BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 302/05

Verkündet am:
12. März 2007
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

AktG §§ 9 Abs. 1, 36 a Abs. 2, 188 Abs. 2;
UmwG § 2 Nr. 1, §§ 67, 69 Abs. 1 Satz 1

Bei einer Verschmelzung von Aktiengesellschaften im Wege der Aufnahme (§ 2 Nr. 1 UmwG) mit Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft (§ 69 UmwG) trifft die Aktionäre der beteiligten Rechtsträger im Fall einer Überbewertung des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers grundsätzlich keine (verschuldensunabhängige) Differenzhaftung.

BGH, Urteil vom 12. März 2007 - II ZR 302/05 - OLG München
LG München II

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. März 2007 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Kraemer, Dr. Strohn, Caliebe und Dr. Reichart

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 27. Oktober 2005 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der Wo. AG (nachfolgend Schuldnerin), die im Jahr 1999 als sog. "Mantelgesellschaft" mit der Bezeichnung "E. AG" und einem Grundkapital von 50.000,00 € gegründet worden ist. Nach dem Erwerb ihrer Aktien durch B. W. (nachfolgend B.W.) wurden durch Hauptversammlungsbeschluss vom 20. März 2000 ihre bisherige Firma geändert und ihr Sitz verlegt. Aufgrund Verschmelzungsvertrages vom 8. Juni 2000 übernahm sie - unter Erhöhung ihres Grundkapitals auf 3,25 Mio. € - das Vermögen der W. W. AG (im folgenden WW. AG). Diese Gesellschaft war im Jahr 1997 von B.W. gegründet worden, der auch ihr Alleinvorstand war. Ihr Grundkapital betrug zuletzt nach mehreren Kapitalerhöhungen 3,2 Mio. €. Mit der Verschmelzung auf die Schuldnerin beabsichtigte B.W. angeblich, etwaige Mängel der zweiten Kapitalerhöhung der WW. AG zu beheben. Vorher veräußerte er durch Vertrag vom

18. April 2000 Teile seiner WW. -Aktien u.a. an die Beklagte, die damit 476.800 Stammaktien bzw. 14,9 % des Grundkapitals der WW. AG zum Preis von ca. 21,5 Mio. DM erwarb. Gemäß dem Verschmelzungsvertrag vom 8. Juni 2000 sollten die WW. -Aktien 1 : 1 in entsprechende Inhaberstückaktien der Schuldnerin im Nennbetrag von je 1,00 € umgetauscht werden. Die Bewertung des zu übertragenden Vermögens der WW. AG beruhte auf Testaten der vorangegangenen Jahresabschlüsse durch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, die im Zuge einer gemäß §§ 67 UmwG, 52 Abs. 4 AktG für die Schuldnerin durchgeführten Nachgründungsprüfung feststellte, dass der - auf ca. 120 Mio. DM geschätzte - Wert des von der Schuldnerin zu übernehmenden Unternehmens der WW. AG den Nennbetrag der dafür zu gewährenden Aktien bei weitem erreiche. Nach Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister (15. November 2000) stellte sich heraus, dass die WW. AG schon vor dem Aktienerwerb der Beklagten überschuldet und wertlos war, weil B.W. in großem Umfang Scheinumsätze verbucht und die Bilanzen gefälscht hatte. Am 1. Juni 2001 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Kläger als Verwalter bestellt.

2 Mit der Klage begehrt der Kläger von der Beklagten Zahlung des Nennbetrags der ihr von der Schuldnerin gewährten Aktien in Höhe von 476.800,00 €. Er hat die Auffassung vertreten, dass die Beklagte als ehemalige Gesellschafterin der WW. AG eine Differenzhaftung entsprechend §§ 9, 56 GmbHG treffe, zumal ihr Geschäftsführer - was die Beklagte bestreitet - bereits zur Zeit der Verschmelzung von der Wertlosigkeit der übertragenden Gesellschaft (WW. AG) Kenntnis gehabt habe. Das Landgericht hat der Klage entsprochen; das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Dagegen richtet sich die - von dem Berufungsgericht zugelassene - Revision des Klägers, mit der er geltend macht, die Beklagte unterliege jedenfalls als "Gründungsgesellschafterin"

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

der im Zuge der Verschmelzung "wirtschaftlich neu gegründeten" Schuldnerin einer Kapitaldeckungshaftung.

Entscheidungsgründe:

3 Die Revision bleibt erfolglos.

4 I. Zu Recht und insoweit von der Revision im Grundsatz auch nicht beanstandet meint das Berufungsgericht (ZIP 2005, 2108 = NZG 2006, 73; zust. Cranshaw juris PR-InsR 17/2006 Anm. 4; Grunewald, EWiR 2006, 29; krit. Thoß, NZG 2006, 376; Wälzholz, AG 2006, 469), dass die Beklagte in ihrer Eigenschaft als ehemalige Gesellschafterin des übertragenden Rechtsträgers (WW. AG) keine Differenzhaftung auf Ausgleich des Unterschieds zwischen dem Wert des übertragenen Vermögens und dem Nennbetrag der ihr gewährten Aktien der Schuldnerin trifft.

5 1. Einer solchen Differenzhaftung unterliegt gemäß §§ 9, 56 Abs. 2 GmbHG der Gesellschafter einer GmbH bei deren Gründung oder Kapitalerhöhung, wenn der Wert der von ihm versprochenen Sacheinlage den Betrag der dafür übernommenen Stammeinlage nicht erreicht. Im Aktiengesetz fehlt zwar eine entsprechende ausdrückliche Haftungsanordnung; sie wird jedoch im Schrifttum aus § 36 a Abs. 2 Satz 3 AktG sowie - für die Kapitalerhöhung - aus dem auf diese Vorschrift verweisenden § 188 Abs. 2 Satz 1 AktG gefolgert (vgl. Hüffer, AktG 7. Aufl. § 183 Rdn. 21; MünchKommAktG/Peifer 2. Aufl. § 183 Rdn. 72 jew. m.w.Nachw.). Nach ständiger Rechtsprechung des Senates, die bis in die Zeit vor Einfügung der §§ 9 GmbHG, 36 a Abs. 2 AktG zurückreicht und deren Vorbild war, rechtfertigt sich die Differenzhaftung des Sacheinlegers im Aktienrecht aus seiner mit der Übernahme bzw. mit der Zeichnung von Akti-

en in einem bestimmten Nennbetrag zwangsläufig verbundenen Kapitaldeckungszusage in Verbindung mit dem Verbot einer Unterpariemission gemäß § 9 Abs. 1 AktG (BGHZ 64, 52, 62; 68, 191, 195; Hüffer aaO § 27 Rdn. 28), dessen Inhalt § 36 a Abs. 2 Satz 3 AktG für die Sacheinlage lediglich konkretisiert (vgl. Hüffer aaO § 36 a Rdn. 6). Die Vereinbarung einer Sacheinlage ist ein körperschaftliches Hilfsgeschäft (BGHZ 45, 342 ff.), mit dem der Gesellschaft Sachwerte in Höhe des von dem Inferenten übernommenen Einlagebetrages zugeführt werden sollen (vgl. Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG 16. Aufl. § 5 Rdn. 13).

6 2. Die genannten Grundsätze sind auf die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers (§ 2 Nr. 1 UmwG) im (vorliegenden) Fall einer Verschmelzung von Aktiengesellschaften (§§ 60 ff. UmwG) mit Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft (§ 69 UmwG), wie hier der Schuldnerin, nicht übertragbar.

7 a) Zwar bezeichnet § 69 Abs. 1 UmwG das zu übertragende Vermögen als "Sacheinlage". Jedoch bestimmt § 69 Abs. 1 Satz 1 UmwG ausdrücklich, dass u.a. § 188 Abs. 2 AktG nicht anzuwenden ist. Damit entfällt auch dessen Verweisung auf § 36 a Abs. 2 Satz 3 AktG als Grundlage für eine Differenzhaftung (vgl. Hüffer aaO § 183 Rdn. 21). Des weiteren schließt § 69 Abs. 1 Satz 1 UmwG die Anwendung des § 185 AktG aus. Diese Vorschrift betrifft den Zeichnungsschein, der Grundlage für eine Einlageverpflichtung des zeichnenden Aktionärs ist. Der Ausschluss der beiden Vorschriften trägt dem Umstand Rechnung, dass die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers ihre Mitgliedschaft in der übernehmenden AG - anders als bei einer "normalen" Kapitalerhöhung (vgl. dazu Hüffer aaO § 189 Rdn. 3) - nicht durch Zeichnung der neuen Aktien, sondern durch den Verschmelzungsvertrag erlangen (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG), und dass sie insbesondere auch keine Leistungspflicht hinsichtlich der

"Sacheinlage" im Sinne von § 36 a Abs. 2 AktG übernehmen (vgl. Lutter/Grunewald, UmwG 3. Aufl. § 69 Rdn. 15, 18, 27; Lutter/Winter aaO § 55 Rdn. 18; Stratz in Schmitt/Hörtnagel/Stratz, UmwG 4. Aufl. § 69 Rdn. 9, 11; aber auch Rdn. 29). Sachinferent und Partner des Verschmelzungsvertrages mit der übernehmenden Gesellschaft ist vielmehr der übertragende Rechtsträger (§ 4 UmwG).

8 Der Verschmelzungsvertrag wird zwar nur mit Zustimmung der Gesellschafterversammlungen beider Rechtsträger wirksam (§ 13 UmwG); zudem bedarf die Kapitalerhöhung gemäß §§ 69 Abs. 1 Satz 1 UmwG, 182 Abs. 1 AktG eines Hauptversammlungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung der übernehmenden Aktiengesellschaft. Keiner dieser Zustimmungsbeschlüsse enthält jedoch eine Kapitaldeckungszusage der Aktionäre, die als Grundlage für eine Differenzhaftung erforderlich wäre (vgl. Lutter/Grunewald aaO § 69 Rdn. 27; Zimmermann in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG 4. Aufl. Anh. nach § 77 Rdn. 385 m.w.Nachw.; Kallmeyer/Marsch-Barner, UmwG 3. Aufl. § 69 Rdn. 18). Insofern unterscheidet sich die Rechtslage von derjenigen in § 9 GmbHG. Ob diese Vorschrift gleichwohl bei der GmbH-Verschmelzung mit Kapitalerhöhung entsprechend anwendbar ist (befürwortend Kallmeyer aaO § 55 Rdn. 5; Lutter/Winter, UmwG 3. Aufl. § 55 Rdn. 12; Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 55 UmwG Rdn. 81; Semler/Stengel/Reichert, UmwG § 55 Rdn. 11; a.A. Zimmermann aaO), weil § 55 UmwG ihre Anwendung nicht ausdrücklich ausschließt, kann hier im Hinblick darauf dahinstehen, dass eine entsprechende Gesetzeslage im Rahmen des § 69 Abs. 1 Satz 1 UmwG wegen der Unanwendbarkeit des § 36 a Abs. 2 AktG nicht besteht (vgl. auch Cranshaw aaO). Auch im Rahmen des früheren § 22 KapErhG wurde eine Kapitaldeckungsverantwortung der Gesellschafter der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger nur für die GmbH-Verschmelzung diskutiert (befürwortend z.B. Lutter/Hommelhoff, GmbHG 13. Aufl. § 22 KapErhG Rdn. 6; Scholz/Priester,

GmbHG 7. Aufl. § 22 KapErhG Rdn. 11; a.A. Hachenburg/Schilling/Zutt, GmbHG 7. Aufl. § 22 Rdn. 11 m.w.Nachw.), für die AG-Verschmelzung aber von niemandem befürwortet (vgl. Ihrig, GmbHR 1995, 622, 633). Typischerweise haben Aktionäre, insbesondere die Minderheits- und Kleinaktionäre von miteinander zu verschmelzenden Aktiengesellschaften keinen Einfluss auf die Bewertung des Gesellschaftsvermögens (vgl. Lutter/Grunewald aaO § 69 Rdn. 27).

9 b) Der Umstand, dass der übertragende Rechtsträger gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG mit Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister erlischt und deshalb als Schuldner einer Differenzhaftung ausscheidet, ist kein legitimer Grund, stattdessen seine sämtlichen oder auch nur die dem Verschmelzungsvertrag zustimmenden Gesellschafter "konstruktionsbedingt" in die Haftung zu nehmen (so aber z.B. Kallmeyer aaO § 55 Rdn. 5; Thoß, NZG 2006, 376), soweit und solange es dafür an einer klaren gesetzlichen Anordnung fehlt. Auch in dem Parallelfall der Verschmelzung durch Neugründung (§§ 36, 73 ff. UmwG) erlöschen die übertragenden Rechtsträger (§§ 36 Abs. 1, 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG). Dennoch bestimmt § 36 Abs. 2 Satz 2 UmwG, dass als Gründer des neuen Rechtsträgers allein die übertragenden Rechtsträger anzusehen sind (vgl. Semler/Stengel/Bärwaldt, UmwG § 36 Rdn. 18; Lutter/Grunewald § 36 Rdn. 14). Nur sie, nicht aber deren Gesellschafter, treffen die Gründerpflichten, weshalb ihre Gesellschafter auch nicht einer Gründerhaftung gemäß § 46 AktG unterliegen (zutreffend Ihrig aaO S. 622, 634), obgleich sie es sind, welche - wie sonst die Gründer - die Aktien des neuen Rechtsträgers erwerben (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG). Sind sie weder Gründer noch Einlageschuldner, so kann sie aber auch (entgegen der Ansicht von Ihrig aaO S. 634 f.) keine "Kapitaldeckungshaftung" bzw. Differenzhaftung treffen, weil diese eine Einlageverpflichtung des betreffenden Aktionärs voraussetzt und nur aus ihr abgeleitet werden kann. Für eine unterschiedliche Behandlung der Verschmelzung durch Neu-

gründung und der ihr sowohl wirtschaftlich als auch rechtlich ähnelnden Verschmelzung durch Aufnahme fehlt jeder Sachgrund. Hier wie dort richtet sich der aus dem Verschmelzungsvertrag resultierende Sacheinlageanspruch allein gegen die übertragenden Rechtsträger (vgl. auch Ihrig aaO S. 642).

10 c) Ebenso wenig lässt sich eine Differenzhaftung der Aktionäre des übertragenden Rechtsträgers damit begründen, dass sie mit dem Erwerb der Aktien des übernehmenden Rechtsträgers (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG) in eine damit verbundene Kapitaldeckungshaftung einträten (so Ihrig aaO S. 634 f., 642 sowie zu § 55 UmwG Lutter/Winter aaO Rdn. 12 m.w.Nachw.).

11 aa) Da die Aktien aufgrund des Verschmelzungsvertrages (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 UmwG) ohne Zutun der Aktionäre kraft Gesetzes (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG) erworben werden, müsste die Haftung danach auch Aktionäre treffen, die an dem Verschmelzungsbeschluss (§ 65 UmwG) überhaupt nicht mitgewirkt oder gegen ihn gestimmt haben (Lutter/Grunewald aaO § 69 Rdn. 27). Im Ergebnis würde sonach der zwischen den beteiligten Aktiengesellschaften abgeschlossene Verschmelzungsvertrag eine - allgemeinen Grundsätzen widersprechende - Drittverpflichtung (der Aktionäre) auslösen. Im Schrifttum wird zwar zum Teil versucht, diese Folgen dadurch abzumildern, dass in (doppelter) Analogie zu §§ 219 Satz 2, 245 Abs. 1 UmwG nur die dem Verschmelzungsvertrag zustimmenden Aktionäre des übertragenden Rechtsträgers einer Differenzhaftung unterliegen sollen (vgl. Thoß, NZG 2006, 376; vgl. auch Lutter/Winter aaO § 55 Rdn. 12). Richtigerweise trifft aber auch sie keine Differenzhaftung gegenüber dem übernehmenden Rechtsträger, weil sie, wie schon ausgeführt, bei der verschmelzungsdurchführenden Kapitalerhöhung keine Einlagen schulden (vgl. insoweit auch Lutter/Winter aaO § 55 Rdn. 18).

12 bb) Ein derivativer Aktienerwerb von dem übertragenden Rechtsträger, belastet mit einer Nachzahlungspflicht (so tendenziell Ihrig aaO S. 634, 642 mit Hinweis auf Hüffer aaO § 54 Rdn. 4), scheidet aus, weil zum einen der übertragende Rechtsträger naturgemäß nicht mehr als die Übertragung seines ganzen Vermögens schuldet (§ 2 Nr. 1 UmwG) und zum anderen seine Aktionäre nicht dessen Rechtsnachfolger sind, sondern die Aktien aufgrund des Verschmelzungsvertrages i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG unmittelbar von der übernehmenden Gesellschaft erwerben. Dass ein zwingender Zusammenhang zwischen originärem Aktienerwerb und Differenzhaftung nicht besteht, zeigt sich am Beispiel der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln im Fall einer Überbewertung des Gesellschaftsvermögens (vgl. dazu Hüffer aaO § 211 Rdn. 4 f. m.w.Nachw.). Auch dort kann die Gesellschaft nicht Einlagen von den Aktionären nachfordern, weil Einlagepflichten nicht durch einen Hauptversammlungsbeschluss, sondern nur durch Übernahmeerklärung bzw. Zeichnung eines dazu bereiten Inferenten begründet werden können (vgl. Kölner KommAktG/Lutter 2. Aufl. § 211 Rdn. 8; Hüffer aaO). Für den Verschmelzungsbeschluss (§§ 13, 65 UmwG) gilt nichts anderes. Gegenteiliges ergibt sich - entgegen der Ansicht von Ihrig (aaO S. 634 mit Fn. 58) - auch nicht aus dem Senatsurteil vom 5. April 1993 (BGHZ 122, 180, 198 ff.) zur Einlageverpflichtung des Aktionärs bei Ausübung eines mittelbaren Bezugsrechts im Sinne von § 186 Abs. 5 AktG, weil dessen Ausübung einer Zeichnung entspricht, die bei der Verschmelzung auf Seiten der Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers gerade fehlt.

13 d) Soweit eine Differenzhaftung der Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers daraus hergeleitet wird, dass sie den aus seiner Überbewertung resultierenden wirtschaftlichen Vorteil in Form der Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger erhalten (so Lutter/Winter aaO § 55 Rdn. 12; vgl. auch Lutter/Hommelhoff, GmbHG 13. Aufl. § 23 KapErhG Rdn. 5), widerspricht das dem Grundsatz, dass Aktionäre, welche ihre Einlagepflicht (hier gegenüber der

übertragenden Gesellschaft) erfüllt oder Aktien derivativ gutgläubig lastenfrei erworben haben (vgl. dazu Hüffer aaO § 54 Rdn. 4), wie hier die Beklagte von B.W., "ihrer" Gesellschaft - und damit auch einer etwaigen Gesamtsrechtsnachfolgerin - keine weiteren Einlageleistungen schulden, sie insbesondere nicht durch Mehrheitsbeschluss zu solchen Leistungen verpflichtet werden können, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt.

14 Im Übrigen trifft die Erwägung, der Aktionär erhalte mit den Aktien des übernehmenden Rechtsträgers einen seiner Differenzhaftung entsprechenden Wertzuwachs, keineswegs stets zu, wie gerade der vorliegende Fall zeigt. Da die Schuldnerin nur mit dem gesetzlichen Mindestkapital ausgestattet und die WW. AG überschuldet war, haben deren Aktionäre wertlose Aktien erhalten. Eine Differenzhaftung ihrer Aktionäre würde hier obendrein bedeuten, dass sie nicht nur den Nennwert der von ihnen schon einmal bezahlten Aktien nochmals zahlen, sondern darüber hinaus auch eine durch die Verschmelzung entstandene Überschuldung der Schuldnerin ausgleichen müssten, obwohl jedenfalls die Altgläubiger der übertragenden Gesellschaft (hier WW. AG) durch die Verschmelzung keinen Nachteil erlitten haben.

15 e) Zwar können im Allgemeinen die Alt- und die Neugläubiger sowie die Altaktionäre der übernehmenden Gesellschaft durch eine bei ihr negativ zu Buche schlagende Verschmelzung geschädigt werden. Auch das rechtfertigt aber nicht ohne weiteres eine Haftung der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft. Denn auch im Fall einer "normalen" Sachkapitalerhöhung unter Einbringung einer überbewerteten Sacheinlage durch eine Kapitalgesellschaft in eine andere und bei späterer Liquidation oder Insolvenz der Inferentin trifft deren Gesellschafter nicht eine Differenzhaftung, sondern es müssen ggf. Schadensersatzansprüche gegen die für die Überbewertung verantwortlichen Personen geltend gemacht werden (vgl. auch Ihrig aaO S. 624, 634 mit Fn. 56). Entsprechendes

gilt für das Umwandlungsrecht im Hinblick auf Schadensersatzansprüche gemäß §§ 25 ff. UmwG; 93 Abs. 2, 116, 117 AktG sowie § 826 BGB (vgl. Cranshaw aaO; Grunewald, EWiR 2006, 29).

16 Soweit demgegenüber eine Differenzhaftung der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft abzulehnen ist, beruht das - entgegen einer verbreiteten Literaturmeinung (vgl. z.B. Lutter/Winter aaO § 55 Rdn. 12; Stratz aaO § 69 Rdn. 29 m.Nachw.) - nicht auf einer "formalen" Betrachtungsweise, sondern auf dem Fehlen eines dafür erforderlichen Verpflichtungsgrundes, der allein in der rechtsgeschäftlichen Übernahme bzw. Zeichnung von Aktien gegen Sacheinlage des betreffenden Inferenten gesehen werden kann (vgl. auch § 9 GmbHG sowie BGHZ 64, 52, 62).

17 3. Von einem Verschulden der Beklagten abhängige Ansprüche auf Ersatz eines der Schuldnerin entstandenen Schadens macht der Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht geltend. Die Revision erhebt insoweit keine Einwände und beruft sich auch nicht darauf, dass die Beklagte die Wertlosigkeit der (übertragenden) WW. AG vor der Verschmelzung kannte oder kennen musste; vielmehr verfolgt die Revision ausdrücklich nur (verschuldensunabhängige) Ansprüche aus einer Differenz- oder Unterbilanzhaftung der Beklagten.

18 II. Zu Unrecht meint die Revision, die Beklagte unterliege einer Differenzhaftung jedenfalls deshalb, weil sie schon vor der Verschmelzung Gesellschafterin der als Vorratsgesellschaft entstandenen und durch die Verschmelzung "wirtschaftlich neu gegründeten" Schuldnerin gewesen sei.

19 1. Zwar ist nach der Rechtsprechung des Senats die Aktivierung einer Vorratsgesellschaft als "wirtschaftliche Neugründung" zu qualifizieren, auf welche die der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvor-

schriften entsprechend anzuwenden sind (vgl. BGHZ 117, 323, 331 zur AG; BGHZ 153, 158; 155, 318 zur GmbH). Die (beabsichtigte) Aktivierung der Vorratsgesellschaft ist entsprechend §§ 36, 37 AktG zum Handelsregister anzumelden, um dem Registergericht eine (erneute) Gründungsprüfung entsprechend § 38 AktG (vgl. auch § 9 c GmbHG) zu ermöglichen und sicherzustellen, dass die Gesellschaft über die geleisteten Einlagen sowie über ein Vermögen in Höhe ihres verlautbarten Grundkapitals auch tatsächlich noch verfügt. Schuldhaft unrichtige Angaben bei der Registeranmeldung können zur Haftung entsprechend §§ 46, 48 AktG führen. Unabhängig davon haften die Gesellschafter nach dem Modell der Unterbilanzhaftung (BGHZ 155, 318, 326 i.V.m. BGHZ 80, 129, 140; 105, 300, 303; 134, 333; 140, 35), wenn durch eine mit ihrem Einverständnis aufgenommene Geschäftstätigkeit der Gesellschaft vor (bzw. ohne) deren Anmeldung zum Handelsregister Verluste entstanden sind und deshalb das statutarische Grundkapital nicht mehr gedeckt ist (vgl. auch Ulmer in Großkomm.z.GmbHG § 11 Rdn. 105).

20 2. Die Grundsätze der Unterbilanzhaftung finden in dem vorliegenden Fall einer Verschmelzung mit Kapitalerhöhung jedoch keine Anwendung.

21 a) Zum einen ist von der Revision nicht dargetan, dass die beabsichtigte Aktivierung der Schuldnerin nach dem Erwerb ihrer Aktien durch B.W. nicht schon im Zusammenhang mit den am 20. März 2000 beschlossenen Satzungsänderungen (Firma, Sitzverlegung) zum Handelsregister angemeldet worden ist (zur Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen einer Unterbilanzhaftung des Gesellschafters vgl. Sen.Urt. v. 29. September 1997 - II ZR 245/96, ZIP 1997, 2008). Nach dem notariellen Verschmelzungsvertrag vom 8. Juni 2000 waren in diesem Zeitpunkt jedenfalls die genannten Satzungsänderungen sowie der neue Alleinvorstand P. bereits im Handelsregister eingetragen. Nicht ersichtlich ist auch, dass in diesem Zeitpunkt das Grundkapital der

Schuldnerin von 50.000,00 € nicht (mehr) gedeckt war. Die Verschmelzung mit Kapitalerhöhung wurde erst mit deren Registereintragung wirksam (§§ 20 Abs. 1, 66 UmwG; vgl. Lutter/Winter aaO § 53 Rdn. 4).

22 b) Zum anderen geht es hier ohnehin nicht, wie für eine Unterbilanzhaftung erforderlich, um Verluste infolge einer vorzeitig aufgenommenen Geschäftstätigkeit der Schuldnerin, sondern um die Überbewertung des Vermögens der WW. AG im Rahmen der Verschmelzung mit Kapitalerhöhung, die nach den dafür maßgeblichen Vorschriften zum Handelsregister anzumelden waren (§§ 16, 69 Abs. 1 Satz 1 UmwG i.V.m. § 184 Abs. 1 AktG). Zudem wurde die Werthaltigkeit des auf die Schuldnerin übertragenen Unternehmens der WW. AG im Zuge eines Nachgründungsverfahrens gemäß §§ 67 UmwG, 52 Abs. 3, 4, 7 bis 9 AktG geprüft und damit eine ähnliche registergerichtliche Kontrolle wie bei einer Sachgründung gewährleistet. Gemäß § 53 Satz 2 AktG sind die Verwaltungsmitglieder anstelle der Gründer für die Ordnungsmäßigkeit der Nachgründung verantwortlich, weil hier die AG als juristische Person tätig wird, was auch für eine im Zuge der Nachgründung aktivierte Vorrats-AG gilt.

23 3. Entgegen der Ansicht der Revision ist auch eine (von der Unterbilanzhaftung zu unterscheidende) Differenzhaftung wegen der Überbewertung der "Sacheinlage" in Gestalt des Vermögens der WW. AG nicht daraus zu folgern, dass die Beklagte Quasi-Gründungsgesellschafterin der im Zusammenhang mit der Verschmelzung wirtschaftlich neu gegründeten Schuldnerin war. Die Revision verkennt, dass selbst bei der rechtlichen Neugründung einer Aktiengesellschaft nur den betreffenden Sacheinleger, nicht aber die übrigen Aktionäre eine (verschuldensunabhängige) Differenzhaftung trifft (vgl. BGHZ 64, 52, 62). Das gilt erst recht bei einer Sachkapitalerhöhung (vgl. Hüffer aaO § 183 Rdn. 21 m.w.Nachw.) und findet seine Entsprechung darin, dass § 69 Abs. 1 Satz 1 UmwG bei der AG-Verschmelzung mit Kapitalerhöhung die Anwendung des

§ 36 a Abs. 2 Satz 3 AktG ausschließt (vgl. oben I 2 a). Dieser Ausschluss entspricht seinerseits den dargelegten Grundsätzen und stellt nicht, wie die Revision meint, eine nur für die Verschmelzung von zwei operativ tätigen Gesellschaften geltende "Privilegierung" dar. Eine Differenz- oder Vorbelastungshaftung der Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft bei Überbewertung des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers ist denn auch im Schrifttum, soweit ersichtlich, nicht erwogen worden.

24 4. Unergiebig ist schließlich der von der Revision herausgestellte Gesichtspunkt, dass der Hauptaktionär B.W. mit der Verschmelzung die "Heilung" etwaiger Mängel einer Kapitalerhöhung der WW. AG bezweckt haben soll. Insoweit fehlt es schon an konkretem Sachvortrag dazu, dass solche Mängel tatsächlich vorlagen, welcher Art sie waren und inwiefern sich daraus Konsequenzen für eine Haftung der Beklagten ergeben sollen.

Goette Kraemer Strohn

Caliebe Reichart

Vorinstanzen:
LG München II, Entscheidung vom 01.12.2004 - 1 HKO 300/04 -
OLG München, Entscheidung vom 27.10.2005 - 23 U 2826/05 -