

Konzernsteuerrecht

National - International

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Wolfgang Kessler, Steuerberater, Dr. Michael Kröner, Steuerberater, und Prof. Dr. Stefan Köhler, Steuerberater, Bearbeitet von Dr. Christian Altvater, Ute Benzel, Wirtschaftsprüferin und Steuerberaterin, Dr. Wolfram Birkenfeld, Rechtsanwalt, Dr. Jens Blumenberg, Steuerberater, Prof. Dr. Thomas Borstell, Steuerberater, Prof. Dr. Klaus Brocke, Rechtsanwalt, Julian M. Egelhof, Stephan Faber, Dr. Heinrich Fleischer, Steuerberater, Holger Häuselmann, Rechtsanwalt, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, Katharina Henschel, Rechtsanwältin und Steuerberaterin, Christian Hundeshagen, Steuerberater, Claudia Jamin, Rechtsanwältin, Prof. Dr. Christian Kaeser, Rechtsanwalt, Dr. Otto Ferdinand Kerksenbrock, Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Ilse Kröner, Steuerberaterin, Christoph Kromer, Steuerberater, Prof. Dr. Moris Lehner, Prof. em. Dr. Stefan Müller, Michael Oskamp, Dr. Tillmann Pyszka, Rechtsanwalt und Steuerberater, Dr. Rahel Reichold, Martin Reinhold, Dr. Hans-Georg Reuter, Robert Risse, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Thomas Rödder, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, Dr. Arne Schnitger, Steuerberater, Charlotte Schwenk, und Prof. Dr. Ingo Stangl, Steuerberater

3. Auflage 2018. Buch. LVI, 1450 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 66943 9

Format (B x L): 14,1 x 22,4 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Unternehmensrecht > Unternehmen und Steuern, Investitionszulage](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Leistungen an Gesellschafter aufgrund schuldrechtlicher Verträge sind bei der Kapitalgesellschaft gewinnmindernd als **Betriebsausgaben** zu berücksichtigen. Die Leistungen des Gesellschafters aus solchen Verträgen stellen gewinnerhöhende **Einnahmen** dar. Allenfalls soweit die Leistungen der Kapitalgesellschaft bzw. der Gesellschafter unangemessen hoch oder niedrig sind, kann es sich um **verdeckte Gewinnausschüttungen** (§ 8 Abs. 3 S. 2 KStG) bzw. **verdeckte Einlagen** (§ 8 Abs. 1 KStG i. V.m. § 4 Abs. 1 S. 1 und S. 5 EStG) in die Kapitalgesellschaft handeln, die außerbilanziell zu korrigieren sind²³¹. **165**

Das Einkommen von AGs oder GmbHs, die Formkaufleute nach § 6 Abs. 1 HGB sind, ist in vollem Umfang gewerbesteuerpflichtig. Die Tätigkeit einer Kapitalgesellschaft gilt gem. § 2 Abs. 2 GewStG stets als Ausübung eines Gewerbebetriebs. Die Gewerbesteuer ist eine nicht abzugsfähige Betriebsausgabe, § 4 Abs. 5b EStG.²³² **166**

Damit ergibt sich eine Gesamtbelastung von durchschnittlich 30% auf Ebene der Kapitalgesellschaft.

h) Einsatzbereiche im Konzern

Kapitalgesellschaften sind klassische Konzernbausteine. In der Praxis tritt häufig die AG als herrschendes und die GmbH als abhängiges Unternehmen auf. Die zivilrechtlichen (§§ 15 ff., 291 ff., AktG) und steuerlichen (insb. §§ 14 ff., KStG) Konzernrechtsaspekte haben sich vor allem im Kapitalgesellschaftsbereich herausgebildet, da hier der Gegensatz zwischen der rechtlichen Trennung und der wirtschaftlichen Einheit verbundener Unternehmen deutlich zu Tage tritt. Die zivilrechtlichen Vorteile der strikten Trennung zwischen der Ebene der Gesellschaft und der Gesellschafter ziehen steuerlich wegen getrennter Gewinnermittlung und -versteuerung bei Unternehmensverlusten mitunter aber auch Nachteile mit sich. Sowohl im zivilrechtlichen als auch im steuerlichen Bereich zielt das Konzernrecht letztlich auf den Ausgleich der Diskrepanz zwischen wirtschaftlicher Einheit des Unternehmenszusammenschlusses und rechtlicher Trennung der unternehmenstragenden Subjekte. **167**

Die Vorteile der rechtlichen und organisatorischen Eigenständigkeit der Kapitalgesellschaften, wie etwa die getrennte Haftung und die infolgedessen getrennten Insolvenzrisiken einzelner Gesellschaften oder die getrennte Beurteilung im Rahmen der mitbestimmungs- und publizitätsrechtlichen Größenkriterien werden in vielen Bereichen bei zunehmender Verflechtung der unternehmenstragenden Gesellschaften relativiert.²³³

(einstweilen frei)

168–174

2. Aktiengesellschaft (AG)

a) Wesen, Typen und Einsatzbereiche im Konzern

Die AG ist eine Kapitalgesellschaft mit einem in Aktien zerlegten Grundkapital. Sie ist nach ihrem gesetzlichen Leitbild als Publikumsgesellschaft konzipiert. **175**

²³¹ Näher *Gosch* in: Gosch KStG, 3. Aufl. 2015, § 8 Rn. 156 ff.

²³² Anders noch vor der „Unternehmenssteuerreform 2008“.

²³³ Zum materiellen Konzernrecht siehe → Rn. 75 ff.

Allerdings bestehen seit der Novellierung des Aktienrechts 1994²³⁴ Erleichterungen, die die AG auch für kleinere Unternehmen des Mittelstandes attraktiver gestalten (sog. „Kleine AG“). Je nach Gesellschafterstruktur werden in der Literatur unterschieden:

- **Publikumsgesellschaften** mit einer Vielzahl von Aktionären mit jeweils relativ geringem Kapitaleinsatz,
- **majorisierte Gesellschaften**, bei denen die Kapitalmehrheit in den Händen von Mehrheitsaktionären liegt,
- **Einmann-AGs** mit nur einem Aktionär und
- **„Kleine AGs“**, insb. im mittelständischen Bereich, mit einer überschaubaren Zahl von Aktionären (z. B. Familienangehörige).

Die AG ist (neben der KGaA) die einzige Rechtsform, für die der Gesetzgeber die Konzernierung ausdrücklich geregelt hat (§§ 291 ff. AktG); das GmbHG kennt keine Parallelregelungen. Das Konzernrecht ist im Rahmen der Rechtsfortbildung auf GmbH- bzw. Personengesellschaftskonzerne erweitert worden. In praktischer Hinsicht ist freilich die AG der „Standardfall“ der Konzernobergesellschaft; die GmbH der „Standardfall“ der abhängigen Gesellschaft.

- 176 Für die AG sprechen die einfache Übertragbarkeit der Aktien und die umfangreichen Möglichkeiten der (zusätzlichen) Eigenkapitalfinanzierung über den Börsengang (sog. Initial Public Offering – IPO) oder die Ausgabe von Wandel- oder Optionsanleihen. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit der einfachen Beteiligung von Mitarbeitern am Unternehmenserfolg über die Ausgabe von Aktien (sog. „Stock Option-Programme“). Nachteile bestehen aus Sicht von kleineren Unternehmen gegenüber Personengesellschaften oder GmbHs in der Formstrenge der Satzung von AGs, die wenig betriebsindividuelle Anpassungen erlaubt sowie dem zwingend vorgeschriebenen Aufsichtsrat. Auch bringt die freie Übertragbarkeit der Aktien die Gefahr des Fremdeinflusses bei Aktienerwerb durch Dritte mit sich. Möglichkeiten, diese Gefahr auszuschließen, sind die Ausgabe vinkulierter Namensaktien, deren Übertragung der Zustimmung der Gesellschaft bedarf oder die Ausgabe stimmrechtsloser Vorzugsaktien, die nur eine Gewinnbeteiligung verbriefen.

b) Vermögensordnung, Gesellschafterhaftung, Finanzierung

- 177 Das Gesellschaftsvermögen der AG, d. h. die Summe aller ihr zuzuordnenden Vermögensgegenstände, stellt wie bei allen Kapitalgesellschaften grundsätzlich²³⁵ die alleinige Haftungsbasis für die Gesellschaftsgläubiger dar.

Für die AG ist ein Stammkapital in Form eines in Aktien zerlegten Grundkapitals von mindestens 50 000 Euro vorgeschrieben, §§ 1 Abs. 2, 7 AktG.

- 178 Die Höhe des Grundkapitals kann nur im Wege der Satzungsänderung durch **Kapitalerhöhung bzw. -herabsetzung** verändert werden. Hier ist zwischen der **effektiven** und der **nominellen** Kapitalerhöhung oder -herabsetzung zu unterscheiden. Bei der effektiven Kapitalerhöhung werden neue Aktien gegen Einlagen gewährt (§§ 182–191 AktG), es wird also neues Kapital zugeführt. Be-

²³⁴ Sog. Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts vom 2.8.1994, BGBl. I 1994, 1961; z. B. Einmann-Gründung, keine notarielle Beurkundungspflicht bei Beschlüssen der ordentlichen Hauptversammlung einer nicht börsennotierten AG.

²³⁵ Zur Durchgriffshaftung siehe Rn. 152.

sonderheiten ergeben sich bei der **bedingten Kapitalerhöhung** (§§ 192–201 AktG) und der Kapitalerhöhung aus **genehmigtem Kapital** (§§ 202–206 AktG): Die bedingte Kapitalerhöhung erfolgt aufgrund eines „Vorratsbeschlusses“ der Hauptversammlung zu einem spezifizierten Zweck, bspw. um Wandel- oder Optionsanleihen (§ 221 AktG) durch spätere Ausgabe von Bezugsaktien zu bedienen. Bei der Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital wird dem Vorstand durch die Satzung die Möglichkeit eingeräumt, innerhalb von fünf Jahren selbst eine Kapitalerhöhung ohne weitere Satzungsänderung durchzuführen. Die **nominelle Kapitalerhöhung** bringt dagegen keine Zufuhr neuen Kapitals, sondern dient der Bindung vorhandenen Eigenkapitals, §§ 207–220 AktG. Die **effektive Kapitalherabsetzung** ist mit einem Abfluss von Gesellschaftsvermögen verbunden. Sie ist in der Praxis selten und nur unter engen Voraussetzungen der §§ 222–225 AktG zulässig, da Gläubigerinteressen beeinträchtigt werden. Dagegen ist die **nominelle Kapitalherabsetzung** (vereinfachte Kapitalherabsetzung nach §§ 229 ff. AktG) in Verlustsituationen oder bei Wertminderungen von Vermögensgegenständen erforderlich, um das Grundkapital an die veränderte reelle Vermögenslage anzupassen. Sie wird etwa eingesetzt, um die Ausschüttungssperre des § 57 AktG zu überwinden und eine Sanierung unter Zuführung neuen Eigenkapitals durch effektive Kapitalerhöhung zu ermöglichen.²³⁶

Um das Grundkapital dem Zugriff der Aktionäre zu entziehen (nicht aber um dessen schlichten Verbrauch zu verhindern), sieht das AktG eine Reihe von Regelungen zur **Grundkapitalaufbringung und -erhaltung** vor. Wird gegen diese Vorschriften verstoßen, ist ein Zugriff der AG auf das Gesellschafter(privat)vermögen in begrenztem Umfang möglich, siehe nur § 27 Abs. 3, 4, § 41 i. V.m. § 53; § 46, § 62 AktG. 179

Bei der Gründung sind die Prinzipien der **realen Kapitalaufbringung** zu beachten.²³⁷ Es müssen sämtliche Aktien von den Gründern übernommen werden (Einheitsgründung, §§ 2, 29 AktG), d. h. eine Stufengründung, bei der das Publikum Aktien bereits im Gründungsstadium zeichnet ist nicht zulässig. Weiterhin dürfen Aktien nicht unter Nennwert bzw. dem Wert des auf die einzelne Stückaktie entfallenden Grundkapitalbetrags ausgegeben werden (**Verbot der Unterpriemission**, § 9 Abs. 1 AktG). Werden einzelnen Gründern Sondervorteile gewährt, Gründungsaufwand erstattet, Aktien gegen Sacheinlagen ausgegeben oder Sachübernahmen vereinbart, so sind die Einzelheiten gem. §§ 26, 27 AktG in der Satzung festzusetzen (**Satzungspublizität**). Bareinlagen müssen vor der Anmeldung zum Handelsregister mindestens in Höhe eines Viertels des Ausgabebetrages, Sacheinlagen vollständig geleistet sein (§§ 36 Abs. 2, 36a AktG, **sog. eingeforderter Betrag**). Die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften ist im Rahmen eines Gründungsberichts (§ 32 AktG) zu dokumentieren und unterliegt der (externen) Gründungsprüfung, §§ 33 Abs. 2, 34 AktG. Darüber hinaus existieren mit den in Rz. 179 bezeichneten Namen Instrumente, die sowohl in ihrer 180

²³⁶ Vgl. zur Unternehmenssanierung auch unter steuerlichen Gesichtspunkten *Dautel* BB 2002, 1124 ff.; *Wirth* DB 1996, 867 ff.; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 50 Rn. 9f.

²³⁷ *Drygala* in FS Huber, Tübingen 2006, S. 691 ff.; *Bayer/Schmidt* ZGR 2009, 805 ff.; *Lieder* ZIP 2010, 964; Zur Vermögensbindung bei Kapitalgesellschaften vgl. *K. Schmidt* in *Blaurock*, Recht der Unternehmen in Europa, Baden-Baden 1993, S. 103 ff.

präventiven Wirkung als auch nach ihrer inhaltlichen Ausgleichsfunktion die reale Aufbringung des Grundkapitals sicherstellen sollen.

181 Sacheinlagen und Sachübernahmen unterliegen hinsichtlich der Angemessenheit des Leistungsaustausches der Gründungsprüfung (zu Ausnahmen s. §§ 33a, 37a AktG). Liegt formal eine Bareinlage, bei wirtschaftlicher Betrachtung aber eine Sacheinlage vor, besteht der Anspruch der Gesellschaft auf die Einlageleistung fort (verdeckte Sacheinlage). Es kann aber der Wert des überlassenen Vermögensgegenstandes zur Anrechnung gebracht werden, § 27 Abs. 3 AktG. Um die strengen Vorschriften der Sachgründung zu sichern, bestehen im Falle eines späteren Erwerbs von Vermögensgegenständen, bei denen die Vergütung ein Zehntel des Grundkapitals übersteigt (§ 52 AktG), vergleichbare Sicherungen (sog. **Nachgründung**).

182 Im Rahmen der laufenden Geschäftstätigkeit sind die Regelungen zur **Kapitalerhaltung**²³⁸ zu beachten:

- das generelle **Verbot der Einlagenrückgewähr** (§ 57 Abs. 1, 2 AktG)²³⁹,
- das grundsätzliche **Verbot des Erwerbs eigener Anteile** (§§ 71–71e AktG)²⁴⁰ sowie
- das **Verbot der Ausschüttung eines den nominellen Bilanzgewinn übersteigenden Betrags**, § 57 Abs. 3 AktG.

Laufender Gewinn ist in Höhe von 5% des Jahresüberschusses in eine gesetzliche Rücklage (§ 150 AktG) einzustellen, bis eine Gesamthöhe von 10% des Grundkapitals erreicht ist. Das gesetzliche Verbot der Einlagenrückgewähr erstreckt sich nicht nur auf die offenen Gewinnausschüttungen, sondern auch auf Sachverhalte, bei denen einem Aktionär unter dem Deckmantel eines neutralen Rechtsgeschäfts objektiv überhöhte (Gegen-)Leistungen zugewendet werden (sog. **verdeckte Gewinnausschüttung**).²⁴¹ Der Erwerb eigener Aktien außerhalb der gesetzlichen Ausnahmvorschriften der §§ 71–71e AktG fällt ebenfalls unter das Verbot der Einlagenrückgewähr. Entgegen der früher herrschenden Auffassung ist § 57 AktG kein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB, sodass ein Verstoß gegen § 57 AktG weder zur Nichtigkeit des Erfüllungs- noch des Verpflichtungsgeschäfts führt.²⁴² Ansprüche der Gesellschaft gegen die Aktionäre aus §§ 812 ff. BGB kommen infolgedessen nicht in Betracht. Vielmehr richtet sich die Rechtsfolge (Rückgewähranspruch der Gesellschaft) nur nach § 62 AktG. Strittig ist in diesem Zusammenhang allerdings, inwieweit nicht nur Aktionäre Schuldner des Rückgewähranspruchs sein können, sondern auch Dritte u. U. auf Rückgewähr haften können.²⁴³ Für Schäden, die aus Zahlungen an Aktionäre entgegen §§ 71 ff. AktG resultieren, haften jedenfalls Organmitglieder der Gesellschaft aus §§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG (bei Aufsichtsräten i. V.m. § 116 S. 1 AktG).

²³⁸ Grundlegend zur Kapitalerhaltung *Cahn*, Kapitalerhaltung im Konzern, 1998.

²³⁹ Dazu BGH v. 12.3.2013, BGHZ 196, 312; zum Konflikt dieses Verbots mit Ansprüchen aus Prospekthaftung s. BGH v. 31.5.2011, BGHZ 190, 7.

²⁴⁰ Eigene Aktien dürfen nur unter den in § 71 Abs. 1 S. 1 Nr. 1–8 AktG genannten Voraussetzungen erworben werden.

²⁴¹ Vgl. *Hüffer* in *Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl., 2016, § 57 Rn. 8 ff.

²⁴² BGH v. 12.3.2013, BGHZ 196, 312, m. A. v. *Bayer/Scholz* AG 2013, 426 ff. und *Witt* ZGR 2013, 668 ff.; *Winter* NZG 2012, 1371 ff.; *Cahn/v. Spannenberg* in *Spindler/Stilz*-AktG, 3. Aufl., 2015, § 57 Rn. 86 ff.; *Bayer* in *MüKo*-AktG, 4. Aufl. 2016, § 57 Rn. 230; *Koch* in *Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl., 2016, § 57 Rn. 32.

²⁴³ Dazu ausführlich *Bayer* in *MüKo*-AktG, 4. Aufl., 2016, § 57 Rn. 216 ff. m. w. N.

Streitig ist, ob auch sonstige Mitarbeiter der Gesellschaft Schuldner von Schadenersatzansprüchen in diesem Zusammenhang sein können.²⁴⁴

Während vor dem MoMiG die Grundsätze der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen (richterrechtlich entwickelt aus §§ 30, 31 GmbHG a.F.) auch auf die AG Anwendung fanden²⁴⁵, kommt nun auch in der AG nur mehr eine Insolvenzanfechtung der Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen nach Maßgabe der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 129, 135 InsO in Betracht. 183

In der AG kann eine ggf. erforderliche Eigenkapitalbeschaffung auch im Rahmen eines Börsenganges über ein breites Publikum erfolgen. Darüber hinaus ist im Übergangsbereich zwischen Eigen- und Fremdkapital die Ausgabe von Wandel- oder Optionsanleihen möglich.

c) Organisationsstruktur, Mitgliedschaft

Die innere Organisation der AG ist vom Grundsatz der **Satzungsstrenge** (§ 23 Abs. 5 AktG) geprägt, sodass weite Bereiche der gesetzlichen Regelungen nicht abdingbar sind. So besitzt jede AG zwingend drei Organe: 184

- **Vorstand,**
- **Aufsichtsrat** und
- **Hauptversammlung.**

Der jeweilige Zuständigkeitsbereich ist gesetzlich definiert. Angestrebt ist eine Kompetenzverteilung bei gleichzeitiger Machtbalance zwischen den einzelnen Organen.²⁴⁶ Anders als die GmbH kennt das Recht der AG also kein Über- und Unterordnungsverhältnis der Organe zueinander. Die **gesetzliche Leitungsmacht** (§ 76 AktG), **Geschäftsführungskompetenz** (§ 77 AktG) und **Vertretung** (§ 78 AktG) der AG liegen beim **Vorstand**. Durch ihn handelt die AG im Rechtsverkehr. Der Vorstand leitet die Gesellschaft, anders als z.B. der Geschäftsführer der GmbH, **in eigener Verantwortung** und auf eigene Initiative **ohne an Weisungen gebunden zu sein**. Bindungen bestehen allenfalls im Rahmen des Gesellschaftszwecks und der satzungsmäßigen Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrates (§ 111 Abs. 4 S. 2 AktG) sowie mittelbar über die Personalkompetenz des Aufsichtsrates. Die Hauptversammlung der AG kann auf die Geschäftsführung durch den Vorstand direkten Einfluss nur dann ausüben, sofern der Vorstand diese selbst dazu aufruft (§ 119 Abs. 2 AktG).²⁴⁷ Die AG ist deshalb qua ihrer Struktur im Vergleich zur GmbH als Baustein im faktischen Konzern dann weniger geeignet, wenn eine enge Anbindung an die Konzernobergesellschaft gewährleistet werden soll. Solchenfalls bedarf es eines Beherrschungsvertrages. 185

Die Vertretungsmacht des Vorstandes im Außenverhältnis ist unbeschränkbar, § 82 Abs. 1 AktG. Bindungen durch Satzung oder Geschäftsordnung, Aufsichtsrats- oder Hauptversammlungsbeschlüsse wirken nur im Innenverhältnis, sodass ein Verstoß allenfalls Schadenersatzansprüche der Gesellschaft gegen den Vor-

²⁴⁴ Übersicht und vertiefende Einführung in die Problematik bei *Bayer* in MüKo-AktG, § 57 Rn. 216 ff. m. w. N.

²⁴⁵ BGH v. 26.3.1984, BGHZ 90, 381.

²⁴⁶ Vgl. Hüffer in Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 118 Rn. 4.

²⁴⁷ Durch die Rechtsprechung hat sich allerdings eine Ausnahme von diesem Prinzip herausgebildet: Bei Geschäftsführungsmaßnahmen bzgl. sog. Grundlagenentscheidungen, welche Veränderungen nach sich ziehen, die einer Satzungsänderung vorbehalten sind, ist die Zustimmung der Hauptversammlung zwingend; so etwa BGH v. 25.2.1982 (Holzmüller), BGHZ 83, 122; BGH v. 26.4.2004 (Gelatine I), BGHZ 159, 30 (48).

stand begründen kann, § 93 Abs. 2, 3 AktG. Es gilt das Prinzip der Gesamtgeschäftsführung und (aktiven)²⁴⁸ Gesamtvertretung durch alle Vorstandsmitglieder gemeinsam. Die Satzung kann (§ 78 Abs. 2 S. 1 AktG) und wird in aller Regel hiervon abweichend den Vorstandsmitgliedern einzelne Aufgabenbereiche und häufig auch Einzelvertretungsmacht zuweisen.

Der Vorstand wird durch den **Aufsichtsrat** überwacht (§ 111 Abs. 1 AktG) und unterliegt auch mittelbar seiner Kontrolle im Rahmen der dem Aufsichtsrat zustehenden Personalkompetenz, d. h. dem Recht, Vorstandsmitglieder zu bestellen und abzurufen. Die Abberufung des Vorstandes bedarf freilich eines wichtigen Grundes, § 84 Abs. 3 AktG. Dadurch soll eine Abhängigkeit des Vorstandes vom Aufsichtsrat und mithin eine faktische Beeinträchtigung seiner Kompetenz zur eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft verhindert werden.²⁴⁹ Der Aufsichtsrat vertritt die AG gegenüber den Vorstandsmitgliedern, § 112 AktG. Er wirkt an der Feststellung des Jahresabschlusses mit, § 172 AktG.

186 In der **Hauptversammlung** beschließen die Aktionäre über die in § 118 AktG genannten Gegenstände insbesondere über die Bestellung und Abberufung des Aufsichtsrats, die Verwendung des Bilanzgewinns, die Entlastung der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat, Kapitalmaßnahmen und andere Satzungsänderungen oder über die Zustimmung zum Abschluss von Unternehmensverträgen, §§ 118 ff. AktG. Daneben bestehen ungeschriebene Hauptversammlungskompetenzen nach Maßgabe der sog. Holz Müller-Rechtsprechung.²⁵⁰ Für besonders weitreichende Beschlüsse über Strukturmaßnahmen wie z. B. Satzungsänderungen, Umwandlung oder Auflösung bedarf es einer Mehrheit von drei Viertel des bei Beschlussfassung anwesenden Grundkapitals (§ 179 Abs. 2 AktG; damit 25 % Sperrminorität). Sonstige Beschlüsse werden nach dem einfachen Mehrheitsprinzip gefasst. Im Einzelfall kann die Satzung eine andere Kapitalmehrheit bestimmen.²⁵¹

187 Die Mitgliedschaft in der AG setzt eine **Aktienbeteiligung** voraus. Sie beginnt bei Gründung mit der Übernahme der Aktien und bei Zeichnung junger Aktien mit der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung (**originärer Erwerb**). Sie endet bei der Übertragung der Aktie oder bei der Beendigung der AG.²⁵² Mit der Mitgliedschaft verbunden sind insbesondere das Stimm- und Auskunftsrecht in der Hauptversammlung (§§ 12, 134, 131 AktG) sowie die Beteiligung an laufendem Gewinn sowie am Liquidationserlös, § 271 AktG. Die Aktie verbrieft die Mitgliedschaft.²⁵³ Grundsätzlich gewährt jede Aktie eine Stimme in der Hauptversammlung sowie eine proportionale Beteiligung am per Gewinn-

²⁴⁸ Zur passiven Stellvertretung (Entgegennahme von Willenserklärungen) ist hingegen jedes Mitglied des Vorstandes einzeln berechtigt, § 78 Abs. 2 S. 2 AktG.

²⁴⁹ Koch in Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 84 Rn. 34. Der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung ist ein wichtiger Grund (§ 84 Abs. 3 S. 2 Var. 3), nicht aber das bloße Bestreben, den Vorstand zu verkleinern (OLG Frankfurt v. 17.2.2015, NZG 2015, 514).

²⁵⁰ Zu ungeschriebenen Kompetenzen der Hauptversammlung nach der Holz Müller- und der Gelatine-Rechtsprechung vgl. Koch in Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 119 Rn. 16 ff.; Fleischer NJW 2004, 2335.

²⁵¹ Vgl. Hüffer in Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 179 Rn. 33 ff.

²⁵² Ferner bei Kaduzierung, Einziehung, Ausschluss oder Austritt.

²⁵³ Der Begriff wird im AktG in verschiedenen Bedeutungen verwendet und bezeichnet Mitgliedschaft als solche, Wertpapier und Beteiligungsquote gleichermaßen.

verwendungsbeschluss festgestellten auszuschüttenden Gewinn (sog. Stammaktien). Das Stimmrecht kann nur ausgeschlossen werden, wenn kompensierend eine Vorzugsdividende gewährt wird (**sog. stimmrechtslose Vorzugsaktien**, §§ 12 Abs. 1 S. 2, 139 ff. AktG). Mehrstimmrechtsaktien sind unzulässig (§ 12 Abs. 2 AktG); Beschränkungen des Stimmrechts kann die Satzung hingegen vorsehen, § 134 Abs. 1 S. 2, 5 AktG. Darüber hinaus ist es den Aktionären möglich, Stimmbindungsverträge abzuschließen, um ihren Einfluss in der Hauptversammlung zu bündeln.²⁵⁴

d) Gründung, Gesellschafterwechsel, Auflösung

Durch einen formlosen Entschluss der Gesellschafter entsteht die Vorgründungsgesellschaft. Mit notarieller Beurkundung der Feststellung der Satzung²⁵⁵ und Übernahme der Aktien entsteht sodann die Vor-AG.²⁵⁶ Im Anschluss erfolgt die Bestellung der Organe durch die Gründerversammlung, die Mindesteinzahlung auf das Grundkapital und eventuell Gründungsbericht/Gründungsprüfung. Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen vor, ist die AG zum Handelsregister anzumelden und einzutragen. Das Registergericht hat eine materielle Prüfungskompetenz hinsichtlich der Einhaltung der Gründungsvorschriften und kann ggf. die Eintragung ablehnen.

Die Übertragung der Mitgliedschaft (**derivativer Erwerb**) erfolgt nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen: Inhaberaktien werden nach den §§ 929 ff. BGB übereignet; das Mitgliedschaftsrecht folgt insoweit aus dem Recht an der Aktienurkunde. **Namensaktien** werden durch **Indossament** übertragen. Es besteht die Möglichkeit, die Übertragung der Aktien an die Zustimmung der AG zu binden (sog. vinkulierte Namensaktien, § 68 Abs. 2 AktG). Ein Ausscheiden durch Auszahlung der Einlage ist nur in gesetzlich begrenzten Fällen des erlaubten Rückerwerbs eigener Aktien durch die AG möglich (z. B. im Rahmen der Abfindung widersprechender Gesellschafter bei der Verschmelzung nach § 29 UmwG²⁵⁷).

3. Europäische Aktiengesellschaft (SE)

a) Wesen und Einsatzbereiche im Konzern

Seit Inkrafttreten der SE-Verordnung (SE-VO) am 8.10.2004²⁵⁸ existiert mit der Societas Europaea (SE) eine unionsweite Kapitalgesellschaftsform.²⁵⁹ Sie soll

²⁵⁴ Zur Problematik von Stimmbindungsverträgen vgl. *Martens AG* 1993, 495 ff.; *Wähler ZIP* 2008, 1897 ff.

²⁵⁵ Die Satzung muss den Mindestanforderungen des § 23 AktG entsprechen.

²⁵⁶ Näher zur Vorgründungsgesellschaft und zur Vorgesellschaft bereits → Rn. 156.

²⁵⁷ § 29 UmwG in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 24.4.2007, BGBl. I 2007, 542 dehnt diese Regelung auch auf den Fall des Verlustes der Börsennotierung der AG aus.

²⁵⁸ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-VO), ABl. EG Nr. L 294 v. 10.11.2001.

²⁵⁹ Vgl. allgemein zur SE *Thoma/Leuering NJW* 2002, 1449 ff., *Lutter BB* 2002, 4 ff.; *Baums/Richter*, Die Europäische Aktiengesellschaft, Berlin 2004; *Eidenmüller/Engert/Hornuf AG* 2008, 721 ff.; *Eidenmüller/Engert/Hornuf. AG* 2009, 845 ff.; *Blasche JURA* 2013, 268 ff.; *Jannott/Becker*, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2014; *Engert in Langenbucher*, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 126 ff.; *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 41.

zu wesentlichen Erleichterungen im Aufbau eines grenzüberschreitenden Konzerns führen.²⁶⁰ Die SE eröffnet neben dem einheitlichen Auftreten eines Unternehmens in der EU die Möglichkeit der Sitzverlegung in das europäische Ausland ohne Auflösung und Liquidation der Gesellschaft, Art. 8 Abs. 1 SE-VO.

190 Da es sich bei der SE um eine dem Unionsrecht entstammende Gesellschaftsform handelt, basiert sie auf verschiedenen Rechtsgrundlagen. Aus Art. 9 SE-VO ergibt sich die unmittelbare Geltung der SE-VO in den einzelnen Mitgliedsstaaten.²⁶¹ In Deutschland wurde diese Verordnung durch das nationale Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG)²⁶² ergänzt. In den nicht geregelten Bereichen gelten die nationalen Bestimmungen über Aktiengesellschaften des Sitzstaates, denn die SE gilt dann im Rahmen der Fiktion des Art. 3 Abs. 1 SE-VO als Aktiengesellschaft. Vorschriften des AktG, HGB und UmwG bleiben somit bei einer SE mit Sitzstaat Deutschland im nicht geregelten Bereich anwendbar. Folglich kann es aufgrund der ergänzenden oder ausführenden Anwendung des jeweiligen nationalen Rechts des Sitzstaates im Detail zu einer unterschiedlichen Ausgestaltung der SE kommen.²⁶³ Wesen und Struktur der SE sind jedoch durch die SE-VO vollharmonisiert.

191 Die SE ist eine Handelsgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, Art. 1 Abs. 1, 3 SE-VO. Sie ist eine juristische Person, die ihre Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das nationale Handelsregister des Sitzstaates erlangt.²⁶⁴ Ihr Kapital ist in Aktien zerlegt (Art. 1 Abs. 2 S. 1 SE-VO) und beträgt gem. Art. 4 Abs. 2 SE-VO mindestens 120.000 Euro. Die persönliche Haftung der Aktionäre gegenüber den Gläubigern ist ausgeschlossen.

Die SE soll nicht nur als Rechtsform der großen Unternehmen, sondern auch im mittelständischen Bereich bei grenzüberschreitendem Konzernzusammenhang einsetzbar sein.²⁶⁵ Die Zahl der SE wächst stetig.²⁶⁶ Im Konzern wird die SE in

²⁶⁰ Vgl. vertiefend auch *Thoma/Leuering* NJW 2002, 1449 ff.; *Kloster* EuZW 2003, 293 ff.; *Reichert* Der Konzern 2006, 821 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2011, § 13; *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 41; *Engert* in *Langenbucher*, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 126 ff.; *Habersack/Drinhausen*, Kurzkommentar zum SE-Recht, 2. Aufl. 2016; *Blasche* JURA 2013, 268 ff.; *Münchener-Hdb. des Gesellschaftsrecht* Bd. 4, 4. Aufl. 2015, Kap. 15.

²⁶¹ Die SE-VO ist gem. Art. 249 Abs. 1 EUV unmittelbar geltendes Recht, sodass es streng genommen keiner Änderung der nationalen Gesetze bedarf, soweit die SE-VO Regelungen enthält.

²⁶² Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) v. 22.12.2004, BGBl. I 2004, S. 3675 ff.; Artikelgesetz aus zwei Teilen: SE-Ausführungsgesetz (SEAG) und SE-Beteiligungsgesetz (SEBG). Das SEBG hat sowohl die betriebliche als auch die unternehmerische Mitbestimmung zum Gegenstand.

²⁶³ Genauere Ausführungen bei *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2011, § 13 Rn. 10f.; *Engert* in *Langenbucher*, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 133 ff. Dadurch, dass nationale Unterschiede bei der SE zum Teil bestehen geblieben sind, wird abgeleitet, dass das ursprüngliche Ziel – einer von nationalen Regelungen völlig unabhängigen Gesellschaftsform – verfehlt wurde, so *Thoma/Leuering* NJW 2002, 1449 (1454).

²⁶⁴ Vgl. für Deutschland: § 3 SEEG.

²⁶⁵ Vgl. *Blanquet* ZGR 2002, 20 (52).

²⁶⁶ Beispiele für bekannte SEs: Allianz, BASF, Bilfinger, BP, E.ON, Fresenius, MAN, Puma und Porsche.