

**DIE PROBLEMATIK DER VORÜBERGEHENDEN UNMÖG-
LICHKEIT DER EINLAGELEISTUNG DES AKTIONÄRS IM
RAHMEN EINER KAPITALERHÖHUNG IM DEUTSCHEN
RECHT**

ALMAN HUKUKUNDA HİSSE SAHİBİNİN SERMAYE
ARTIRIMI KAPSAMINDA SERMAYE KOYMA BORCUNU
İFASININ GEÇİCİ OLARAK İMKANSIZ HALE GELMESİ
SORUNU

*Yrd. Doç. Dr. Necat AZARKAN**

Öz: Bütün sermaye şirketlerinin mali teşkilatlarının temelinde sermayenin fiili olarak temini ilkesi yer almaktadır. Buradaki ana düşünce, şirket ana sözleşmesinde taahhüd edilen sermayenin, şirketi temsil eden yönetim kurulu eliyle fiili olarak ta şirkete getirilmesini ve yönetim kurulu tarafından, şirket çıkarları çerçevesinde kullanılmasını sağlamaktır. Bunu garanti altına almak amacıyla Türk ve Alman kanun koyucuları, anonim şirketlerin gerçek bir ihtiyaç olmadıkça sermaye artırımına gitmesini ve böylelikle bir sermaye artırımının hisse sahipleri açısından beraberinde getireceği kapsamlı sonuçları engelleyici kurallar öngörmüşlerdir.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Artırımı, Sermaye Temini, Sermaye Koyma Taahhüdü.

* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Zusammenfassung: Im Zentrum der Finanzverfassung aller Kapitalgesellschaften steht der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung. Maßgeblicher Gedanke ist dabei, dass das in der Satzung zugesagte Kapital tatsächlich der Gesellschaft zu Händen des sie vertretenden Vorstands zugeführt und dort endgültig verbleiben soll, damit es von ihm im überindividuellen Interesse der Gesellschaft verwendet werden kann. Um dies zu gewährleisten, sehen türkische und deutsche Gesetzgeber Regelungen vor, die verhindern sollen, dass die Aktiengesellschaften ohne ein tatsächliches Bedürfnis den Kapitalmarkt in Anspruch nehmen und somit die mit einer Kapitalerhöhung verbundenen weitreichenden Folgen für die Aktionäre auslösen.

Schlüsselwörter: Kapitalerhöhung, Kapitalaufbringung, Einlagepflicht.

I. EINLEITUNG

In der Diskussion um die Kapitalerhöhung und ausstehende Einlagen bei einer AG wird eine Dimension angesprochen, die bislang mehr oder weniger auf den politisch-rechtlichen Bereich bezogen wird: die Subsidiarität. In seiner ursprünglichen Bedeutung leitet sich der Begriff „Subsidiarität“ vom lateinischen Wort "subsidium" ab, das dem militärischen Bereich entstammt und die zurückbleibende Hilfe bezeichnet, die erst eingreift, wenn die in der vordersten Schlachtreihe stehenden Kräfte nicht ausreichen¹. Neben dieser aus dem militärischen Bereich stammenden Bestimmung wird er in der staatsrechtlichen Diskussion als Organisations- und Handlungsprinzip im Rahmen der politischen Ordnung verstanden, das besagt, dass eine größere gesellschaftliche Einheit nur dann zur Erfüllung einer Aufgabe herangezogen werden soll, wenn diese nicht durch die sachnähere Einheit erfüllt werden kann². Auf unsere Thematik bezogen kann man diese Aussage auf folgende Weise umformulieren: Eine Kapitalerhöhung soll nur dann zur Heranschaffung neuen Garantiekapitals herangezogen werden, wenn die Aktiengesellschaft keine Möglichkeit mehr hat, die ausstehenden Einlagen zu erlangen. Dabei hat das „Prinzip der Subsidiarität“ sowohl eine negative Seite, die man in diesem Kontext als „Kapitalerhöhungssperre“ bezeichnen kann, als auch eine positive

¹ KIMMINICH, Subsidiarität und Demokratie, S. 10.

² Zu weiteren Begriffserklärungen siehe BÖTTCHER / KRAWCZYNSKI, Subsidiarität für Europa, s. 7 ff.

Seite. Die Kapitalerhöhungssperre bedeutet, dass die Aktiengesellschaft eine Kapitalerhöhung nicht vornehmen darf, solange sie die Möglichkeit hat, die erforderlichen Mittel durch die Einholung der ausstehenden Einlagen zu erlangen. Der Sinn und Zweck dieser auch im türkischen Aktienrecht verankerten Sperre liegt zum einen darin, zu verhindern, dass die Aktiengesellschaft ohne ein tatsächliches Bedürfnis den Kapitalmarkt in Anspruch nimmt und somit die mit einer Kapitalerhöhung verbundenen weitreichenden Folgen für die Aktionäre auslöst³, und zum anderen darin, dass die Gesellschaft nach Möglichkeit kein größeres Grundkapital angeben und publizieren soll, als tatsächlich von ihren Aktionären aufgebracht wird⁴. Die Kapitalerhöhungssperre besteht somit sowohl im Interesse von Gläubigern der Gesellschaft, die auf das Grundkapital zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten zugreifen wollen, als auch im Interesse der (Minderheits-)Aktionäre, die gegen eine Aushöhlung des wirtschaftlich auch ihnen gehörenden Gesellschaftsvermögens durch die Mehrheitsaktionäre geschützt werden sollen. Tritt jedoch der Fall auf, dass die Aktiengesellschaft nicht in der Lage ist, aus welchen Gründen auch immer, die ausstehenden Einlagen zu erlangen, dann soll die Kapitalerhöhung helfend einschreiten (positive Seite). Gerade an diesen Aspekten entzündet sich die Diskussion um die Frage, wie man das „Prinzip der Subsidiarität“ konkret anwenden sollte. Während Verfechter der ne-

³ PEIFER, in Münchener Komm. zum AktG, 2. Aufl., § 182 Rdn. 58; LUTTER, in Kölner Komm. zum AktG, 2. Aufl., § 182 Rdn. 32.

⁴ WIEDEMANN, in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 182 Rdn. 80.

gativen Seite auf den Gebrauch des Wortes „Subsidiarität“ in der Bedeutung von „ersatzweise“ hinweisen, was die Kapitalerhöhung zu einem Notbehelf werden lässt, wollen diejenigen, die dem Prinzip auch eine positive Seite abgewinnen, den Begriff „Subsidiarität“ eher mit "Hilfe" übersetzen. In der Folge kommt es zu einer unterschiedlichen Auslegung von § 182 Abs. 4 Satz 1 des deutschen Aktiengesetzes (AktG) bzw. Art. 391 Satz 1 des türkischen Handelsgesetzes (THG) in Bezug auf die vorübergehende Unmöglichkeit der Einlageleistung des Aktionärs im Rahmen einer Kapitalerhöhung.

II. SUBSIDIARITÄT DER KAPITALERHÖHUNG

A. Bedeutung und Begriff der Kapitalerhöhung

Durch die zunehmende Globalisierung der Märkte und die damit einhergehenden Herausforderungen für die Geschäftstätigkeit von Unternehmen sehen sich viele Unternehmen einem immer stärkeren Wettbewerbsdruck ausgesetzt. Die dynamischen Veränderungen in Wirtschaft, Wissenschaft und Gesellschaft erfordern von jedem Unternehmen in zunehmendem Maße, eine optimale Finanzierung zu realisieren. Sie ist die Grundvoraussetzung für den nachhaltigen wirtschaftlichen Erfolg und die Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens. Insbesondere bei größeren Unternehmen ist die Realisierung einer optimalen Finanzierungsstruktur mit hohem Kapitalbedarf ver-

bunden; denn nahezu jede betriebliche Maßnahme wie grundlegende Rationalisierungen, Innovationen, Erweiterungen, die Anpassung an neue Marktgegebenheiten löst meist erheblichen Kapitalbedarf aus. Um den Kapitalbedarf zu decken und somit den unterschiedlichen Zielsetzungen der Finanzierung gerecht zu werden, stehen dem Unternehmen mehrere Varianten zur Verfügung. Als wichtigste Form der Kapitalbeschaffung ist hier die Kapitalerhöhung zu nennen. Unter dem Begriff der Kapitalerhöhung versteht man bei einer Aktiengesellschaft im engsten Sinne die Erhöhung des Grundkapitals. Gewöhnlich wird der Begriff im weiteren Sinne aber auch für die Erhöhung des Eigenkapitals bei der Außenfinanzierung und im weitesten Sinne für jede Erweiterung der Kapitalbasis verwendet⁵. Dem jeweiligen Unternehmen wird also von außen weiteres Eigenkapital entweder in Form von liquiden Mitteln (Bareinlagen) oder Sachkapital (Sacheinlagen) zugeführt. Dies geschieht bei der AG durch die Ausgabe neuer Aktien. Der Nominalwert dieser Aktien erhöht das Grundkapital der Gesellschaft. Werden diese so genannten jungen Aktien zu einem höheren Kurs als dem Nominalbetrag ausgegeben (Agio / Aufgeld), fließen die sich daraus ergebenden zusätzlichen Mittel als Kapitalrücklagen in die Rücklagen des Unternehmens⁶.

⁵ WÖHE / BILSTEIN, Grundzüge der Unternehmensfinanzierung, 8. Aufl., s. 67 ff.

⁶ ROLLWAGE, Finanzierung, 3. Aufl., s. 18.

B. Allgemeine Grundsätze und Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Kapitalerhöhung im deutschen und türkischen Recht

1. Sachliche Rechtfertigung der Kapitalerhöhung

Eine Kapitalerhöhung kann für überstimmte Aktionäre zu Belastungen führen, da diese vor den Zwang gestellt werden, entweder weiteres Kapital in das Unternehmen zu investieren oder eine Verringerung ihrer Beteiligungsquote in Kauf zu nehmen⁷. Gleichwohl gilt der für den Bezugsrechtsausschluss von der deutschen Rechtsprechung entwickelte Rechtsgrundsatz, dass ein Eingriff in Positionen der Minderheit einer besonderen sachlichen Rechtfertigung bedarf, bei der Kapitalerhöhung nicht. Notwendig ist eine sachliche Kontrolle bei der Kapitalerhöhung vor allem deshalb nicht, weil den Aktionären zum Ausgleich einer etwaigen Anteilsverwässerung ein gesetzliches Bezugsrecht auf die neuen Anteile (§ 186 Abs. 1 AktG, Art. 394 THG) zusteht⁸. Das veräußerbare Bezugsrecht dient zum einen dem Erhalt der Beteiligungsquote und zum anderen dem Schutz vor vermögensmäßiger Verwässerung des Aktienanteils⁹. Außerdem fehlt es bei der Kapitalerhöhung an einer dem Ausschluss des Bezugsrechts ver-

⁷ HIRTE, Bezugsrechtsausschluss, S. 95 f.

⁸ KRIEGER, in MünchHdb AG, Bd. IV, 2. Aufl.1999, § 56 Rdn. 7; HIRTE, Bezugsrechtsausschluss, S. 95.

⁹ BAYER, ZHR 163 (1999), S. 506, 508.

gleichbaren Benachteiligung der Altaktionäre¹⁰, die dort in der Möglichkeit des (Teil-)Ausschlusses gegen den Willen des betroffenen Aktionärs liegt¹¹. Die Durchführung einer Sachkontrolle auch bei der gewöhnlichen Kapitalerhöhung würde auf eine Kontrolle der Geschäftspolitik durch die Minderheit hinauslaufen, ohne dass eine besondere Belastung dieser Minderheit dies rechtfertigen würde¹². Ausreichend ist es deshalb, wenn bei der ordentlichen Kapitalerhöhung nur eine allgemeine Missbrauchskontrolle vorgenommen wird¹³. Ein Missbrauch läge z.B. vor, wenn die durchgeführte Kapitalerhöhung missbräuchlich dazu dienen soll, die Aktionäre, die ihr Bezugsrecht nicht ausüben wollen, um ihre Schlüsselposition oder ihren Quotenbesitz zu bringen oder sie überhaupt aus der Gesellschaft zu verdrängen¹⁴. Liegt ein solcher Missbrauch vor, so kann der Kapitalerhebungsbeschluss angefochten werden (§ 243 Abs. 2 AktG, Art. 381 THG AktG).

¹⁰ HIRTE, Bezugsrechtsausschluss, S. 95 f.: „Eine Beeinträchtigung der Minderheit tritt bei einer gewöhnlichen Kapitalerhöhung nur ein, wenn der Ausgabekurs der Aktien zu hoch angesetzt ist. Dann handelt es sich um einen Fall des faktischen Bezugsrechtsausschlusses, der wie ein echter Bezugsrechtsausschluss einer Sachkontrolle und der damit verbundenen Berichtspflicht unterliegt. Oder die Aktionäre können mangels Liquidität oder Investitionsbereitschaft den Preis für die jungen Aktien nicht entrichten, so dass ihr Anteil am Unternehmen sinkt. Bei mangelnder Investitionsbereitschaft ist der Verlust jedoch auf ein Verhalten des geschädigten Aktionärs selbst zurückzuführen. Mangelnde Zahlungsbereitschaft ist dem Aktionär auch dann zuzurechnen, wenn er sie nicht zu vertreten hat.“

¹¹ HIRTE, Bezugsrechtsausschluss, S. 95 f.

¹² HIRTE, Bezugsrechtsausschluss, S. 95 f.

¹³ HIRTE, Bezugsrechtsausschluss, S. 95 f., 150 ff.

¹⁴ WIEDEMANN, in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1995, § 186 Rdn.

2. Kein wohl erworbenes Recht auf den Betrag des bisherigen Grundkapitals

Die Aktionäre haben weder ein wohl erworbenes Recht¹⁵ auf Beibehaltung des Aktienkapitals in seiner bisherigen Höhe, noch ein Recht darauf, dass der innere Wert der bisherigen Aktien beibehalten bleibt. Sie müssen grundsätzlich eine per Mehrheitsbeschluss gewollte Kapitalerhöhung dulden. Eine Schranke wird lediglich dort angesetzt, wo der Beschluss, hinter dem die absolute Mehrheit der vertretenen Stimmen steht, in die Stellung der Aktionäre eingreift, d.h. sachlich oder proportional ungerechtfertigt oder nicht gesetzes- und satzungsmäßig ist. Ist dies nicht der Fall, so muss es sich der Minderheitsaktionär gefallen lassen, wenn er infolge einer mit absoluter Mehrheit beschlossenen Kapitalerhöhung eine Kapital- und Gewinnverwässerung erleidet.

3. Verpflichtung zur Durchführung oder Unterlassung einer Kapitalerhöhung

Eine gesellschaftsrechtliche Verpflichtung der Aktionäre, einem Kapitalerhöhungsbeschluss zuzustimmen oder sich durch Aus-

¹⁵ Art. 385 Abs. 2 THGB definiert die wohl erworbenen Rechte als Rechte, die nach den Bestimmungen des Gesetzes oder der Satzung der Beschlussfassung der Generalversammlung und des Verwaltungsrates entzogen sind oder sich aus dem Teilnahmerecht an den Tagungen der Hauptversammlung ergeben, insbesondere Rechte wie die Mitgliedschaft, das Stimmrecht, das Recht auf Erhebung der Anfechtungsklage, das Dividendenbezugsrecht und das Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös.

üben des Bezugsrechts daran zu beteiligen, besteht grundsätzlich nicht¹⁶. In besonderen Ausnahmefällen kann allerdings aus der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht des Einzelaktionärs eine positive Stimmpflicht oder wenigstens ein Stimmenthaltungsgebot hinsichtlich der Kapitalerhöhung folgen, soweit dieser zur Rettung des Unternehmens dringend erforderlich und dem einzelnen Aktionär zumutbar ist¹⁷. Eine Verpflichtung, selbst neue Aktien zu zeichnen, besteht aber in keinem Fall¹⁸. Der in § 54 Abs. 1 AktG geregelte Grundsatz der beschränkten Leistungspflicht des Aktionärs gilt auch bei Kapitalerhöhungen. Danach kann kein Aktionär verpflichtet werden, neue Aktien zu erwerben oder eine Nachschusspflicht zu erfüllen. Möglich sind allerdings Vereinbarungen von Aktionären mit der Gesellschaft, anderen Aktionären oder Dritten, durch die eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Mitwirkung am Kapitalerhöhungsbeschluss oder zur Übernahme der im Rahmen der Kapitalerhöhung ausgegebenen neuen Aktien begründet wird¹⁹.

¹⁶ Vgl. BGHZ 90, S. 381, 389; WIEDEMANN, in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1995, § 182 Rdn. 38; HEFERMEHL / BUNGEROTH, in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG 1988, § 182 Rdn. 6.

¹⁷ WIEDEMANN in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1995, § 182 Rdn. 38; HEFERMEHL / BUNGEROTH, in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG 1988, § 182 Rdn. 7; SCHMIDT, ZGR 1982, S. 519, 524 f.

¹⁸ WIEDEMANN in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1995, § 182 Rdn. 38; HEFERMEHL / BUNGEROTH, in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG 1988, § 182 Rdn. SCHMIDT, ZGR 1982, S. 19, 525.

¹⁹ HEFERMEHL / BUNGEROTH, in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG 1988, § 182 Rdn. 7.

4. Einzahlung der ausstehenden Einlagen

Nach § 182 Abs. 4 Satz 1 AktG soll das Grundkapital einer Aktiengesellschaft nicht erhöht werden, solange ausstehende Einlagen auf das bisherige Grundkapital noch erlangt werden können. Eine dem § 182 Abs. 4 Satz 1 AktG entsprechende Regelung enthält Art. 391 Satz 1 THG. Demnach kann die Generalversammlung die Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe neuer Aktien nicht beschließen, solange die auf das Grundkapital zu leistenden Aktienbeträge nicht voll eingezahlt sind. Auf den ersten Blick scheint eine volle Übereinstimmung zwischen den Wortlauten des § 182 Abs. 4 Satz 1 AktG und des Art. 391 Satz 1 THG zu bestehen; eine Erhöhung des Grundkapitals soll nicht erfolgen, solange noch Einlagen auf das bisherige Grundkapital ausstehen. Legt die Bestimmung des § 182 Abs. 4 Satz 1 AktG aber den Schwerpunkt - im Gegensatz zum Art. 391 Satz 1 THG, dessen Kernpunkt „die volle Einzahlung“ der auf das Grundkapital zu leistenden Einlagen bildet -, darauf, ob die ausstehenden Einlagen auf das bisherige Grundkapital „noch erlangt werden können“, so ist in der deutschen Bestimmung die Frage wesentlich, ob die ausstehenden Einlagen realisierbar sind oder nicht. Während eine türkische Aktiengesellschaft nur dann eine Kapitalerhöhung vornehmen darf, wenn die auf das Grundkapital zu leistenden Aktienbeträge voll eingezahlt sind, gilt das in § 182 Abs. 4 Satz 1 AktG geregelte Verbot nur, solange die noch offenen Einlagen erlangt werden können. Das bedeutet, dass die Verbotsvorschrift des § 182 Abs. 4 Satz 1 AktG

nicht greift, wenn die ausstehenden Einlagen weder von dem betreffenden Aktionär beigetrieben noch nach Kaduzierung von einem seiner Vormänner hereingeholt (§ 65 Abs. 1 Satz 1 AktG) oder im Wege des Verkaufs (§ 65 Abs. 3 AktG)²⁰ beschafft werden können²¹. Eine Zwangsvollstreckung braucht nicht versucht werden, wenn feststeht, dass sie sowohl bei dem betreffenden Aktionär als auch bei seinen Vormännern zwecklos wäre²². Nicht mehr möglich ist die Einholung der ausstehenden Sacheinlagen i.S.v. § 182 Abs. 4 Satz 1 AktG, wenn ihr Gegenstand endgültig untergegangen ist und ein diesbezüglicher Ersatzanspruch der Gesellschaft gemäß § 285 BGB nicht besteht oder feststeht, dass er nicht beizutreiben ist²³.

Es stellt sich hierbei die Frage, ob auch Einlagen, die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen „nicht rechtzeitig“ erlangt werden können, bereits eine Kapitalerhöhung als subsidiär erscheinen lassen. Die herrschende Meinung in Deutschland verneint dies mit der Folge, dass vorübergehende Leistungsunfähigkeit des Schuldners oder mangelnde Fälligkeit einer Einlagepflicht die Kapitalerhöhung nicht hindern²⁴. Der Zweck des § 182 Abs. 4 Satz 1 AktG liege darin zu

²⁰ § 65 Abs. 3 Satz 1 AktG besagt, dass die Gesellschaft die Aktien unverzüglich zum Börsenpreis und beim Fehlen eines Börsenpreises durch öffentliche Versteigerung zu verkaufen hat, wenn die Zahlung des rückständigen Betrags von Vormännern nicht zu erlangen ist.

²¹ WIEDEMANN, in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1995, § 182 Rdn. 82.

²² LUTTER, in Kölner Komm. z. AktG, 2. Aufl. 1995, § 182 Rdn. 37.

²³ WIEDEMANN, in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1995, § 182 Rdn. 82.

²⁴ SCHLEGELBERGER / QUASSOWSKI, Aktiengesetz, 3. Aufl., § 149 Anm. 16; WIEDEMANN, in Großkomm AktG, § 182 Rdn. 82; LUTTER, in Kölner Komm. zum AktG, 2. Aufl., § 182 Rdn. 37.

verhindern, dass die Aktiengesellschaft ohne ein tatsächliches Bedürfnis den Kapitalmarkt in Anspruch nehme und die mit einer Kapitalerhöhung verbundenen weitreichenden Folgen für die Aktionäre bereits auslöse²⁵. Hieran zeige sich, dass die Kapitalerhöhung ein wichtiges, aber nur subsidiäres Mittel zur Heranschaffung neuen Garantiekapitals sei²⁶. Die vereinzelt vertretene Gegenansicht wendet dagegen ein, dass es bei rechtlichen oder tatsächlichen Leistungshindernissen nur entscheidend sein kann, ob die Kapitalerhöhung entbehrlich ist, weil die Gesellschaft die erforderliche Mittel anderweitig erlangen kann. Dann wäre es gleichgültig, ob die Aktiengesellschaft überhaupt nicht oder lediglich nicht rechtzeitig in der Lage ist, das benötigte Kapital zu erhalten²⁷.

Eine Kapitalerhöhung nach § 182 AktG ist nur subsidiär unter der Voraussetzung möglich, dass die Aktiengesellschaft nicht in der Lage ist, die ausstehenden Einlagen zu erlangen. Solange noch eine Möglichkeit besteht, solche ausstehenden Einlagen zu erlangen, soll das Grundkapital nicht erhöht werden²⁸. Hier gilt es zunächst festzuhalten, dass die ausstehenden Einlagen in der Tat auch dann nicht erlangt werden können, wenn es rechtliche oder tatsächliche Leistungshindernisse dafür gibt. Festzuhalten ist ferner, dass § 182

²⁵ PEIFER, in Münchener Komm. zum AktG, 2. Aufl., § 182 Rdn. 58; LUTTER, in Kölner Komm. zum AktG, 2. Aufl., § 182 Rdn. 32.

²⁶ HÜFFER, AktG, 7. Aufl. 2006, § 182 Rdn. 26; LUTTER, in Kölner Komm. zum AktG, 2. Aufl., § 182 Rdn. 32.

²⁷ KRIEGER, in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band IV, § 58 Rdn. 13.

²⁸ PEIFER, in Münchener Komm. zum AktG, 2. Aufl., § 182 Rdn. 60.

Abs. 4 Satz 1 AktG eine Sollvorschrift ist und somit eine entgegenstehende Kapitalerhöhung nicht unter allen Umständen verhindert. Von Sollvorschriften darf nur abgewichen werden, wenn es dafür gewichtige Gründe gibt. Fraglich ist insofern, ob das sofortige Finanzierungsinteresse der Aktiengesellschaft einen derart wichtigen Grund darstellt, der eine entgegen dem Subsidiaritätsprinzip beschlossene Kapitalerhöhung zu rechtfertigen vermag. Diese Frage kann nur dann positiv beantwortet werden, wenn für die Gesellschaft die Kapitalerhöhung eine effektivere und effizientere Alternative darstellt als alle Möglichkeiten zur Einholung ausstehender Einlagen. Effektivität bezeichnet den Grad der Eignung eines Mittels zur Erreichung der obersten Sachziele, sagt also aus, inwieweit sich jede der zur Verfügung stehenden Optionen eignet, gewünschte Ziele zu erreichen oder Aufgaben zu erfüllen. Effizienz hingegen bewertet die Angemessenheit der verfolgten Maßnahme im Sinne einer Kosten/Nutzen-Relation im Vergleich zu den alternativen Optionen. Die Akzeptanz der Kapitalerhöhung hängt demzufolge ganz entscheidend von der Überzeugung der Aktionäre ab, dass ihr unter Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten durch die Kapitalerhöhung verändertes Beteiligungsverhältnis zur Erreichung verfolgter Ziele beiträgt. Bei der Prüfung aller möglichen Optionen zur Erreichung dieser Ziele wird zu berücksichtigen sein, dass jede Kapitalerhöhung die Rechte der Altaktionäre schwer belastet und mit hohen Kosten verbunden ist. Im Regelfall muss es dann der Gesellschaft und den Aktionären daran gelegen sein, alle rechtlichen Möglichkeiten zur Einholung ausstehender Einlagen zu erschöpfen

und ein vorübergehendes Leistungshindernis nicht genügen zu lassen²⁹.

Da die Leistung eines Aktionärs mit der eines Schuldners nach §§ 241 BGB vergleichbar ist, kann zur Lösung dieser Problematik auch der im Bereich des bürgerlichen Rechts von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes entwickelte Grundsatz über die Leistungsstörungen bei der Abwicklung von gegenseitigen Schuldverhältnissen analog herangezogen werden. Demnach ist ein zeitweiliges Leistungshindernis einem dauernden dann gleich zu achten, wenn die Erreichung des Vertragszwecks durch die vorübergehende Unmöglichkeit in Frage gestellt wird und deshalb dem Vertragsgegner unter billiger Abwägung der Belange beider Vertragsteile die Einhaltung des Vertrags bis zum Wegfall des Leistungshindernisses nicht zugemutet werden kann³⁰. Bezogen auf die hier zu behandelnde Problematik heißt dies, ein zeitweiliges Leistungshindernis dann einer dauernden Unmöglichkeit als gleichgestellt anzusehen, wenn die Erreichung des mit der von der Gesellschaft noch vorzunehmenden Kapitalerhöhung verfolgten Zwecks durch das vorübergehende Leistungshindernis in Frage gestellt wird und deshalb der Aktiengesellschaft unter angemessenen Abwägung der Interessen der Gesellschaft und ihrer Aktionäre ein Abwarten bis zum Wegfall des Leistungshindernisses nicht zugemutet werden kann.

²⁹ So auch PEIFER, in Münchener Komm. zum AktG, 2. Aufl., § 182 Rdn. 60.

³⁰ Vgl. BGHZ 83, S. 197, 200.

III. AUSNAHMEN VOM SUBSIDIARITÄTSGRUNDSATZ

Das türkische Handelsgesetz sieht keine Ausnahmen vom Verbot des Art. 391 Satz 1 THG vor. Selbst wenn die Formulierung des Art. 391 Satz 1 THG „kann... nicht beschließen“, einen „Kann-Charakter“ der Vorschrift ausweist, ist Art. 391 Satz 1 THG nicht dahin auszulegen, dass Ausnahmen von dem in Art. 391 Satz 1 THG enthaltenen Verbot möglich wären. Einem derartigen Verständnis der Verbotsvorschrift steht der den zwingenden Charakter von Art. 391 Satz 1 THG bestätigenden Wortlaut von Art. 392 Abs. 2 THG entgegen, wonach ein Verstoß gegen Art. 391 Satz 1 THG den Kapitalerhöhungsbeschluss nichtig macht und zur gesamtschuldnerischen Haftung von Mitgliedern des Verwaltungsrates und Kontrolleuren gegenüber der Gesellschaft, den einzelnen Aktionären und dritten Personen führt. Das deutsche Aktiengesetz hingegen lässt eine Kapitalerhöhung in drei Fällen zu, auch wenn Einlagen noch ausstehen. Eine weitere Ausnahme sieht § 69 Abs. 1 Satz 1 UmwG vor.

A. Sonderformen der Kapitalerhöhung

Die Vorschrift des § 182 Abs. 4 AktG ist nicht anwendbar auf die bedingte Kapitalerhöhung (§ 193 Abs. 1 Satz 3 AktG) und auf die Kapitalerhöhung zur Durchführung einer Verschmelzung (§ 343 Abs.

1 Satz 1 AktG). Bei diesen Sonderformen der Kapitalerhöhung stellt das Vorhandensein ausstehender Einlagen kein Erhöhungshindernis dar. Lediglich beim genehmigten Kapital sollen neue Aktien nicht ausgegeben werden, solange ausstehende Einlagen auf das bisherige Grundkapital noch erlangt werden können (§ 203 Abs. 3 Satz 1 AktG). Hierbei ist allerdings darauf hinzuweisen, dass das Verbot des § 203 Abs. 3 Satz 1 AktG den Vorstand nicht daran hindert, eine Kapitalerhöhung zu beschließen, da es sich lediglich auf die Ausgabe neuer Aktien bezieht³¹.

B. Geringfügigkeit der ausstehenden Einlagen

Stehen nur Einlagen in verhältnismäßig geringem Umfang aus, ist eine Kapitalerhöhung ebenfalls zulässig (§ 182 Abs. 4 Satz 3 AktG). Das Grundkapital der Gesellschaft wird hierbei als entscheidende Bemessungsgrundlage herangezogen³². Das Gesetz nennt keine feste Verhältniszahl. Im Schrifttum werden für das genau Verhältnis Prozentansätze angegeben, die sich nach der Höhe des Grundkapitals unterscheiden. Demnach soll bei kleinen Gesellschaften mit einem Grundkapital von bis zu 250.000 Euro die Kapitalerhöhung entbehrlich sein, wenn noch Einlagen in Höhe von 5% des Grundkapitals aus-

³¹ PEIFER, in MünchKomm. z. AktG, 2. Aufl. 2005, § 182 Rdn. 65.

³² PEIFER, in MünchKomm. z. AktG, 2. Aufl. 2005, § 182 Rdn. 65; LUTTER, in Kölner Komm. z. AktG, 2. Aufl. 1995, § 182 Rdn. 38; HEFERMEHL / BUNGEROTH, in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG 1988, § 182 Rdn. 89.

stehen. Bei größeren Gesellschaften mit einem Grundkapital von mehr als 250.000 Euro sinkt dieser Prozentansatz herab³³.

C. Versicherungsaktiengesellschaften

Eine weitere Ausnahme von dem in § 182 Abs. 4 Satz 1 AktG geregelten Subsidiaritätsgrundsatz betrifft die Versicherungsaktiengesellschaften. Diese Gesellschaften können in ihrer Satzung bestimmen, dass eine Kapitalerhöhung auch bei noch ausstehenden Einlagen vorgenommen werden darf. Dies rechtfertigt sich vor dem Hintergrund, dass Versicherungsgesellschaften ihr Grundkapital nur teilweise als Betriebskapital benötigen, sehr viel stärker jedoch als Haftungskapital, auf das nur im Notfall zurückgegriffen werden soll³⁴. Die Risikovorsorge kann es sinnvoll erscheinen lassen, eine Kapitalerhöhung auch dann schon durchzuführen, wenn noch Ansprüche auf noch offenstehenden Einlagen bestehen³⁵. Enthält die Satzung bereits eine derartige Bestimmung, so kann die Hauptversammlung auch bei erheblichen Rückständen auf die Einlagen zum bisherigen Grundkapital über eine Kapitalerhöhung beschließen.

³³ LUTTER, in Kölner Komm. z. AktG, 2. Aufl. 1995, § 182 Rdn. 38; WIEDEMANN, in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1995, § 182 Rdn. 88; KRIEGER, in MünchHdb AG, Bd. IV, 2. Aufl. 1999, § 58 Rdn. 5.

³⁴ WIEDEMANN, in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1995, § 182 Rdn. 89; PEIFER, in MünchKomm. z. AktG, 2. Aufl. 2005, § 182 Rdn. 67; LUTTER, in Kölner Komm. z. AktG, 2. Aufl. 1995, § 182 Rdn. 39; ZÖLLNER, AG 1985, S. 18.

³⁵ ZÖLLNER, AG 1985, S. 19; LUTTER, in Kölner Komm. z. AktG, 2. Aufl. 1995, § 182 Rdn. 39.

D. Verschmelzung

Eine letzte Ausnahme findet sich schließlich im Umwandlungsgesetz. Nach § 69 Abs. 1 Satz 1 UmwG ist § 182 Abs. 4 Satz 1 AktG nicht anzuwenden, wenn die übernehmende Aktiengesellschaft zur Durchführung der Verschmelzung ihr Grundkapital erhöht.

IV. RECHTSFOLGEN BEI VERSTÖßEN

Während ein Verstoß gegen die Bestimmung des Art. 391 Satz 1 THG den Kapitalerhöhungsbeschluss nichtig macht und die gesamtschuldnerische Haftung von Mitgliedern des Verwaltungsrates und Kontrolleuren gegenüber der Gesellschaft, den einzelnen Aktionären und dritten Personen zur Folge hat (Art. 392 Abs. 2 THGB), führt eine Verletzung des Subsidiaritätsgebots von § 182 Abs. 4 Satz 1 AktG nicht zur Nichtigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses, da § 182 Abs. 4 Satz 1 AktG eine Sollvorschrift ist³⁶. Umstritten ist allerdings, ob ein Verstoß gegen das Gebot der Subsidiarität zur Anfechtbarkeit führen kann. Überwiegend wird die Ansicht vertreten, dass es sich bei § 182 Abs. 4 Satz 1 AktG um eine reine Ordnungsvorschrift handelt, auf deren Verletzung keine Klagebefugnis i.S.v. § 243 Abs. 1 AktG ge-

³⁶ Einhm, vgl. LUTTER, in Kölner Kommentar z. AktG, 2. Aufl. 1995, § 182 Rdn. 40; WIEDEMANN, in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1995, § 182 Rdn. 91; KRIEGER, in MünchHdb AG, Bd. IV, 2. Aufl. 1999, § 56 Rdn. 6.

gründet werden könnte³⁷. Eine Mindermeinung weist demgegenüber darauf hin, dass lediglich die Verletzung offenbar unbedeutender Ordnungsvorschriften eine Anfechtung ausschließt³⁸. Der Kapitalerhöhungsbeschluss sei immer verbunden mit einer potentiellen Einschränkung der Rechte der Altaktionäre. Eine angesichts ausstehender Einlagenforderungen nicht erforderliche Kapitalerhöhung möge den Finanzierungsinteressen der Gesellschaft entgegenkommen, sie gefährde aber die Interessen der Aktionäre³⁹. Daher sei es angebracht, den Aktionären diesbezüglich auch ein Anfechtungsrecht zu gewähren⁴⁰. Der Gegenseite ist insoweit zuzustimmen, dass der Kapitalerhöhungsbeschluss immer mit einer potentiellen Einschränkung der Rechte der Altaktionäre verbunden ist. Allerdings wird die Gefahrenlage nicht durch die Entscheidung darüber herbeigeführt, wann, in welcher Höhe und zu welchem Anlass das Grundkapital erhöht werden soll, sondern erst durch ein aktives Tun, nämlich durch die Durchführung der Kapitalerhöhung. Der Beschluss wird voll wirksam, wenn die noch ausstehenden Einlagen bis zur Durchführung der Kapitalerhöhung auf das Grundkapital geleistet werden⁴¹. Werden die noch ausstehenden Einlagen bis dahin nicht geleistet und ist dies nicht ein-

³⁷ LUTTER, in Kölner Komm. z. AktG, 2. Aufl. 1995, § 182 Rdn. 40; WIEDEMANN, in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1995, § 182 Rdn. 91; HEFERMEHL / BUNGEROTH, in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG 1988, § 182 Rdn. 94.

³⁸ HÜFFER, AktG, 7. Aufl. 2006, § 182 Rdn. 29; SCHLEGELBERGER / QUASSOWSKI, AktG, 3. Aufl., § 149 Rdn. 19.

³⁹ PEIFER, in MünchKomm. z. AktG, 2. Aufl. 2005, § 182 Rdn. 69.

⁴⁰ HÜFFER, AktG, 7. Aufl. 2006, § 182 Rdn. 29; SCHLEGELBERGER / QUASSOWSKI, AktG, 3. Aufl., § 149 Rdn. 19.

⁴¹ WIEDEMANN, in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1995, § 182 Rdn. 91.

mal beabsichtigt, so dürften Vorstand und Aufsichtsratsvorsitzender den Kapitalerhöhungsbeschluss nicht zur Eintragung ins Handelsregister anmelden⁴². Wird der Beschluss ungeachtet dessen eingetragen, so ist der Registerrichter nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses und namentlich die Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung abzulehnen⁴³.

V. ZUSAMMENFASSUNG

Während das türkische Handelsgesetz die Erhöhung des Grundkapitals einer Aktiengesellschaft nur dann zulässt, wenn die auf das Grundkapital zu leistenden Aktienbeträge voll eingezahlt sind, macht das deutsche Aktiengesetz die Vornahme einer Kapitalerhöhung davon abhängig, ob die noch offenen Einlagen erlangt werden können. Ist die Erfüllung von ausstehenden Einlagen unmöglich geworden, so kann die Gesellschaft zur Deckung seines Kapitalbedarfs auf das Finanzierungsmittel „Kapitalerhöhung“ greifen. Die Kapitalerhöhung ist subsidiär, wenn noch die Möglichkeit besteht, die ausstehenden Einlagen zu erlangen. Einlagen, die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen „nicht rechtzeitig“ erlangt werden können, schließen eine Kapitalerhöhung dann nicht aus, wenn die Erreichung

⁴² WIEDEMANN, in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1995, § 182 Rdn. 91.

⁴³ WIEDEMANN, in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1995, § 182 Rdn. 92; KRIEGER, in MünchHdb AG, Bd. IV, 2. Aufl. 1999, § 56 Rdn. 6; HÜFFER, AktG, 7. Aufl. 2006, § 182 Rdn. 30; einschränkend LUTTER, in Kölner Komm. z. AktG, 2. Aufl. 1995, § 182 Rdn. 41, der die Ablehnung ins Ermessen des Gerichts stellen will.

des mit der von der Gesellschaft beabsichtigten, noch vorzunehmenden Kapitalerhöhung verfolgten Zwecks durch das vorübergehende Leistungshindernis in Frage gestellt wird und deshalb der Aktiengesellschaft unter angemessenen Abwägung der Interessen der Gesellschaft und ihrer Aktionäre ein Abwarten bis zum Wegfall des Leistungshindernisses nicht zugemutet werden kann.

KAYNAKÇA

BAYER, Walter: Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluß und Vermögensschutz der Aktionäre nach § 255 Abs. 2 AktG – Kritische Betrachtung der lex lata und Überlegungen de lege ferenda, in: ZHR 163 (1999), S. 505-553

BÖTTCHER, Winfried / **KRAWCZYNSKI**, Johanna: Subsidiarität für Europa, Lit-Verlag, Münster 2002.

HEFERMEHL, Wolfgang / **BUNGEROTH**, Erhard: Aktiengesetz, Kommentar, hrsg. von Geßler, Ernst / Hefermehl, Wolfgang / Eckardt, Ulrich / Kropff, Bruno, Band IV, München 1973.

HIRTE, Heribert: Bezugsrechtsausschluss und Konzernbildung - Minderheitenschutz bei Eingriffen in die Beteiligungsstruktur der Aktiengesellschaft, Köln u.a. 1986.

HÜFFER, Uwe: Beck'sche Kurzkommentar AktG, 7. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2006.

KIMMINICH, Otto: Subsidiarität und Demokratie, Patmos Verlag GmbH, Düsseldorf 1984.

KRIEGER, Gerd: Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Die Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Band IV, hrsg. von Michael Hoffman-Becking, München 1999.

PEIFER, Karl-Nikolaus: Münchner Kommentar zum Aktiengesetz, hrsg. von Bruno Kropff und Johannes Semler, 2. Aufl., München, 1999 ff.

LUTTER, Marcus: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, hrsg. Wolfgang Zöllner/Ulrick Noack, 2. Aufl., Köln u.a., 1986 ff.

ROLLWAGE, Nikolaus: Finanzierung. Mit Übungsaufgaben und Lösungen, 3. Aufl., WRW-Verlag, Köln 2002.

SCHLEGELBERGER, Franz / **QUASSOWSKI**, Leo: Aktiengesetz vom 30. Januar 1937, 3. Aufl., Berlin 1939.

SCHMIDT, Karsten: Die sanierende Kapitalerhöhung im Recht der Aktiengesellschaft, GmbH und Personengesellschaft, in ZGR 1982, s. 519-538.

WIEDEMANN, Herbert: Großkommentar zum Aktiengesetz, hrsg. von Hopt, Klaus J./Wiedemann, Herbert, 4. Aufl., Berlin/New York, 1992 ff.

WÖHE, Günther / **BILSTEIN**, Jürgen: Grundzüge der Unternehmensfinanzierung, 8. Aufl., Vahlen Verlag, München 1998.

ZÖLLNER, Wolfgang: Neustückelung des Grundkapitals und Neuverteilung von Einzahlungsquoten bei teileingezahlten Aktien der Versicherungsgesellschaften, in: AG 1985, S. 19-30.