

Inhaltsverzeichnis

Einführung	25
I. Grundsätzliches zum aktienrechtlichen Kapitalschutzrecht	25
1. Chancen und Risiken der Haftungsbeschränkung	25
2. Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsgrundsätze im Überblick	26
II. Anlass und Problemstellung	28
III. Ziel und Gang der Untersuchungen	31

Erster Teil

Rechtshistorische Betrachtung von Nachgründung und verdeckter Sacheinlage im Aktienrecht bis ARUG	33
--	----

Kapitel 1

Die Entstehung der Nachgründung in Anlehnung an die (Sach-)Gründungsvorschriften anno 1884	34
---	----

I. Die Aktienrechtsnovelle von 1884	34
1. Abschaffung des Konzessionssystems, Gründerjahre und Gründerkrise	34
2. Konzeption des Aktiengesetzes von 1884	35
3. Die Nachgründungsregelung des Art. 213f ADHGB 1884	36
a) Begründung des Gesetzentwurfs von 1884	36
aa) Unterscheidung zwischen juristischer Existenz und wirtschaftlicher Selbstständigkeit	36
bb) Tempus clausum der Kautelarvorschriften	38
cc) „Verhütung von Nachgründungen durch Übernahmen“	39
dd) Nachgründung und Kapitalerhöhung	40
b) Umsetzung in Art. 213f ADHGB 1884	41
c) Vergleich von Sachgründung und Nachgründung anno 1884	41
aa) Nachgründungstatbestand	42
bb) Prüfung durch den Aufsichtsrat	43

cc) Zustimmungserfordernis der Generalversammlung	44
(1) „Konstituierende Generalversammlung“ nach Art. 210a ADHGB 1884	44
(2) Übertragung auf die Nachgründungsregelung	46
dd) Einreichung des Erwerbsvertrages zum Handelsregister	47
ee) Gründerverantwortlichkeit	48
ff) Rechtsfolgen bei fehlender Zustimmung der Generalversammlung	49
II. Die Handelsrechtsreform von 1897	49
1. Überleitung der „sog. Nachgründung“ und Gesetzesbegründung	50
a) Der Nachgründungstatbestand des § 207 HGB 1897 und sprachliche Änderungen	50
b) Umformulierung der Regelung zum Kapitalquorum, § 207 Abs. 3 HGB 1897	51
c) Haftungsanordnung nach § 208 HGB 1897	52
2. Insbesondere: Umfang der Nachgründungsprüfung	53
a) Sachgründung und obligatorische „Prüfung durch besondere Revisoren“	53
b) Fehlende externe Nachgründungsprüfung	54
III. Bewertung des Regelungskonzepts der Nachgründung	55
1. Konzeptioneller Selbsthilfegedanke von 1884	55
2. Zweijähriges „tempus clausum“ als Adoleszenzphase	55
3. Sonderregelung für die spezifische Erwerbssituation	56
4. Relevanz von Vorabsprachen im Rahmen der Gründerverantwortlichkeit	57

Kapitel 2

Die „Lehre von der verdeckten Sacheinlage“ als Folge einer unzureichenden Nachgründungsregelung und Kind der Inflationszeit	57
I. Rechtlicher und historischer Kontext der Entscheidung des Reichsgerichts	58
1. Kritik an der Umsetzung – Der Geburtsfehler der Nachgründungsregelung	58
a) Tatbeständliche Begrenztheit des Nachgründungserfordernisses	58
b) Fehlende externe Prüfung durch „besondere Revisoren“	59
c) Fehlende registerrechtliche Kontrolle von Erwerbsvertrag und Generalversammlung	59
d) Zwischenergebnis: Mängel in Qualität und Quantität als Geburtsfehler	60
2. Vermeidungspraxis und Inflationsverkäufe	61
II. Das Reichsgericht und die „Geburt“ der Lehre von der verdeckten Sacheinlage	62
1. Sachverhalt: Schrauben- und Mutternfabrik	62
2. Rechtliche Würdigung des Reichsgerichts	63
3. Analyse und Bewertung	64
a) Intention(en) des Reichsgerichts	64

Inhaltsverzeichnis	11
b) Rechtsmethodische Lösung des Reichsgerichts	65
c) Folgewirkung und Folgefragen	67
III. Fazit	68
Kapitel 3	
Von der Aktienrechtsreform 1937 bis NaStraG 2001 – Nachjustierung, langer Dornrösenschlaf und unverhoffte Renaissance der Nachgründung 70	
I. Die Aktienrechtsreform von 1937	70
1. Wandel des aktienrechtlichen Kompetenzgefüges	70
a) Vorstand und „Führerprinzip“	71
b) Aufsichtsrat und sein geändertes Verhältnis zum Vorstand	72
2. Reformen des Gesetzgebers im Bereich der Nachgründung	72
a) Nachgründungsregelung des § 45 AktG 1937	73
b) Nachbesserungen: Handelsregistereintragung und obligatorische Nachgründungsprüfung	74
c) Aufnahme von § 45 Abs. 9 AktG 1937 als direkte Reaktion auf RGZ 121, 99 ff.	76
d) Verschärfung der Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat nach § 46 AktG	78
3. Bewertung	80
a) Nachgründung und aktienrechtliches Kompetenzgefüge	80
b) Nachgründung und Sachgründung	81
II. Langer Dornrösenschlaf der Nachgründung	82
1. Die Aktienrechtsreform von 1965	82
a) Überleitung der Nachgründung in § 52 AktG 1965	82
b) Exkurs: Abschaffung der Sukzessiv- oder Stufengründung	84
2. Aufnahme der Nachgründungsregelung in Art. 11 Kapitalrichtlinie 1976	85
III. Unverhoffte Renaissance der Nachgründung und das NaStraG 2001	87
1. Wirtschaftlicher und rechtlicher Hintergrund	87
2. Einschränkung des Anwendungsbereichs der Nachgründung durch das NaStraG 2001	87
IV. Fazit	89

Kapitel 4

Die Antwort des Gesetzgebers auf die „Lehre von der verdeckten Sacheinlage“ – Vom MoMiG 2008 zum ARUG 2009	90
I. Kritik an den Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen und Reformüberlegungen	91
II. Die Reaktion des MoMiG-Gesetzgebers	92
1. Von der Erfüllungslösung mit Differenzhaftung zur Anrechnungslösung	92
2. Regelung verdeckter Sacheinlagen in § 19 Abs. 4 GmbHG und Gesetzesbegründung	93
III. Die Reform des Aktienrechts durch das ARUG 2009	94
1. Harmonisierung der Rechtslage im GmbH- und Aktienrecht	94
a) Übertragung der Regelung zur verdeckten Sacheinlage in § 27 Abs. 3 AktG	94
b) Übergangsregelung des § 20 Abs. 7 EGAktG	95
2. Änderungen im Rahmen von § 52 AktG	96
a) Vereinfachte Nachgründung, § 52 Abs. 4, 6 und 7 AktG	96
b) Streichung von § 52 Abs. 10 AktG a.F.	97
3. Bewertung in der Literatur	98
IV. Fazit	99

Kapitel 5

Der jüngste Dreisatz in der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor ARUG – Lurgi I, Rheinmöve und Lurgi II	101
I. Die Sachverhalte im Überblick	101
1. Lurgi	101
2. Rheinmöve	102
II. Kernaussagen in Bezug auf verdeckte (gemischte) Sacheinlage und Nachgründung	103
1. Lurgi I	103
a) Anwendbarkeit verdeckter (gemischter) Sacheinlagen auf Sachkapitalerhöhungen	103
b) Keine Verdrängung durch die Nachgründung	105
c) Einheitliche bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach §§ 812 ff. BGB unter Anwendung der Saldotheorie	107
aa) Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung unwirksamer Nachgründungsschäfte	107
bb) Anwendung der Saldotheorie	109

2. Rheinmöve	110
a) (Wieder) keine Relevanz der Nachgründung – Unanwendbarkeit von § 52 AktG auf verdeckte Sachkapitalerhöhungen	110
b) Keine Heilung nach § 52 Abs. 10 AktG (a.F.)	112
3. Lurgi II	113
a) Bestätigung Lurgi I und Rheinmöve	113
b) Einbeziehung des Bareinlageanspruchs in die Saldierung	113
III. Fazit	114

Zweiter Teil

**Das Verhältnis von verdeckter Sacheinlage und Nachgründung i.e.S. –
Dogmatische Standortbestimmung von § 52 AktG innerhalb des
aktienrechtlichen Kapitalschutzsystems nach ARUG**

116

Kapitel 6

**Versuche einer dogmatischen Verhältnisbestimmung von verdeckter
Sacheinlage und Nachgründung in Rechtsprechung und Literatur**

117

I. Streit um die Berechtigung der „Lehre von der verdeckten Sacheinlage“	117
1. Mindermeinung: Ablehnung der „Lehre von der verdeckten Sacheinlage“	117
2. Herrschende Meinung: Anerkennung der Grundsätze verdeckter Sacheinlagen ..	118
3. Stellungnahme	119
II. Herrschende Meinung: Zuordnung der Nachgründung zum Recht der Kapitalauf- bringung	121
1. Umgehungsschutz als primärer Regelungszweck der Nachgründung	121
a) Lutter/Gehling – Differenzierung konkreter und abstrakter Umgehungsschutz	121
b) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor ARUG	122
2. Sekundärer Normzweck der Nachgründung: Schutz vor Einflussnahme der Gründer	123
3. Stellungnahme	124
a) Einseitige Standortbestimmung von § 52 AktG aus Perspektive verdeckter Sacheinlagen	124
b) Nichtberücksichtigung des Wandels der aktienrechtlichen Kompetenzstruktur 1937	126
c) Weiterer Normzweck als redundante Umschreibung der Gefahrenquelle	127
d) Immanenter Wertungswiderspruch und Grenzen des Erklärungsmodells nach ARUG	128

III. Mindermeinung: Zuordnung der Nachgründung zum Recht der Kapitalerhaltung	129
1. Die These Hachenburgs – <i>Nachgründung als Alternative zur Sachgründung</i>	129
2. Die Untersuchungen von Bröcker und Schwab	131
a) Bröcker – Nachgründung als „vorläufige Kapitalerhaltungskontrolle“	131
b) Schwab – Nachgründung als „vorläufiger, allgemeiner Vermögensschutz“	134
c) Zwischenergebnis	135
3. Stellungnahme	136
a) Historisch bedingtes Fehlverständnis Hachenburgs	136
b) Standortbestimmung von § 52 AktG ebenfalls aus Perspektive verdeckter Sacheinlagen	138
c) Unzutreffende Umgehungsschutzthese von Bröcker und Schwab	138
d) Begrenzter Aussagegehalt der IBH/Lemmerz-Entscheidung	140
e) Bedeutung der Nachgründung für den Kapitalaufbringungsschutz nach ARUG	141
f) Nachgründung und Anlegerschutzrecht	145
IV. Fazit	145

Kapitel 7

Dogmatische (Neu-)Bewertung der Nachgründungsregelung – Die Nachgründung als hybrides Instrument zur Kapitalsicherung und ihr Verhältnis i. e. S. zur verdeckten Sacheinlage nach ARUG

I. Vorüberlegung	147
1. Nutzen einer dogmatischen Einordnung	147
2. Aufgabe der Zuordnungskriterien Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung	148
II. Die Nachgründung als hybrides Instrument zur Kapitalsicherung	149
1. Normaspekte der Nachgründung	149
a) Kapitalrechtlicher Umgehungsaspekt	150
aa) Rechtshistorischer Hintergrund und Angleichungsbemühungen	150
bb) Nachgründungs- und (Sach-)Gründungsverfahren	151
(1) Prüfung	151
(2) Publizität	152
(3) Registerverfahren	152
(4) Haftung	154
cc) Spezifischer Umgehungsschutz für die Nachgründungsphase	155
b) Kompetenzrechtlicher Kontrollaspekt	155
aa) Rechtshistorische Wurzeln – Nachgründung und Sukzessivgründung	156
bb) Verselbständigungstendenzen	156
cc) Nachgründungswille und Kontrollfunktionen der konstituierenden Hauptversammlung	158

2. Zusammenfassung des Normzwecks	160
3. Schutzobjekte der Nachgründung	161
a) Kreis potenzieller Schutzobjekte	161
aa) Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger?	161
bb) Aktiengesellschaft und Vorstand?	161
b) (Neu-)Bestimmung der Schutzobjekte	162
aa) Kapitalrechtlicher Umgehungsaspekt: unbeteiligte Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger	162
bb) Kompetenzrechtlicher Kontrollaspekt: Hauptversammlung als Gesellschaftsorgan	162
c) Zwischenergebnis	164
III. Schlussfolgerung für das Verhältnis von verdeckter Sacheinlage und Nachgründung i.e.S.	164
1. Perspektivwechsel	164
2. Verdeckte Sacheinlage als Teilaspekt der Nachgründungsregelung	165

Kapitel 8

Befund und Ausblick

166

Dritter Teil

Einzelfragen der Normanwendung von § 52 AktG und das Verhältnis der Nachgründung zur verdeckten Sacheinlage i.w.S. nach ARUG

169

Kapitel 9

Der Anwendungsbereich von § 52 AktG vor dem Hintergrund der dogmatischen Neubewertung der Nachgründung

169

I. Originärer Anwendungsbereich der Nachgründung, § 52 Abs. 1 AktG	170
1. Personeller Anwendungsbereich	170
a) Vertrag der Gesellschaft	170
b) Gründer	173
c) Maßgeblich beteiligte Aktionäre und Zurechnung von Beteiligungen	175
d) „Unechte“ Dritte	178
2. Sachlicher Anwendungsbereich	180
a) Geschäftsgegenstand	181
b) Vergütung	183

3. Zeitlicher Anwendungsbereich	186
a) Maßgeblicher Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses	186
b) Einzelheiten der Fristberechnung	187
c) Sonderfall: Vorrats- oder Mantelgesellschaften	189
II. Ausnahmen vom Anwendungsbereich, § 52 Abs. 9 AktG	190
1. Erwerb im Rahmen der laufenden Geschäfte, § 52 Abs. 9 Var. 1 AktG	190
a) Entwicklung und Intention	191
b) Auslegung in der Literatur	191
c) Stellungnahme	193
2. Zwangsvollstreckung, § 52 Abs. 9 Var. 2 AktG	196
a) Entwicklung und Intention	196
b) Tatbestand	197
c) Weitere Ausnahmefälle	198
aa) Pfandverkauf nach § 1233 Abs. 2 BGB	198
bb) Erwerb im Insolvenzverfahren nach §§ 165 f., 173 InsO	200
(1) Verwertung unbeweglicher und beweglicher Gegenstände durch den Insolvenzverwalter, §§ 165, 166 Abs. 1 InsO	200
(2) Verwertung beweglicher Gegenstände und Forderungen durch den Gläubiger, § 173 InsO	202
cc) Versteigerung zur Aufhebung einer Gemeinschaft nach § 753 BGB	204
3. Erwerb an der Börse, § 52 Abs. 9 Var. 3 AktG	205
III. Anwendbarkeit der Nachgründung auf Sachkapitalerhöhungen nach ARUG	207
1. Anwendbarkeit von § 52 AktG auf offengelegte Sachkapitalerhöhungen	208
a) Herrschende Literaturmeinung	208
b) Gegenansicht	208
c) Stellungnahme	209
2. Anwendbarkeit von § 52 AktG auf verdeckte Sachkapitalerhöhungen	210
a) BGH: Rheinmöve – Unanwendbarkeit von § 52 AktG vor ARUG	210
b) Stellungnahme	210
aa) Unvollständige dogmatische Perspektive	210
bb) Doppelter Wertungswiderspruch nach ARUG	211
(1) Verdeckte Sachgründung und verdeckte Sachkapitalerhöhung	211
(2) Offene und verdeckte Sachkapitalerhöhung	212
c) Zwischenergebnis	213
3. Exkurs: Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt zur Bestimmung der Kapitalbeteiligung	213
IV. Fazit	214

Kapitel 10

**Rechtsfolgen von verdeckten Scheinlagen und Verstößen gegen
das Nachgründungserfordernis – Der Rechtsfolgenkonflikt nach ARUG** 215

I. Die Rechtsfolgen von verdeckter Scheinlage und Nachgründung nach ARUG	216
1. Rechtsfolgen verdeckter Scheinlagen, § 27 Abs. 3 Sätze 2 bis 5 AktG	216
a) Wirksamkeitsanordnung, § 27 Abs. 3 Satz 2 AktG	216
b) Anrechnungslösung, § 27 Abs. 3 Sätze 3 bis 5 AktG	216
aa) Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Kapitalrichtlinie und Sanktionsgefälle	217
(1) Bedeutung der unionsrechtlichen Regelungen und Effektivitätsprinzip	217
(2) Gesetzesbegründung und Beurteilung im Schrifttum	217
(3) Stellungnahme	219
bb) Dogmatik und Rechtsnatur	219
(1) Überblick über das Meinungsspektrum	220
(2) Stellungnahme	221
2. Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Nachgründungsvorschriften des § 52 AktG	222
a) Einzelheiten der Rechtsfolgenseite	222
aa) Schwebende Unwirksamkeit, § 52 Abs. 1 AktG	222
bb) Bindung der Vertragspartner – Widerrufsrecht nach § 178 BGB?	223
cc) Ablauf der Zweijahresfrist – Beiderseitige Bestätigung und/oder einseitige Genehmigung?	224
b) Rechtsfolgen einzelner Verfahrensfehler	226
aa) Verstöße gegen das Schriftformerfordernis, § 52 Abs. 2 Satz 1 AktG	226
bb) Fehler bei der Aktionärsinformation, § 52 Abs. 2 Sätze 2 bis 6 AktG	226
cc) Verstöße gegen Prüfungs- und Berichtserfordernisse, § 52 Abs. 3 und 4 AktG	226
dd) Verstöße gegen das Zustimmungs- und Eintragungserfordernis, § 52 Abs. 5 und 6 AktG	228
3. Zwischenergebnis zu den Voraussetzungen des Rechtsfolgenkonflikts	228
a) Schnittmengen im Anwendungsbereich der §§ 27 Abs. 3, 52 Abs. 1 AktG	228
b) Wirksamkeit vs. (schwebende) Unwirksamkeit	229
II. Lösung des Rechtsfolgenkonflikts	230
1. Anwendungsbereichsbezogene Lösungen	230
a) Teleologische Reduktion des § 27 Abs. 3 AktG	230
aa) BGH vor ARUG: Keine Verdrängung	231
bb) Keine „verdeckte“ Gesetzeslücke	231
b) Teleologische Reduktion oder Extension des § 52 AktG	233
aa) Unvereinbarkeit mit Gesetzesbegründung und Art. 11 KapRL	233
bb) Anreiz für nachträgliche Manipulationen?	234

2. Konkurrenzlösung der herrschenden Literaturmeinung	234
a) Der Ansatz von Herrler/Reymann und Lieder	235
b) Stellungnahme	236
aa) Unzutreffender dogmatischer Ausgangspunkt	236
bb) Wille des ARUG-Gesetzgebers	237
cc) Tendenz des BGH?	238
dd) Faktische Reduktion des Anwendungsbereichs von § 27 Abs. 3 AktG auf Fälle außerhalb von § 52 Abs. 1 AktG	238
3. Eigener Lösungsvorschlag: Modifizierte Konkurrenzlösung	239
a) Differenzierungsmaßstab	239
b) Differenzierungsmodalitäten	240
aa) Wert des Vermögensgegenstands \geq Bareinlageverpflichtung	240
bb) Wert des Vermögensgegenstands $<$ Bareinlageverpflichtung	241
c) Rechtsmethodische Einordnung	241
d) Europarechtskonformität – Vereinbarkeit mit Art. 11 KapRL	242
aa) Auslegung von Art. 11 KapRL	243
bb) Richtlinienkonforme Auslegung von § 52 AktG	244
III. Rückabwicklung unwirksamer Nachgründungsgeschäfte nach ARUG	245
1. Vorüberlegungen	246
2. Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach §§ 812 ff. BGB	247
3. Aktienrechtlicher Rückgewähranspruch nach § 62 AktG	249
4. Stellungnahme	250
a) Ursprung und Übertragung des Vereinheitlichungsgedankens	250
b) Geänderte Ausgangslage und Fehlgehen der dogmatischen Argumentation ..	252
c) Wegfall des Bedürfnisses einer Saldierung gegenseitiger Ansprüche nach ARUG	253
d) Anwendung von § 62 AktG als notwendiges Gegenstück der Wertanrechnung	254
IV. Fazit	255

Kapitel 11

Heilung verdeckter Scheinlagen nach ARUG – Relevanz der Nachgründung?	257
I. Rückblick: Heilungsproblematik vor ARUG	257
1. Heilung vor der Eintragung	258
2. Heilung nach der Eintragung	258
a) Herrschende Meinung: Heilung analog § 52 AktG	259
b) Gegenauffassung: Heilung nach Grundsätzen des BGH zum GmbH-Recht ..	260
c) Andere Ansicht: Neuvornahme i.R.v. § 52 AktG ohne Wirkung auf die Einla- geverpflichtung	261

d) BGH-Rheinmöve	262
3. Stellungnahme	262
II. „Heilung“ verdeckter Sacheinlagen nach ARUG	263
1. Heilungsverfahren in Anlehnung an das GmbH-Recht – keine Relevanz von § 52 AktG	263
2. Rechtspolitische und -dogmatische Kritik	265
3. Stellungnahme	265
a) Grundsatzkritik und Ergebnis de lege lata	265
aa) Gegenstand und Umfang der „Heilung“ nach ARUG	266
bb) Zirkelschluss des Gesetzgebers	267
cc) Zwischenergebnis de lege lata	268
b) Heilung verdeckter Sacheinlagen nach ARUG – ergänzende Heranziehung von § 52 AktG	268
aa) Hauptversammlungsbeschluss mit satzungsändernder Mehrheit	268
bb) Nachholung der Werthaltigkeitskontrolle gemäß §§ 33 ff. AktG	271
cc) Anmeldung zum Handelsregister	272
c) Heilungsproblematik bei Kollision von verdeckter Sacheinlage und Nachgründung	273
aa) Vorfrage: Lösung des Rechtsfolgenkonflikts nach ARUG	274
bb) Durchschlagen der Unwirksamkeitsfolge und „Heilung“	274
cc) Nachgründungsverfahren gemäß § 52 AktG	275
III. Fazit	276
 Kapitel 12	
Regelungsvorschlag de lege ferenda und Ausblick	277
I. Regelungsvorschlag de lege ferenda zu Art. 11 Abs. 2 KapRL	277
1. Ermittlung des Anpassungsbedarfs	278
2. Regelungsvorschlag zu Art. 11 Abs. 2 KapRL und Erläuterungen	278
II. Regelungsvorschlag de lege ferenda zu § 52 AktG	279
1. Anpassungsbedarf an die Vorgaben von Art. 11 KapRL	279
2. Bedarf einer gesetzlichen Regelung zum Rechtsfolgenkonflikt	280
3. Regelungsvorschlag zu § 52 AktG und Erläuterungen	280
a) Anpassung von § 52 Abs. 1 Satz 1 AktG	281
b) Ergänzung und Einschränkung von § 52 Abs. 9 AktG	281
c) Einfügung von § 52 Abs. 10 AktG	282
III. Ausblick	283
Thesenförmige Zusammenfassung	285

Literaturverzeichnis	298
Kommentare/Handbücher/Monografien	298
Zeitschriften/Aufsätze	300
Sachverzeichnis	304