

Übertragende Sanierung – Gesellschaftsrechtliche Probleme

von Carsten Schäfer, Universität Mannheim

I. Einführung

- Begriff: entgeltliche Übertragung des Unternehmens einer insolventen Gesellschaft auf eine Auffanggesellschaft außerhalb des Planverfahrens.
- Problematisch ist vor allem Preisfindung in Insiderfällen (§§ 138, 162 InsO).
- Gesellschaftsrechtlich ist zwischen drei Konstellationen zu unterscheiden:
 - (1) Weder die Schuldnergesellschaft noch deren Gesellschafter sind an der Auffanggesellschaft beteiligt,
 - (2) die Schuldnergesellschaft selbst ist an der Auffanggesellschaft beteiligt und
 - (3) nicht die Schuldnergesellschaft selbst, aber ihre Gesellschafter sind an der Auffanggesellschaft beteiligt.

II. Variante 1: An der Auffanggesellschaft sind weder Gesellschafter noch Organmitglieder noch gar die insolvente Gesellschaft selbst beteiligt

- Die Frage des Zustimmungsrechts der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft (vgl. § 179a AktG) ist wegen der Alleinzuständigkeit des Insolvenzverwalters zu verneinen.

III. Variante 2: Die insolvente Gesellschaft ist an der Auffanggesellschaft beteiligt

1. Ausgangsfall (vgl. *Falk/Schäfer ZIP 2004, 1337*)

- Insolvenzverwalter I will in Einvernehmen mit dem Management einer Aktiengesellschaft deren Unternehmen sanieren.
- *Erster Schritt:* Gründung der Auffanggesellschaft (Neu-AG), im Wege der *Bargründung*. Vom Grundkapital zeichnen die Alt-AG 67%, deren Vorstandsmitglied M den Rest. M erhält eine identische Funktion in der Neu-AG; Aufsichtsratsvorsitzender wird I.
- *Zweiter Schritt:* Abschluss eines Unternehmenskaufvertrags zwischen den Gesellschaften mit Zustimmung des Gläubigerausschusses; Nachgründungsverfahren (§ 52 AktG) wird eingehalten; Gegenleistung ist die Übernahme von Schulden durch die Neu-AG.
- Das bar eingelegte Geld fließt in Vollzug der Schuldbefreiung sogleich wieder ab, im Wesentlichen zugunsten der Hausbank der Alt-AG, die damit einen der Schuldnerin gewährten Kontokorrentkredit zurückführt.

2. Problem Nr. 1: Gründerfähigkeit einer insolventen Gesellschaft?

- Kein präventives Beteiligungsverbot einer insolventen Gesellschaft; nach Vorstellung des Gesetzgebers reicht (wohl) die repressive Sicherung der Einlagepflicht durch § 46 Abs. 2 AktG bzw. § 24 GmbH.

3. Problem Nr. 2: Die übertragende Sanierung als Nachgründungsgeschäft

a) Zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 AktG

- Verträge zwischen der Gesellschaft und einem ihrer Gründer bedürfen der Zustimmung der Hauptversammlung *und* der Eintragung in das Handelsregister, *wenn* der Preis der von der Gesellschaft übernommenen Gegenstände mehr als 10% des Grundkapitals beträgt und der Vertrag binnen zwei Jahren seit Eintragung der Gesellschaft geschlossen wird.
- Diese Voraussetzungen sind im Ausgangsfall zweifellos erfüllt; es zeigt sich das gesellschaftsrechtliche Misstrauen an der Preisfindung durch Insider.

b) Eingreifen eines Ausnahmeverbehalts nach § 52 Abs. 9 AktG?

- Ein Ausnahmetatbestand iSv. § 52 Abs. 9 AktG liegt nicht vor, insbesondere ist die übertragende Sanierung nicht dem Erwerb in der *Zwangsvollstreckung* gleichzustellen.
- Zwar mag ein Erwerb im Insolvenzverfahren in bestimmten Fällen gleichzustellen sein; das gilt aber *nicht* für die „übertragende Sanierung“, weil die Preisbildung hier nicht gerichtlich überwacht wird.

c) Haftungsfolgen bei fehlerhafter Nachgründung

- Unwirksamkeit des Nachgründungsgeschäfts einschließlich aller Ausführungsgeschäfte bei Missachtung der Wirksamkeitsvoraussetzungen (§ 52 Abs. 1 S. 2 AktG); die an die Gesellschaft geflossene Gegenleistung ist verbotene Einlagenrückgewähr (§ 62 AktG).
- Bei Beachtung der *Wirksamkeitsvoraussetzungen* des § 52 (Schriftform; Zustimmung der Hauptversammlung) wird bei fehlerhafter Nachgründung (insbes. Überbewertung) die Nachgründungshaftung nach § 53, 46 f., 49-51 AktG ausgelöst.
- Die Haftung erstreckt sich gem. § 53 S. 2 AktG auf alle *Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder* der Auffanggesellschaft, die Angaben zur Werthaltigkeit der übernommenen Gegenstände machen müssen und bei leicht fahrlässiger Unrichtigkeit auf Schadensersatz haften; Verschulden wird vermutet (§ 46 Abs. 1 S. 3 AktG; § 53 S. 3 AktG).
- *Nachgründungsprüfer* haften für erkennbare Mängel aus §§ 53, 49, 323 AktG.
- Besonderes Haftungsproblem bei Missachtung der Zuständigkeit der *Gläubigerversammlung* (§ 162 InsO): Hieraus folgt *wegen evidenter Insolvenzzielwidrigkeit* die Unwirksamkeit des Unternehmenskaufs (Folge: Überbewertung).

4. Problem Nr. 3: Zur Haftung nach den Regeln der verdeckten Sacheinlage

a) Ausgangspunkt; Tatbestand und Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage

- Verhältnis zwischen verdeckter Sacheinlage und Nachgründung unklar.
- *Rechtsfolgen* der verdeckten Sacheinlage sind strenger als die Nachgründungshaftung nach § 53 AktG, weil Bareinlagepflicht als nicht erfüllt anzusehen ist.
- Für Aufbringung haften auch *sämtliche Organmitglieder*, die an der nicht korrekten Mittelaufbringung mitgewirkt haben (§ 37 Abs. 1 S. 2 AktG).
- Ferner kommt eine Haftung der übrigen *Gründer* in Betracht (§ 46 Abs. 1, 2 und 4 AktG).

- Der *Tatbestand* einer verdeckten Sacheinlage ist eindeutig erfüllt, wenn die Auffanggesellschaft mit Bareinlagen zum Zwecke der übertragenden Sanierung gegründet wird und sodann von der insolventen Gesellschaft, also ihrer Aktionärin, deren Unternehmen erwirbt.
- Weil die Übernahme des Unternehmens Zweck der Gründung war, kommt es nicht darauf an, ob der Kaufvertrag innerhalb von 6 Monaten nach Eintragung der Auffanggesellschaft geschlossen wird.
- Ebenfalls belanglos ist, ob der Kaufpreis den Einlagebetrag übersteigt (BGH v. 20.11.2006 – II ZR 176/05, ZIP 2007, 178, 180 f.).
- Der MoMiG-RegE ändert hieran für die AG nichts, wird aber die Folgen einer verdeckten Sacheinlage in der GmbH gem. § 19 Abs. 4 GmbH-E auf die Differenzhaftung des Inferenten (§ 9 GmbHG) beschränken, sofern dieser die Werthaltigkeit des Gegenstands im Zeitpunkt der Anmeldung nachweist.

b) *Zum Verhältnis zwischen Nachgründung und verdeckter Sacheinlage*

- Regeln der verdSE gelten unproblematisch, wenn die Beteiligten die Voraussetzungen der Nachgründung missachten; problematisch sind aber die Rechtsfolgen, wenn die Parteien ein Nachgründungsverfahren tatsächlich durchgeführt haben.
- § 52 Abs. 10 AktG sagt zwar, dass das Nachgründungsgeschäft in diesem Falle trotz § 27 Abs. 3 AktG *wirksam* bleibt; nicht geregelt ist aber die fehlende Erfüllungswirkung der Bareinlageleistung.
- Höchststrichterliche Klärung steht aus; *obiter dicta* sprechen aber eher *gegen* eine nachträgliche Erfüllungswirkung (BGHZ 110, 47, 60 und BGHZ 131, 141, 148 f.).
- Folge ist, dass auch eine durchgeführte Nachgründung nichts mehr an der fehlenden Erfüllung der Bareinlagepflicht ändern kann; Inferent hat seine Bareinlage nebst Zinsen gem. § 62 Abs. 2 S. 2 AktG erneut zu erbringen, ohne die – wirksam übertragenen – Vermögensgegenstände zurückerhalten zu können.

c) *Fazit*

- Hohes Risiko geht ein, wer die übertragende Sanierung im Wege einer Bargründung durchführt, sofern die Schuldnergesellschaft an der Auffanggesellschaft beteiligt wird; und zwar auch dann, wenn der Kaufvertrag als Nachgründungsgeschäft behandelt wird.
- Das gilt auch im Falle einer wirtschaftlichen Neugründung (verbunden mit einer Barkapitalerhöhung), sofern die insolvente Gesellschaft an der Auffanggesellschaft selbst beteiligt wird.
- Es empfiehlt sich daher, den Weg einer Sachgründung bzw. -übernahme, nicht denjenigen der Nachgründung, zu beschreiten.

IV. Variante 3: An der Auffanggesellschaft sind Gesellschafter oder Organmitglieder der insolventen Gesellschaft beteiligt

- Sind an der Auffanggesellschaft zwar nicht die insolvente Gesellschaft selbst, aber deren Gesellschafter oder Organmitglieder beteiligt, so liegt *insolvenzrechtlich* ein Insiderfall vor, sofern die maßgeblich beteiligten Gesellschafter oder Organmitglieder der insolventen Gesellschaft wiederum maßgeblich an der Auffanggesellschaft beteiligt werden – und dies ist bereits bei einem Kapitalanteil von wenigstens 20% anzunehmen.

- *Gesellschaftsrechtlich* kommt es für die Geltung des Nachgründungstatbestands *und* der Regeln der verdSE (in AG und GmbH) darauf an, ob die Zahlung des Kaufpreises an die insolvente Gesellschaft den Gesellschaftern *der Auffanggesellschaft zuzurechnen* ist.
- Nach der Rspr. des II. Senats (BGH v. 12.2.2007 – II ZR 272/05, ZIP 2007, 528; BGHZ 153, 107, 111), ist dies „jedenfalls“ der Fall, wenn die andere Gesellschaft (insolvente Gesellschaft) von dem Gesellschafter *abhängig* ist, grundsätzlich also bei dessen Mehrheitsbeteiligung.
- Entsprechend hat zu Recht das OLG Köln (BB 1996, 2217) entschieden, wenn beide Gesellschaften aus *denselben* Gesellschaftern bestehen.
- Dieser Gedanke greift auch dann, wenn die Gesellschafterkreise nicht vollkommen deckungsgleich sind, die an beiden Gesellschaften beteiligten Gesellschafter die insolvente Gesellschaft aber *gemeinsam* beherrschen.
- Darüber hinausgehend ist für die Fälle der übertragenden Sanierung die Wertung des Insolvenzrechts (§§ 138, 162 InsO) ins Gesellschaftsrecht zu übernehmen, so dass schon eine Beteiligung von 20% an der insolventen Gesellschaft ausreicht.
- Ist daher einer der Aktionäre der Auffanggesellschaft allein – oder sind mehrere Aktionäre gemeinsam – zu wenigstens 20% an der insolventen Gesellschaft beteiligt, so ist nicht nur der Nachgründungstatbestand erfüllt, vielmehr gelten auch die Regeln der verdeckten Sacheinlage und damit insgesamt das Gleiche wie bei Variante 2.
- In Einzelfällen kommt auch eine Zurechnung ohne Kapitalbeteiligung in Betracht, wenn die (Auffang-)Gesellschaft „auf Geheiß“ ihres Gesellschafters und in dessen *Interesse* gehandelt hat.
- Unabhängig von der Zurechnungsproblematik, bedarf die Übernahme der Gesellschaft in der AG aber jedenfalls einer Verlautbarung in der Satzung *als Sachübernahme* iSv. § 27 Abs. 1 S. 1 Var. 2 AktG; denn hierfür reicht die Übertragung durch *jeden* Dritten, sofern sie bei der Gründung feststeht (Folge bei Missachtung: § 27 Abs. 3 AktG).
- *Fazit:*
 - o Die Übertragung des Unternehmens auf die Auffanggesellschaft bedarf in der AG als Sachübernahme jedenfalls der Festsetzung in der Satzung nebst einer entsprechenden Gründungskontrolle des Preises.
 - o Ist ein Aktionär der Auffanggesellschaft allein oder sind mehrere Aktionäre gemeinsam zu mindestens 20% an der insolventen Gesellschaft beteiligt, gelten auch die Regeln der verdeckten Sacheinlage; dann steht auch die Nichterfüllung der Bareinlagepflicht der betroffenen Aktionäre in Frage, und zwar nach dem zu Var. 2 Gesagten selbst dann, wenn ein Nachgründungsverfahren durchgeführt wurde.
 - o Diese Grundsätze gelten auch für die *wirtschaftliche Neugründung* einer Vorratsgesellschaft.

Anhang: Gesetzesauszüge

§ 27 AktG Sacheinlagen. Sachübernahmen

(1) ¹Sollen Aktionäre Einlagen machen, die nicht durch Einzahlung des Ausgabebetrags der Aktien zu leisten sind (Sacheinlagen), oder soll die Gesellschaft vorhandene oder herzustellende Anlagen oder andere Vermögensgegenstände übernehmen (Sachübernahmen), so müssen in der Satzung festgesetzt werden der Gegenstand der Sacheinlage oder der Sachübernahme, die Person, von der die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Nennbetrag, bei Stückaktien die Zahl der bei der Sacheinlage zu gewährenden Aktien oder die bei der Sachübernahme zu gewährende Vergütung. ²Soll die Gesellschaft einen Vermögensgegenstand übernehmen, für den eine Vergütung gewährt wird, die auf die Einlage eines Aktionärs angerechnet werden soll, so gilt dies als Sacheinlage.

(2) Sacheinlagen oder Sachübernahmen können nur Vermögensgegenstände sein, deren wirtschaftlicher Wert feststellbar ist; Verpflichtungen zu Dienstleistungen können nicht Sacheinlagen oder Sachübernahmen sein.

(3) ¹Ohne eine Festsetzung nach Absatz 1 sind Verträge über Sacheinlagen und Sachübernahmen und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung der Gesellschaft gegenüber unwirksam. ²Ist die Gesellschaft eingetragen, so wird die Gültigkeit der Satzung durch diese Unwirksamkeit nicht berührt. ³Ist die Vereinbarung einer Sacheinlage unwirksam, so ist der Aktionär verpflichtet, den Ausgabebetrag der Aktie einzuzahlen.

(4) Nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister kann die Unwirksamkeit nicht durch Satzungsänderung geheilt werden.

(5) Für die Änderung rechtswirksam getroffener Festsetzungen gilt § 26 Abs. 4, für die Beseitigung der Satzungsbestimmungen § 26 Abs. 5.

§ 52 AktG Nachgründung

(1) ¹Verträge der Gesellschaft mit Gründern oder mit mehr als 10 vom Hundert des Grundkapitals an der Gesellschaft beteiligten Aktionären, nach denen sie vorhandene oder herzustellende Anlagen oder andere Vermögensgegenstände für eine den zehnten Teil des Grundkapitals übersteigende Vergütung erwerben soll, und die in den ersten zwei Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geschlossen werden, werden nur mit Zustimmung der Hauptversammlung und durch Eintragung in das Handelsregister wirksam. ²Ohne die Zustimmung der Hauptversammlung oder die Eintragung im Handels-

register sind auch die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung unwirksam.

(2) ¹Ein Vertrag nach Absatz 1 bedarf der schriftlichen Form, soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist. ²Er ist von der Einberufung der Hauptversammlung an, die über die Zustimmung beschließen soll, in dem Geschäftsraum der Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre auszulegen. ³Auf Verlangen ist jedem Aktionär unverzüglich eine Abschrift zu erteilen. ⁴In der Hauptversammlung ist der Vertrag auszulegen. ⁵Der Vorstand hat ihn zu Beginn der Verhandlung zu erläutern. ⁶Der Niederschrift ist er als Anlage beizufügen.

(3) ¹Vor der Beschlußfassung der Hauptversammlung hat der Aufsichtsrat den Vertrag zu prüfen und einen schriftlichen Bericht zu erstatten (Nachgründungsbericht). ²Für den Nachgründungsbericht gilt sinngemäß § 32 Abs. 2 und 3 über den Gründungsbericht.

(4) ¹Außerdem hat vor der Beschlußfassung eine Prüfung durch einen oder mehrere Gründungsprüfer stattzufinden. ²§ 33 Abs. 3 bis 5, §§ 34, 35 über die Gründungsprüfung gelten sinngemäß.

(5) ¹Der Beschluß der Hauptversammlung bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. ²Wird der Vertrag im ersten Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geschlossen, so müssen außerdem die Anteile der zustimmenden Mehrheit mindestens ein Viertel des gesamten Grundkapitals erreichen. ³Die Satzung kann an Stelle dieser Mehrheiten größere Kapitalmehrheiten und weitere Erfordernisse bestimmen.

(6) ¹Nach Zustimmung der Hauptversammlung hat der Vorstand den Vertrag zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. ²Der Anmeldung ist der Vertrag mit dem Nachgründungsbericht und dem Bericht der Gründungsprüfer mit den urkundlichen Unterlagen beizufügen.

(7) Bestehen gegen die Eintragung Bedenken, weil die Gründungsprüfer erklären oder weil es offensichtlich ist, daß der Nachgründungsbericht unrichtig oder unvollständig ist oder den gesetzlichen Vorschriften nicht entspricht oder daß die für die zu erwerbenden Vermögensgegenstände gewährte Vergütung unangemessen hoch ist, so kann das Gericht die Eintragung ablehnen.

(8) Einzutragen sind der Tag des Vertragsschlusses und der Zustimmung der Hauptversammlung sowie der oder die Vertragspartner der Gesellschaft.

(9) Vorstehende Vorschriften gelten nicht, wenn der Erwerb der Vermögensgegenstände im Rahmen

der laufenden Geschäfte der Gesellschaft, in der Zwangsvollstreckung oder an der Börse erfolgt.

(10) Ein Vertrag nach Absatz 1 ist, gleichviel ob er vor oder nach Ablauf von zwei Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geschlossen ist, nicht deshalb unwirksam, weil ein Vertrag der Gründer über denselben Gegenstand nach § 27 Abs. 3 der Gesellschaft gegenüber unwirksam ist.

§ 138 InsO Nahestehende Personen

(1) Ist der Schuldner eine natürliche Person, so sind nahestehende Personen:

1. der Ehegatte des Schuldners, auch wenn die Ehe erst nach der Rechtshandlung geschlossen oder im letzten Jahr vor der Handlung aufgelöst worden ist;
- 1a. der Lebenspartner des Schuldners, auch wenn die Lebenspartnerschaft erst nach der Rechtshandlung eingegangen oder im letzten Jahr vor der Handlung aufgelöst worden ist;
2. Verwandte des Schuldners oder des in Nummer 1 bezeichneten Ehegatten oder des in Nummer 1a bezeichneten Lebenspartners in auf- und absteigender Linie und voll- und halbblütige Geschwister des Schuldners oder des in Nummer 1 bezeichneten Ehegatten oder des in Nummer 1a bezeichneten Lebenspartners sowie die Ehegatten oder Lebenspartner dieser Personen;
3. Personen, die in häuslicher Gemeinschaft mit dem Schuldner leben oder im letzten Jahr vor der Handlung in häuslicher Gemeinschaft mit dem Schuldner gelebt haben.

(2) Ist der Schuldner eine juristische Person oder eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, so sind nahestehende Personen:

1. die Mitglieder des Vertretungs- oder Aufsichtsorgans und persönlich haftende Gesellschafter des Schuldners sowie Personen, die zu mehr als einem Viertel am Kapital des Schuldners beteiligt sind;
2. eine Person oder eine Gesellschaft, die auf Grund einer vergleichbaren gesellschaftsrechtlichen oder dienstvertraglichen Verbindung zum Schuldner die Möglichkeit haben, sich über dessen wirtschaftliche Verhältnisse zu unterrichten;
3. eine Person, die zu einer der in Nummer 1 oder 2 bezeichneten Personen in einer in Absatz 1 bezeichneten persönlichen Verbindung steht; dies gilt nicht, soweit die in Nummer 1 oder 2 bezeichneten Personen kraft Gesetzes in den Angelegenheiten des Schuldners zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.

§ 162 InsO Betriebsveräußerung an besonders Interessierte

(1) Die Veräußerung des Unternehmens oder eines Betriebs ist nur mit Zustimmung der Gläubigerversammlung zulässig, wenn der Erwerber oder eine Person, die an seinem Kapital zu mindestens einem Fünftel beteiligt ist,

1. zu den Personen gehört, die dem Schuldner nahestehen (§ 138),
2. ein absonderungsberechtigter Gläubiger oder ein nicht nachrangiger Insolvenzgläubiger ist, dessen Absonderungsrechte und Forderungen nach der Schätzung des Insolvenzgerichts zusammen ein Fünftel der Summe erreichen, die sich aus dem Wert aller Absonderungsrechte und den Forderungsbeträgen aller nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger ergibt.

(2) Eine Person ist auch insoweit im Sinne des Absatzes 1 am Erwerb beteiligt, als ein von der Person abhängiges Unternehmen oder ein Dritter für Rechnung der Person oder des abhängigen Unternehmens am Erwerb beteiligt ist.