

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 158

Die Nachgründung im Aktienrecht

Tatbestand, Rechtsfolgen und Verfahren

Von

Martin T. Schwab



Duncker & Humblot · Berlin

MARTIN T. SCHWAB

Die Nachgründung im Aktienrecht

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 158

Die Nachgründung im Aktienrecht

Tatbestand, Rechtsfolgen und Verfahren

Von

Martin T. Schwab



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena
hat diese Arbeit im Jahre 2001/2002 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Salignow Verlagsservice, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 3-428-10898-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Dem Andenken an meinen Vater

Vorwort

Thema dieser Dissertation ist die Nachgründung im Aktiengesetz, von der Entwicklung der Vorschrift über den Tatbestand bis zu Verfahrensfragen. Dabei werden insbesondere die Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis sowie die Rechtslage in anderen europäischen Staaten berücksichtigt. Die Darstellung umfaßt sowohl das bisherige Recht als auch die Neufassung des § 52 AktG durch das Namensaktiengesetz.

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2001/2002 von der Juristischen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena als Dissertation angenommen. Die Doktorarbeit wurde von Herrn Professor Dr. Walter Bayer betreut, dem ich an dieser Stelle herzlich danken möchte. Er hat den Fortgang der Dissertation stets engagiert, mit gleichermaßen wertvollen wie kritischen Anmerkungen und Anregungen, begleitet. Mein Dank gilt weiterhin Herrn Professor Dr. Volker Michael Jänich, der das Zweitgutachten erstellt hat.

Besonderen Dank schulde ich Herrn Notar Dr. Dieter Mayer, München, der den Anstoß zu meinem Interesse am Aktienrecht, insbesondere auch an der Nachgründung gab. Herrn Dr. Dietmar Kubis, Vorstand der Jenoptik AG, Jena, danke ich für wertvolle Hinweise zur Nachgründung aus Sicht der Unternehmen. Ferner bin ich zu Dank verpflichtet den Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern der Kanzlei Peters, Schönberger & Partner, München, die mir zahlreiche Probleme der Beratungspraxis mit der Nachgründung aufzeigten.

Das Manuskript wurde im Juni 2001 abgeschlossen. Für die Drucklegung sind Rechtsprechung und Literatur bis Januar 2002 eingearbeitet worden.

München, im Juni 2002

Martin T. Schwab

Inhaltsübersicht

Einführung	25
Kapitel I: Entwicklung der Nachgründungsvorschriften	30
Kapitel II: Der Regelungszweck des § 52 AktG	68
Kapitel III: Tatbestand	89
Kapitel IV: Anwendbarkeit nach Umwandlungen, bei Kapitalmaßnahmen und im Konzern	138
Kapitel V: Nachgründungsverfahren	183
Kapitel VI: Verstöße gegen § 52 AktG	217
Kapitel VII: Gestaltungsmöglichkeiten	253
Kapitel VIII: Nachgründung in anderen europäischen Staaten	269
Kapitel IX: Bewertung der Nachgründung	298
Anhang: Gesetzestexte	303
Literaturverzeichnis	309
Stichwortverzeichnis	325

Inhaltsverzeichnis

Einführung	25
A. Problemstellung	25
B. Rechtstatsächliche Bedeutung	26
C. Gang der Untersuchung	29

Kapitel I

Entwicklung der Nachgründungsvorschriften	30
A. Entstehungsgeschichte	30
1. Die Aktienrechtsnovelle 1884	30
a) Die Stimmungslage in den „Gründerjahren“	30
b) Die Entstehung der Nachgründung	31
(1) Referentenentwurf 1880	31
(2) Regierungsentwurf 1882	32
(3) Gesetzentwurf 1884	33
(4) § 213 f ADHGB	34
2. § 207 HGB 1897	37
3. § 45 AktG 1937	38
4. § 52 AktG 1965	40
B. Die Nachgründung im europäischen Gesellschaftsrecht	41
1. Rechtslage vor 1976	42
2. Die Regelung in der Kapitalrichtlinie	43
a) Entstehungsgeschichte des Art. 11	44
b) Tatbestand des Art. 11 KapRL	46
(1) Ratio legis	46
(2) Anwendungsbereich	46
(a) Personeller Anwendungsbereich	46
(b) Sachlicher Anwendungsbereich	47
(c) Zeitlicher Anwendungsbereich	48
(3) Ausnahmen	49
(4) Verfahren	50
c) Die Umsetzung in Deutschland	51
C. Reform der Nachgründung	52
1. Änderungsnotwendigkeit	52
2. Das Gesetzgebungsverfahren zur Änderung	53
a) Referentenentwurf Namensaktiengesetz (RefE-NaStraG)	54
(1) Änderungsvorhaben	54
(2) Begründung	55

b)	Regierungsentwurf Namensaktiengesetz (NaStraG)	55
(1)	Änderung gegenüber Referentenentwurf	55
(a)	Änderung des § 52 Abs. 1 Satz 1 AktG	56
(b)	Änderung des § 52 Abs. 9 AktG	56
(c)	Heilungsvorschrift	57
(d)	Rückwirkung des Inkrafttretens	57
(2)	Begründung	57
3.	Stellungnahme zur Gesetzesänderung	58
a)	Stellungnahmen zum Referenten- und Regierungsentwurf	58
(1)	Personeller Anwendungsbereich	58
(a)	Mitteilungspflichtige Aktionäre	58
(b)	Zurechnungsprobleme	60
(c)	Beschränkung auf Gründer	61
(2)	Heilung unwirksamer Sachübernahmen	61
b)	Verhältnis zur Richtlinie	62
c)	Eigene Stellungnahme	63
(1)	Allgemeines	63
(2)	Begründung der Gesetzesänderung	63
(3)	Rückwirkung der Änderung und Heilungsvorschrift	64
(4)	Systematischer Bruch mit dem Sachgründungsrecht?	65
(5)	Beteiligungsschwelle für Aktionäre	65
(6)	Anwendbarkeit nach Umwandlungsfällen	66
4.	Auswirkungen der Reform des § 52 AktG	66

Kapitel II

Der Regelungszweck des § 52 AktG 68

A.	Gesetzeszweck	68
1.	Die Sicherung des Kapitals	68
a)	Grundsatz der realen Kapitalaufbringung	69
(1)	Allgemeine Meinung: Umgehungsschutz	70
(2)	Die Kritik Hachenburgs	71
(3)	Die vermittelnde Ansicht von Godins	72
(4)	Stellungnahme	73
b)	Grundsatz der Kapitalerhaltung	74
(1)	Die Bedeutung der Nachgründung für die Kapitalerhaltung	75
(2)	Zusätzlicher Schutz durch § 52 AktG	76
(3)	Stellungnahme	77
2.	§ 52 AktG als Heilungsvorschrift	78
B.	Der Einfluß der Kapitalrichtlinie	79
1.	Zweck des Art. 11 KapRL	79
2.	Folgerungen aus der Umsetzung in anderen Mitgliedsstaaten	80
C.	Schutzrichtung	81
1.	Gesellschaftsgläubiger	81
2.	Aktionäre	81
a)	Alt-Aktionäre	82

	Inhaltsverzeichnis	13
b)	Schutz künftiger Aktionäre	82
3.	Vorstand der Aktiengesellschaft	82
4.	Kapitalmarkt	84
D.	Die Stellung des § 52 AktG im Gesetz	84
1.	Systematische Stellung	84
2.	Nachgründung im GmbH-Recht	85
3.	Verhältnis zur verdeckten Sacheinlage	86
E.	Ergebnis	87

Kapitel III

	Tatbestand	89
A.	Personeller Anwendungsbereich	89
1.	Verträge der Gesellschaft	89
2.	Vertragspartner nach § 52 AktG a. F.	91
a)	Verträge mit Gründern und Aktionären	91
b)	Verträge mit Dritten	91
3.	Vertragspartner nach § 52 AktG n. F.	92
a)	Gründer	92
b)	Maßgebliche Aktionäre	94
c)	Zurechnungsfragen	96
(1)	Grundsätze der Zurechnung	96
(2)	Zurechnungsvarianten	98
(a)	Handeln Dritter	98
(b)	Zurechnung anderer Anteile	100
B.	Sachlicher Anwendungsbereich	102
1.	Begriff des Vermögensgegenstandes	102
a)	Obligatorische Nutzungsrechte	103
b)	Darlehen und Finanzanlagen	104
c)	Dienstleistungen	105
(1)	Keine Sacheinlage oder Sachübernahme	105
(2)	Geplantes Verbot im Gesetzentwurf	106
(3)	Stellungnahme	106
d)	Vorhandene und herzustellende Anlagen	106
2.	Rechtsnatur des Nachgründungsvertrags	107
3.	Vergütung	108
a)	Höhe des Grundkapitals	108
b)	Vergütung aus Kapital- bzw. Gewinnrücklage	110
(1)	Die vermittelnde Ansicht von Hüffer	110
(2)	Die weitergehende Ansicht von Knott	111
(3)	Stellungnahme	111
c)	Umfang der Vergütung	112
d)	Berechnung bei Dauerschuldverhältnissen	113
e)	Variable Vergütungen	115
f)	Vereinbarkeit mit Art. 11 Kapitalrichtlinie	115
4.	Abschluß von Unternehmensverträgen	115

C. Zeitlicher Anwendungsbereich	116
D. Ausnahmen § 52 Abs. 9 AktG	117
1. Erwerb im Rahmen der laufenden Geschäfte: § 52 Abs. 9 Alt. 1 AktG	118
a) Entwicklung der Norm	118
(1) Freistellung von Immobiliengeschäften	118
(2) Erwerb im Rahmen des Unternehmensgegenstands	119
b) Meinungsstand in der Literatur	119
(1) Bilanzieller Ansatz	120
(2) Kriterium der Unmittelbarkeit	120
(3) Aufnahme in den Unternehmensgegenstand	120
(4) Hilfsgeschäfte	122
(5) Beteiligungserwerb bei Holdinggesellschaften	123
(6) Stellungnahme	124
c) Der Vorschlag von Lutter/Ziemons	125
d) Neufassung durch das NaStraG	126
2. Erwerb in der Zwangsvollstreckung: § 52 Abs. 9 Alt. 2 AktG	129
a) Zweck der Norm	130
b) Reichweite des Tatbestands	131
3. Erwerb an der Börse	132
a) Neuregelung durch § 52 Abs. 9 Alt. 3 AktG n. F.	132
b) Behandlung von Altfällen	134
c) Folgerung für den Erwerb eigener Aktien	135
4. Ergebnis	137

Kapitel IV

Anwendbarkeit nach Umwandlungen, bei Kapitalmaßnahmen und im Konzern 138

A. Nachgründung nach Umwandlung	138
1. Formwechsel in AG/KGaA	138
a) Personeller Anwendungsbereich der Nachgründung	139
b) Einschränkungen der Nachgründungspflicht	140
(1) Formwechsel einer Personenhandelsgesellschaft	140
(2) Formwechsel einer GmbH	141
(3) Formwechsel einer KGaA in eine AG	143
c) Änderungsvorschlag des Handelsrechtsausschusses des DAV	144
2. Verschmelzung	145
a) Verschmelzung durch Aufnahme	145
(1) Maßgeblicher Zeitpunkt	146
(2) Verschmelzungsschwelle	147
(3) Anwendbarkeit § 52 Abs. 9 AktG	148
b) Verschmelzung zur Neugründung	148
(1) Sperrfrist für übertragende AG	148
(2) Anwendbarkeit des § 52 AktG für neugebildete Kapitalgesellschaft	149
c) Änderungsvorschlag des Handelsrechtsausschusses des DAV	149
3. Spaltung	150

a) AG bzw. KGaA als übernehmender Rechtsträger	150
b) AG bzw. KGaA als übertragender Rechtsträger	151
c) Änderungsvorschlag der Regierungskommission Corporate Governance	152
B. Nachgründung bei Kapitalmaßnahmen	153
1. Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen	153
a) Anwendbarkeit der Nachgründung	153
b) Stellungnahme der Regierungskommission Corporate Governance	157
c) Personeller Anwendungsbereich	158
(1) Vertragspartner ist Gründer oder maßgeblich beteiligter Aktionär	158
(2) Vertragspartner ist zukünftig maßgeblich beteiligter Aktionär	158
(3) Vertragspartner ist unbekannt	159
d) Schwelle von 10 % des Grundkapitals	159
e) Zeitlicher Anwendungsbereich	160
f) Vereinbarkeit mit der Kapitalrichtlinie	161
2. Sonstige Kapitalerhöhungen gegen Sacheinlagen	162
a) Bedingtes Kapital	162
b) Genehmigtes Kapital	163
c) Sonderfall: Erhöhung der Sondereinlage in der KGaA	164
C. Exkurs: Heilung durch Nachgründung	166
1. Ratio legis des § 52 Abs. 10 AktG	166
2. Anwendung bei unwirksamen Sacheinlagegeschäften	167
a) Heilung vor Eintragung der Gesellschaft	168
b) Heilung nach Eintragung der Gesellschaft	168
(1) Umwidmung durch Satzungsänderung	168
(2) Anwendung § 52 AktG	169
(3) Teleologische Extension	170
(4) Analoge Anwendung zur vollständigen Heilung	170
(5) Auswirkung des NaStraG bei unwirksamen Sachübernahmevereinbarun- gen	171
c) Dingliches Rechtsgeschäft	172
3. Ergebnis	172
D. Nachgründung im Konzern	172
1. Anwendung des § 52 AktG bei der Konzernbildung	173
a) Erwerb einer Beteiligung	173
b) Gründung einer 100%igen Tochtergesellschaft	174
c) Gründung einer Tochtergesellschaft mit Beteiligung Dritter	175
d) Kapitalerhöhung in Tochtergesellschaften	176
e) Anwendbarkeit des § 52 Abs. 9 AktG	177
2. Nachgründung bei Konzerngesellschaften	178
a) Unternehmensübergreifende Anwendung	178
b) Erwerbsvorgänge einer Tochtergesellschaft	178
(1) Grundsätzlich keine Anwendung	179
(2) Ausnahme bei Umgehung des § 52 AktG	179
(3) Stellungnahme	180

*Kapitel V***Nach Gründungsverfahren**

183

A.	Prüfung des Erwerbs	183
1.	Prüfung durch Aufsichtsrat	183
a)	Prüfungsmaßstab	184
b)	Nach Gründungsbericht	185
2.	Prüfung durch Nach Gründungsprüfer	187
a)	Bestellung der Nach Gründungsprüfer	187
b)	Umfang der Nach Gründungsprüfung	189
c)	Bericht über Nach Gründungsprüfung	190
d)	Einreichung des Prüfungsberichts	190
e)	Vergütung der Nach Gründungsprüfer	191
3.	Verzicht auf Prüfungen	192
B.	Publizität des Erwerbs	192
1.	Schriftformerfordernis	192
2.	Informationsrechte im Vorfeld der Hauptversammlung	193
a)	Auslegung des Nach Gründungsvertrags	193
b)	Auslegung der Berichte	195
c)	Bekanntmachung der Tagesordnung	196
3.	Informationsrechte in der Hauptversammlung	197
a)	Auslegungspflichten	197
b)	Erläuterungspflichten	197
c)	Auskunftspflichten	198
4.	Publizität nach Zustimmung der Hauptversammlung	199
5.	Ad-hoc-Publizität	200
C.	Beschluß der Hauptversammlung	202
1.	Quorum und weitere Voraussetzungen	203
2.	Zustimmung vor Vertragsschluß	204
3.	Zustimmung in der Insolvenz	204
4.	Niederschrift	205
D.	Registerverfahren	205
1.	Anmeldung beim Handelsregister	205
2.	Prüfungsrecht des Registergerichts	206
3.	Eintragung und Bekanntmachung	208
4.	Einsichtsrecht	209
E.	Rechtswirkungen	209
F.	Verfahren bei Verschmelzungen und Kapitalerhöhungen	211
1.	Nach Gründungsverfahren bei Verschmelzungen	211
a)	Nach Gründungsbericht	211
b)	Nach Gründungsprüfung	212
2.	Nach Gründungsverfahren bei Kapitalerhöhungen gegen Sacheinlage	212
G.	Kosten des Nach Gründungsverfahrens	214
1.	Notarkosten	215
a)	Kosten des Nach Gründungsvertrages	215
b)	Kosten des Hauptversammlungsbeschlusses	215
c)	Kosten der Anmeldung und Eintragung	215

2. Kosten der Nachgründungsprüfung	216
3. Gerichtskosten	216

Kapitel VI

Verstöße gegen § 52 AktG 217

A. Rechtsfolgen bei Verletzung des § 52 AktG	217
1. Nichtdurchführung der Nachgründung	217
a) Unwirksamkeit des Vertrages	217
(1) Schwebende Unwirksamkeit	217
(2) Endgültige Unwirksamkeit	218
b) Bindung der Vertragsparteien	219
(1) Widerrufsrecht	219
(2) Beschränkung der Bindung	220
(3) Stellungnahme	222
c) Weitere Rechtsfolgen bei fehlender Nachgründung	224
(1) Prüfung des Jahresabschlusses durch Abschlußprüfer	224
(2) Prüfung des Jahresabschlusses durch Aufsichtsrat	226
(3) Verweigerung der Entlastung des Vorstands	226
2. Verfahrensfehler	227
a) Fehlen der Schriftform	227
b) Fehlen des Nachgründungsberichts	228
c) Fehlende Nachgründungsprüfung	229
d) Fehlende Erläuterung und Auslegung	230
e) Unangemessene Vergütungen	230
3. Heilungsmöglichkeiten	230
a) Heilung bei endgültiger Unwirksamkeit	231
b) Heilung bei schwebender Unwirksamkeit	231
c) Heilung durch Eintragung	233
4. Rechtsfolgen für Altfälle	233
a) Folgen der Rückwirkung des Inkrafttretens	233
(1) Schwebend unwirksame Verträge	233
(2) Endgültig unwirksame Verträge	234
b) Heilungsvorschrift § 11 EGAktG	235
(1) Geltendmachung	236
(2) Rechtsfolgen	237
(3) „Vorweggenommene“ Heilung	238
B. Ersatzansprüche	238
1. Haftung bei unterlassener Nachgründung	238
a) Haftung der Gesellschaft	238
b) Haftung der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats	239
c) Haftung des anwaltlichen Beraters	240
2. Haftung im Rahmen der Nachgründung	241
a) Ansprüche gemäß § 53 AktG	241
(1) Haftungssubjekte	241

(a) Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats	241
(b) Hintermänner	242
(c) Gründergenossen	242
(d) Emittenten	243
(e) Nachgründungsprüfer	243
(2) Besonderheiten gegenüber der Gründungshaftung	244
(a) Sorgfaltsmaßstab	244
(b) Fristbeginn	245
(c) Verzicht und Vergleich	245
(3) Geltendmachung von Ersatzansprüchen	245
b) Ansprüche gemäß §§ 93, 116 AktG	246
c) Ansprüche gemäß § 823 Abs. 2 BGB	246
(1) In Verbindung mit § 52 AktG als Schutzgesetz?	246
(2) In Verbindung mit Straftatbeständen	247
C. Geltendmachung	247
1. Sonderprüfung § 142 AktG	248
2. Klage durch Aktionäre	248
a) Nichtigkeitsklage §§ 241, 249 AktG	249
b) Anfechtungsklage §§ 243, 246 AktG	249
c) Organschäftliche Mitgliedschaftsklage	250
3. Klage durch Dritte	251
a) Geltendmachung durch Vertragspartner	252
(1) Einrede der Unwirksamkeit	252
(2) Feststellungsklage § 256 ZPO	252
b) Geltendmachung durch sonstige Dritte	252

Kapitel VII

Gestaltungsmöglichkeiten 253

A. Nachteilige Folgen der Nachgründung	253
B. Vermeidung der Nachgründung	254
1. Vorschläge de lege lata	254
a) Verträge mit Nicht-Aktionären	254
b) Vergütung aus zukünftigen Gewinnen oder Gewinn- bzw. Kapitalrücklagen ..	255
2. Sonderfall: Einzahlungen in Kapitalrücklage	255
3. Satzungsgestaltung	256
a) Gestattung von Nachgründungsgeschäften	256
b) Anpassung des Unternehmensgegenstands	256
c) Erhöhung des Grundkapitals	257
4. Aufspaltung des Vertrages	258
a) Mehrere Vertragspartner	258
b) Mehrere Leistungen	259
c) Verbleibender Gestaltungsspielraum	259
5. Verwendung einer Mantel- bzw. Vorrats-AG	260
6. Erwerb über Tochtergesellschaft der AG	262
C. Gestaltung des Nachgründungsverfahrens	263

1. Bindung der Vertragspartner	263
a) Wiederholung der gesetzlichen Voraussetzungen	263
b) Zusätzliche Bestimmung einer Frist	264
2. Publizität des Erwerbs	265
3. Wirksamkeit des Erwerbs	266
4. Prüfung der Gegenleistung	266
a) Erwerb durch Verschmelzung	266
b) Erwerb durch Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage	267
c) Beurteilung	267

Kapitel VIII

Nachgründung in anderen europäischen Staaten

A. Österreich	270
1. Tatbestand	271
a) Personeller Anwendungsbereich	271
b) Sachlicher Anwendungsbereich	272
c) Zeitlicher Anwendungsbereich	273
d) Ausnahmen	273
2. Anwendbarkeit nach Umwandlung und bei Kapitalerhöhung	274
a) Nachgründung nach Umwandlung	274
b) Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage	275
3. Verfahren	275
B. Großbritannien	277
1. Tatbestand	278
a) Personeller Anwendungsbereich	278
b) Sachlicher Anwendungsbereich	279
c) Zeitlicher Anwendungsbereich	280
d) Ausnahmen	280
2. Anwendbarkeit nach Umwandlung und bei Kapitalerhöhung	281
a) Nachgründung nach Umwandlung	281
b) Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage	281
3. Verfahren	281
C. Frankreich	282
1. Tatbestand	282
a) Personeller Anwendungsbereich	283
b) Sachlicher Anwendungsbereich	283
c) Zeitlicher Anwendungsbereich	284
d) Ausnahmen	284
2. Anwendbarkeit nach Umwandlung und bei Kapitalerhöhung	285
a) Nachgründung nach Umwandlung	285
b) Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage	285
3. Verfahren	285
D. Italien	286
1. Tatbestand	287
a) Personeller Anwendungsbereich	288
b) Sachlicher Anwendungsbereich	288

c) Zeitlicher Anwendungsbereich	289
d) Ausnahmen	289
2. Anwendbarkeit nach Umwandlung und bei Kapitalerhöhung	290
a) Nachgründung nach Umwandlung	290
b) Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage	290
3. Verfahren	290
E. Schweiz	291
1. Anwendungsbereich der Sachübernahme	292
a) Personeller Anwendungsbereich	292
b) Sachlicher Anwendungsbereich	293
c) Zeitlicher Anwendungsbereich	293
d) Ausnahmen	293
2. Verfahren	294
F. Rechtsvergleich	295
1. Österreich	295
2. Großbritannien	295
3. Frankreich	296
4. Italien	296
5. Schweiz	297
6. Ergebnis	297

Kapitel IX

Bewertung der Nachgründung 298

A. Zweck der Vorschrift	298
B. Vor- und Nachteile der Nachgründung	299
C. Handlungsbedarf	301

Anhang: Gesetzestexte 303

A. Österreich: Aktiengesetz von 1965	303
1. § 45 öAktG: Nachgründung	303
2. § 46 öAktG	303
3. § 222 öAktG: Anwendung der Vorschriften über die Nachgründung	304
B. Großbritannien: Companies Act 1985	304
1. sec. 104: Transfer to public company of non-cash asset in initial period	304
2. sec. 105: Agreements contravening sec. 104.	306
C. Frankreich: Code des sociétés	306
1. Art. 157-1	306
2. Deutsche Fassung	307
D. Italien: Codice civile	307
1. Art. 2343-bis	307
2. Deutsche Fassung	308
E. Schweiz	308
Literaturverzeichnis	309
Stichwortverzeichnis	325

Abkürzungsverzeichnis

A. A.	Anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht; Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
BCNCC	Bulletin du conseil national des commissaires aux comptes
Bd.	Band
Beschl.	Beschluß
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BörsG	Börsengesetz
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BT-Plenarprotokoll	Bundestags-Plenarprotokoll
CA 1985	Companies Act 1985
c. c.	Codice civile
C. soc.	Code de sociétés
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Dok. Komm.	Dokument der EU-Kommission
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitschrift
EG	Europäische Gemeinschaften
EGAktG	Einführungsgesetz zum Aktiengesetz
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften

EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGHE	Entscheidungen des Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGPrax	Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
GA	Generalanwalt
gem.	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
HGB	Handelsgesetzbuch
HR	Handelsregister
Hrsg.	Herausgeber
HRV	Handelsregisterverfügung
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
IStR	Internationales Steuerrecht
i. V. m.	in Verbindung mit
JBl.	Juristische Blätter
JW	Juristische Woche
JZ	Juristische Zeitung
KapRL	Zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie, Kapitalrichtlinie
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KostO	Kostenordnung
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe (littera)
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NaStraG	Gesetzes zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung – Namensaktiengesetz
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NWB	Neue Wirtschaftsbriefe
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
öABGB	Österreichisches Bundesgesetzbuch
öAktG	Österreichisches Aktiengesetz
öBGBl.	Österreichisches Bundesgesetzblatt
öGmbHG	Österreichisches GmbH-Gesetz
öHGB	Österreichisches Handelsgesetzbuch
OLG	Oberlandesgericht
OR	Schweizer Obligationenrecht
öSpaltG	Österreichisches Spaltungsgesetz

para.	Paragraph
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdW	Recht der Wirtschaft
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
Rev. Soc.	Revue Sociétés
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
RPflG	Rechtspflegengesetz
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Seite
sec.	Section
sog.	sogenannt
ST	Schweizer Treuhänder
SWK	Steuer und Wirtschaftskartei
Tz.	Textziffer
u. a.	unter anderem
Uabs.	Unterabsatz
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz
Urt.	Urteil
v.	vom
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapiermitteilungen
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
z. B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis
ZPO	Zivilprozeßordnung

Einführung

A. Problemstellung

Das Problem der Nachgründung stellt sich bei einem Erwerb von Vermögensgegenständen einer Aktiengesellschaft, wenn dieser in den ersten zwei Jahren seit Gründung der Gesellschaft vorgenommen wird und die Vergütung den zehnten Teil des Grundkapitals übersteigt. Dieses Rechtsinstitut, das im deutschen Aktienrecht in § 52 AktG geregelt ist, verpflichtet die Aktiengesellschaft ein der Sachgründung ähnliches Verfahren durchzuführen. Das Verfahren erfordert nicht nur interne und externe Prüfungen des Erwerbsgeschäfts, sondern auch die Zustimmung der Hauptversammlung sowie die Eintragung im Handelsregister.

Obwohl die Vorschrift bereits im Jahr 1884 in das deutsche Aktienrecht eingeführt worden ist, ist die Nachgründung erst in den vergangenen Jahren in das Interesse der wissenschaftlichen Diskussion gerückt. Demzufolge sprechen zahlreiche Autoren bei der Nachgründung von einem „*Schattendasein in der aktienrechtlichen Praxis*“¹ und davon, daß die Norm häufig übersehen werde².

Die besondere Problematik der Nachgründung zeigt sich an ihren Rechtsfolgen. Wird das oben geschilderte Verfahren der Nachgründung nicht durchgeführt oder kann es nicht erfolgreich abgeschlossen werden, so ordnet § 52 Abs. 1 AktG als Rechtsfolge die Unwirksamkeit sowohl des schuldrechtlichen und als auch des dinglichen Rechtsgeschäfts an. Ohne Beachtung der Vorschrift ist also der Erwerb von Vermögensgegenständen für eine Gegenleistung von mehr als 10% des Grundkapitals nichtig. Fehleinschätzungen des Tatbestands führen daher – infolge der materiellen Unwirksamkeit des betreffenden Vertrags – zu weitreichenden Konsequenzen.

Bei jungen Gesellschaften wird die Nachgründungsproblematik oftmals im Zusammenhang mit der Durchführung einer *due diligence* vor Börsengängen oder bei Unternehmenskäufen entdeckt. Bei der rechtlichen Beratung junger Aktiengesellschaften kommt daher dem § 52 AktG eine besondere Rolle zu. Es kann nicht verwundern, wenn Autoren die Nachgründungsvorschrift als „*gefährliche Falle*“³,

¹ So bereits *Kubis*, AG 1993, 118; ihm folgend *Krieger*, in: Festschrift für Claussen, 1997, S. 223, 225; *R. Werner*, NZG 2000, 231.

² *Binz/Freudenberg*, DB 1992, 2281; dies ist aber keine neue Erkenntnis, sondern wurde bereits im Jahr 1930 festgestellt, vgl. *Ury*, JW 1930, 1353.

³ So *Seibert*, der für das Aktienrecht zuständige Ministerialdirigent im Bundesjustizministerium, ZIP 2000, 937, 938; ebenso nun *Weber*, NZG 2001, 337, 346.

„Fallstrick und Überraschung für Gründer“⁴ oder auch als „Arbeitsbeschaffungsmaßnahme für externe Berater“⁵ bezeichnen.

Zum Tatbestand der Nachgründung gibt es bis heute – soweit ersichtlich – keine instanzgerichtliche oder höchstrichterliche Rechtsprechung; ebenso fehlt eine detaillierte Auseinandersetzung in der Literatur mit der Norm, ihren Rechtsfolgen und Gestaltungsmöglichkeiten. Nach Jäger⁶ sei zwar mangels interessierter Kläger mit einer Klarstellung in der Rechtsprechung nicht zu rechnen; allerdings kann sich dies bald ändern, wenn der derzeitige Trend von Schadensersatzklagen „enttäuschter“ Aktionäre anhält⁷. Jüngst hat Wastl⁸ zudem darauf hingewiesen, daß ein Verstoß gegen die Nachgründungsvorschriften beispielsweise von Mitbewerbern wettbewerbsrechtlich geltend gemacht oder zur Vorbereitung einer geplanten Übernahme des Unternehmens ausgenutzt werden könnte.

B. Rechtstatsächliche Bedeutung

Die Zunahme der Nachgründungsvorgänge steht in einem engen Zusammenhang mit der zunehmenden Bedeutung der Finanzierung kleiner und mittelständischer Unternehmen über funktionierende Kapitalmärkte und der damit verbundenen Verbesserung der Eigenkapitalstruktur dieser Unternehmen. Durch die Reformierung des Aktienrechts in den vergangenen Jahren, insbesondere durch das *Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts vom 2.8.1994*⁹, und die Euphorie an den Kapitalmärkten, ist ein Boom bei der Gründung von Aktiengesellschaften eingeleitet worden, der bis heute anhält.

Während Anfang der 90er Jahre erst 2.685 Aktiengesellschaften bestanden, ist die Anzahl der Unternehmen in der Rechtsform der AG bzw. der KGaA in Deutschland bis zum Jahr 2000 auf über 9.000 Gesellschaften angestiegen.

Die zunehmende Verbreitung der Rechtsform der AG hat zu einer gestiegenen Bedeutung des § 52 AktG geführt; hierdurch wurde das Rechtsinstitut der Nachgründung zu „*neuem Leben erweckt*“¹⁰, eine „*Renaissance*“ ausgelöst und „*ein Ende des langen Dornröschenschlafs*“¹¹ festgestellt. Hinzu kommt, daß die Nachgründung nicht nur bei Neugründung einer Aktiengesellschaft anwendbar ist, son-

⁴ Wahlers, DSStR 2000, 973.

⁵ Bröcker, ZIP 1999, 1029.

⁶ Jäger, NZG 1998, 370; ebenso bereits Binz/Freudenberg, DB 1992, 2281, 2282.

⁷ Zu Verbesserungen der Klagemöglichkeiten für Aktionäre, vgl. Bayer, NJW 2000, 2609 ff. m. w. N.

⁸ NZG 2000, 505, 508 Fn. 27.

⁹ BGBl. 1994 I, S. 1691; hierzu Seibert/Kiem, Die kleine AG, 4. Auflage, 2000, passim; zuletzt Wahlers, DSStR 2000, 973 ff.

¹⁰ In diesem Sinne bereits Kubis, AG 1993, 118.

¹¹ Lutter/Ziemons, ZGR 1999, 479.

Tabelle 1

**Entwicklung der Anzahl der Aktiengesellschaften und der Zahl der Neugründungen
in den Jahren 1990 bis 2000¹²**

<i>Jahr</i>	<i>Anzahl der AG bzw. KGaA</i>	<i>Anzahl Neu-Gesellschaften¹³</i>
1990	2.685	202
1991	2.791	106
1992	2.943	152
1993	3.085	142
1994	3.527	442
1995	3.780	253
1996	4.043	262
1997	4.548	505
1998	5.468	920
1999	7.375	1907
August 2000	9.279	1904

dem auch dann zu beachten ist, wenn die AG durch Verschmelzung und Spaltung oder durch die formwechselnde Umwandlung einer Personenhandelsgesellschaft, einer anderen Kapitalgesellschaft oder einer Genossenschaft entstanden ist.¹⁴

So haben in den vergangenen Jahren nicht nur unterschiedlichste Anschaffungen zahlreicher junger Start-Up Unternehmen, sondern auch Unternehmenszusammenschlüsse wie die Fusion der Daimler-Benz AG und der Chrysler Corporation zur DaimlerChrysler AG, die Durchführung eines Nachgründungsverfahrens erfordert.

Um die rechtstatsächliche Bedeutung der Nachgründung darzulegen, ist im Rahmen der Arbeit eine empirische Untersuchung über die Anzahl der Nachgründungsvorgänge in den vergangenen zehn Jahren vorgenommen worden. Hierzu ist die Anzahl der Bekanntmachungen von eingetragenen Nachgründungsvorgängen im Bundesanzeiger ermittelt worden.¹⁵

¹² Quelle: Deutsches Aktieninstitut e.V. (Hrsg.), DAI-Factbook 2000, S. 01-1; eigene Berechnungen.

¹³ Die Anzahl der Neu-Gesellschaften umfaßt sowohl neugegründete Gesellschaften in der Rechtsform der AG oder KGaA als auch durch Umwandlung entstandene Gesellschaften der beiden Rechtsformen.

¹⁴ Vgl. §§ 67, 125 Satz 1, 197 Satz 1, 220 Abs. 3 Satz 2, 245 Abs. 1-3, 303 Abs. 1 UmwG.

¹⁵ Quelle: eigene Recherchen im Bundesanzeiger; die Untersuchung erfolgte über die Handelsregister-Datenbank der GBI (Gesellschaft für Betriebswirtschaftliche Information mbH,