

## **§ 52 AktG - Nachgründungspflicht im Lichte der sog. „Kleinen Aktiengesellschaft“**

### **Überraschung bei geringer Kapitalziffer und Vorteile gegenüber der Sachgründung**

Von RA Ulrich Wecker

#### **1. Begriff/Anwendungsbereich**

Unter dem Begriff „Nachgründung“ gemäß § 52 AktG ist der Abschluß und die Durchführung von schuldrechtlichen Verträgen zu verstehen, durch welche die Aktiengesellschaft vor Ablauf von zwei Jahren seit ihrer Eintragung in das Handelsregister Anlagen oder sonstige Vermögensgegenstände jeder Art für eine Vergütung von mehr als 10 % des Nennbetrags des bei Vertragsabschluß vorhandenen Grundkapitals erwerben will<sup>1</sup>. Dadurch wird die Vertretungsmacht des Vorstandes (§ 78 AktG) für Verträge der vorgenannten Art an die Zustimmung der Hauptversammlung gebunden und unterwirft solche Vorgänge ähnlich strengen Anforderungen, wie sie nach §§ 27, 32 ff. AktG bei der Sachgründung gelten<sup>2</sup>.

Sinn und Zweck der Regel ist vor allem eine Umgehung der Sachgründungsvorschriften zu verhindern. Sie dient damit letztlich der Sicherung der Kapitalaufbringung<sup>3</sup>. Dadurch sollen die Gesellschaft, die Aktionäre sowie die Gläubiger vor einer Überbewertung von Sacheinlagen, die sonst den Prüfungspflichten bei einer Sachgründung entzogen wären, bewahrt werden.

#### **2. Bedeutung durch „Einführung“ der kleinen Aktiengesellschaft**

Die Einführung der sog. „Kleinen Aktiengesellschaft“ im Jahre 1994 hat die Bedeutung des § 52 AktG in der aktienrechtlichen Beratungspraxis ansteigen lassen.

Nachdem bis dato die Rechtsform der Aktiengesellschaft aufgrund der Satzungsstrenge und der hohen formalen Anforderungen in der gesellschaftsrechtlichen Praxis für den Mittelstand nahezu keine Rolle spielte, hat sich dies nunmehr zahlenmäßig grundlegend geändert. Meldete das Statistische Bundesamt für das Jahr 1995 bei 3.800 Aktiengesellschaften ein auf diese entfallendes Nominalkapital von 211,2 Milliarden DM. Im Schnitt also 53,5 Millionen DM je Gesellschaft – von der Kapitalziffer her gesehen also die typische Größe für die herkömmliche Aktiengesellschaft. Bis zum Jahr 1997 steigerte sich die Zahl der Aktiengesellschaften auf 4.548<sup>4</sup>, zu einer Gesamtkapitalziffer von 230 Milliarden DM. Daraus ist ableitbar, daß bei den in diesem Zeitraum neu gegründeten Aktiengesellschaften sich das durchschnittliche Haftkapital reduziert war. Dazu hat beigetragen, daß viele – besonders im Mittelstand – Aktiengesellschaften entstanden sind, die nicht nur von den

---

<sup>1</sup> Happ Aktienrecht, 1. Auflage, 1995, 2.03, Anmerkung 1

<sup>2</sup> Hüffer, Aktiengesetz, 4. Auflage, § 52, Rdnr. 1

<sup>3</sup> Hüffer, a.a.O.; Schubert/Hommelhoff, 100 Jahre modernes Aktienrecht [ZGR-Sonderheft 4], 1985, S. 453

<sup>4</sup> Erhebung der Deutschen Bundesbank, vgl. AG 1998, R 112

formellen Erleichterungen Gebrauch gemacht haben, sondern sich aufgrund von Größe und Umfang ihres Geschäftsbetriebs auch oftmals auf das gesetzlich vorgesehene Mindestkapital von DM 100.000,00 bei der Gründung beschränkt haben (§ 7 AktG). Dies geht mit den Erfahrungen aus der Beratungspraxis sowie dem Kenntnisstand bei den Registergerichten einher.

Oftmals nicht bedacht wird bei der Wahl des Grundkapitals die Regelung der Nachgründung. Da eine Nachgründung unter den weiteren Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 AktG bereits dann vorliegt, wenn z.B. die Vergütung, also die schuldrechtliche Verpflichtung der Gesellschaft wertmäßig 10 % des Grundkapitals übersteigt zur Unwirksamkeit dieses Geschäfts führt, ist bereits bei der Gründung sorgfältig zu prüfen, ob wirklich mit dem gesetzlichen Mindestkapital oder anderen ähnlich geringen Kapitalziffern auszukommen ist. Dies gilt im übrigen auch dann, wenn der Vertrag nicht mit Anteilseignern, sondern mit außenstehenden Dritten erfolgt. Der Vertrag ist dann bis zur Zustimmung durch die Hauptversammlung und der Registereintragung schwebend unwirksam.

Denn wird mit DM 100.000,00 gegründet, löst bereits der Kauf eines Firmenwagens, ja sogar der Kauf eines etwas aufwendigeren Kopier-/Druckgeräts eine – von Aufwand und Kosten – in keinem Verhältnis stehende Nachgründungsverpflichtung aus<sup>5</sup>.

### **3. Verfahren der Nachgründung**

#### ***a) Nachgründungspflichtige Geschäfte***

Entgegen dem Wortsinn geht es nicht um die Gründung, sondern um schuldrechtliche Geschäfte. Also Verträge der Gesellschaft, nach denen sie vorhandene oder herzustellende Anlagen oder andere Vermögensgegenstände erwerben will<sup>6</sup>. Unter § 52 AktG fallen darüber hinaus auch Vorverträge<sup>7</sup> sowie alle dinglichen Erfüllungsgeschäfte<sup>8</sup>. Eine Ausnahme gilt nur für den Erwerb von Vermögensgegenständen, die den Gegenstand des Unternehmens selbst bilden oder wenn sie in der Zwangsvollstreckung erworben werden (§ 52 Abs. 9 AktG); dies dürfte insbesondere für Aktiengesellschaften im Immobilienbereich gelten, deren Gesellschaftszweck im Erwerb bzw. der Veräußerung von Immobilien liegt.

#### ***b) Form des Nachgründungsvertrags***

Der Nachgründungsvertrag bedarf der Schriftform soweit nicht eine strengere Formvorschrift (z.B. § 313 BGB) vorgeschrieben ist, vgl. § 52 Abs. 2 AktG.

---

<sup>5</sup> Hüffer, a.a.O., § 7, Rdnr. 3

<sup>6</sup> Hüffer, a.a.O., § 52, Rdnr. 1

<sup>7</sup> Kölner Kommentar zum Aktiengesetz – Kraft, § 52, Anm. 9

**c) Ablauf der Nachgründung**

Da der nachzugründende Vertrag nur mit Zustimmung der Hauptversammlung und durch Eintragung in das Handelsregister wirksam wird, bedarf es für die Beschlußfassung durch die Aktionärsversammlung gewisser Vorbereitungshandlungen.

Dabei ist der nachzugründende Vertrag von der Einberufung der Hauptversammlung an, die über die Zustimmung beschließen soll, in den Geschäftsräumen der Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre auszulegen. Auf Verlangen ist jedem Aktionär unverzüglich eine Abschrift zu erteilen; ebenfalls ist der Vertrag in der Hauptversammlung selbst auszulegen und vom Vorstand zum Beginn der Verhandlung zu erläutern. Letztlich muß er dem Sitzungsprotokoll als Anlage beigefügt werden.

Vor der Beschlußfassung der Hauptversammlung hat der Aufsichtsrat den Vertrag nicht nur zu prüfen, sondern einen schriftlichen Bericht darüber zu erstatten (Nachgründungsbericht). Umfang der Prüfung sowie Art und Weise des zu erstattenden Berichts ergibt sich aus den Gründungsvorschriften nach § 32 Abs. 2 und 3 AktG, wobei im Gegensatz zur Gründungsprüfung die Mitwirkungspflicht des Vorstandes entfällt. Denn dieser hat als vertretungsberechtigtes Organ die Verträge selbst abgeschlossen und haftet hierfür bereits gemäß § 93 Abs. 1 und 2 AktG nach dem Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters<sup>9</sup>.

Ebenso muß eine Prüfung durch einen (externen) Gründungsprüfer stattfinden. Dieser muß einen schriftlichen Gründungsprüfungsbericht abgeben. Dabei gelten §§ 33 Abs. 3 bis 5, 34, 35 AktG sinngemäß. Demnach können Gründungsprüfer nur Personen sein, die in der Buchführung ausreichend vorgebildet und erfahren sind.

Als Vergütung im Sinne von § 52 Abs. 1 Satz 1 AktG, die für die einzubringenden Vermögensgegenstände bzw. als Gegenleistung für einen schuldrechtlichen Erwerb erbracht werden sollen, können Aktien der Gesellschaft hingegeben werden, die beispielsweise im Wege einer Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen geschaffen werden. Die Vergütung wird in der Regel jedoch aus einem Geldbetrag oder aus einem sonstigen Geldwert bestehen.

Dabei ist darauf hinzuweisen, daß das Nachgründungsverfahren allerdings nur dann notwendig ist, wenn die Vergütung aus dem Kapital, nicht jedoch, wenn sie aus einem späteren Gewinn der Gesellschaft bezahlt wird<sup>10</sup>. Weiter sind die Vorschriften der Nachgründung nur dann anzuwenden, wenn die schuldrechtliche Verpflichtung wertmäßig

---

<sup>8</sup> Kölner Kommentar zum Aktiengesetz – Kraft, § 52, Anm. 53 und Groß-Kommentar Aktiengesetz – Bart, § 52, Anm. 5

<sup>9</sup> Happ, Aktienrecht, 1. Auflage, Kapitel 2.03, Rdnr. 9, m.w.N.

<sup>10</sup> Happ, a.a.O., Rdnr. 10 m.w.N.

den zehnten Teil des Grundkapitals übersteigende Vergütung als Gegenleistung vorsieht. Maßgebender Zeitpunkt für die Berechnung ist die Höhe des Grundkapitals im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Weiter wird dies durch die Zeitspanne der Zwei-Jahres-Frist seit *Eintragung* der Gesellschaft selbst begrenzt. Hat zwischenzeitlich eine Kapitalerhöhung stattgefunden, so ist das erhöhte Kapital ausschlaggebend, wenn auch die Durchführung der Erhöhung bereits im Handelsregister eingetragen ist.

Das bezogene Grundkapital ist dabei der satzungsmäßige Nennbetrag, auf den tatsächlichen geleisteten Betrag (§ 36 Abs. 1 AktG) der Einzahlungen kommt es nicht an. Ein etwaiges in die Kapitalrücklage eingestelltes Aufgeld ist gleichfalls nicht zu berücksichtigen<sup>11</sup>.

Der naheliegende Umgehungsversuch, daß etwa ein wirtschaftlich einheitlich zu beurteilender Sachverhalt in mehrere Verträge künstlich aufgespalten wird, ist unzulässig. Solche Verträge sind sodann zusammenzurechnen<sup>12</sup>.

Sind diese Voraussetzungen alle erfüllt, kann ein Beschluß auf der Hauptversammlung erfolgen. Im ersten Jahr nach der Eintragung bedarf der Beschluß einer Mehrheit, die mindestens 3/4 des vertretenen und 1/4 des gesamten Grundkapitals umfaßt; nach Ablauf des ersten Jahres genügen sodann noch 3/4 des vertretenen Grundkapitals<sup>13</sup>. Größere Kapitalmehrheiten sowie weitere Erfordernisse sind satzungsmäßig gestaltbar.

Nach Zustimmung der Hauptversammlung hat der Vorstand den Vertrag zur Eintragung in das Handelsregister in öffentlich beglaubigter Form anzumelden (§ 52 Abs. 6 AktG i.V.m. § 12 HGB). Der Anmeldung sind der Nachgründungsvertrag in Urschrift, Ausfertigung oder öffentlich beglaubigter Abschrift, das Protokoll über den Beschluß der Hauptversammlung, der Nachgründungsbericht des Aufsichtsrats sowie der Bericht des (externen) Gründungsprüfers beizufügen.

Die Eintragung im Handelsregister kann dergestalt erfolgen, daß auf die bei Gericht eingereichten Urkunden Bezug genommen wird. Dies hat den Vorteil, daß die Hintergründe und der Vertragsgegenstand nicht auf den ersten Blick vollkommen transparent werden.

Die Eintragung ist mit dem Tag des Abschlusses des Nachgründungsvertrages, dem Tag, an dem die Hauptversammlung diesem durch Beschluß zugestimmt hat, mit dem zu erwerbende Vermögensgegenstand, dem Veräußerer des Vermögensgegenstands sowie der zu

---

<sup>11</sup> Hüffer, a.a.O., § 52, Rdnr. 2

<sup>12</sup> Happ, a.a.O., Rdnr. 11

<sup>13</sup> Henn, Handbuch des Aktienrechts, 6. Auflage, § 3, Rdnr. 115 und Balser/Bokelmann/Piorriek, Die Aktiengesellschaft, Seite 62 ff.

gewährenden Vergütung bekannt zu machen (§ 52 Abs. 8 AktG).

#### ***d) Rechtsfolgen bei unterlassener Nachgründung***

Ohne Zustimmung der Hauptversammlung oder die Eintragung im Handelsregister ist nicht nur der nachzugründende Vertrag schwebend unwirksam, sondern auch die daraus abgeleiteten Rechtshandlungen.

### **4. Vorteile der Nachgründung**

Was bis jetzt als formale Lästigkeit erschienen sein mag, kann bei genauerer Betrachtung auch Vorteile bringen. Dies gilt insbesondere für den Vergleich von Nachgründung gegenüber der Sachgründung. Zum Beispiel: wenn die Gründer zunächst eine mit einem geringen Grundkapital ausgestattete Gesellschaft im Wege der Bargründung – ohne kompliziertes Prüfungsverfahren – errichten und die Gesellschaft sodann die einzubringenden, bzw. zu erwerbenden Sachanlagen, wozu auch Unternehmen bzw. oder Unternehmensteile gehören können, durch Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen erwirbt.

#### ***a) Raschere Bargründung***

Eine vorgezogene Bargründung erfolgt in aller Regel rasch und unkompliziert, da sie nicht von einer (von Ausnahmen abgesehen) Gründungsprüfung abhängig ist, weswegen sie in der Praxis der Registergerichte vergleichsweise zügig eingetragen wird und damit als juristische Person zum Entstehen gelangt.

#### ***b) Verbleibende Festsetzungen***

Bei einer Sachgründung sind in der Satzung zumeist detaillierte und umfangreiche Angaben über Art und Weise der Einbringung sowie Herkunft der Sacheinlagen aufzunehmen. Diese können aus der Satzung erst dann wieder gelöscht werden, wenn die Gesellschaft mind. 30 Jahre im Handelsregister eingetragen und die Rechtsverhältnisse, die den Festsetzungen zugrunde liegen, seit mind. fünf Jahren abgewickelt sind (§ 26 Abs. 5 AktG). Bei einer Sacheinbringung im Rahmen einer Nachgründung erfolgen solche – für Außenstehende aufschlußreiche - Festsetzungen in der Satzung nicht.

#### ***c) Haftungsgesichtspunkte***

Des weiteren sind noch Unterschiede unter Haftungsgesichtspunkten auszumachen. Dies gilt insbesondere, wenn im Rahmen einer Sachgründung ein Unternehmen, bzw. Unternehmensteile eingebracht werden, die während des Gründungsstadiums der Aktiengesellschaft bereits am Rechtsverkehr teilnehmen. Denn dann gilt bis zum Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister die bekannte Handelndenhaftung (§ 41 Abs. 1 Satz 2 AktG). Wird ein solches Unternehmen jedoch erst im Rahmen einer Sachkapitalerhöhung bei der Nachgründung eingebracht, entfällt die Handelndenhaftung. Die bereits eingetragene und damit zur vollen Rechtspersönlichkeit erwachsene Aktiengesellschaft haftet bereits selbst als

juristische Person.

#### **d) Kostenvergleich**

Letztlich ist noch die Kostenseite zu beleuchten. Für einen nachträglichen Kapitalerhöhungsbeschluß beträgt nämlich die Höchstgebühr summenmäßig DM 10.000,00 (§ 47 Abs. 2 KostO). Bei der Beurkundung der Satzung richtet sich diese nach dem Geschäftswert, der sich aus dem - durch bereits anfängliche Einbringung der Sacheinlage erhöhte - Grundkapital mit einem Höchstgeschäftswert von DM 10 Mio. (§ 39 Abs. 4 KostO). Hier ist eine genaue Berechnung vorzunehmen. Der Bruchpunkt liegt etwa bei einem Geschäftswert von ca. DM 3,3 Mio<sup>14</sup> und dürfte daher für die typische kleine Aktiengesellschaft eher von untergeordneter Bedeutung sein.

#### **5. Schlußbemerkung**

Zwar muten die dargestellten Nachgründungsregeln auf den ersten Blick als sehr formalistisch, aufwendig, hinderlich und kostenintensiv an. Dies gilt insbesondere für die in der Rechts- und Beratungspraxis immer häufiger werdende sog. Kleine Aktiengesellschaft mit bekanntlich geringer Grundkapitalziffer, da hier die 10 %-Regel voll zum Durchschlag kommt. Doch dienen die in § 52 AktG berechtigterweise nicht nur dem Gläubigerschutz und dem Grundsatz der Kapitalerhaltung, sondern bringen, wie dargestellt, im Gegensatz zur eigentlichen Sachgründung auch einige Vorteile, die in der Beratungspraxis zu berücksichtigen sind.

\* \* \*

#### **Urheberrecht:**

Alle Rechte vorbehalten! Diese Festschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist eine Verwertung ohne Einwilligung der Herausgeber bzw. der Verfasser unzulässig.

#### **Anmerkung:**

Die Aufsätze stellen jeweils eine abstrakte Übersicht dar; sie sollten daher nicht schematisch verwendet werden. Konkrete Entscheidungen sind daher nochmals mit dem Verfasser bzw. dem zuständigen Rechtsanwalt zu besprechen.

---

<sup>14</sup> Happ, a.a.O., Kapitel 2.03, Rdnr. 2