

# Beck'sches Handbuch der AG

Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Börsengang

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Florian Drinhausen, Rechtsanwalt, und Hans-Martin Eckstein, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Bearbeitet von Dr. Klaus Beckmann, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Dr. Jens Berberich, Rechtsanwalt und Steuerberater, Dr. Christian Böing, Rechtsanwalt und Steuerberater, Dr. Einiko B. Franz, LL.M., Dr. Jan Christian Giedinghagen, Rechtsanwalt, Sebastian Goslar, Rechtsanwalt, Philipp Haaf, Dipl.-Kfm., Steuerberater, Dr. Herbert Harrer, Rechtsanwalt, Dr. Thorsten Helm, Rechtsanwalt und Steuerberater, Dirk Horcher, LL.M., Rechtsanwalt, Ulli Janssen, Rechtsanwalt, Sebastian Klingen, Rechtsanwalt, Dr. Franz-Josef Kolb, Rechtsanwalt, Dr. Martin Liebernicketel, Dr. Thomas Liebscher, Rechtsanwalt, Dr. Klaus Linden, Rechtsanwalt, Dr. Silja Maul, Rechtsanwältin, Dr. Welf Müller, Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Stephan Oppenhoff, Rechtsanwalt, Dr. Dominic Paschke, Steuerberater, Dr. Carsten A. Paul, LL.M., Rechtsanwalt, Prof. Dr. Jochem Reichert, Rechtsanwalt, Martin Renz, Steuerberater, Daniel Riehle, M.A., Steuerberater, Thomas Schmidt, LL.M., Rechtsanwalt und Steuerberater, Dr. Florian Schultz, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Dr. Nicole Schwäbe, Steuerberaterin, Dr. Elisabeth Strobl-Haarmann, Wirtschaftsprüferin und Steuerberaterin, Dr. Martin Weiss, Steuerberater, und Dr. Michael Weiß

### i) Außenhaftung, Innenhaftung

Unter Außenhaftung wird im Gesellschaftsrecht die Haftung des Schuldners unmittelbar den Gläubigern gegenüber verstanden, wobei zu den Gläubigern wie auch zu den Schuldnern Aktionäre und damit Gründer zählen können. Im Gegensatz hierzu wird von Innenhaftung gesprochen,<sup>428</sup> wenn die Gesellschaft selbst Gläubigerin des Anspruches ist, so dass die Gläubiger der Gesellschaft nur diese verklagen können und allenfalls aus dem Urteil den Anspruch der Gesellschaft aus Innenhaftung gegen deren Schuldner pfänden können. Ganz überwiegend handelt es sich bei den durch das Gründungsrecht der AG geregelten Schuldverhältnissen (Zweiter Teil, §§ 23–53 AktG) um Innenhaftung. Dies gilt natürlich für die primären Kapitaleinlagepflichten der Gründer (§§ 36a, 63 AktG; s. Rn. 259 ff.) und die Folgen für deren fehlerhafte Erfüllung (Differenzhaftung, s. Rn. 225 und Haftung aus verdeckter Sacheinlage, s. Rn. 240 ff.), aber ebenso für die sekundären Einstandspflichten für die Kapitalaufbringung aus §§ 46 ff. AktG (s. Rn. 258 bis 288) und aus der Verlustdeckungshaftung (s. Rn. 272) sowie aus Unterbilanzhaftung (s. Rn. 269 ff.). Ausnahmen als Außenhaftung sind die Handelndenhaftung (§ 41 Abs. 1 Satz 2 AktG; s. Rn. 282 ff.) und die Inanspruchnahme von Vorstand und Aufsichtsrat durch die Gläubiger wegen Forderungsausfall gegenüber der Gesellschaft in den Fällen des § 48 iVm §§ 93 Abs. 5, 116 AktG (§ 6 Rn. 144). Außenhaftung im Zusammenhang mit der Gründung kann sich auch aus dem allgemeinen Schadensersatzrecht nach §§ 823 ff. BGB ergeben, insbesondere aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den Strafrechtsnormen von §§ 399 ff. AktG, soweit sie nicht nur den Schutz der Gesellschaft bezwecken (dann Innenhaftung hieraus).<sup>429</sup>

### j) Verzicht und Vergleich auf Ansprüche und Ersatzansprüche

Für die Fälle der **primären Kapitaleinlagepflichten** der Gründer (§§ 36a, 54 Abs. 2, 63 AktG; s. Rn. 259 ff.) ist bis zum Eintritt der Verjährung (s. Rn. 291) ein Vergleich oder Verzicht zeitlich unbegrenzt unzulässig (§ 66 Abs. 1 AktG), gleichgültig ob für Geldeinlage oder Sacheinlage;<sup>430</sup> dies gilt auch für das Agio bei einem höheren Ausgabebetrag (§ 36a AktG) und zwar auch für Sacheinlagen (§§ 36a Abs. 2 Satz 3 AktG; s. Rn. 225).<sup>431</sup> Dies muss auch gelten für die Einstandspflichten der Gründer für die Kapitalaufbringung aus Differenzhaftung (§ 9 GmbHG analog; s. Rn. 225)<sup>432</sup> und aufgrund des weit angelegten Gesetzeszweckes<sup>433</sup> auch für die Unterbilanzhaftung (s. Rn. 269 ff.) und Bareinlagepflicht bei verdeckter Sacheinlage (s. Rn. 240 ff.).

In den Fällen der **sekundären Einstandspflichten** für die Kapitalaufbringung nach §§ 46–48 AktG (s. Rn. 258–288) kann die Gesellschaft binnen drei Jahren nach ihrer Eintragung auf die Ersatzansprüche weder verzichten noch sich über sie vergleichen; auch später ist ein Verzicht und Vergleich nur mit Zustimmung der Hauptversammlung gültig und auch dann nur, falls nicht eine Minderheit Widerspruch zur Niederschrift erhebt, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des

<sup>428</sup> Zur Unterscheidung Innenhaftung und Außenhaftung: BGH II ZR 123/94, BGHZ 134, 333 = NJW 1997, 1507; II ZR 204/00, NZG 2003, 79 mwN.

<sup>429</sup> Hüffer/Koch AktG § 66 Rn. 4 mwN.

<sup>430</sup> Hüffer/Koch AktG § 66 Rn. 2.

<sup>431</sup> Ebenso jedenfalls für Geldeinlagen Großkomm. AktG/Gehrlein § 66 Rn. 3.

<sup>432</sup> Großkomm. AktG/Gehrlein § 66 Rn. 5.

<sup>433</sup> Großkomm. AktG/Gehrlein § 66 Rn. 2.

Grundkapitals erreichen (§ 50 AktG). Eine Ausnahme besteht bei Zahlungsunfähigkeit des Ersatzpflichtigen bei einem Vergleich mit den Gläubigern zur Abwendung des Insolvenzverfahrens oder bei einer Regelung durch Insolvenzplan (§ 50 Satz 2 AktG). § 50 AktG gilt nicht für die Haftung der Gründungsprüfer (§ 49 AktG; s. Rn. 287); hier ist nur die vertragliche Haftungsbeschränkung vorher verboten (§ 323 Abs. 4 HGB), während nachher Verzicht und Vergleich im Rahmen der Sorgfaltspflichten des Vorstandes (§ 93 Abs. 1 AktG; § 6 Rn. 128 ff.) zulässig sind.<sup>434</sup>

### k) Verjährung von Ansprüchen und Ersatzansprüchen

**291** Die Verjährung der **primären Kapitaleinlagepflichten** der Gründer (§§ 36a, 54 Abs. 2, 63 AktG; s. Rn. 172 f.) ist nicht im AktG geregelt. Sie verjähren daher nach BGB, in der bis Ende 2001 gültigen Fassung des § 195 BGB nach 30 Jahren.<sup>435</sup> Nach der seit Anfang 2002 gültigen Fassung des § 195 BGB<sup>436</sup> beträgt die Regelverjährung nur noch drei Jahre, beginnend nach dem ebenfalls neu gefassten § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger hiervon Kenntnis hat oder haben musste. Der Anspruch entsteht mit der Errichtung der Gesellschaft nach § 29 AktG, nicht mit Fälligkeit der Einlage gem. §§ 36a, 63 AktG. Diese kurze Verjährung verträgt sich nicht mit der Strenge, die das AktG der Kapitalaufbringung zumisst,<sup>437</sup> insbesondere ist sie nicht mit der für die subsidiären Ersatzpflichten gültigen fünfjährigen Verjährungsfrist ab Eintragung (§ 51 AktG; s. Rn. 292) und für die Differenzhaftung (§ 9 GmbHG analog; s. Rn. 225) vereinbar. § 51 AktG sollte daher für die primäre Kapitaleinlagepflicht der Gründer entsprechend gelten, ebenso wie für die Unterbilanzhaftung (s. Rn. 269 ff.).

**292** **Sekundäre Ersatzansprüche** für die Kapitalaufbringung (§§ 46–49 AktG; s. Rn. 258–288) verjähren in fünf Jahren, beginnend mit der Eintragung der Gesellschaft oder mit einer späteren zum Ersatz verpflichtenden Handlung (§ 51 AktG).

### l) Strafrechtliche Verantwortlichkeit

**293** Das AktG unterstellt die Beteiligten der Gründung auch einer speziellen strafrechtlichen Verantwortung:

Es werden mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft,

(1) Gründer und Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrats

- die zum Zweck der Eintragung der Gesellschaft über die in § 46 Abs. 1 Satz 1 AktG genannten Angaben (s. Rn. 266) sowie über den Ausgabebetrag der Aktien (§ 37 Abs. 1 Satz 1 AktG; s. Rn. 43) und über Sicherungen für nicht voll einbezahlte Geldeinlagen (§ 36 Abs. 2 Satz 2 AktG; s. Rn. 302); § 399 Abs. 1 Nr. 1 AktG;
- die im Gründungsbericht (§ 32 AktG; s. Rn. 18 ff.); § 399 Abs. 1 Nr. 2 iVm;
- die in der öffentlichen Erklärung nach § 47 Nr. 3 AktG (Emmissionsankündigung; s. Rn. 279); § 399 Abs. 1 Nr. 3 AktG;

(2) Mitglieder des Vorstandes

- die in der nach § 37 Abs. 2 Satz 1 AktG abzugebenden Erklärung (s. Rn. 45); § 399 Abs. 1 Nr. 6 AktG;

<sup>434</sup> Hüffer/Koch AktG § 50 Rn. 2 mwN.

<sup>435</sup> Hüffer/Koch AktG § 66 Rn. 3; Großkomm. AktG/Gehrlein § 66 Rn. 27 mwN.

<sup>436</sup> § 194 ff. BGB mit Übergangsvorschrift in Art. 229 § 6 EGBGB jeweils idF des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. 2002 I 42.

<sup>437</sup> Ebenso kritisch MünchKomm. AktG/Bd. 2/Bayer § 65 Rn. 49 mwN; Pentz GmbHHR 2002, 225; Altmeppen DB 2002, 514; Schockenhoff/Fliege ZIP 2002, 917.

## (3) Dritte

- die in der öffentlichen Erklärung nach § 47 Nr. 3 AktG (Emmissionsankündigung; s. Rn. 279); § 399 Abs. 1 Nr. 3 AktG;

falsche Angaben machen oder erhebliche Umstände verschweigen (§ 399 Abs. 1 AktG),

## (4) Gründer

- die in Aufklärungen oder Nachweisen nach § 35 Abs. 1 AktG (s. Rn. 27) einem Gründungsprüfer falsche Angaben machen oder erhebliche Umstände verschweigen (§ 400 Abs. 2 AktG);

## (5) Gründungsprüfer und deren Gehilfen

- die über das Ergebnis der Prüfung falsch berichten oder erhebliche Umstände im Bericht (§ 34 Abs. 2 AktG; s. Rn. 28) verschweigen; § 403 Abs. 1 AktG; die Freiheitsstrafe beträgt bis zu fünf Jahren, falls der Täter gegen Entgelt oder in der Absicht handelt, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen (§ 403 Abs. 2 AktG).

## 12. Einpersonengründung

### a) Zulässigkeit

Erst seit 1994 ist die Gründung einer AG durch nur einen Gründer zulässig (§ 2 AktG),<sup>438</sup> wenn auch mit besonderen Anforderungen an die Kapitalaufbringung (§ 36 Abs. 2 Satz 2 AktG; s. Rn. 302 f.) und die Publizität (§ 42 AktG; s. Rn. 403). Zuvor waren mindestens fünf Gründer erforderlich (§ 2 AktG aF; mindestens fünf Personen für die Gründung einer KGaA verlangt nach wie vor § 280 Abs. 1 Satz 1 AktG, wohl aufgrund eines Redaktionsversehens des Gesetzgebers; s. Rn. 494). Die Zulässigkeit einer Vereinigung aller Aktien in einer Hand nach Eintragung der Gesellschaft hat das Gesetz schon früher unterstellt (§ 319 Abs. 1 AktG), ebenso die Duldung einer Umgehung bei Gründung durch Einschaltung mehrerer Personen als Treuhänder eines einzigen Treugebers (§ 46 Abs. 5 AktG; s. Rn. 273). Besonderheiten der Einmanngründung bestehen auch durch niedrigere Notargebühren für die Gründung (s. Rn. 120) und strengere Folgen einer Feststellung der Satzung durch einen Vertreter des Alleingründers ohne formgültige Vollmacht (§ 23 Abs. 1 Satz 2 AktG; Nichtigkeit nach § 180 Satz 1 BGB; s. Rn. 142).

### b) Bareinlage

§ 54 Abs. 3 AktG, der die Anforderungen für eine wirksame Einzahlung des vor der Anmeldung der Gesellschaft eingeforderten Einlagebetrages aufstellt (s. Rn. 175 ff.), ist anlässlich der Zulassung der Alleingründung (s. Rn. 300) nicht deren Besonderheiten angepasst worden. Diese Vorschrift geht von der Einzahlung durch die Gründer in die Vorgesellschaft als gesamthänderischen Vermögensrechtsträger (§ 14 Abs. 2 BGB) aus,<sup>439</sup> was bei der Alleingründung schon begrifflich ausgeschlossen ist. Die damit verbundene Streitfrage nach der Rechtsnatur und Vermögenszuordnung der **Einpersonengründung** vor Eintragung der Gesellschaft wird teilweise iSe Sondervermögens des Alleingründers<sup>440</sup> beantwortet, während andererseits von einem „eigenständigen Vermögenszuordnungsobjekt“<sup>441</sup>

<sup>438</sup> § 2 AktG idF des Gesetzes für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts v. 2.8.1994, BGBl. 1994 I 1961.

<sup>439</sup> Kölner Komm./Lutter § 54 Rn. 39.

<sup>440</sup> Hüffer/Koch AktG, 10. Aufl., § 41 Rn. 17c; Ulmer/Ihrig GmbHR 1983, 373 (376 ff.).

<sup>441</sup> HM OLG Dresden GmbHR 1997, 215 (217); MünchKomm. AktG/Bd. 1/Pentz § 41 Rn. 79 mwN; Kölner Komm./Arnold § 41 Rn. 96 mwN.

gesprochen wird. Für die Praxis folgt aus beiden Ansichten die Notwendigkeit, das Registergericht durch eine hinreichend dokumentierte Trennung der Einzahlung vom übrigen Vermögen des Alleingründers von der endgültigen Verfügungsmacht des Vorstandes zu überzeugen. Besonders wenn der Alleingründer zugleich einziger Vorstand ist, scheiden hierfür die Einzahlung in eine Kasse oder auf ein Konto des Vorstandes (§ 54 Abs. 3 Satz 1, Alt. 1 und 3 AktG; s. Rn. 177) aus.

- 302 Der Alleingründer war aufgrund § 36 Abs. 2 Satz 2 AktG zur **Bestellung einer Sicherung** für den nicht eingeforderten Teil des Grundkapitals verpflichtet (§ 36 Abs. 2 Satz 2 AktG).<sup>442</sup> Diese Regelung ist durch Art. 5 Nr. 2 MoMiG aufgehoben worden. Bei der Einmanngründung besteht daher keine Sicherungspflicht mehr.

### c) Sacheinlage

- 303 Die zur Bareinlage aufgeworfenen Fragen der Vermögenszuordnung der Alleingründung vor Eintragung der Gesellschaft (s. Rn. 301) bestehen nicht weniger bei Sacheinlagen, da es keine Vorgesellschaft als gesamthänderischen Vermögensrechtsträger (§ 14 Abs. 2 BGB) gibt, auf die eine Übertragung vor Eintragung wirksam werden kann. Soll die Übertragung des Gegenstandes der Sacheinlage mit der Eintragung wirksam werden, sind entsprechende rechtliche und organisatorische Vorkehrungen hierfür zu treffen und zu dokumentieren, um die Trennung vom Vermögen des Alleingründers sicherzustellen und dies vor allem nachzuweisen.<sup>443</sup> Besteht die Sacheinlage in der Verpflichtung des Alleingründers zur späteren Übertragung eines Vermögensgegenstandes (§ 36a Abs. 2 Satz 2 AktG; s. Rn. 197), stellen sich diese Zuordnungsfragen nicht.

### d) Haftungsfragen

- 304 Das Fehlen einer Vorgesellschaft als gesamthänderischer Vermögensrechtsträger führt bei der Einmanngründung bis zur Eintragung auch zu besonderen Haftungsrisiken. Mehrere Gründer, die einer Geschäftstätigkeit bereits vor Eintragung zugestimmt haben, haften hierfür nur im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft, sei es durch Unterbilanzhaftung im Falle der Eintragung (s. Rn. 269 ff.) oder durch Verlustdeckungspflicht bei Scheitern der Eintragung (s. Rn. 271 f.). Eine unmittelbare Inanspruchnahme durch die Gläubiger der Vorgesellschaft ist in beiden Fällen ausgeschlossen. Letzteres wird zu Recht für den Alleingründer anders gesehen, weil es an einem gesamthänderischen Vermögensrechtsträger fehlt.<sup>444</sup> Erst mit Eintragung sind die Gläubiger auf das Gesellschaftsvermögen verwiesen, unbeschadet einer Unterbilanzhaftung des Alleingründers im Innenverhältnis. Eine Einmanngründung sollte daher bei Geschäftsaufnahme vor Eintragung vermieden werden.<sup>445</sup> Als weiteres Risiko einer langwierigen Einmanngründung ist die Möglichkeit der Privatgläubiger des Alleingründers, in das Gründungsvermögen zu vollstrecken, zu bedenken.<sup>446</sup>

<sup>442</sup> § 36 AktG idF des Gesetzes für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts v. 2.8.1994, BGBl. 1994 I 1961.

<sup>443</sup> Großkomm. AktG/Röhrich § 36 Rn. 122.

<sup>444</sup> Hüffer/Koch AktG § 41 Rn. 17e mwN.

<sup>445</sup> Hüffer/Koch AktG § 41 Rn. 17e.

<sup>446</sup> Hüffer/Koch AktG § 41 Rn. 17f. mwN.

### 13. Nachgründung

#### a) Begriff und Bedeutung der Nachgründung

Unter den Begriff Nachgründung fallen Verträge der Gesellschaft, die in den ersten zwei Jahren seit Handelsregistereintragung mit Gründern oder mit zu mehr als 10% am Grundkapital beteiligten neuen Aktionären geschlossen werden und den Erwerb von vorhandenen oder herzustellenden Anlagen oder anderen Vermögensgegenständen gegen eine 10% des Grundkapitals übersteigende Vergütung betreffen (§ 52 Abs. 1 Satz 1 AktG<sup>447</sup>), wenn der Erwerb nicht im Rahmen der laufenden Geschäfte der Gesellschaft, in der Zwangsvollstreckung oder an der Börse erfolgt (§ 52 Abs. 9 AktG;<sup>448</sup> s. R.n. 313). Solche Nachgründungsverträge werden nur mit Zustimmung der Hauptversammlung und durch Eintragung in das Handelsregister wirksam (§ 52 Abs. 1 Satz 1 AktG); Gleiches gilt für Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung (§ 52 Abs. 1 Satz 2 AktG), wobei nicht diese Rechtshandlungen selbst der Zustimmung und Eintragung bedürfen, sondern nur der zugrundeliegende Verpflichtungsvertrag.<sup>449</sup> Das Rechtsinstitut der Nachgründung dient hauptsächlich dem Umgehungsschutz der strengen Gründungsvorschriften für die Kapitalaufbringung, daneben der Unabhängigkeit des Vorstandes in der Nachgründungszeit.<sup>450</sup> Sachlich ist die Nachgründung eine teilweise Fortgeltung der Vorschriften für die Sachübernahme (§ 27 Abs. 1 Satz 1 AktG; s. R.n. 226 ff.) über die eigentliche Gründungszeit hinaus.

#### b) Vertragspartner

Seit dem 1.1.2000<sup>451</sup> gilt die Nachgründung nur noch für Verträge mit Gründern oder Aktionären mit quantifizierter Beteiligung, vorher auch für Verträge mit Dritten;<sup>452</sup> die Unwirksamkeit eines vorher geschlossenen Nachgründungsgeschäftes mit einem Dritten konnte nur noch bis Ende 2001 geltend gemacht werden (§ 11 EGAktG<sup>453</sup>), dh die bis dahin bestehende Unwirksamkeit ist von Gesetzes wegen seitdem mangels Geltendmachung geheilt. Gründer sind die Aktionäre, die die Satzung festgestellt haben und hierbei ihre Aktien übernommen haben (§ 28 iVm § 23 Abs. 2 Nr. 2 AktG). Ändert sich der Gründerkreis vor Eintragung der Gesellschaft, was nur durch Änderung der Errichtungsurkunde möglich ist (§ 23 iVm § 41 Abs. 4 AktG),<sup>454</sup> gelten nur die zuletzt noch beteiligten Personen als Gründer.<sup>455</sup>

**Gesamtrechtsnachfolger von Gründern** fallen nach dem Normzweck unter § 52 AktG. Nicht erforderlich ist, dass der Gründer zur Zeit des Vertragsschlusses noch Aktionär ist. Umgekehrt betrifft § 52 AktG aber einen Aktionär, der kein Gründer ist, wenn er bei Vertragsschluss mit mehr als 10% am Grundkapital der Gesellschaft beteiligt ist. Der nach neuem Recht bestehende Ausschluss von

<sup>447</sup> § 52 Abs. 1 Satz 1 AktG idF v. Art. 1 Nr. 3 des NaStraG v. 18.1.2001, BGBl. 2001 I 123.

<sup>448</sup> § 52 Abs. 9 AktG idF v. Art. 1 Nr. 3 NaStraG v. 18.1.2001, BGBl. 2001 I 123.

<sup>449</sup> Hüffer/Koch AktG § 52 R.n. 9.

<sup>450</sup> Hüffer/Koch AktG § 52 R.n. 1.

<sup>451</sup> Inkrafttreten des durch Art. 1 Nr. 3 des NaStraG v. 18.1.2001 (BGBl. 2001 I 123) geänderten § 52 Abs. 1 Satz 1 AktG aufgrund Art. 7 NaStraG.

<sup>452</sup> Zu Nachgründungsverträgen mit Dritten nach altem Recht Hüffer/Koch AktG § 52 R.n. 3a.

<sup>453</sup> § 11 EGAktG idF NaStraG v. 18.1.2001, BGBl. 2001 I 123.

<sup>454</sup> Hüffer/Koch AktG § 41 R.n. 30 mwN.

<sup>455</sup> Hüffer/Koch AktG § 52 R.n. 3 mwN; MünchKomm. AktG/Bd. 1/Pentz § 52 R.n. 14.

Drittgeschäften als Nachgründung lädt zu Umgehungen seitens Gründern und quantifiziert beteiligten Aktionären durch Einschaltung Dritter ein. Dem wird in der Literatur durch Zurechnung solcher Geschäfte entsprechend den Grundsätzen bei der verdeckten Sacheinlage (s. Rn. 240 ff.) und dem eigenkapitaleretzenden Gesellschafterdarlehen (§ 32a GmbHG analog) begegnet.<sup>456</sup> Aber auch auf Seiten der Gesellschaft als notwendiger Vertragspartner eines Nachgründungsgeschäftes kommt unzulässige Umgehung durch Vorschieben einer anderen Person in Betracht, namentlich bei Erwerb für Rechnung der Gesellschaft durch Treuhänder, aber auch bei Erwerb seitens einer Tochtergesellschaft.<sup>457</sup>

### c) Vertragsgegenstand

- 313** Für die Nachgründung kommen alle Vermögensgegenstände in Betracht, die Gegenstand einer Sacheinlage sein können (s. Rn. 192 ff.); die aufgeführten „Anlagen“ sind wie im insoweit gleich lautenden § 27 Abs. 1 Satz AktG nur beispielhaft genannt.<sup>458</sup> Streitig ist, ob darüber hinaus auch **Dienstleistungen** Gegenstand der Nachgründung sein können, obwohl diese als Sacheinlage ausgeschlossen sind (§ 27 Abs. 2 Hs. 2 AktG; s. Rn. 198); aufgrund des Schutzzweckes von § 52 AktG spricht viel für die Einbeziehung.<sup>459</sup> Ebenfalls str. ist, ob eine Nachgründung vorliegen kann, wenn sich die Gesellschaft gemeinsam mit einem Gründer oder maßgeblichen Aktionär an der Gründung oder Kapitalerhöhung einer anderen Gesellschaft beteiligt.<sup>460</sup> Keine Nachgründung liegt vor, wenn der Erwerb im Rahmen der laufenden Geschäfte der Gesellschaft, in der Zwangsvollstreckung<sup>461</sup> oder an der Börse erfolgt (§ 52 Abs. 9 AktG<sup>462</sup>). Mit Wirkung ab 1.1.2000 ist der Begriff der „laufenden Geschäfte“ an die Stelle des bisherigen Befreiungstatbestandes getreten, der galt, „wenn der Erwerb der Vermögensgegenstände den Gegenstand des Unternehmens bildet“. Sachlich hat sich durch die Gesetzesänderung wenig für die Abgrenzung geändert.<sup>463</sup> Geeignetes Kriterium für laufenden Geschäftserwerb ist nach wie vor die Zulässigkeit einer Bilanzierung des Gegenstandes als Umlaufvermögen (§ 266 Abs. 2 B HGB) im Gegensatz zum Anlagevermögen (§§ 247 Abs. 2, 266 Abs. 2 A HGB), dessen Erwerb grundsätzlich der Nachgründung unterliegt.<sup>464</sup>

### d) Vergütung

- 314** Die Vergütung muss höher als 10% des Grundkapitals sein, wofür das bei Wirksamwerden des Vertrages eingetragene Grundkapital<sup>465</sup> maßgebend ist. Bedingungen und Befristungen des Vertrages, die dessen Wirksamkeit oder Erfüllung über

<sup>456</sup> Pentz NZG 2001, 346 (351).

<sup>457</sup> Allgemeine Meinung; Hüffer/Koch AktG § 52 Rn. 12 mwN.

<sup>458</sup> Hüffer/Koch AktG § 52 Rn. 4.

<sup>459</sup> MünchKomm. AktG/Bd. 1/Pentz § 52 Rn. 17 mwN; Hüffer/Koch AktG § 52 Rn. 4 mwN; Kölner Komm./Arnold § 52 Rn. 18 mwN; aA Diekmann ZIP 1996, 2149.

<sup>460</sup> Zu Recht ablehnend Hüffer/Koch AktG § 52 Rn. 12; mit Unterschieden im Einzelnen MünchKomm. AktG/Bd. 1/Pentz § 52 Rn. 18 mwN.

<sup>461</sup> MünchKomm. AktG/Bd. 1/Pentz § 52 Rn. 55; Kölner Komm./Arnold § 52 Rn. 48; Hüffer/Koch AktG § 52 Rn. 19.

<sup>462</sup> § 52 Abs. 9 AktG idF v. Art. 1 Nr. 3 des NaStraG v. 18.1.2001, BGBl. 2001 I 123.

<sup>463</sup> Hüffer/Koch AktG § 52 Rn. 18 mwN.

<sup>464</sup> Im Ergebnis ähnlich MünchKomm. AktG/Bd. 1/Pentz § 52 Rn. 55 mwN.

<sup>465</sup> Eingetragenes Grundkapital zuzüglich des Nennbetrags ausgegebener Bezugsaktien aus bedingtem (§ 200 AktG) oder genehmigtem Kapital (§ 203 AktG); Hüffer/Koch AktG § 52 Rn. 5.

die Zweijahresgrenze hinaus verschieben, können die Nachgründungsvorschriften nicht umgehen.<sup>466</sup> Auch ist die willkürliche Aufteilung von Verträgen zwecks Unterschreitung der Vergütungsgrenze für die Einzelverträge eine untaugliche Umgehung.<sup>467</sup> In der Literatur wird teilweise die Überschreitung der Grundkapitalgrenze als unschädlich angesehen, wenn der Erwerb durch das übrige Eigenkapital (§ 272 Abs. 2 und 3 HGB) gedeckt ist; dem kann angesichts des Wortlautes und des Zweckes des Gesetzes nicht gefolgt werden;<sup>468</sup> der str. Weg ist übrigens auch für die Praxis angesichts der drohenden Nichtigkeit zu gefährlich.

Die **Form** der Vergütung ist ohne Bedeutung, muss also nicht in Geld erfolgen, sondern kann auch durch Sachleistungen als Tauschgeschäft bedungen werden. Die **Gegenleistung** kann auch in der Gewährung von Aktien im Rahmen einer Kapitalerhöhung mit Sacheinlage bestehen, was zur parallelen Anwendung der Vorschriften über die Sacheinlage und der Nachgründung führt.<sup>469</sup> Die Sacheinlage auf genehmigtes Kapital verliert dadurch in der Nachgründungszeit an praktischer Bedeutung, abgesehen von den Beschränkungen aus § 206 AktG (s. Rn. 345).

### e) Verfahren

Liegt ein Fall der Nachgründung vor, bedarf der Vertrag hierüber der Schriftform, soweit nicht aufgrund des Erwerbsgegenstandes notarielle Beurkundung geboten ist (§ 52 Abs. 2 AktG). Zur Vorbereitung der notwendigen Zustimmung durch die Hauptversammlung ist der Vertrag bekannt und den Aktionären zugänglich zu machen, indem er von der Einberufung der Hauptversammlung an in dem Geschäftsraum der Gesellschaft auszulegen ist und den Aktionären auf Verlangen eine Abschrift zu erteilen ist (§ 52 Abs. 2 S. 2 und 3 iVm § 124 Abs. 2 Satz 2 AktG). Diese Verpflichtungen entfallen nach Inkrafttreten des ARUG seit dem 1.9.2009, wenn der Vertrag für denselben Zeitraum über die Internetseite der Gesellschaft zugänglich ist (vgl. § 52 Abs. 2 Satz 4 AktG idF des ARUG).<sup>470</sup> Außerdem hat der Aufsichtsrat den Vertrag zu prüfen und einen Nachgründungsbericht entsprechend einem Gründungsbericht (§ 32 Abs. 2 f. AktG; s. Rn. 18 ff.) zu erstatten (§ 52 Abs. 3 AktG). Zwingend ist auch die zusätzliche Prüfung durch einen gerichtlich bestellten Gründungsprüfer in entsprechender Anwendung der Gründungsprüfung (§ 52 Abs. 4 AktG iVm §§ 33 Abs. 3 ff., 34 f. AktG; s. Rn. 25 ff.). Von dieser Prüfung kann nach Inkrafttreten des ARUG unter den Voraussetzungen des § 33a AktG (s. Rn. 25) abgesehen werden.

Der **Beschluss der Hauptversammlung** bedarf einer Mehrheit, die mindestens 3/4 des vertretenen Grundkapitals umfasst (§ 52 Abs. 5 Satz 1 AktG); bei Abschluss des Nachgründungsvertrages im ersten Jahr nach Eintragung der Gesellschaft müssen in der zustimmenden Mehrheit mindestens 1/4 des gesamten Grundkapitals enthalten sein (§ 52 Abs. 5 Satz 2 AktG). Die Satzung kann für beide Fälle größere Mehrheiten und weitere Erfordernisse bestimmen (§ 52 Abs. 5 Satz 3 AktG). Der Vertragspartner ist für die Zustimmung stimmberechtigt.<sup>471</sup>

<sup>466</sup> MünchKomm. AktG/Bd. 1/Pentz § 52 Rn. 20 mwN.

<sup>467</sup> MünchKomm. AktG/Bd. 1/Pentz § 52 Rn. 24 mwN.

<sup>468</sup> Ablehnend und den Meinungsstand wiedergebend: MünchKomm. AktG/Bd. 1/Pentz § 52 Rn. 23 mwN; differenzierend Hüffer/Koch AktG § 52 Rn. 5 f. mwN.

<sup>469</sup> Entsprechende Anwendung von § 52 AktG; hM; Hüffer/Koch AktG § 52 Rn. 11, § 183 Rn. 5 mwN; MünchKomm. AktG/Bd. 1/Pentz § 52 Rn. 73 ff. mwN.

<sup>470</sup> Hüffer/Koch AktG § 52 Rn. 13.

<sup>471</sup> MünchKomm. AktG/Bd. 1/Pentz § 52 Rn. 35 mwN.

- 318** Der nach Zustimmung der Hauptversammlung vom Vorstand zur Eintragung in das Handelsregister anzumeldende Vertrag (§ 52 Abs. 6 AktG) ist vom Gericht einzutragen, wenn nach den Feststellungen der Gründungsprüfer und des Gerichts der Nachgründungsbericht des Aufsichtsrates ordnungsgemäß ist und die Vergütung für die zu erwerbenden Vermögensgegenstände angemessen ist (§ 52 Abs. 7 AktG). Wird nach § 52 Abs. 4 AktG idF des ARUG von einer externen Gründungsprüfung abgesehen, gelten § 37a AktG und § 38 Abs. 3 AktG nach Inkrafttreten des ARUG entsprechend (s. §§ 44 und 56 AktG). Als Inhalt der Eintragung genügt die Bezugnahme im Handelsregister auf die eingereichten Urkunden (§ 52 Abs. 8 Satz 1 AktG); in der **Bekanntmachung** der Eintragung sind dann aber neben deren Wortlaut aufzunehmen: Tag des Vertragsschlusses und der Zustimmung der Hauptversammlung, der zu erwerbende Vermögensgegenstand, die Person, von der die Gesellschaft ihn erwirbt, und die Vergütung dafür (§ 52 Abs. 8 Satz 2 AktG).
- 319** Erst mit der **Eintragung** werden der Vertrag und die Rechtshandlungen zu seiner Ausführung wirksam (§ 52 Abs. 1 Sätze 1 und 2 AktG); bis dahin sind sie mithin schwebend unwirksam, ohne dass jedoch der Vertragspartner ein Widerrufsrecht iSv § 178 BGB hat, solange die Gesellschaft in angemessener Zeit die Hauptversammlung über die Zustimmung durchführt.<sup>472</sup> Versagt die Hauptversammlung die Zustimmung oder das Gericht die Eintragung, wird der Vertrag endgültig unwirksam; jedoch ist der Vorstand nicht gehindert, nach Ablauf der Zweijahresfrist den Vertrag erneut abzuschließen, ohne dass dann noch eine Nachgründung vorliegt.<sup>473</sup> Ansonsten müssten bereits durchgeführte Vollzugsgeschäfte rückabgewickelt werden (§§ 812 ff. BGB).<sup>474</sup>

#### f) Rechtsfolgen bei Verstoß

- 320** Werden die Formvorschriften der Nachgründung von den Parteien verkannt oder missachtet, ist wie folgt zu unterscheiden: Bei Verletzung der Schriftform oder einer sachlich gebotenen notariellen Form (§ 52 Abs. 2 Satz 1 AktG) ist der Vertrag nichtig (§ 125 BGB). Wird die Hauptversammlung aufgrund gemeinschaftlichen Vorsatzes nicht eingeschaltet, liegt ebenfalls Nichtigkeit vor (§ 134 BGB). Bei beiderseitiger Unkenntnis von der Zustimmungspflicht ist schwebende Unwirksamkeit mit Widerrufsrecht des anderen Vertragsteils im Falle der späteren besseren Erkenntnis anzunehmen (entsprechend § 178 BGB). Ob der Vorstand mit Ablauf der Zweijahresfrist den Vertrag einseitig genehmigen kann (§§ 182 Abs. 1, 184 BGB), ist streitig, wegen des Schutzzwecks des § 52 AktG aber zu verneinen.<sup>475</sup>

#### g) Schadensersatz bei Nachgründung

- 321** Für Pflichtverletzungen bei einer Nachgründung haften die Beteiligten auf Schadensersatz entsprechend den Gründungsvorschriften (§ 53 iVm §§ 46 ff. AktG; s. Rn. 266 ff.). Ausgenommen hiervon sind die Gründer, an deren Stelle anders als bis zur Eintragung (§ 46 AktG; s. Rn. 266 f.) Vorstand und Aufsichtsrat die alleinige Verantwortung für die Nachgründung tragen (§ 53 Satz 2 AktG), wobei sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben (§ 53 Satz 3 AktG). Eine Haftung der Gründer kann abweichend von § 53

<sup>472</sup> Hüffer/Koch AktG § 52 Rn. 8 mwN.

<sup>473</sup> MünchKomm. AktG/Bd. 1/Pentz § 52 Rn. 61.

<sup>474</sup> Hüffer/Koch AktG § 52 Rn. 9; MünchKomm. AktG/Bd. 1/Pentz § 52 Rn. 64.

<sup>475</sup> Für eine Genehmigungsmöglichkeit Hüffer/Koch AktG § 52 Rn. 7 mwN; aA (Neuvornahme erforderlich): MünchKomm. AktG/Bd. 1/Pentz § 52 Rn. 61.