

Vertragsbuch Gesellschaftsrecht

Gestaltung, Finanzierung, Internationalisierung, Mergers & Acquisitions und Nachfolge

von

Dr. Peter Baisch, Dr. Florian Bauer, Dr. Björn Demuth, Dr. Claus-Peter Fabian, Dr. Maximilian Grub, Prof. Dr. Hartmut Hamann, Dr. Karsten Heider, Dr. Achim Lindemann, Dirk Loycke, Dr. Joachim Natterer, Dr. Harald W. Potinecke, Dr. Peter Ruby, Dr. Ernst-Markus Schuberth, Dr. Axel Sigle, Dr. Constanze Burger, Dr. Gerald Gräfe, Dr. Markus Hirte, Dr. Thomas Klink, Birgit Schneider, Dr. Marc Seibold, Dr. Ulrich Thiem, Florian Wagenhals, Dr. Claudius Werwigk

2. Auflage

[Vertragsbuch Gesellschaftsrecht – Baisch / Bauer / Demuth / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Gesamtdarstellungen](#)



Verlag C.H. Beck München 2012

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 62427 8

§ 7 Aktiengesellschaft

den Zahl an GmbHs geht mit der Gründung einer AG ein breiteres öffentliches Interesse einher, insbesondere wenn die AG aus einem Unternehmen anderer Rechtsform im Wege des Formwechsels, §§ 190 ff. UmwG, entsteht, um anschließend an die Börse zu streben.

Neben der verglichen mit der GmbH in der Regel deutlich stärkeren Wirtschaftskraft 3 beruht die **Öffentlichkeitswirksamkeit** vor allem darauf, dass die AG als bedeutendere Rechtsform angesehen wird. Auch scheint dem Titel eines „Vorstands der AG“ gegenüber der Bezeichnung „Geschäftsführer“ ein eindrucksvollerer Klang innezuwohnen. Die positive Wahrnehmung der Rechtsform AG dürfte in den nächsten Jahren weiter zunehmen, wenn sich die im Zuge der Reform des GmbH-Rechts neugeschaffene „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ weiter am Markt etabliert.³ Im europäischen Wirtschaftsraum wird sich die deutsche AG als Rechtsform nicht nur mit den der AG entsprechenden Kapitalgesellschaften der Mitgliedsstaaten messen müssen, sondern auch mit der SE, einer supranationalen Rechtsform für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedsstaat der EU.⁴

Der AG kommen im Wesentlichen drei **wirtschaftliche Funktionen** zu, die sie zu- 4 gleich von den übrigen Gesellschaftsformen unterscheidet. Zunächst ist die AG auf die Teilnahme am Kapitalmarkt ausgerichtet. Sie ermöglicht die Beschaffung großer Kapitalerträge mit langfristiger Bindung als Haftkapital durch Streuung ihrer Anteile bei möglichst vielen Aktionären (**Kapitalsammelfunktion**). Diesem Ziel dient die körperschaftliche Struktur der AG, die auf die Aufnahme eines großen und vor allem wechselnden Mitgliederbestandes abzielt, ohne hierdurch die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft zu beeinträchtigen. Die **Übertragbarkeit der Aktien** (Fungibilität) ist vorbehaltlich abweichender Satzungsbestimmungen ohne jede Einschränkung möglich und wird durch eine meist kleine Stückelung der Aktiennennbeträge gefördert. Im Gegensatz zu anderen Gesellschaftsformen herrscht bei der AG schließlich eine **strikte Trennung von Kapital und Management**, ohne die eine effiziente Führung des Unternehmens bei einer großen Anzahl an Anteilseignern nicht möglich wäre.

II. Haftungsmasse

Charakteristisch für die AG ist neben ihrer korporativen Organisationsstruktur, die 5 auf einen Wechsel der Anteilseigner angelegt ist, die fehlende persönliche Haftung der Aktionäre für Gesellschaftsverbindlichkeiten. Das **Grundkapital der AG** bildet als Mindesthaftkapital den notwendigen Ausgleich dafür, dass den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen, nicht aber dasjenige der Aktionäre haftet. Das Grundkapital muss nach § 7 AktG mindestens EUR 50 000,00 betragen. Es steht den Gründern frei, der AG ein höheres, auf einen Nennbetrag in Euro lautendes Grundkapital zur Verfügung zu stellen (**Freiheit der Finanzierungsentscheidung**). In der Regel werden die Gründer die Gesellschaft mit einem Grundkapital ausstatten, das in einem vernünftigen Verhältnis zur geplanten Geschäftstätigkeit, zum Gegenstand des Unternehmens und zu dem damit verbundenen wirtschaftlichen Risiko steht. Lediglich im Banken- und Versicherungssektor ist durch entsprechende gesetzliche Vorgaben ein höheres Grundkapital als EUR 50 000,00 vorgeschrieben.⁵

Die Aufbringung und Erhaltung des Mindesthaftkapitals bis zur vollständigen Liquidation 6 der Gesellschaft wird durch eine Vielzahl von Rechtsvorschriften im AktG sichergestellt. Die vollständige **Aufbringung des Grundkapitals** sollen die Verpflichtung der

³ Nach § 5 a GmbHG kann eine GmbH auch in der Form einer Unternehmergesellschaft gegründet werden, deren Stammkapital EUR 25 000,00 unterschreiten darf.

⁴ Den Gründern einer Europäischen Aktiengesellschaft steht es frei, eine solche nach dem jeweiligen Aktienrecht des Mitgliedsstaates zu gründen.

⁵ Vgl. insbesondere § 2 Abs. 1 Nr. 1 PfandBG, § 11 InvG, §§ 5 Abs. 4, 53 c VAG sowie §§ 2 Abs. 1, 8 Abs. 1 BausparkG iVm. §§ 10, 33 Abs. 1 Nr. 1 KWG.

2. Teil. Gründung der Gesellschaft

Gründer zur Übernahme sämtlicher Aktien, §§ 23 Abs. 2 Nr. 2, 29 AktG, und zur Leistung des eingeforderten Betrags auf die Einlage, §§ 36 Abs. 2, 36 a AktG, die Verbote der Unterpariemiission, § 9 Abs. 1 AktG, und der Stufengründung, § 2 AktG, die Gründungsprüfung, §§ 32 Abs. 2, 33 f. AktG, die strengen Bewertungsvorschriften für Sacheinlagen, §§ 27, 32 ff. AktG, und die Gründerhaftung, §§ 46 ff. AktG, sicherstellen. Weiter als das GmbHG, das nur den Schutz des Stammkapitals anordnet, schützt das AktG das **Gesellschaftsvermögen** insgesamt. Diesem Schutz dienen das Verbot jeglicher Rückgewähr von Einlagen, § 57 AktG, das Verbot der Befreiung der Aktionäre von ihren Leistungspflichten, § 66 AktG, das Verbot des Erwerbs eigener Aktien, §§ 71–71 e AktG, das Verbot, vor Auflösung der AG mehr Dividende auszuschütten als es dem Bilanzgewinn entspricht, § 58 Abs. 4 AktG sowie die Bestimmungen zur Begrenzung der an die Gesellschafter auszahlbaren Beträge, § 150 AktG iVm. §§ 266 Abs. 3 A, 272 HGB.

III. Formen der Aktiengesellschaft

- 7 Wenngleich bei der Ausgestaltung der gesellschaftsrechtlichen Organisationsstruktur einer AG wegen der Satzungsstrenge, § 23 Abs. 5 AktG, nur ein begrenzter Spielraum besteht, lassen sich beispielsweise über die Kapitalausstattung, die Schaffung unterschiedlicher Aktiengattungen, die Beschränkung der Übertragbarkeit von Aktien und über besondere Gesellschaftszweckregelungen unterschiedliche Ausformungen erreichen, von denen nachfolgend die besonders praxisrelevanten Erscheinungsformen kurz dargestellt werden.⁶ Die so genannte „**kleine AG**“ umschreibt eine nicht börsennotierte Gesellschaft mit einem geschlossenen und namentlich bekannten Kreis an Aktionären. Für sie gelten Sonderbestimmungen, etwa zur vereinfachten Durchführung von Hauptversammlungen, §§ 121, 124 AktG, was diese Gesellschaftsform für mittelständische Unternehmen attraktiv machen soll.⁷ Befördert wird dieses Ziel auch durch die Abschaffung der Sondervorschrift zur Einpersonen-Gründung in § 36 Abs. 2 S. 2 AktG aF. im Rahmen des MoMiG.⁸ Die „**Publikums-AG**“ zeichnet sich hingegen durch einen offenen Gesellschafterkreis aus und ist auf die Beteiligung eines breiten Anlegerpublikums angelegt. Ihre Aktien sind typischerweise zum Börsenhandel zugelassen, zumindest aber frei übertragbar. Die „**börsennotierte AG**“ ist in § 3 Abs. 2 AktG definiert. Sie unterliegt aufgrund ihrer Kapitalmarktorientierung strengeren Regelungen, vgl. etwa §§ 87 Abs. 1 S. 2, 100 Abs. 2 Nr. 4, 110 Abs. 3 S. 2, 120 Abs. 4, 121 Abs. 3 S. 2, Abs. 4 a, § 123 Abs. 3 S. 2 und 3, 124 Abs. 1 S. 1, 124 a, 125 Abs. 1 S. 3, 126 Abs. 1 S. 3, 130 Abs. 2 S. 2, Abs. 6, 134 Abs. 3 S. 3 und 4, Abs. 5 S. 3, 161, 171 Abs. 2 S. 2, 176 Abs. 1 S. 1, 328 Abs. 3 und 404 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 AktG. Dies gilt insbesondere auch für den Bereich der Mitteilungs- und Transparenzvorschriften, vgl. insbesondere §§ 15, 15 a und 21 ff. WpHG. Eine weitere Erscheinungsform ist die „**Familien-AG**“. Bei ihr üben eine oder mehrere Unternehmerfamilien bestimmenden Einfluss auf die Gesellschaft und ihre Organe aus, sei es durch einen entsprechend hohen Anteils- und Stimmrechtsbesitz, durch Sonderrechte (vielfach halten die Familienmitglieder alle Stammaktien, während die übrigen Aktionäre lediglich stimmrechtslose Vorzugsaktien erhalten) oder durch Poolung der Stimmrechte der Familienaktionäre im Wege eines Konsortial- oder Stimmrechtsbindungsvertrags. Der Typus der „**genossenschaftlichen AG**“ ist gekennzeichnet durch einen

⁶ Die Darstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. So gibt es noch eine Vielzahl weiterer Erscheinungsformen, etwa die AG im (Teil-)Besitz der öffentlichen Hand, die Nebenleistungs-AG, die Investment-AG sowie die Unternehmensbeteiligungs-AG, die jedoch nur eingeschränkt Praxisrelevanz haben. Für eine detailliertere Darstellung, MünchHdbGesR IV/Hoffmann-Becking § 2 Rn. 7 ff.

⁷ Wablers DStR 2000, 973.

⁸ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. 10. 2008, BGBl. 2008 I, S. 2034.

§ 7 Aktiengesellschaft

in der Satzung festgeschriebenen genossenschaftlichen Förderauftrag und weitere Maßnahmen, etwa die Ausgabe vinkulierter Namensaktien, die die Beibehaltung der genossenschaftlichen Identität des Unternehmens sicherstellen. Im Zuge der Europäisierung des Gesellschaftsrechts besteht seit Ende des Jahres 2004 die Rechtsform der „**Europäischen Aktiengesellschaft**“ (Societas Europaea, SE), die europaweit zunehmend und in Deutschland besondere Zustimmung erfährt. Sie ist vor allem für Unternehmen interessant, die eine verstärkte Tätigkeit in anderen Mitgliedsstaaten der Union anstreben oder einen späteren Sitzwechsel in ein anderes Mitgliedsland erwägen. Einer SE ist es jederzeit möglich, sich unter Beibehaltung ihrer Rechtsform in einem anderen Mitgliedsstaat niederzulassen.

B. Gründung der Aktiengesellschaft

Möchten sich eine oder mehrere Personen einer AG als Rechtsträger ihres bestehenden 8 oder noch zu errichtenden Unternehmens bedienen, können sie eine AG gründen oder sich einer bereits bestehenden Mantel- oder Vorrats-AG bedienen:

I. Gründung

Die meisten Aktiengesellschaften entstehen im Wege der Gründung gemäß §§ 23 ff. 9 AktG, vgl. Rn. 10 ff.⁹ Daneben kann die AG auch im Wege des Formwechsels aus einer Gesellschaft anderer Rechtsform, häufig einer GmbH, entstehen, vgl. §§ 190 ff. UmwG.¹⁰ Ein Unternehmer, der sich bei der Umsetzung einer Geschäftsidee einer AG als Rechtsträger bedienen möchte, hat im Hinblick auf den mit der Gründung oder einem Formwechsel verbundenen Zeitaufwand auch die Möglichkeit, sich einer „wirtschaftlich stillgelegten“ AG (**Mantel-AG**) oder einer auf Vorrat gegründeten AG (**Vorrats-AG**) zu bedienen, vgl. Rn. 27 ff.

1. Gründungsschritte

Die Gründung einer AG vollzieht sich in mehreren Schritten. Sofern sich die Gründer 10 nicht schon in einem Vorvertrag zur Gründung einer AG verpflichtet haben und sie hierdurch eine so genannte **Vorgründungsgesellschaft** begründen,¹¹ beginnt die Gründung mit der Feststellung der Satzung und der Übernahme sämtlicher Aktien zu notariellem Protokoll, dem sogenannten Gründungsprotokoll, vgl. §§ 2, 23, 28, 29 AktG. Damit ist die AG zwar „errichtet“, besteht aber als solche noch nicht, §§ 29, 41 Abs. 1 S. 1 AktG, und wird als **Vorgesellschaft** oder **Vor-AG** bezeichnet. Im Anschluss daran bestellen die Gründer gemäß § 30 Abs. 1 AktG den ersten Aufsichtsrat, der seinerseits den ersten Vorstand bestellt, sowie den Abschlussprüfer für das erste Voll- oder Rumpfgeschäftsjahr, § 30 Abs. 1 S. 1 AktG. Die **Bestellung** bedarf der notariellen Beurkundung und erfolgt regelmäßig zusammen mit der Feststellung der Satzung und der Übernahme der Aktien im Gründungsprotokoll. In einem dritten Schritt ist der Gründungsbericht zu erstellen und die **Gründungsprüfung** durchzuführen, §§ 32 bis 34 AktG. Im Gründungsbericht, der von allen Gründern persönlich ohne die Möglichkeit einer rechtsgeschäftlichen Vertretung unterschrieben werden muss, legen die Gründer den Hergang der Gründung dar und machen Angaben nach § 32 Abs. 2 und 3 AktG.¹² Zusätzlich haben Vorstand und Aufsichtsrat den Hergang der Gründung zu prüfen und hierüber schriftlich zu berichten, § 33 Abs. 1 AktG. Da zu den Gründern zumeist auch ein Mitglied des

⁹ Bayer/Hoffmann AG-Report 2006, 399 f.

¹⁰ Theoretisch kann eine AG auch im Wege der Spaltung zur Neugründung, §§ 135 ff., 141 ff. UmwG, oder der Verschmelzung durch Neugründung, §§ 73 ff. UmwG, entstehen; mangels Praxisrelevanz wird auf eine nähere Darstellung verzichtet.

¹¹ Vgl. hierzu insbesondere KG AG 2003, 431 und KG AG 2004, 321.

¹² Vgl. Kölner Komm. AktG/Arnold § 32 AktG Rn. 3 ff.

2. Teil. Gründung der Gesellschaft

Vorstands oder des Aufsichtsrats gehört oder häufig ein Fall des § 33 Abs. 2 Nr. 2, 3 oder 4 AktG vorliegt, ist in der Regel zusätzlich auch eine Gründungsprüfung nach § 33 Abs. 2 AktG durch den beurkundenden Notar oder einen gerichtlich bestellten Gründungsprüfer erforderlich. Anschließend sind in einem vierten Schritt die **Einlagen zur endgültigen freien Verfügung** des Vorstands zu leisten, vgl. §§ 36 Abs. 2, 36 a, 37 Abs. 1 AktG, worauf in einem fünften Schritt die AG zum **Handelsregister angemeldet** wird, §§ 36 Abs. 1, 37 AktG. Schließlich prüft das Registergericht gemäß § 38 AktG die Unterlagen und trägt die Gesellschaft in das Handelsregister ein, § 39 AktG. Mit der **Eintragung** entsteht die AG, § 41 Abs. 1 S. 1 AktG.¹³ Der mehrstufige Gründungsvorgang ist zeitaufwendig, weshalb das Stadium der Vor-AG im Durchschnitt fünf bis sechs Monate dauert.¹⁴

2. Gründungsprotokoll

- 11 Im beurkundungsbedürftigen Gründungsprotokoll, § 23 Abs. 1 AktG, stellen die Gründer die Satzung fest und erklären die Übernahme der Aktien, wobei jeder der Gründer zumindest eine Aktie zu übernehmen hat und sämtliche Aktien, die das Grundkapital repräsentieren, übernommen werden müssen. Die Gründer sind im Gründungsprotokoll namentlich zu bezeichnen,¹⁵ die von ihnen übernommenen Aktien nach Zahl oder Nennbetrag, dem Ausgabebetrag und der Gattung zu spezifizieren und der eingezahlte Betrag des Grundkapitals anzugeben, § 23 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 AktG. In der festzustellenden Gründungssatzung sind Sondervorteile und der Gründungsaufwand offenzulegen und Angaben nach § 27 AktG zu Sacheinlagen zu machen.¹⁶ Die Bestellung des ersten Aufsichtsrats und des Abschlussprüfers für das erste Voll- oder Rumpfgeschäftsjahr muss zwar nicht zwingend im Gründungsprotokoll erfolgen, wird aber in der Regel einen Bestandteil desselben bilden, da auch die Bestellung von Aufsichtsrat und Abschlussprüfer der notariellen Beurkundung bedürfen, § 30 Abs. 1 S. 2 AktG.

3. Haftung im Gründungsstadium

- 12 a) **Haftung der Gesellschafter.** aa) *Vorgründungsgesellschaft.* Verpflichten sich die künftigen Aktionäre aus Gründen der Eilbedürftigkeit, weil sie einander vertraglich binden wollen oder weil sie die für die Errichtung der AG erforderlichen Einlagen vorübergehend nicht aufbringen können, zunächst nur zur Errichtung einer AG, begründen sie hierdurch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die so genannte Vorgründungsgesellschaft. Diese kann am Rechtsverkehr teilnehmen, Verpflichtungen eingehen und Rechte erwerben. Soll die Gesellschaft ein Handelsgewerbe betreiben, gilt sie als offene Handelsgesellschaft (OHG).¹⁷
- 13 Soweit es die Außenhaftung der Vorgründungsgesellschaft und ihrer Gesellschafter anbetrifft, gelten die für die GbR, §§ 705 ff. BGB, oder die OHG, §§ 105 ff. HGB, bestehenden Regelungen.¹⁸ Neben der Gesellschaft haften deshalb auch die Gesellschafter für die eingegangenen Gesellschaftsverbindlichkeiten, und zwar **persönlich, unbeschränkt** und auch nach Errichtung und Eintragung der AG weiter. Aufgrund dieser unbeschränkten persönlichen Haftung ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Vorgründungsgesellschaft tatsächlich erforderlich ist oder ob nicht gleich durch Errichtung einer AG eine Vor-AG

¹³ Hüffer § 41 AktG Rn. 1 ff.

¹⁴ Bayer/Hoffmann AG-Report 2006, 312 f.

¹⁵ Bei natürlichen Personen sind Vor- und Nachname sowie die Anschrift anzugeben, bei juristischen Personen die Firma und der Sitz.

¹⁶ Zum Gründungsaufwand zählen eine Gründungsentschädigung und ein Gründerlohn, vgl. KG NZG 2004, 826 (827), nicht jedoch die Vergütung für den ersten Vorstand oder den ersten Aufsichtsrat (BGH DStR 2004, 1396).

¹⁷ Schüppen/Schaub/Voss § 12 Rn. 90.

¹⁸ Bayer/Hoffmann AG-Report 2006, 312 f.

§ 7 Aktiengesellschaft

geschaffen werden kann. Sofern die Errichtung einer Vorgründungsgesellschaft im Einzelfall dennoch opportun ist, sollten die Gesellschafter das nach § 723 Abs. 1 S. 1 BGB bestehende Recht zur jederzeitigen Kündigung ausschließen, da dieses dem Gesellschaftszweck widerspricht.

bb) Vor-AG. Mit Errichtung der AG zu notariellem Protokoll, §§ 23, 29 AktG, entsteht bis zum Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister, § 41 Abs. 1 AktG, eine Vor-AG als Rechtsgebilde sui generis. Da die Rechtsverhältnisse der Vor-AG im Gesetz nur bruchstückhaft geregelt sind, hat die Rechtsprechung insbesondere zum GmbH-Recht die folgenden – auch auf die Vor-AG anwendbaren – Grundsätze zur Haftung der Vorgesellschaft und ihrer Gesellschafter entwickelt:

Die Vor-AG unterliegt einem Sonderrecht, das aus den im Gesetz oder im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Gründungsvorschriften und dem Recht der rechtsfähigen Gesellschaft, soweit es nicht die Eintragung voraussetzt, besteht.¹⁹ Die Vor-AG ist aktiv und passiv parteifähig,²⁰ kann Rechte erlangen und Verpflichtungen eingehen. Die Gründer können den Vorstand ermächtigen, über die zur Erlangung der Rechtsfähigkeit notwendigen Geschäfte hinaus bereits in der Phase der Vor-AG im Namen der Gesellschaft die Geschäfte aufzunehmen.²¹ Die aus solchen Geschäften entstehenden Rechte und Pflichten treffen die Vor-AG und gehen mit Eintragung der Gesellschaft automatisch auf die AG über.²²

Im Gegensatz zur Vorgründungsgesellschaft gibt es bei der Vor-AG grundsätzlich keine Außenhaftung der Gründer. Die Gründer unterliegen allerdings in den folgenden Fällen einer Innenhaftung gegenüber der Vor-AG:

- Die Gründer haften für die Verluste der Vor-AG nicht nur bis zur Höhe ihrer Einlageverpflichtungen, sondern unbeschränkt, wenn die Eintragung der Gesellschaft scheitert und die Vor-AG liquidiert werden muss (**Verlustdeckungshaftung**).²³
- Unterschreitet der Wert des Gesellschaftsvermögens im Zeitpunkt der Eintragung der AG im Handelsregister den Grundkapitalnennbetrag, etwa weil die Vor-AG schon Aufwendungen getätigt hat oder sonstige Vorbelastungen²⁴ eingegangen ist, haften die Gründer, die mit der vorzeitigen Geschäftsaufnahme einverstanden waren, in Höhe des Differenzbetrags (**Unterbilanzhaftung**).²⁵
- Verpflichten sich ein oder mehrere Gründer zur Erbringung einer Sacheinlage und bleibt deren Wert hinter dem der Einlageverpflichtung zurück, haftet der Sacheinleger auf den Differenzbetrag (**Differenzhaftung**).²⁶

b) Haftung der Gründungsverantwortlichen. Zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Gründungsvorgangs unterwirft das Gesetz die Gründer in § 46 AktG einer speziellen **Gründerhaftung**. In gleicher Weise trifft bei Pflichtverstößen im Rahmen des Gründungsvorgangs den Vorstand und den Aufsichtsrat, § 48 AktG, die Gründungsprüfer, § 49 AktG, die in § 47 AktG benannten Personen und im Falle des § 37 Abs. 1 S. 4 AktG auch das kontoführende Kreditinstitut eine Haftung.

¹⁹ So wörtlich BGHZ 21, 242 (246) = NJW 1956, 1435 zur GmbH und seither in ständiger Rechtsprechung.

²⁰ BGH WM 1998, 245.

²¹ KG AG 2004, 321.

²² BGHZ 80, 129 (137) = NJW 1981, 1373 (1374); BGH NJW 1982, 932.

²³ KG AG 2003, 431 (432).

²⁴ Das frühere Vorbelastungsverbot, wonach der Vorstand zur Eingehung solcher Verbindlichkeiten nicht ermächtigt war (vgl. BGHZ 45, 338 (342 f.) = WM 1966, 571; BGHZ 65, 378 (383) = BB 1976, 200 (201), wurde von der Rechtsprechung aufgegeben (vgl. BGHZ 80, 129 (133 ff.) = NJW 1981, 1373 (1374)).

²⁵ BGHZ 80, 129 (140 ff.) = NJW 1981, 1373 (1375); BGHZ 134 (333) = ZIP 1997, 679; BGHZ 165 (391) = NJW 2006, 1594.

²⁶ BGHZ 64, 52 (62) = NJW 1975, 974 (977); BGHZ 68, 191 (195) = NJW 1977, 1196.

2. Teil. Gründung der Gesellschaft

- 21 c) **Handelndenhaftung**. Nimmt der Vorstand vor Eintragung der AG in deren Namen die Geschäfte auf, haftet er neben der Vor-AG, Rn. 15, und den Gründern, Rn. 16 ff., persönlich und unbeschränkt nach § 41 Abs. 1 S. 2 AktG. Die praktische Relevanz der **Handelndenhaftung**, die nur die Vorstandsmitglieder, nicht aber die Aufsichtsratsmitglieder trifft, ist gering. Der handelnde Vorstand kann seine Haftung entweder durch Vereinbarung mit dem Geschäftspartner ausschließen²⁷ oder, sofern er aufgrund einer entsprechenden Ermächtigung der Gründer gehandelt hat, bei diesen oder der Vor-AG Regress nehmen.²⁸ Schließlich geht die Handelndenhaftung mit Eintragung der AG im Handelsregister unter, da die Verbindlichkeiten der Vor-AG auf die AG übergehen.²⁹

4. Einlagen/Bar- oder Sachgründung

- 22 Neben dem gesetzlichen Normalfall der **Bargründung**, bei welchem die Gründer die Einlageverpflichtung auf die von ihnen übernommenen Aktien durch Bareinlagen erbringen, können die Aktien auch gegen Sacheinlagen, etwa Materialien, Werkzeuge³⁰ oder einen Betriebsteil,³¹ übernommen werden (**Sachgründung**, § 27 AktG). Zur Sicherung der Werthaltigkeit der Sacheinlagen sind über § 23 AktG hinaus zusätzliche Festsetzungen in der Satzung erforderlich, § 27 Abs. 1 AktG, und es bedarf grundsätzlich einer externen Prüfung durch einen gerichtlich bestellten Gründungsprüfer, § 33 Abs. 2 Nr. 4 AktG. Einer Prüfung durch einen Gründungsprüfer bedarf es seit dem ARUG³² allerdings dann nicht, wenn börsennotierte Wertpapiere zum gewichteten Durchschnittspreis oder andere Vermögensgegenstände auf Grundlage eines Bewertungsgutachtens als Sacheinlage eingebracht werden, § 33 a AktG. Eine Kumulation beider Einlageformen, der Bar- und der Sacheinlage, ist zulässig (sog. **gemischte Einlage**).
- 23 Eine Sachgründung wird in der Regel erwogen, wenn bei der Gründung nicht ausreichend Bargeld zur Verfügung steht oder beschafft werden kann. Auch steuerliche Gründe, etwa die Steuerfreiheit von Beteiligungsverkäufen durch Kapitalgesellschaften nach § 8 b KStG³³ können für die Sachgründung sprechen. Dem steht ein erhöhter Gründungsaufwand und eine oftmals unsichere Bewertungslage gegenüber, weshalb in der Praxis die Bargründung die vorherrschende Form ist.
- 24 Zu unterscheiden ist die Sacheinlage von der sog. **Sachübernahme**. Bei der Sachübernahme handelt es sich um die Übernahme von Vermögensgegenständen durch die Gesellschaft, wobei diese aus Anlass der Gründung und gegen eine Vergütung erfolgt, die nicht in Aktien besteht, § 27 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. AktG. Der Vergütungsanspruch des Gründers aus einem solchen Geschäft wird in der Praxis häufig mit der Einlageschuld verrechnet, was zur Folge hat, dass die Sachübernahme als Sacheinlage gilt, § 27 Abs. 1 S. 2 AktG. Eine Kombination von Sacheinlage und Sachübernahme ist ebenfalls möglich (sog. **gemischte Sacheinlage**). Hat diese kraft Parteivereinbarung eine unteilbare Leistung zum Inhalt, folgt die gemischte Sacheinlage ihrem gesamten Umfang nach den Regeln über die Sacheinlage.³⁴
- 25 Wird die Bargründung gewählt, ist unbedingt darauf zu achten, dass nicht anstelle der versprochenen Bareinlage nach wirtschaftlicher Betrachtung ein anderer Gegenstand geleistet wird, etwa indem die Gesellschaft in engem zeitlichem Zusammenhang mit der Barleistung aufgrund einer entsprechenden Abrede von dem Gründer einen Gegenstand

²⁷ BGHZ 53, 210 (213) = NJW 1970, 806 (807); BGH NJW 1973, 798.

²⁸ Vgl. Hüffer § 41 AktG Rn. 26.

²⁹ BGHZ 80, 182 (183) = NJW 1981, 1452; BAG ZIP 2006, 1672.

³⁰ BGH NJW 1979, 216.

³¹ BGHZ 145, 150 = NJW 2001, 67.

³² Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) vom 30. 7. 2009, BGBl. 2009 I, S. 2479.

³³ Vgl. näher zu den steuerlichen Folgen von Gründungsmaßnahmen MünchHdbGesR IV/Kraft § 5 Rn. 13 ff.

³⁴ BGHZ 170, 47 (54 ff.) = AG 2007, 121 (123).

§ 7 Aktiengesellschaft

erwirbt oder in sonstiger Weise ein Einlagenrückfluss an den Leistenden erfolgt (sog. **verdeckte Sacheinlage**).³⁵ Zwar sind in Fällen verdeckter Sacheinlage seit Inkrafttreten des ARUG³⁶ die – verdeckt getroffenen – schuldrechtlichen Sacheinlagevereinbarungen und die korrespondierenden Verfügungsgeschäfte nicht mehr unwirksam (§ 27 Abs. 3 S. 2 AktG) und der Wert des eingebrachten Vermögensgegenstands wird auf die fortbestehende Einlagepflicht des Inferenten angerechnet (§ 27 Abs. 3 S. 3 AktG). An der aktienrechtlichen Unzulässigkeit ändert dies jedoch ebenso wenig, wie es den bei der Handelsregisteranmeldung unzutreffend versichernden Anmeldenden von strafrechtlichen Konsequenzen befreit (§ 399 Abs. 1 Nr. 1 AktG).³⁷

5. Nachgründung

§ 52 AktG stellt besondere Anforderungen an Verträge der Gesellschaft, die in den ersten zwei Jahren seit Handelsregistereintragung der Gesellschaft mit Gründern oder mit zu mehr als 10% am Grundkapital beteiligten Aktionären geschlossen werden, sofern sie den Erwerb von Vermögensgegenständen gegen eine 10% des Grundkapitals übersteigende Vergütung zum Gegenstand haben und nicht im Rahmen der laufenden Geschäfte der Gesellschaft, in der Zwangsvollstreckung oder an der Börse erfolgen („**Nachgründungsvertrag**“). Die Regelungen sollen nicht nur die Unabhängigkeit des Vorstands in der Nachgründungszeit schützen, sondern auch sicherstellen, dass die bei einer Sachgründung geltenden Sicherungen der Kapitalaufbringung nicht umgangen werden. Vertragsgegenstand können alle Vermögensgegenstände sein, die im Rahmen einer Sachgründung als Sacheinlage in Betracht kämen. Die herrschende Meinung fasst hierunter auch Dienstleistungen.³⁸ Die Vergütung muss höher sein als 10% des Grundkapitals, bezogen auf das bei Vertragsabschluss eingetragene Grundkapital. Nicht erforderlich ist eine Vergütung in Geld, vielmehr ist auch eine Sachleistung ausreichend. Unterfällt ein Rechtsgeschäft den Nachgründungsvorschriften, bedarf der entsprechende Vertrag der Schriftform, § 52 Abs. 2 S. 1 AktG, sofern nicht im Hinblick auf den Einbringungsgegenstand eine notarielle Beurkundung erforderlich ist. Zudem ist für die Wirksamkeit des Vertrags die Zustimmung der Hauptversammlung mit einer Mehrheit von mindestens 75% des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals erforderlich, § 52 Abs. 1 und 5 AktG, eine Prüfung durch den Aufsichtsrat und einen gerichtlich bestellten Nachgründungsprüfer, § 52 Abs. 3 und 4 AktG, sowie die Eintragung des Vertrags im Handelsregister. Im Hinblick auf den hohen Zeit- und Kostenaufwand, der mit einer Nachgründung verbunden ist, ist es empfehlenswert, die AG entweder von vornherein mit einem hohen Grundkapital auszustatten oder in den ersten beiden Jahren Geschäfte mit Gründern oder mit mehr als 10% des Grundkapitals beteiligten Gesellschaftern zu unterlassen.

II. Mantelverwendung

Aufgrund des mit der Neugründung einhergehenden Zeitaufwands stellt sich insbesondere bei beabsichtigter schneller Geschäftsaufnahme die Frage nach weniger zeitintensiven Alternativen:

1. Mantelverwendung oder Neugründung?

Als Alternative zur Neugründung kommt die Verwendung einer bereits bestehenden AG in Betracht (sog. Mantelverwendung). Die Mantelverwendung kann durch Erwerb

³⁵ MünchHdbGesR IV/Wiesner § 16 Rn. 32; BGHZ 153, 107 (110) = WM 2003, 199 (200) zur GmbH; BGH ZIP 2001, 1997; BGHZ 165, 113 = ZIP 2005, 2203; BGHZ 165, 352 = ZIP 2006, 331.

³⁶ ARUG vom 30. 7. 2009, BGBl. 2009 I, S. 2479.

³⁷ Vgl. Hölters/Solveen § 27 AktG Rn. 29; Andrianesis WM 2011, 968 (969).

³⁸ Schmidt/Lutter/Bayer § 52 AktG Rn. 21 mwN.

2. Teil. Gründung der Gesellschaft

einer bislang geschäftlich nicht aktiven **Vorrats-AG** oder einer wirtschaftlich ehemals aktiven und zwischenzeitlich „stillgelegten“ **Mantel-AG** erfolgen. Die Rechtsprechung hat die Gründung einer Vorrats-AG, die heute zunehmend von spezialisierten Dienstleistern übernommen und sodann interessierten Unternehmensgründern zum Kauf angeboten wird, für zulässig erklärt, wenn die Bestimmung der Gesellschaft, als Vorrats-AG für die spätere Aufnahme eines Geschäftsbetriebs zu dienen, bei der Bezeichnung des Unternehmensgegenstands deutlich klargestellt wird, etwa durch die Angabe „Verwaltung des eigenen Vermögens“. ³⁹ Der Kauf einer bereits „gebrauchten“ Mantel-AG mag für interessierte Unternehmensgründer hingegen dann von besonderem Interesse sein, wenn die Mantel-AG über eine attraktive Firmierung verfügt. Die früher bestehenden steuerlichen Vorteile bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft, insbesondere die Möglichkeit der Nutzung von Verlustvorträgen, haben mit der Änderung von § 8 c KStG hingegen weitgehend an Bedeutung verloren. ⁴⁰ Die Tatsache der Wiederverwendung einer zwischenzeitlich „stillgelegten“ Mantel-AG durch Unternehmensgründer ist allerdings ebenso wie bei der Vorrats-AG dem Registergericht gegenüber offen zu legen. ⁴¹

2. Mantelverwendung als „wirtschaftliche Neugründung“

- 29 Bei der Mantel-Verwendung zur Aufnahme eines operativen Geschäfts handelt es sich sowohl in den Fällen des Erwerbs einer Vorrats-AG als auch in den Fällen des Erwerbs einer Mantel-AG letztlich um eine wirtschaftliche Neugründung. Wurde die Mantel-Verwendung früher noch mit dem Argument einer Umgehung der gesetzlichen Gründungsvorschriften abgelehnt, wird sie von der Rechtsprechung heute als zulässige **wirtschaftliche Neugründung** angesehen, auf die die Gründungsvorschriften einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle entsprechend anzuwenden sind. ⁴² So hat das Registergericht bei der Anmeldung der für die (Re-)Aktivierung erforderlichen Maßnahmen (Sitzverlegung, anderer Unternehmensgegenstand, neue Geschäftsführer etc.) insbesondere die Unversehrtheit des Grundkapitals zu prüfen, weshalb in der Handelsregisteranmeldung zu versichern ist, dass die Einlageleistungen nach § 36 Abs. 2 und § 36 a AktG erbracht sind und zur freien Verfügung des Vorstands stehen, vgl. § 37 Abs. 1 AktG. ⁴³ Der Erwerb und die Verwendung einer Mantel-AG (nicht aber einer Vorrats-AG) ist vor diesem Hintergrund und auch deshalb, weil eine Vielzahl damit zusammenhängender Fragen noch nicht abschließend geklärt ist, ⁴⁴ für Unternehmensgründer nicht ungefährlich.

3. Haftungsproblematik

- 30 Im Hinblick darauf, dass es sich bei der Verwendung einer Mantel- oder einer Vorrats-AG um eine wirtschaftliche Neugründung handelt, muss in gleicher Weise wie bei der Gründung die reale Kapitalaufbringung gesichert sein. Die Rechtsprechung wendet daher auch auf die Fälle der wirtschaftlichen Neugründung das Haftungsmodell der **Unterbilanzhaftung** an. ⁴⁵ Unterschreitet der Wert des Gesellschaftsvermögens im Zeitpunkt der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht den Betrag des Grundkapitals, haften die Gesellschafter in Höhe des Differenzbetrags. Neben

³⁹ BGHZ 117, 323 = NJW 1992, 1824 (1825 f.).

⁴⁰ Schüppen/Schaub/Voß § 12 Rn. 125.

⁴¹ BGHZ 155, 318 = DStR 2003, 1887; dazu Goette DStR 2004, 461.

⁴² Für die Vorrats-AG: BGHZ 117, 323 = WM 1992, 870; BGHZ 153, 158 = DStR 2003, 298; für die Mantel-AG: BGHZ 155, 318 = DStR 2003, 1887.

⁴³ Vgl. BGHZ 117, 323 (331) = WM 1992, 870 (873) für die GmbH, BGHZ 155, 318 = DStR 2003, 1887 (für die GmbH).

⁴⁴ Vgl. Schmidt/Lutter/Seibt § 23 AktG Rn. 43 mwN.; vgl. ferner BGH NJW 2003, 3198 und NJW 2010, 1459 zur Abgrenzung der „wirtschaftlichen Neugründung“ von einer Umorganisation oder Sanierung.

⁴⁵ BGHZ 155, 318 = DStR 2003, 1887 (für die GmbH).