist.“ (Art. 216 Abs. 2 ADHGB).
- 6 Heute stellt § 57 Abs. 3 AktG klar, dass „vor Auflösung der Gesellschaft [...] unter die Aktionäre nur der Bilanzgewinn verteilt werden“ darf. § 57 AktG unterwirft also nicht nur ein Reinvermögen in Höhe der Grundkapitalziffer (zusätzlich eines auf die Aktien gezahlten Aufgelds<sup>6</sup>) einer Auszahlungssperre. Sondern das gesamte Vermögen der Gesellschaft mit Ausnahme des Bilanzgewinns unterliegt dem Auszahlungsverbot. Verstöße hiergegen führen zur Haftung des oder der Empfänger gemäß § 62 AktG.
- 7 Allerdings darf auch § 57 Abs. 3 AktG nicht missverstanden werden. Der ausschüttbare „Bilanzgewinn“ ist nicht mit dem Jahresüberschuss des betreffenden Geschäftsjahres gleichzusetzen (vgl. vorerst § 158 AktG). Auch ausschüttungsfähige Rücklagen können aufgelöst werden. Die zurückgelegten Mittel, also insbesondere thesaurierte Ergebnisse früherer Jahre, aber auch Zahlungen in das Eigenkapital gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB, können gewinnerhöhend verwendet und als Bilanzgewinn ausgeschüttet werden.<sup>7</sup> Aktien- und Bilanzrecht stellen nur im Gläubiger- wie im Aktionärsinteresse eine korrekte Ermittlung und ein bestimmtes Procedere sicher. Auch diese ausschüttbaren Rücklagen verstärken zwar, als Bestandteile des Eigenkapitals, den im Gläubigerinteresse aufgebauten Verlustpuffer der

<sup>4</sup> S. nur oben § 5 II. (Rn. 23 ff.) zur Gründung.

<sup>5</sup> § 17 Abs. 1 des preußischen Gesetzes über die Aktiengesellschaften v. 9.11.1843 (PreußGS 1843 Nr. 31) lautete noch: „Die Gesellschaft darf das statutenmäßige Grundkapital durch Rückzahlung an die Aktionäre nicht verkleinern.“

<sup>6</sup> Zum Aufgeld als Teil der Einlage oben § 11 I.

<sup>7</sup> Zur Verwendung satzungsmäßiger und „anderer Gewinnrücklagen“ unten Rn. 31 ff.; zur Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB oben § 11 Rn. 17. Zur Entwicklung der Vermögensbindung im Aktienrecht Wilhelm FS Flume, Bd. 2, 1978, S. 337, 349 ff.

Gesellschaft. Das zeigt sich an ihrer Verlustteilnahme, solange die durch sie gebundenen Mittel nicht als Bilanzgewinn ausgeschüttet sind. Eine uneingeschränkte Vermögensbindung als ständiger „Risikopuffer“ auch ohne Rücksicht auf bereits eingetretene Verluste ist aber nicht vorgesehen.

Abgesehen von dem Auflösen von Rücklagen kennt das Aktienrecht auch außerhalb 8 einer Ausschüttung von Bilanzgewinn zahlreiche Fälle, in denen den Aktionären Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen geleistet werden können (vgl. nur die in § 57 Abs. 1 S. 2, 3 aufgeführten Fälle).

Vorläufig lässt sich also festhalten: Eine verbotene „Rückgewähr der Einlage“ im Sinne 9 des § 57 Abs. 1 S. 1 AktG ist jede offene oder verdeckte Zuwendung an einen Aktionär, durch die dem Gesellschaftsvermögen Vermögenswerte ohne angemessene Gegenleistung entzogen werden, es sei denn, dass gesetzliche Vorschriften solche Vermögenszuwendungen ausdrücklich gestatten.

## 2. Vermögenszuwendungen außerhalb der Gewinnausschüttung

a) Aus dem Vorstehenden wird der Unterschied der Systeme der Vermögensbindung im 10 GmbH-Recht<sup>8</sup> und im Aktienrecht deutlich. Die Ausschüttungssperre des § 30 GmbHG unterwirft ein Reinvermögen in Höhe der Stammkapitalziffer einer Ausschüttungssperre. Im Aktienrecht sind, darüber hinausgehend, außerhalb einer regulären Ausschüttung von Bilanzgewinn im Grundsatz sowohl offene Entnahmen als auch verdeckte Zuwendungen von Gesellschaftsvermögen an die Aktionäre verboten.

Nun sind, wie oben näher ausgeführt, im GmbH-Recht Zuwendungen an Gesellschafter 11 vom Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG ausgenommen, die ein sorgfältig handelnder und gewissenhafter Geschäftsleiter auch einem Dritten als Gegenleistung oder Ausgleich für der Gesellschaft erbrachte Leistungen oder Vorteile hätte gewähren dürfen, mag diese Zuwendung auch eine Unterbilanz zur Folge haben oder vertiefen.<sup>9</sup> Ein entsprechender Grundsatz gilt im Aktienrecht. § 57 Abs. 1 S. 1 AktG verbietet nicht per se Geschäfte mit den Aktionären, sofern sie in gleicher Weise und zu entsprechenden Bedingungen auch mit Dritten abgeschlossen worden wären.

Anders liegt es dagegen, wenn dem Aktionär unter dem Mantel eines Verkehrsgeschäfts 12 verdeckt Vermögen zugewendet wird. Wegen des Begriffs der verdeckten Vermögenszuwendung kann auf die Ausführungen zum GmbH-Recht verwiesen werden.<sup>10</sup> Im GmbH-Recht dürfen verdeckte Vermögenszuwendungen an die Gesellschafter aus dem „freien“, nicht durch § 30 GmbHG gebundenen Vermögen der Gesellschaft erfolgen. Im Aktienrecht gilt dies dagegen nicht.

Die Aktiengesellschaft kann also zwar mit ihren Gesellschaftern uneingeschränkt 13 Geschäfte tätigen. Diese Geschäfte müssen aber einem Drittvergleich standhalten, d. h. die Aktiengesellschaft darf sich nicht auf Bedingungen einlassen, die sie einem Dritten nicht gewährt hätte. Eine verdeckte Vermögenszuwendung liegt nicht vor, wenn dem Gesellschafter ein Vorteil zugewandt worden ist, den ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter auch einem Nichtgesellschafter zugewandt hätte. Bestätigt wird dies durch die ausdrückliche Klarstellung in § 57 Abs. 1 S. 3, 2. Hs. AktG. Danach gilt das Verbot des § 57 Abs. 1 S. 1 AktG nicht für Leistungen, die durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt sind, zum Beispiel durch einen vollwertigen Rückzahlungsanspruch bei Gewährung eines Darlehens an den Mehrheitsaktionär.<sup>11</sup>

b) Aktionäre, die entgegen der Vorschrift des § 57 AktG Leistungen von der Gesellschaft 14 empfangen haben, haben diese zurück zu gewähren (§ 62 AktG). Wie bei einem Verstoß gegen § 30 GmbHG ist auch bei einem Verstoß gegen § 57 AktG weder das Verpflichtungs- noch das

<sup>8</sup> Dazu oben § 21 Rn. 54 ff.

<sup>9</sup> Oben § 21 Rn. 26 ff.

<sup>10</sup> Oben § 21 Rn. 28. Beispiel aus der Rspr. dazu: BGHZ 190, 7 ff.

<sup>11</sup> S. dazu bereits oben § 21 Rn. 31 sowie für Darlehen an das herrschende Unternehmen unten § 43 Rn. 72 ff.

Erfüllungsgeschäft nichtig.<sup>12</sup> Neben den Anspruch aus § 62 AktG tritt die Schadensersatzpflicht der hierfür verantwortlichen Vorstandsmitglieder gemäß § 93 Abs. 2 Nr. 1, 5 AktG.

- 15 c) Das auf den §§ 57 Abs. 1 S. 1, 62 AktG basierende Schutzsystem gilt nicht für Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages (§ 291 AktG) erfolgen. In einem solchen Fall ist die Vermögensbindung kraft Gesetzes aufgehoben (§ 291 Abs. 3 AktG). Der Gläubigerschutz wird hier durch ein alternatives Schutzsystem, insbesondere durch die Verlustausgleichspflicht des herrschenden bzw. gewinnabführungsberechtigten Unternehmens gemäß § 302 Abs. 1 AktG, sichergestellt.<sup>13</sup>

- 16 Fehlt es an einem Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag, und nimmt eine von einem Unternehmen „faktisch“ abhängige Aktiengesellschaft auf dessen Veranlassen ein für sie nachteiliges Geschäft vor, dann kann und muss dieser Nachteil gemäß § 311 Abs. 1, 2 AktG ausgeglichen werden. Da sich gemäß § 311 AktG ausgleichspflichtige Maßnahmen häufig als unzulässige Vermögenszuwendungen im Sinne des § 57 Abs. 1 S. 1 AktG darstellen würden, liefe die speziell den Verhältnissen im faktischen Konzern Rechnung tragende Vorschrift des § 311 AktG weitgehend leer, wenn man diese Vorschriften nebeneinander anwenden wollte. Nach hM geht daher § 311 AktG dem § 57 Abs. 1 S. 1 AktG vor.<sup>14</sup>

Besteht also kein Beherrschungsvertrag, und nimmt die abhängige Gesellschaft, veranlasst durch das herrschende Unternehmen, eine an sich von § 57 Abs. 1 S. 1 AktG erfasste Vermögenszuwendung an dieses vor, so löst dies keinen Rückgewähranspruch nach § 62 Abs. 1 AktG aus. Vielmehr lässt § 311 AktG einen zeitlich gestreckten Ausgleich zu. Er erfolgt in der Weise, dass der Nachteil bis zum Ende des Geschäftsjahres ausgeglichen oder aber bis dahin der abhängigen Gesellschaft ein Rechtsanspruch auf künftigen Nachteilsausgleich eingeräumt wird.

### III. Kapitalrücklagen; Ergebnisverwendung

#### 1. Verwendung von Kapitalrücklagen

- 17 Die Rücklagen sind Bestandteile des Eigenkapitals. Das Gesetz unterscheidet Kapital- und Gewinnrücklagen (vgl. § 266 Abs. 3 A. II., III. HGB). Begriff und Anlage von Kapitalrücklagen sind bereits angesprochen worden.<sup>15</sup>

Anders als im GmbH-Recht<sup>16</sup> dürfen im Aktienrecht Kapitalrücklagen nach § 272 Abs. 2 Nrn. 1–3 HGB nicht gewinnerhöhend aufgelöst und damit für eine Ausschüttung zur Verfügung gestellt werden.<sup>17</sup> Sie werden vielmehr zusammen mit der noch zu erörternden, aus dem Jahresüberschuss einer Aktiengesellschaft zwingend zu bildenden Gewinnrücklage<sup>18</sup> zu einem *gesetzlichen Reservefonds* zusammengefasst. Für ihn gelten besondere Verwendungsbeschränkungen.<sup>19</sup>

- 18 Übersteigt der gesetzliche Reservefonds nicht den zehnten oder einen in der Satzung bestimmten höheren Teil des Grundkapitals der Aktiengesellschaft, so darf diese Mindestreserve gemäß § 150 Abs. 3 AktG nur zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrags des betreffenden Geschäftsjahres oder zum Ausgleich eines Verlustvortrags aus dem Vorjahr verwendet werden, wenn keine anderen bilanziellen Mittel für den Ausgleich verfügbar sind. Der Jahres-

<sup>12</sup> BGHZ 196, 312 ff.

<sup>13</sup> Dazu unten § 44 Rn. 6 f., 25 ff.

<sup>14</sup> BGHZ 179, 71, 76 f. Rn. 11 „MPS“. Das besagt allerdings nicht, dass ein Geschäft, das nicht gegen § 57 AktG verstößt, nicht gleichwohl nachteilig im Sinne des § 311 AktG sein könnte, wie das Beispiel des Ankaufs eines für die abhängige Gesellschaft nutzlosen Gegenstands zum Verkehrswert zeigt. – Zur Bedeutung des § 311 AktG bei „Aufwärtsfinanzierungen“ (Darlehen, Bestellen von Sicherheiten) durch die abhängige Gesellschaft im faktischen Konzern unten § 43 Rn. 72 ff., 113 ff.

<sup>15</sup> Oben § 10 Rn. 4 ff.; § 11 Rn. 5, 13, 14 ff.

<sup>16</sup> Dazu oben § 21 Rn. 47 ff.

<sup>17</sup> Dagegen kann die Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB gewinnerhöhend aufgelöst werden; vgl. oben § 11 Rn. 17.

<sup>18</sup> Dazu unten Rn. 24 ff.

<sup>19</sup> Zur praktischen Bedeutung und rechtspolitischen Kritik am Konzept des gesetzlichen Reservefonds *Hennrichs/Pöschke* in MüKoAktG § 150 Rn. 6.

fehlbetrag kann sofort, durch Auflösen der Kapitalrücklage bei Aufstellen der Bilanz (§ 270 Abs. 1 HGB), mit dem entnommenen Betrag verrechnet werden. Dies ist aber offenzulegen (§ 152 Abs. 2 Nr. 2 AktG; vgl. auch § 158 Abs. 1 Nr. 2 AktG). Es besteht allerdings keine Ausgleichspflicht. Der Jahresfehlbetrag und ein Verlustvortrag können also als Verlust (weiter) vorgetragen werden. Ist die Mindestreserve durch Verluste verbraucht, muss sie in der in § 150 Abs. 2 AktG vorgeschriebenen Weise erneut aufgebaut werden.

Soweit der gesetzliche Reservefonds die geforderte Mindestreserve übersteigt, darf der übersteigende Betrag ebenfalls nicht entnommen und ausgeschüttet, sondern gemäß § 150 Abs. 4 AktG nur zu folgenden Zwecken verwendet werden: erstens, zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrags, soweit dieser nicht durch einen Gewinnvortrag aus dem Vorjahr gedeckt ist; zweitens, zum Ausgleich eines Verlustvortrags aus dem Vorjahr, soweit dieser nicht durch einen Jahresüberschuss gedeckt ist; drittens, zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln.<sup>20</sup> Eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, gefolgt von einer Kapitalherabsetzung unter Beachtung der Gläubigerschutzkautele des § 225 AktG, ist der einzige Weg, auf dem eine Ausschüttung des in der Kapitalrücklage gebundenen Vermögens, d. h. des Mehrbetrags im Sinne des § 150 Abs. 4 S. 1 AktG, an die Aktionäre der Gesellschaft bewirkt werden kann.<sup>21</sup>

## 2. Ergebnisverwendung

**a) Allgemeines.** Das *Aufstellen* des Jahresabschlusses, seine verbindliche *Feststellung* und die Entscheidung über die *Ergebnisverwendung* sind auseinanderzuhalten.<sup>22</sup> In der GmbH stellen der oder die Geschäftsführer den Jahresabschluss auf (§ 264 Abs. 1 HGB, § 42a Abs. 1 S. 1 GmbHG). Dagegen liegen Feststellung des Jahresabschlusses und Verwendung des Ergebnisses in der GmbH in einer Hand, nämlich der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 1 GmbHG). Im Aktienrecht stellt der Vorstand den Jahresabschluss auf (§ 264 Abs. 1 HGB, § 170 Abs. 1 AktG). Mit der Billigung durch den Aufsichtsrat wird der Jahresabschluss verbindlich; die Feststellung erfolgt also (in der Regel) durch Vorstand und Aufsichtsrat (§ 172 AktG; Ausnahme: § 173 AktG). Die Hauptversammlung beschließt in der Regel nur über die Verwendung des Bilanzgewinns, wie er sich aus dem verbindlich festgestellten Jahresabschluss ergibt (§§ 119 Abs. 1 Nr. 2, 174 AktG).

Letzteres hängt damit zusammen, dass im Aktienrecht das Aufstellen des Jahresabschlusses zwingend dem Beschluss der Hauptversammlung zeitlich vorausgeht, und deshalb bereits bei Aufstellen des Jahresabschlusses teilweise über die Verwendung des Ergebnisses entschieden wird. Insbesondere sind Gewinnrücklagen, soweit sie nach Gesetz oder Satzung zwingend vorzunehmen sind oder die Verwaltung gemäß § 58 Abs. 2 AktG eine Rücklage bildet, bereits bei Aufstellen der Bilanz zu berücksichtigen (vgl. § 270 Abs. 2 HGB). Daher treten hier in der der Hauptversammlung vorzulegenden Bilanz an die Stelle der Bilanzposten Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag die Posten Bilanzgewinn/Bilanzverlust (vgl. § 268 Abs. 1 S. 2 HGB). Wie aus dem Posten Jahresüberschuss bzw. Jahresfehlbetrag die Posten Bilanzgewinn bzw. Bilanzverlust zu entwickeln sind, lässt sich aus § 158 Abs. 1 AktG ablesen. Bei den Posten Bilanzgewinn/Bilanzverlust in § 158 Abs. 1 Nr. 5 AktG handelt es sich um den rechnerischen Saldo aus dem Jahresüberschuss bzw. Jahresfehlbetrag (§ 275 Abs. 2 Nr. 20 HGB bzw. § 275 Abs. 3 Nr. 19 HGB) und den Posten nach § 158 Abs. 1 Nrn. 1–4 AktG. Das bedeutet, dass die hiermit verbundenen Entnahme- und Dotierungsentscheidungen getroffen sein müssen, bevor ein Bilanzgewinn oder -verlust ausgewiesen und über die Verwendung eines Bilanzgewinns entschieden werden kann.

Demnach wäre es für das Aktienrecht nicht richtig, die Entscheidung über die Feststellung des Jahresabschlusses von der Entscheidung über die Ergebnisverwendung zu trennen und anzunehmen, dass jene der Verwaltung (Vorstand und Aufsichtsrat) obliege, während diese der Hauptversammlung vorbehalten sei. Sondern über die Verwendung des Ergebnisses wird teilweise bereits im Zusammenhang mit dem Aufstellen des Jahresabschlusses und damit von der Verwaltung entschieden; die Feststellung des Jahresabschlusses durch Vorstand und Aufsichtsrat gemäß § 172 AktG bezieht sich gerade auch hierauf.

<sup>20</sup> Zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln oben § 10.

<sup>21</sup> *Henrichs/Pöschke* in MüKoAktG § 150 Rn. 24, 34a; *Weiss* BB 2005, 2697 ff.

<sup>22</sup> Zur Unterscheidung zwischen „Aufstellung“ und Feststellung“ und zur rechtlichen Bedeutung der Feststellung etwa *Hüffer* in Ulmer, HGB-Bilanzrecht, § 242 Rn. 16 ff.



- 23 Die Hauptversammlung kann bei ihrer Entscheidung über die Gewinnverwendung den festgestellten Jahresabschluss nicht mehr ändern. Sondern sie ist hieran und damit auch an die teilweise Verwendung des Ergebnisses durch die Verwaltung gebunden (§ 174 Abs. 1 S. 2 AktG), also an die Maßnahmen, die vom Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag zum ausgewiesenen Bilanzgewinn führen (vgl. § 158 Abs. 1 AktG).
- 24 **b) Gesetzliche Rücklage.** Bei den Gewinnrücklagen des Aktienrechts sind die gesetzliche Rücklage, kraft Satzung anzulegende Gewinnrücklagen und „andere“ Gewinnrücklagen zu unterscheiden (§§ 272 Abs. 3 S. 2, 266 Abs. 3 A. III. HGB).
- 25 aa) Anders als das GmbH-Recht (s. aber § 5a Abs. 3 GmbHG für die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft) sieht das Aktienrecht als gesetzliche Rücklage zwingend den Aufbau eines gesetzlichen, vor Ausschüttungen geschützten Reservefonds vor. Dieser tritt zu den Mitteln hinzu, die durch die Einlagen der Aktionäre in Höhe der Grundkapitalziffer aufzubringen sind. Hierdurch soll die Eigenkapitalbasis der Gesellschaft verstärkt werden. Die Mittel des gesetzlichen Reservefonds werden, soweit vorhanden, aus Kapitalrücklagen gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 1–3 HGB (dazu bereits oben Rn. 17 ff.) gebildet. Im Übrigen muss der Jahresüberschuss hierfür eingesetzt werden.
- 26 Zu diesem Zweck hat der Vorstand bei Aufstellen der Bilanz unter „Gewinnrücklagen“ eine *gesetzliche Rücklage* zu bilden (§ 150 Abs. 1 AktG, § 266 Abs. 3 A. III. 1. HGB). In diese Rücklage sind 5 % des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr gekürzten Jahresüberschusses einzustellen, bis diese Gewinnrücklage und die Kapitalrücklagen nach § 272 Abs. 2 Nr. 1–3 HGB zusammen 10 % oder einen in der Satzung bestimmten höheren Teil des Grundkapitals erreichen (§ 150 Abs. 2 AktG). Die Mittel, die in diese kraft Gesetzes zu bildende Gewinnrücklage eingestellt werden, gehen also nicht in den Bilanzgewinn ein und können demgemäß auch nicht als Bilanzgewinn ausgeschüttet werden. Sondern sie sind vor der Feststellung des verwendbaren Bilanzgewinns vom Jahresüberschuss abzuziehen (vgl. § 158 Abs. 1 Nr. 4 a) AktG). Der Gesetzgeber ordnet gewissermaßen eine Zwangsthesaurierung eines Teils des Jahresüberschusses an, bis der Reservefonds (§ 150 Abs. 2 AktG) aufgefüllt ist.
- 27 Soweit der gesetzliche Reservefonds aufgefüllt ist, darf das in Höhe des Reservefonds gebundene Vermögen der Gesellschaft nur zu den in § 150 Abs. 3 und 4 AktG genannten Zwecken verwandt werden. Ein Auflösen des Reservefonds zu Zwecken der Ausschüttung ist ausgeschlossen.<sup>23</sup> Er ist vielmehr in erster Linie dazu bestimmt, Verluste aufzufangen, die sonst das Grundkapital mindern würden. Der gesetzliche Reservefonds verstärkt zugunsten der Fremdkapitalgeber und Gläubiger den Risikopuffer, den das Grundkapital bildet, um einen weiteren Sicherungsring.
- 28 Die X-AG mit einem Grundkapital von 100 und einer bereits aufgefüllten gesetzlichen Rücklage gemäß § 150 Abs. 2 AktG in Höhe von 10 hat im abgeschlossenen Geschäftsjahr einen Jahresfehlbetrag in Höhe von 5 erwirtschaftet. Dieser Jahresfehlbetrag kann als Verlust ins nächste Geschäftsjahr vorgetragen oder sofort gemäß § 150 Abs. 3 Nr. 1 AktG durch Entnahme aus der gesetzlichen Rücklage ausgeglichen werden. Im letzteren Fall weist die Bilanz keinen Bilanzverlust aus; die gesetzliche Rücklage ist um 5 vermindert. Darauf ist gesondert hinzuweisen (§ 152 Abs. 2 Nr. 2 AktG). Wird nun im darauf folgenden Geschäftsjahr wieder ein positives Ergebnis, ein Jahresüberschuss von 5, erzielt, so ist dieser Betrag nicht zur Gänze von der Ausschüttung ausgenommen. Sondern die gesetzliche Rücklage ist nur nach Maßgabe des § 150 Abs. 2 AktG erneut aufzubauen (von dem erzielten Jahresüberschuss von 5 sind nur 5 % als gesetzliche Rücklage einzubehalten), bis das durch § 150 Abs. 2 AktG vorgegebene Limit wieder erreicht ist. Nach der gesetzlichen Konzeption handelt es sich bei der gesetzlichen Rücklage also um eine vorgeschobene, elastische Verteidigungslinie des Grundkapitals. Sie ist elastisch, weil sie nicht, wie ein durch Verluste angegriffenes Grundkapital,<sup>24</sup> zunächst voll wieder aufgefüllt werden

<sup>23</sup> Zu den zulässigen Verwendungszwecken dieses gesetzlichen Reservefonds genauer oben Rn. 17 ff.

<sup>24</sup> Insofern gilt im Aktienrecht im Ergebnis nichts anderes als nach § 30 Abs. 1 GmbHG. Hat eine AG mit einem Grundkapital von 100 einen Jahresüberschuss von 20 erzielt, aber aus dem Vorjahr einen Verlustvortrag von 10, und sind Rücklagen nicht vorhanden, so entsteht ein verwendbarer Bilanzgewinn nur in Höhe von 10, also in Höhe des Saldos aus Jahresüberschuss und Verlustvortrag (vgl. § 158 Abs. 1 Nr. 1, 5 AktG). Es ist also jedenfalls ein Reinvermögen in Höhe der Grundkapitalziffer vor Gewinnauszahlungen geschützt und vor Auszahlungen wieder aufzubauen; vgl. dazu auch noch unten Rn. 36.