

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Die gemeinnützige Aktiengesellschaft führt in der heutigen Praxis – wie bereits in der Einleitung dargelegt – vergleichsweise ein Exotendasein. Die praktische Relevanz für den Gemeinnützigkeitssektor wird der Aktiengesellschaft insbesondere aufgrund der Formstrenge des Aktienrechts und der tendenziellen Ausrichtung für den Kapitalmarkt abgesprochen.⁴¹⁹ Dennoch hat die gemeinnützige Aktiengesellschaft in jüngerer Vergangenheit – wenn auch auf sehr niedrigem Niveau – einen zahlenmäßigen Anstieg zu verzeichnen, der maßgeblich auf das Inkrafttreten des Gesetzes für kleine Aktiengesellschaften und zur De-regulierung des Aktienrechts vom 2. August 1994⁴²⁰ und der damit verbundenen „Entbürokratisierung“⁴²¹ des Aktienrechts sowie auf die Annäherung der Aktiengesellschaft und der GmbH durch gesetzliche Normierung gleichlaufender Vorschriften (u.a. Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer, Buchführungspflichten) zurückgeführt wird.

Vor diesem Hintergrund und aufgrund der stetig wachsenden Bedeutung des Gemeinnützigkeitssektors, die die Suche nach neuen Wegen der Mittelbeschaffung in besonderem Maße rechtfertigt, bedarf es der Untersuchung, ob bzw. inwiefern die individuelle, nichtbörsennotierte Aktiengesellschaft für den Gemeinnützigkeitssektor geeignet sein kann und sie möglicherweise unberechtigterweise ein Exotendasein führt.

Hierzu sollen nachfolgend zunächst die steuerrechtlichen Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft und deren Vereinbarkeit mit dem Aktiengesetz untersucht sowie anschließend die Gründe und Motive für die Wahl der Rechtsform der Aktiengesellschaft analysiert werden.

⁴¹⁹ So wird der gemeinnützigen Aktiengesellschaft aufgrund der Formstrenge des Aktienrechts und der tendenziellen Ausrichtung der Aktiengesellschaft für den Kapitalmarkt kaum praktische Relevanz zugesprochen, *van Randenborgh*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 4; ebenso in Bezug auf die Formstrenge: *Bayer/Hoffmann*, AG-Report 2007, R 347, 347.

⁴²⁰ BGBI. I 1994, S. 1961 ff; vgl. zum zahlenmäßigen Anstieg *Bayer/Hoffmann*, AG-Report 2007, R 347, 347, die in dem Gesetz zumindest einen „gewissen Impuls für den Rückgriff auf die Rechtsform >Aktiengesellschaft< auch im Gemeinnützigkeitssektor“ sehen; *dies.*, AG-Report 2008, S. 531, 531.

⁴²¹ So *Sprengel*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG) in Deutschland im Spannungsfeld von Bürgerschaftlichem Engagement und Markt, in: Helmig/Putschert/Schauer/Witt (Hrsg.), Nonprofit-Organisationen und Märkte, S. 167, 169.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

An die steuerrechtliche Privilegierung gemeinnütziger Körperschaften im Sinne der § 51 Abs. 1 AO iVm. § 1 Abs. 1 KStG stellt das Gemeinnützigkeitsrecht konkrete Anforderungen an die Satzungsgestaltung (vgl. §§ 69, 60, 61 AO) sowie an die tatsächliche Geschäftsführung (vgl. § 63 AO). Dies kann bei der Aktiengesellschaft aufgrund des im Aktienrecht geltenden Grundsatzes der Satzungsstrenge (vgl. § 23 Abs. 5 AktG) zu einer Problematik führen. Verschärft wurde diese Problematik durch die im Jahre 2009 erfolgte gesetzliche Normierung einer Mustersatzung in Anlage 1 zu § 60 AO (vgl. Art. 10 Nr. 5 des Jahressteuergesetzes 2009 vom 19. Dezember 2008⁴²²). So müssen die in dieser Anlage bezeichneten „Festlegungen“ gemäß § 60 Abs. 1 S. 2 AO in der Satzung der gemeinnützigen Körperschaft enthalten sein.

Welche steuerrechtlichen Anforderungen in concreto an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft zu stellen sind und wie diese mit dem Aktiengesetz zu vereinbaren sind, ist Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung.

I. Anforderungen an die Satzungsgestaltung sowie die Frage der Vereinbarkeit des Gemeinnützigkeitsrechts mit dem Aktiengesetz

Die Satzung einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft muss gesellschaftsrechtlich den aktiengesetzlichen (Mindest-)Voraussetzungen des § 23 AktG, steuerrechtlich den Anforderungen der §§ 59, 60, 61 AO iVm. Anlage 1 zu § 60 AO entsprechen.⁴²³

1. Gesellschaftsrechtliche Anforderungen

In gesellschaftsrechtlicher Hinsicht bedarf die Satzung des in § 23 Absätze 3 und 4 AktG normierten Mindestinhaltes. Weitere Bestimmungen müssen sich am Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) messen lassen.

a. Mindestinhalt, § 23 Absätze 3 und 4 AktG

Gemäß § 23 Absätze 3 und 4 AktG müssen folgende Bestimmungen in der Satzung einer Aktiengesellschaft enthalten sein: die Firma und der Sitz der Gesellschaft (Abs. 3 Nr. 1), der Unternehmensgegenstand (Nr. 2), die Höhe des Grundkapitals (Nr. 3), u.a., ob das Grundkapital in Nennbetragsaktien oder in Stückaktien zerlegt ist (Nr. 4), Inhaber- oder Namensaktien ausgegeben werden (Nr. 5), die Zahl der Vorstandsmitglieder oder nach welchen Regelungen die Festsetzung der Zahl erfolgen soll (Nr. 6) sowie die Form der Bekanntmachungen der Gesellschaft (Abs. 4). Werden die gesellschaftsrechtlichen Anfor-

⁴²² BGBI. I 2008, S. 2794 ff.

⁴²³ Vgl. entsprechend zur gGmbH *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, § 2, Rn. 15.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

derungen an den Mindestinhalt nicht erfüllt, so hat das Registergericht die Eintragung gemäß § 38 Absätze 1 und 4 Nr. 1 AktG abzulehnen.

b. Grundsatz der Satzungsstrenge, § 23 Abs. 5 AktG

Zwingende Berücksichtigung hat bei der Satzungsgestaltung der Grundsatz der Satzungsstrenge (vgl. § 23 Abs. 5 AktG) zu finden. So heißt es in § 23 Abs. 5 AktG wie folgt:

„Die Satzung kann von den Vorschriften dieses Gesetzes nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Bestimmungen sind zulässig, es sei denn, dass dieses Gesetz eine abschließende Regelung enthält.“

Um eine „abweichende“ Bestimmung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 1 AktG handelt es sich dann, wenn die Satzung eine andere Regelung trifft als in einer Vorschrift des Aktiengesetzes vorgesehen.⁴²⁴ Eine „ergänzende“ Bestimmung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG ist gegeben, wenn die Satzung eine Bestimmung enthält, die den Regelungsinhalt der aktiengesetzlichen Vorschriften vom Grundsatz her unberührt lässt, diesen aber konkretisiert oder erweitert.⁴²⁵ Während eine abweichende Regelung grundsätzlich unzulässig ist („nur [...], wenn“), ist eine ergänzende Regelung nach dem Gesetzeswortlaut grundsätzlich zulässig. So wird durch die Formulierung „es sei denn“ ein Regel-Ausnahme-Verhältnis dargestellt begründet, als regelmäßig davon auszugehen ist, dass das Aktiengesetz keine abschließende Regelung enthält⁴²⁶. Nach überwiegender Ansicht muss die Ergänzung jedoch im Einklang mit den allgemeinen Gesetzen, zumindest aber mit den aktiengesetzlichen Regelungen stehen.⁴²⁷

Als Legitimation für die aktiengesetzliche Satzungsstrenge wird insbesondere die Sicherstellung der Verkehrsfähigkeit der Aktie⁴²⁸, der Anleger⁴²⁹ und Gläubigerschutz⁴³⁰ sowie

⁴²⁴ Vgl. *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 23, Rn. 35; *Röhricht*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 168; *Arnold*, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 137.

⁴²⁵ Vgl. *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 23, Rn. 37; *Röhricht*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 186; *Arnold*, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 149.

⁴²⁶ Vgl. *Arnold*, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 149; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 23, Rn. 37.

⁴²⁷ Vgl. *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 23, Rn. 37; *Arnold*, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 150; *Eberth*, Die Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung, S. 44; *Luther*, Die genossenschaftliche Aktiengesellschaft, S. 10.

⁴²⁸ Vgl. *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, § 23, Rn. 1 und 53; *Pentz*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 150.

⁴²⁹ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 23, Rn. 34; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, § 23, Rn. 53; vgl. auch *Eberth*, Die Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung, S. 43; *Röhricht*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 167; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 11, Rn. 1.

⁴³⁰ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 23, Rn. 34; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 53; vgl. auch *Eberth*, Die Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung, S. 43.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

die Schaffung von Rechtssicherheit und -klarheit⁴³¹ angeführt.⁴³² Die Einführung der kleinen Aktiengesellschaft hat an der Geltung des Grundsatzes der Satzungsstrenge nichts geändert. So hat der Gesetzgeber – trotz kritischer Stimmen in der Literatur zum Grundsatz der Satzungsstrenge⁴³³ – den Regelungsinhalt des § 23 Abs. 5 AktG unberührt gelassen und sich bei kleinen bzw. nicht-börsennotierten Aktiengesellschaft bis heute auf Deregulierungen beschränkt.

Stehen Satzungsbestimmungen mit § 23 Abs. 5 AktG nicht im Einklang und wird dem trotz einer Zwischenverfügung des Registergerichts nicht abgeholfen, so hat das Registergericht die Anmeldung der Gesellschaft zurückzuweisen.⁴³⁴ Wird die Gesellschaft dennoch eingetragen, ist die Rechtsfolge eines Verstoßes umstritten.⁴³⁵ Nach einer Ansicht ist eine in der Gründungssatzung enthaltene Bestimmung, die gegen § 23 Abs. 5 AktG verstößt, in entsprechender Anwendung des § 241 Nr. 3 AktG, der einen Nichtigkeitsgrund für Hauptversammlungsbeschlüsse normiert, nur dann nichtig, wenn diese „mit dem Wesen der Aktiengesellschaft nicht zu vereinbaren ist“ oder durch ihren „Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind“.⁴³⁶ Nach anderer Ansicht ist eine solche Bestimmung per se nichtig⁴³⁷, wobei die Nichtigkeitsfolge unterschiedlich begründet wird. Teilweise wird sie direkt aus § 23 Abs. 5 AktG abgeleitet, teilweise ebenfalls auf eine entsprechende Anwendung des § 241 Nr. 3 AktG gestützt, wobei dessen Voraussetzungen bei einem Verstoß gegen die Satzungsstrenge stets als erfüllt angesehen werden.⁴³⁸

Bei Beschlüssen, die gegen § 23 Abs. 5 AktG verstoßende Satzungsänderungen zum Inhalt haben, gelten die genannten Ansichten dahingehend entsprechend, als eine Ansicht die Voraussetzungen des § 241 Nr. 3 AktG per se für erfüllt und die Beschlüsse somit stets für nichtig erachtet⁴³⁹, die andere Ansicht eine jeweilige Prüfung der Voraussetzungen im Einzelfall fordert und somit zu differenzierenden Ergebnissen kommen kann⁴⁴⁰.

⁴³¹ Röhricht, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 167.

⁴³² Vgl. dazu auch bei Spindler, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. 2, 22. Kap., Rn. 45.

⁴³³ Zur Kritik Arnold, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rnrrn. 131 ff.

⁴³⁴ Seibt, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 61; Pentz, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 173.

⁴³⁵ Vgl. zum Meinungsstand Arnold, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 153.

⁴³⁶ Braunfels, in: Heidel (Hrsg.), Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, § 23, Rn. 50; Werner, AG 1968, S. 181, 182.

⁴³⁷ OLG Düsseldorf vom 16. November 1967, 6 U 280/66, AG 1968, S. 19, 22; Röhricht, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rnrrn. 202 und 203; Pentz, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rnrrn. 162 und 163.

⁴³⁸ Arnold, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 153.

⁴³⁹ Schmidt, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, 6. Lieferung, § 241, Rn. 56; Würthwein, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 241, Rnrrn. 202 und 212.

⁴⁴⁰ Häffner, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 241, Rn. 61.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

2. Steuerrechtliche Anforderungen (Überblick)

In steuerrechtlicher Hinsicht muss die Satzung den Anforderungen der §§ 51 ff AO entsprechen. Das heißt, sie muss zum einen den in den §§ 59, 60, 61 AO normierten Mindestinhalt enthalten, zum anderen darf sie keine Regelungen vorsehen, die im Widerspruch zu den gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorschriften stehen.⁴⁴¹ Gemäß § 60 Abs. 1 S. 2 AO müssen in der Satzung „die in der Anlage 1 bezeichneten Festlegungen enthalten“ sein.

a. Mindestinhalt, §§ 59, 60, 61 AO

Was die statutarische Normierung des gemeinnützigkeitsrechtlichen Mindestinhalts anbetrifft, so muss sich aus der Satzung ergeben, dass die Körperschaft einen den Anforderungen der §§ 52 bis 55 AO entsprechenden Zweck ausschließlich und unmittelbar verfolgt (§ 59 AO; vgl. auch § 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm. § 1 Abs. 1 der als Anlage 1 zu § 60 AO beigefügten Mustersatzung⁴⁴²). Der Zweck sowie die Art der Verwirklichung müssen hinreichend konkretisiert sein (§ 60 Abs. 1 S. 1 AO; vgl. auch § 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm. § 3 Mustersatzung).

Für Kapitalgesellschaften müssen gemäß § 60 Abs. 1 S. 2 AO in Verbindung mit den Bestimmungen der Mustersatzung „Festlegungen“ dahingehend enthalten sein, dass

- die Körperschaft selbstlos tätig ist und nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke verfolgt (§ 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm. § 2 Mustersatzung),
- die Mittel nur für satzungsmäßige Zwecke verwendet werden (§ 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm. § 3 Abs. 1 S. 1 Mustersatzung),
- die Gesellschafter keine Gewinnanteile oder sonstigen Zuwendungen aus Körperschaftsmitteln erhalten (§ 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm. § 3 Abs. 1 S. 2 Mustersatzung für Kapitalgesellschaften),
- die Gesellschafter beim Ausscheiden oder bei Auflösung der Körperschaft oder bei Wegfall steuerbegünstigter Zwecke nicht mehr als ihre eingezahlten Kapitalanteile und den gemeinen Wert ihrer geleisteten Sacheinlagen zurück erhalten (§ 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm. § 3 Abs. 2 Mustersatzung für Kapitalgesellschaften)*⁴⁴³,
- keine Begünstigung von Personen durch zweckfremde Ausgaben oder unverhältnismäßige Vergütungen erfolgen darf (§ 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm. § 4 Mustersatzung),
- das Vermögen der Körperschaft, welches die eingezahlten Kapitalanteile der Gesellschafter und den gemeinen Wert der von den Gesellschaftern geleisteten Sacheinlagen übersteigt, bei Auflösung der Körperschaft oder bei Wegfall steuerbegünstigter Zwecke an eine genau zu bezeichnende juristische Person des öffentlichen Rechts oder einer anderen steuerbegünstigten Körperschaft fällt, die es steuerbegünstigt verwendet oder zweckgebunden weitergibt (§ 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm. § 5 Mustersatzung für Kapitalgesellschaften, § 61 AO)*.

⁴⁴¹ Ullrich, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 232.

⁴⁴² Nachfolgend auch „Mustersatzung“.

⁴⁴³ Die mit * gekennzeichneten Festlegungen sind Bestimmungen, die laut Mustersatzung nur dann erforderlich sind, „wenn die Satzung einen Anspruch auf Rückgewähr von Vermögen einräumt“.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Gemäß § 60 Abs. 2 AO muss die Satzung den gemeinnützigkeitsrechtlichen Anforderungen für Privilegierungen bei der Körperschaft- und Gewerbesteuer während des gesamten Veranlagungs- oder Bemessungszeitraum entsprechen, für Privilegierungen bei anderen Steuerarten – wie der Umsatzsteuer oder Erbschaftsteuer – im Zeitpunkt der Steuerentstehung⁴⁴⁴. Entspricht die Satzung den gemeinnützigkeitsrechtlichen Anforderungen während der genannten Zeiträume bzw. zum genannten Zeitpunkt nicht oder nicht mehr, hat dies regelmäßig den Verlust der steuerlichen Privilegierung für den betroffenen Besteuerungszeitraum bzw. -zeitpunkt zur Folge.⁴⁴⁵ Darüber hinaus kann hierdurch auch eine erbschaftsteuerliche Nachversteuerung für die letzten zehn Jahre seit Zuwendung begründet werden⁴⁴⁶ (vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 16 S. 2 ErbStG). Bei einem Verstoß gegen die satzungsmäßige Vermögensbindung durch Änderung der Bestimmung gilt die Bestimmung gemäß § 61 Abs. 3 S. 1 AO „von Anfang an als steuerlich nicht ausreichend“ mit der Konsequenz, dass die Körperschaft von Anfang an unbeschränkt steuerpflichtig zu bewerten ist⁴⁴⁷ (vgl. auch AEAO Nr. 8 S. 1 zu § 61 AO⁴⁴⁸). Eine Nachversteuerung für die letzten zehn Kalenderjahre vor Änderung der Bestimmung wird ausgelöst⁴⁴⁹ (vgl. § 61 Abs. 3 S. 2 AO).

b. Mustersatzung, Anlage 1 zu § 60 AO

Die Mustersatzung (und damit korrespondierend auch die Regelung des § 60 Abs. 1 S. 2 AO) ist durch Art. 10 Nr. 5 des Jahressteuergesetzes 2009 vom 19. Dezember 2008⁴⁵⁰ in die Abgabenordnung aufgenommen und somit gesetzlich festgeschrieben worden⁴⁵¹. Eine gesetzliche Normierung der Mustersatzung, die bis dato fast wortgleich in der AEAO enthalten war⁴⁵², hatte der Gesetzgeber laut BT-Drucksache 16/11108 vom 27. November 2008 zur Vermeidung zukünftiger Auslegungsschwierigkeiten als Reaktion auf eine Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 14. Juli 2007⁴⁵³ für erforderlich gehalten⁴⁵⁴. So hatte der Bundesfinanzhof in der vorgenannten Entscheidung die Auffassung vertreten, dass eine ausdrückliche Verwendung der Begrifflichkeiten „unmittelbar“ und „ausschließlich“ in der Satzung nicht erfolgen müsse.⁴⁵⁵

⁴⁴⁴ *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.10.3, S. 260; vgl. auch *Bott*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 10, Rn. 52.

⁴⁴⁵ *Bott*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 10, Rn. 51 und 53.

⁴⁴⁶ *Bott*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 10, Rn. 53 und 102.

⁴⁴⁷ *Bott*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 10, Rn. 120.

⁴⁴⁸ AEAO in der Fassung vom 17. Januar 2012, BStBl. 2012, S. BStBl. I 2012, S. 83 ff.

⁴⁴⁹ *Bott*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 10, Rn. 53 und 121.

⁴⁵⁰ BGBl. I 2008, S. 2794 ff.

⁴⁵¹ *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.10.2, S. 257.

⁴⁵² *Ullrich*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 234; *ders.*, DStR 2009, S. 2471.

⁴⁵³ BFH vom 14. Juli 2007, I R 94/02, BStBl. II 2005, S. 721 ff.

⁴⁵⁴ Vgl. BT-Drucksache 16/11108, S. 46; im Übrigen auch *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.10.2, S. 257; *Koenig*, in: *Pahlke/Koenig* (Hrsg.), Kommentar zur AO, § 60, Rn. 7.

⁴⁵⁵ Vgl. BFH vom 14. Juli 2004, I R 94/02, BStBl. II 2005, S. 721, 721 (2. Leitsatz) und 722.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

Der Bundesfinanzhof hat mit Urteil vom 23. Juli 2009⁴⁵⁶ seine vorherige Auffassung revidiert und geht nunmehr von der Gebotenheit einer ausdrücklichen Verwendung dieser Begrifflichkeiten in der Satzung, und zwar mit Hinweis auf die Begründung für die Gesetzesänderung, aus.

Diese Auffassung ist jedoch Bedenken ausgesetzt. Zwar vermag sie bei isolierter Heranziehung der in der BT-Drucksache 16/11108 enthaltenen Begründung zur gesetzlichen Normierung der Mustersatzung konsequent zu sein. Betrachtet man jedoch – wie *Ullrich*⁴⁵⁷ – die gesetzliche Normierung der Mustersatzung im Kontext anderer durch das Jahressteuergesetz 2009 getroffener Änderungen, und zwar insbesondere mit Blick auf § 5 Abs. 2 Nr. 2 KStG, der durch Art. 3 Nr. 3 b des Jahressteuergesetzes 2009 dahingehend geändert wurde, dass nunmehr auch eine gemeinnützige beschränkt steuerpflichtige Körperschaft eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines Staates, auf den das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum Anwendung findet, Steuerprivilegierungssubjekt sein kann, erscheint eine wörtliche Übernahme der Festlegungen nicht (auch nicht einzelner Begrifflichkeiten) vom gesetzgeberischen Willen getragen. Anlass für die Gleichstellung der genannten ausländischen und inländischen steuerbegünstigten Körperschaften war ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 14. September 2006 (Centro di Musicologia Walter Stauffer/FA München für Körperschaften)^{458 459}, das den Ausschluss einer gemeinnützigen beschränkt steuerpflichtigen ausländischen Stiftung von der Steuerbefreiung als Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit und damit als gemeinschaftsrechtswidrig qualifizierte⁴⁶⁰. *Ullrich* führt nun richtigerweise aus, dass die Verpflichtung einer wörtlichen Übernahme (auch nur einzelner Begrifflichkeiten) streng genommen dazu führe, dass ausländische Körperschaften ihre Originalsatzung in deutscher Sprache abfassen müssten⁴⁶¹. Hierdurch werde eine unverhältnismäßige Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit begründet⁴⁶², die wiederum die Europarechtswidrigkeit der genannten Entscheidung des Bundesfinanzhofs in Bezug auf die ausdrückliche Verwendung der Begriffe „ausschließlich“ und „unmittelbar“ zur Folge habe⁴⁶³. Das mildere Mittel – die Abfassung der Originalsatzung in der jeweiligen Landessprache unter Verwendung der den Festlegungen der Mustersatzung *entsprechenden* Begrifflichkeiten und einer deutschen Übersetzung, die den Festlegungen der Mustersatzung wortgetreu entspricht – führe aufgrund eines nicht unerheblichen Übersetzungsspielraums im Ergebnis zu einer inhaltlichen Übernahme⁴⁶⁴. „Eine Auslegung des gesetzgeberischen Willens“⁴⁶⁵ ergebe „daher mit Blick auf die europarecht-

⁴⁵⁶ BFH vom 23. Juli 2009, V R 20/08, DStR 2009, S. 2047 ff.

⁴⁵⁷ *Ullrich*, DStR 2009, S. 2471, 2472 ff.

⁴⁵⁸ EuGH vom 14. September 2006, C-386/04, DStR 2006, S. 1736 ff.

⁴⁵⁹ BT-Drucksache 16/11108, S. 26.

⁴⁶⁰ EuGH vom 14. September 2006, C-386/04, DStR 2006, S. 1736, 1738 ff.

⁴⁶¹ *Ullrich*, DStR 2009, S. 2471, 2472; *ders.*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 235.

⁴⁶² *Ullrich*, DStR 2009, S. 2471, 2472; *ders.*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 235.

⁴⁶³ *Ullrich*, DStR 2009, S. 2471, 2472.

⁴⁶⁴ *Ullrich*, DStR 2009, S. 2471, 2472; *ders.*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 235.

⁴⁶⁵ So *Ullrich*, DStR 2009, S. 2471, 2473.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

lichen Anforderungen⁴⁶⁶, dass der Gesetzgeber keine wörtliche Übernahmeverpflichtung gewollt haben könne⁴⁶⁷.

Diesen Ausführungen ist zuzustimmen. Der Gesetzgeber beabsichtigte mit der Änderung des § 5 Abs. 2 KStG durch das Jahressteuergesetz 2009 den vom Europäischen Gerichtshof festgestellten Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit durch Gleichstellung ausländischer und inländischer Körperschaften zu beseitigen⁴⁶⁸. Diese Absicht wird dadurch verdeutlicht, als er nur ausländische Körperschaften solcher Staaten privilegierte, in denen die Kapitalfreiheit Geltungswirkung hat. Bei gesetzeskonformer Auslegung ist nicht davon auszugehen, dass er mit einer neuen, durch dasselbe Jahressteuergesetz eingeführten Regelung zum Gemeinnützigkeitsrecht „hinterrum“ wieder einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit begründen wollte. Dies gilt umso mehr, als eine wörtliche Übernahmeverpflichtung im Ergebnis zu einer ungerechtfertigten Besserstellung von ausländischen Körperschaften im Verhältnis zu inländischen Körperschaften führte. So würde der genannte Verstoß zur vorrangigen Anwendung der europarechtlichen Vorschriften, nicht aber zur Unwirksamkeit des § 60 Abs. 1 AO führen mit der Folge, dass eine wörtliche Übernahme (nur) bei ausländischen Körperschaften nicht erforderlich wäre.⁴⁶⁹ Im Übrigen gebietet auch der Sinn und Zweck des § 60 Abs. 1 AO (die Ermöglichung eines Buchnachweises⁴⁷⁰) keine wörtliche Übernahmeverpflichtung.⁴⁷¹

Im Ergebnis kann damit eine wörtliche Übernahme der „Festlegungen“ der Mustersatzung nicht erforderlich sein.⁴⁷² Ausreichend (aber auch geboten) ist vielmehr eine inhaltliche Übernahme.⁴⁷³ Unter Berücksichtigung der Prüfungspraxis zahlreicher Finanzämter und des

⁴⁶⁶ So *Ullrich*, DStR 2009, S. 2471, 2473.

⁴⁶⁷ *Ullrich*, DStR 2009, S. 2471, 2473; *ders.*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 235.

⁴⁶⁸ Vgl. BT-Drucksache 16/11108, S. 26.

⁴⁶⁹ *Ullrich*, DStR 2009, S. 2471, 2473.

⁴⁷⁰ Vgl. u.a. BFH vom 12. Januar 2011, I R 91/09, BFH/NV 2011, S. 1111, 1112; BFH vom 26. Februar 1992, I R 47/89, BFH/NV 1992, S. 695, 696.

⁴⁷¹ *Ullrich*, DStR 2009, S. 2471, 2471.

⁴⁷² So auch *Gersch*, in: *Klein*, Kommentar zur AO, § 60, Rn. 2; *Ullrich*, DStR 2009, S. 2471, 2473; *ders.*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 236; vgl. auch *Bayer/Hoffmann*, GmbHR-Report 2009, R 102, 103 (zur Satzung einer gUG) *Hüttemann/Helios*, DB 2009, S. 701, 705 (zu Satzungen ausländischer Körperschaften); *Schauhoff*, in: *Schauhoff* (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 6, Rn. 96, der sich insbesondere gegen die wörtliche Übernahme bei gemeinnützigen Körperschaften ausspricht, deren Satzungen den Wortlaut älterer Mustersatzungen beinhalten (aber letztlich, die Frage, ob eine wörtliche Übernahmeverpflichtung besteht, als weiterhin „offen“ bewertet, Rn. 109); a.A. zumindest in Bezug auf die Begrifflichkeiten „unmittelbar“ und „ausschließlich“ BFH vom 23. Juli 2009 – V R 20/08, DStR 2009, S. 2047, 2049; von *Wedelstädt*, DB 2009, S. 84, 85.

⁴⁷³ So auch *Gersch*, in: *Klein*, Kommentar zur AO, § 60, Rn. 2; *Ullrich*, DStR 2009, S. 2471, 2473; *ders.*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 236; vgl. auch *Bayer/Hoffmann*, GmbHR-Report 2009, R 102, 103 (zur Satzung einer gUG); *Hüttemann/Helios*, DB 2009, S. 701, 705 (zu Satzungen ausländischer Körperschaften); *Schauhoff*, in: *Schauhoff* (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 6, Rn. 96 und 109, der es jedenfalls für „altehrwürdige Stiftungssatzungen“ (Rn. 109), aber auch für die Satzungen sonstiger vor der gesetzlichen Normierung der Mustersatzung bestehenden gemeinnützigen Körperschaften ausreichen lässt, wenn sich die Festlegungen durch Auslegung des Satzungswortlauts ergeben (aber letztlich, die Frage, ob eine sinngemäße Übernahme ausreichend ist, als weiterhin „offen“ bewertet, Rn. 109); a.A. zu-

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

mit BMF-Schreiben vom 17. Januar 2012 geänderten Anwendungserlasses⁴⁷⁴, der in AEAO Nr. 2 zu § 60 AO wie folgt neu gefasst ist:

„Die Satzung muss die in der Mustersatzung bezeichneten Festlegungen enthalten, soweit sie für die jeweilige Körperschaft im Einzelfall einschlägig sind.

Unter anderem sind in folgenden Fällen Abweichungen vom Wortlaut der Mustersatzung möglich: [...]

Derselbe Aufbau und dieselbe Reihenfolge der Bestimmungen wie in der Mustersatzung werden nicht verlangt.“

und zudem die Streichung des folgenden, bislang geltenden Satzes 3 des AEAO Nr. 1 zu § 60 AO enthält:

„Es reicht aus, wenn sich die satzungsmäßigen Voraussetzungen aufgrund einer Auslegung aller Satzungsbestimmungen ergeben (BFH-Urteil vom 13.12.1978 – I R 39/78 – BStBl. 1979 II, S. 482, und vom 13.8.1997 – I R 19/96 – BStBl. II, S. 794).“,

ist zur Erlangung höchstmöglicher Sicherheit, dass die Satzung den gemeinnützigkeitsrechtlichen Anforderungen entspricht, nichts desto trotz nunmehr dringend anzuraten – sofern zulässig –, die Festlegungen der Mustersatzung möglichst wortgetreu zu übernehmen.⁴⁷⁵

3. Vereinbarkeit der steuerrechtlichen Anforderungen mit denen des Aktiengesetzes im Einzelnen

Durch die genannten gesellschaftsrechtlichen und steuerrechtlichen Anforderungen an die Satzung einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft wird ein Spannungsverhältnis zwischen Gesellschafts- und Gemeinnützigkeitsrecht begründet. Geraten Gesellschafts- und Gemeinnützigkeitsrecht miteinander in Konflikt, kommt dem Gesellschaftsrecht aufgrund der „lediglich“ steuerlichen Auswirkungen, die ein Verstoß gegen die gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorschriften nach sich zieht, grundsätzlich eine Vorrangstellung zu⁴⁷⁶.

Auf dieser Grundlage bedarf es der Untersuchung, ob und wie die gemeinnützigkeitsrechtlichen Anforderungen mit denen des Aktiengesetzes, insbesondere mit dem Grundsatz der Satzungsstrenge, vereinbar sind. Die nachfolgende Untersuchung gliedert sich dabei auf in die Vereinbarkeitsprüfung der Anforderungen im Einzelnen und einer gesonderten Prüfung im Hinblick auf die Regelung des § 76 Abs. 1 AktG. Hierzu wird eingangs regelmäßig die steuerrechtliche Anforderung dargestellt, um anschließend deren Vereinbarkeit mit dem Aktiengesetz zu untersuchen.

mindest in Bezug auf die Begrifflichkeiten „unmittelbar“ und „ausschließlich“ BFH vom 23. Juli 2009, V R 20/08, DStR 2009, S. 2047, 2049 (dazu nachfolgend ausführlicher); von Wedelstädt, DB 2009, S. 84, 85.

⁴⁷⁴ BMF-Schreiben vom 17. Januar 2012, BStBl. I 2012, S. 83 ff.

⁴⁷⁵ Vgl. Schauhoff, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 6, Rn. 109, der die Verwendung der Festlegungen der Mustersatzung unter Hinweis auf die Rechtspraxis empfiehlt; Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, § 4, Rn. 125.

⁴⁷⁶ Vgl. Priester, GmbHR 1999, S. 149, 150; Schlüter, GmbHR 2002, S. 535, 538.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

a. Gemeinnütziger, mildtätiger oder kirchlicher Zweck im Sinne der §§ 52 bis 54 AO

Gemäß § 59 AO muss sich aus der Satzung ergeben, welcher (gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche) Zweck im Sinne der §§ 52 bis 54 AO verfolgt wird. Gemeinnützige Zwecke verfolgt eine Körperschaft gemäß § 52 Abs. 1 S. 1 AO dann, wenn ihre Tätigkeit darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern. Der in § 52 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1 bis 25 AO enthaltene Katalog gemeinnütziger Zwecke ist dabei grundsätzlich abschließend⁴⁷⁷ (Ausnahme: Öffnungsklausel des § 52 Abs. 2 S. 2 AO). Die Verfolgung mildtätiger Zwecke ist gemäß § 53 AO anzunehmen, wenn ihre Tätigkeit darauf gerichtet ist, Personen selbstlos zu unterstützen, die hilfsbedürftig (im Sinne des § 53 Nrn. 1 und 2 AO) sind. Die Verfolgung kirchlicher Zwecke ist gemäß § 54 Abs. 1 AO gegeben, wenn die Tätigkeit der Körperschaft darauf gerichtet ist, eine Religionsgemeinschaft, die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, selbstlos zu fördern. § 54 Abs. 2 AO enthält eine beispielhafte, nicht abschließende Aufzählung kirchlicher Zwecke.⁴⁷⁸ Es können auch mehrere der vorgenannten steuerbegünstigten Zwecke nebeneinander verfolgt werden⁴⁷⁹, regelmäßig aber keine anderen als diese.^{480, 481} So darf insbesondere das Unterhalten eines Nichtzweckbetriebs kein selbstständiger Satzungszweck sein.⁴⁸² Eine Satzungsbestimmung, die das Unterhalten eines Nichtzweckbetriebs „zur Erfüllung“ der „steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke“ normiert, ist hingegen nach einem Urteil des Bundesfinanzhofs vom 18. Dezember 2002⁴⁸³ unschädlich.⁴⁸⁴ Entsprechendes gilt für vermögensverwaltende Tätigkeiten.⁴⁸⁵

Gemäß § 60 Abs. 1 S. 1 AO müssen die Satzungszwecke so genau bestimmt sein, dass aufgrund der Satzung geprüft werden kann, ob die satzungsmäßigen Voraussetzungen für Steuerbegünstigungen gegeben sind. Nicht ausreichend ist die bloße Angabe, dass die Kör-

⁴⁷⁷ Koenig, in: Pahlke/Koenig (Hrsg.), Kommentar zur AO, § 52, Rnrs. 28 und 67.

⁴⁷⁸ Vgl. Koenig, in: Pahlke/Koenig (Hrsg.), Kommentar zur AO, § 52, Rn. 7.

⁴⁷⁹ Gersch, in: Klein, Kommentar zur AO, § 56, Rn. 1 sowie § 59, Rn. 1; Koenig, in: Pahlke/Koenig (Hrsg.), Kommentar zur AO, § 56, Rn. 1.

⁴⁸⁰ Vgl. Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, § 4, Rn. 131; Koenig, in: Pahlke/Koenig (Hrsg.), Kommentar zur AO, § 56, Rnrs. 1 ff.

⁴⁸¹ Zur „Ausschließlichkeit“ der Verfolgung gemeinnütziger, mildtätiger oder kirchlicher Zwecke siehe nachfolgend 2. Teil A. I. 3. c) aa).

⁴⁸² Vgl. BFH vom 18. Dezember 2002, I R 15/02, BStBl. II 2003, S. 384, 385; Buchna/Seeger/Brox, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.6, S. 199; Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, § 4 Rn. 131; ebenso wohl Schauhoff, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 6, Rn. 108 (wenn auch der Hinweis darauf, dass die Finanzverwaltung „ihre Auffassung, dass das Unterhalten wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe, die keine Zweckbetriebe sind, und die Vermögensverwaltung selbst nicht Satzungszweck sein dürfen, mit der Veröffentlichung dieses Urteils aufgegeben“ habe, missverständlich ist, vgl. auch AEAO Nr. 1 zu § 59).

⁴⁸³ I R 15/02, BStBl. II 2003, S. 384 ff.

⁴⁸⁴ So BFH vom 18. Dezember 2002, I R 15/02, BStBl. II 2003, S. 384, 385; vgl. auch Buchna/Seeger/Brox, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.6, S. 199; Schauhoff, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 6, Rn. 108.

⁴⁸⁵ Buchna/Seeger/Brox, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.6, S. 199.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

perschaft gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke verfolgt.⁴⁸⁶ Die steuerbegünstigten Zwecke müssen vielmehr konkret bezeichnet werden⁴⁸⁷ (z.B. die Förderung von Wissenschaft und Förderung als gemeinnütziger Zweck, vgl. § 52 Abs. 2 Nr. 1 AO). Eine bloße Bezugnahme auf Regelungen oder Satzungen Dritter ist nicht ausreichend⁴⁸⁸ (vgl. auch AEAO Nr. 1 S. 2 zu § 60).

Auch über die Art der Zweckverwirklichung muss die Satzung gemäß § 60 Abs. 1 S. 1 AO konkrete Angaben enthalten.⁴⁸⁹ Dabei gilt: Je unbestimmter die Zweckangabe, desto größere Bedeutung kommt der Konkretisierung der Art der Zweckverwirklichung zu.⁴⁹⁰ Eine abschließende Aufzählung der Zweckverwirklichungsmaßnahmen ist grundsätzlich nicht erforderlich.⁴⁹¹ Vielmehr ist es zulässig, durch die Verwendung der Formulierung: „Der Satzungszweck wird verwirklicht insbesondere durch [...]“ (so auch wörtliche Formulierung des § 1 Abs. 3 Mustersatzung) und der anschließenden konkreten Bezeichnung einiger Zweckverwirklichungsmaßnahmen die Regelung betätigungs- bzw. entwicklungsoffen zu gestalten.⁴⁹²

Zweifel an der Vereinbarkeit der genannten Regelungserfordernisse mit dem Aktiengesetz, insbesondere mit dem Grundsatz der Satzungsstrenge, könnten zumindest in Bezug auf die Zweckregelung bestehen. So enthält das Aktiengesetz keine Vorschriften zum Zweck der Gesellschaft und trifft somit auch keine Bestimmung, die eine Zweckangabe in der Satzung ausdrücklich legitimiert. Lediglich der „Gegenstand des Unternehmens“ ist gemäß § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG in der Satzung zu bestimmen, der jedoch begrifflich vom Zweck zu unterscheiden ist⁴⁹³. Während nach der im Aktienrecht vorherrschenden Ansicht der Zweck

⁴⁸⁶ Vgl. FG Hamburg vom 8. Juli 1988, II 287/85, EFG 1989, S. 32, 33; *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, § 4, Rn. 135; *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.10.1, S. 256.

⁴⁸⁷ *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, § 4, Rn. 135; *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.10.1, S. 256.

⁴⁸⁸ Vgl. BFH vom 12. Januar 2011, I R 91/09, BFH/NV 2011, S. 1111, 1112; BFH vom 21. Juli 1999, I R 2/98, BFH/NV 2000, S. 297, 298; BFH vom 5. August 1992, X R 165/88, BStBl. II 1992, S. 1048, 1049; BFH vom 26. Februar 1992, I R 47/89, BFH/NV 1992, S. 695, 696; BFH vom 19. April 1989, I R 3/88, BStBL. II 1989, S. 595, 596; *Koenig*, in: *Pahlke/Koenig* (Hrsg.), Kommentar zur AO, § 60, Rn. 3; *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, § 4, Rn. 135; *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, S. 256; *Schauhoff*, in: *Schauhoff* (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 6, Rn. 96.

⁴⁸⁹ *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, § 4, Rn. 136; *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.10.1, S. 256.

⁴⁹⁰ Vgl. FG Rheinland-Pfalz vom 11. Oktober 1993, 5 K 1341/92, EFG 1994, S. 594, 594; *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.10.1, S. 256; *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, § 4, Rn. 134; *Schauhoff*, in: *Schauhoff* (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 6, Rn. 99.

⁴⁹¹ Vgl. BFH vom 29. April 1984, I R 203/81, BStBl. II 1984, S. 844, 846; *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, § 4, Rn. 136; *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.10.2, S. 259.

⁴⁹² Vgl. BFH vom 29. April 1984, I R 203/81, BStBl. II 1984, S. 844, 846; *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, § 4, Rn. 136; *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.10.2, S. 259; *Schauhoff*, in: *Schauhoff* (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 6, Rn. 99.

⁴⁹³ *Seibt*, in: *Schmidt/Lutter* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 34; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 23, Rn. 21; *Heider*, in: *Goette/Habersack* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

den finalen Sinn des Gesellschafterzusammenschlusses beschreibt⁴⁹⁴ (in der Regel Erwirtschaftung von Gewinnen⁴⁹⁵), legt der Unternehmensgegenstand die Art der Zweckverwirklichung oder anders ausgedrückt die für die Zweckerreichung einzusetzenden Mittel fest⁴⁹⁶.

Dennoch wird die ausdrückliche Festschreibung eines Zwecks oder mehrerer Zwecke in der Satzung für zulässig erachtet⁴⁹⁷ und, sofern dies überhaupt thematisiert wird, richtigerweise mit der Satzungsstrenge für vereinbar gehalten⁴⁹⁸. So enthalten die Absätze 3 und 4 des § 23 AktG lediglich Mindestanforderungen an den Satzungsinhalt und keine abschließenden Regelungen⁴⁹⁹. Ein Verstoß gegen aktiengesetzliche Normen wie gegen § 76 Abs. 1 AktG, der die eigenverantwortliche Leistungsbefugnis des Vorstands festschreibt, wird durch eine Zweckregelung nicht begründet⁵⁰⁰. Sie ist eine nach § 82 Abs. 2 AktG zulässige Befugnisbeschränkung.⁵⁰¹ Im Ergebnis handelt es sich bei einer satzungsmäßigen Zweckregelung

AktG, Bd. 1, § 3, Rn. 14; *Eberth*, Die Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung, S. 19; *Seydel*, Konzernbildungskontrolle bei der Aktiengesellschaft, S. 232; *Luther*, Die genossenschaftliche Aktiengesellschaft, S. 18.

⁴⁹⁴ Vgl. OLG Hamburg vom 18. September 1967, 2 W 125/67, BB 1968, S. 267, 267; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 23, Rn. 22; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 34; *Heider*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 3, Rn. 15; *Kort*, NZG 2011, S. 929, 931.

⁴⁹⁵ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 23, Rn. 22; *Heider*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 3, Rn. 15; *Westermann*, Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens im Aktien- und Genossenschaftsrecht, in: Hubmann/Hübner (Hrsg.), FS Schnorr, S. 517, 524; *Luther*, Die genossenschaftliche Aktiengesellschaft, S. 18.

⁴⁹⁶ Vgl. OLG Hamburg vom 18. September 1967, 2 W 125/67, BB 1968, S. 267, 267; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 23, Rn. 22; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 34; *Heider*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 3, Rn. 15; *Nienhaus*, Kapitalschutz in der Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung, S. 7; *Kort*, NZG 2011, S. 929, 931; *Luther*, Die genossenschaftliche Aktiengesellschaft, S. 18.

⁴⁹⁷ *Westermann*, Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens im Aktien- und Genossenschaftsrecht, in: Hubmann/Hübner (Hrsg.), FS Schnorr, S. 517, 524, 525 und 526; *Seydel*, Konzernbildungskontrolle bei der Aktiengesellschaft, S. 233.

⁴⁹⁸ *Luther*, Die genossenschaftliche Aktiengesellschaft, S. 22 ff; *Seydel*, Konzernbildungskontrolle bei der Aktiengesellschaft, S. 233, der eine „wirkliche Zweckbestimmung“ mit § 76 AktG vereinbar und deshalb nach § 23 Abs. 5 AktG für zulässig erachtet, jedoch keine ausdrückliche Differenzierung zwischen abweichender und ergänzender Regelung trifft; vgl. auch *Westermann*, Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens im Aktien- und Genossenschaftsrecht, in: Hubmann/Hübner (Hrsg.), FS Schnorr, S. 517, 526.

⁴⁹⁹ *Luther*, Die genossenschaftliche Aktiengesellschaft, S. 23 (zu § 23 Abs. 3 AktG, dessen Argumentation auch auf den Regelungsgehalt des heutigen § 23 Abs. 4 AktG zu übertragen ist); *Eberth*, Die Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung, S. 46; vgl. auch *Arnold*, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 67 und 68 zu § 23 Absätze 3 und 4 AktG allgemein (nicht zur Zulässigkeit einer Zweckregelung).

⁵⁰⁰ Hierzu ausführlich *Luther*, Die genossenschaftliche Aktiengesellschaft, S. 23 ff; *Eberth*, Die Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung, S. 46 und 47; so auch *Seydel*, Konzernbildungskontrolle bei der Aktiengesellschaft, S. 233 hinsichtlich einer „wirkliche[n] Zweckbestimmung“.

⁵⁰¹ *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 12; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 82, Rn. 9; *Mertens/Cahn*, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 2/1, § 82, Rn. 20; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1,

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

demzufolge um eine im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG zulässige, ergänzende Bestimmung.⁵⁰²

Auch wenn nach der gesetzlichen Grundkonzeption die Aktiengesellschaft auf die Verfolgung erwerbswirtschaftlicher Zwecke ausgerichtet ist⁵⁰³ (so zeigt die Regelung des § 58 Abs. 4 1. HS. AktG, die einen Anspruch der Aktionäre auf den Bilanzgewinn normiert, dass das gesetzliche Leitbild der Aktiengesellschaft subjektiv von einem Streben nach wirtschaftlichen Vorteilen ihrer Aktionäre geprägt ist) und bei Fehlen einer Satzungsregelung regelmäßig im Wege der Auslegung die Vermutung begründet wird, dass der finale Sinn des Zusammenschlusses der Gründungsaktionäre dem erwerbswirtschaftlichen Leitbild der Aktiengesellschaft entsprechend in der Verfolgung ebensolcher Ziele besteht⁵⁰⁴, ist die Aktiengesellschaft nicht auf die Verfolgung (und Statuierung) erwerbswirtschaftlicher Zwecke beschränkt⁵⁰⁵. Ihr steht grundsätzlich die Verfolgung jedes – in den Grenzen der §§ 134, 138 BGB erlaubten – Zwecks offen⁵⁰⁶ und somit auch eines solchen, der objektiv nicht in der wirtschaftlichen Betätigung zum Zwecke der Gewinnerzielung, sondern in der Förderung bzw. Unterstützung Dritter besteht⁵⁰⁷. Diese Zweckoffenheit bzw. -neutralität ergibt sich dabei nicht – wie beispielsweise *Priester*⁵⁰⁸ und *Seydel*⁵⁰⁹ anführen – mittelbar aus § 3 AktG, sondern vielmehr daraus, dass § 3 AktG der Verfolgung nicht-erwerbswirtschaftlicher Zwecke ebenso wenig entgegensteht wie andere Vorschriften des Aktiengesetzes.⁵¹⁰ So ist das Formalziel der (eigennützigen) Gewinnerzielung⁵¹¹ keine

§ 82, Rn. 27; *Habersack*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 3, § 82, Rn. 22.

⁵⁰² Vgl. *Eberth*, Die Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung, S. 46 ff, 59.

⁵⁰³ Vgl. *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rn. 54; *Brändel*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 1, § 3, Rn. 17; *Eberth*, Die Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung, S. 41, 42 und 52.

⁵⁰⁴ Vgl. u.a. *Seydel*, Konzernbildungskontrolle bei der Aktiengesellschaft, S. 237; *Eberth*, Die Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung, S. 41, 42 und 52; *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rn. 54.

⁵⁰⁵ Vgl. u.a. *Seydel*, Konzernbildungskontrolle bei der Aktiengesellschaft, S. 236; *Nienhaus*, Kapitalschutz in der Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung, S. 7; *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rn. 54.

⁵⁰⁶ *Lutter*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.) Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 3, Rn. 1; *Priester*, GmbHHR 1999, S. 149, 150, Fn. 4; *Winkler*, NJW 1970, S. 449, 450; *Luther*, Die genossenschaftliche Aktiengesellschaft, S. 20; *Westermann*, Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens im Aktien- und Genossenschaftsrecht, in: *Hubmann/Hübner* (Hrsg.), FS Schnorr, S. 517, 524; *Reimer/Waldhoff*, FR 2002, S. 318, 320; *Seydel*, Konzernbildungskontrolle bei der Aktiengesellschaft, S. 236; *Nienhaus*, Kapitalschutz in der Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung, S. 7; *Eberth*, Die Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung, S. 26, die im Ergebnis jedoch zwischen normtypischen und atypischen Zwecksetzungen eine Differenzierung trifft (S. 171).

⁵⁰⁷ Vgl. u.a. *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rn. 54 (Zulässigkeit gemeinnütziger oder ideeller Zwecke); *Fleischer*, AG 2001, S. 171, 173 (Gemeinwohklause); *Nienhaus*, Kapitalschutz in der Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung, S. 167 (Möglichkeit der altruistischen Zielseitung).

⁵⁰⁸ *Priester*, GmbHHR 1999, S. 149, 150, Fn. 4.

⁵⁰⁹ *Seydel*, Konzernbildungskontrolle bei der Aktiengesellschaft, S. 236.

⁵¹⁰ Vgl. *Ullrich*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 50.

⁵¹¹ Zur Herleitung der Gewinnerzielung als typischem Formalziel der Aktiengesellschaft: *Birke*, Das Formalziel der Aktiengesellschaft, S. 139 ff.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

zwingende Vorgabe des Gesetzes⁵¹² Verfolgt die Gesellschaft legale nicht-erwerbswirtschaftliche Zwecke wie die Förderung der Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet (vgl. § 52 Abs. 1 Satz 1 iVm. Abs. 2 S. 1 AO), die Unterstützung bestimmter hilfsbereiter Personen (vgl. § 53 AO) oder die Förderung einer Religionsgemeinschaft, die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist (vgl. § 54 Abs. 1 AO), ist eine ausdrückliche Zweckbestimmung aufgrund der Zweckoffenheit bzw. -neutralität des Aktiengesetzes nach § 23 Abs. 5 S. 2 AktG nicht nur zulässig, sondern als Ausnahme vom gesetzlichen Leitbild der erwerbswirtschaftlichen Aktiengesellschaft insbesondere aus Aktiennärs- und Gläubigerschutzgesichtspunkten auch geboten⁵¹³.

Zudem bereitet auch die nach § 60 Abs. 1 S. 1 AO erforderliche Angabe der konkreten Art der Zweckverwirklichung aktiengesetzlich keine Schwierigkeiten; ebensowenig die in § 1 Abs. 3 Mustersatzung enthaltene entwicklungsoffene Formulierung „insbesondere durch [...]“. So entspricht die genannte Angabe inhaltlich der nach § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG erforderlichen Bestimmung des Unternehmensgegenstands⁵¹⁴, die ebenfalls in Bezug auf den Geschäftstätigkeitsschwerpunkt individualisierte Angaben enthalten muss⁵¹⁵. Der Unternehmensgegenstand kann dabei – wie der Zweck – von nicht-erwerbswirtschaftlicher Natur sein⁵¹⁶.⁵¹⁷

b. Selbstlosigkeit gemäß § 55 AO

In Bezug auf die spezifische Untersuchung der Vereinbarkeit der steuerbegünstigten Zwecke mit dem Aktiengesetz ist des Weiteren zu berücksichtigen, dass die Abgabenordnung nicht nur die Förderung der Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet (vgl. § 52 Abs. 1 Satz 1 iVm. Abs. 2 Satz 1 AO), die Unterstützung bestimmter hilfsbereiter Personen (vgl. § 53 AO) oder die Förderung einer Religionsgemeinschaft, die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, (vgl. § 54 Abs. 1 AO) als Voraussetzung für den jeweilig steuerbegünstigten Zweck normiert. So ist jeweils auch die „Selbstlosigkeit“ im Sinne des § 55 AO, also das „Wie“ der Förderung bzw. Unterstützung, Merkmal (vgl. § 52 Abs. 1 S. 1, § 53, § 54 Abs. 1 AO) sowie Inhalt der Satzung (vgl. § 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm. §§ 2 ff Mustersatzung). Dementsprechend muss sich das Merkmal der „Selbstlosigkeit“ und die Zulässigkeit entsprechender Festlegungen in der Satzung an den Anforderungen des Aktiengesetzes, insbesondere an § 23 Abs. 5 AktG messen lassen. Es kann nur eine solche (Zweck-)Regelung getroffen werden, die mit den aktienrechtlichen Vorschriften volumnäßig vereinbar ist.

⁵¹² Eberth, Die Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung, S. 51 und 53.

⁵¹³ Vgl. Priester, Satzungsvorgaben zum Vorstandshandeln – Satzungsautonomie contra Leitungsautonomie –, in: Kindler/Koch/Ulmer/Winter (Hrsg.), FS Hüffer, S. 777, 781.

⁵¹⁴ Vgl. Hüttemann, Gemeinnützige- und Spendenrecht, § 2, Rn. 15 in Bezug auf den Unternehmensgegenstand im Gesellschaftsrecht allgemein.

⁵¹⁵ Zum Individualisierungserfordernis Seibt, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 35; Hüffer, Kommentar zum AktG, § 23, Rn. 24; Arnold, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rnrr. 83 ff.

⁵¹⁶ Doralt/Diregger, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 3, Rn. 17; Röhricht, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 80.

⁵¹⁷ Kort, NZG 2011, S. 929, 929.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

Gemäß § 55 Abs. 1 S. 1 1. HS. AO ist eine „Förderung oder Unterstützung [...] selbstlos, wenn dadurch nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke – zum Beispiel gewerbliche Zwecke oder sonstige Erwerbszwecke – verfolgt werden und wenn die folgenden Voraussetzungen gegeben sind: [...].“ Die in § 55 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 AO enthaltenen Regelungen bestimmen dabei zum einen, dass eine Verwendung der Körperschaftsmittel nur für die satzungsmäßigen Zwecke erfolgen darf (Nr. 1 S. 1) und konkretisieren dieses Gebot, indem sie zum anderen festlegen, welche Art der Mittelverwendung unzulässig ist⁵¹⁸ (Nr. 1 Sätze 2 und 3, Nrn. 2 und 3). § 55 Abs. 1 (Nr. 2) und Nr. 4 AO normieren den Grundsatz der Vermögensbindung⁵¹⁹. § 55 Abs. 1 Nr. 5 AO schreibt das Gebot der zeitnahen Mittelverwendung fest⁵²⁰.

aa. Keine in erster Linie eigenwirtschaftliche Zweckverfolgung,
§ 55 Abs. 1 S. 1 1. HS. AO

Gemäß § 55 Abs. 1 S. 1 1. HS. AO geschieht eine „Förderung oder Unterstützung [...] selbstlos, wenn dadurch nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke – zum Beispiel gewerbliche Zwecke oder sonstige Erwerbszwecke – verfolgt werden [...].“ Durch dieses Erfordernis sollen solche Fälle ausgeschlossen werden, in denen die Körperschaft zwar objektiv ausschließlich eine Förderung oder Unterstützung Dritter (im Sinne der §§ 52 bis 54 AO) betreibt, „durch“ die aber zugleich primär eigenwirtschaftliche Zwecke verfolgt werden.⁵²¹ Auf wessen eigenwirtschaftliche Zweckverfolgung es hier ankommt – ob auf die der Mitglieder oder die der Körperschaft –, ist in § 55 Abs. 1 S. 1 1. HS. AO nicht ausdrücklich normiert.⁵²²

Einigkeit besteht insoweit, als sich der Regelungsinhalt des § 55 Abs. 1 S. 1 1. HS. AO jedenfalls auf die Mitglieder bezieht. Fördert die Körperschaft die wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder, ist eine eigenwirtschaftliche Zweckverfolgung anzunehmen⁵²³. Immaterialie Vorteile werden hingegen von der Regelung nicht erfasst.⁵²⁴ Dabei ist jedoch nicht jede Förderung der wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder gemeinnützigkeitsschädlich.⁵²⁵ Schädlich ist sie nur, wenn sie „in erster Linie“ erfolgt (vgl. § 55 Abs. 1 S. 1 1. HS. AO). Das heißt, dass die wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder „nicht nur nebenbei“⁵²⁶, sondern „vorrangig“⁵²⁷ gefördert werden;⁵²⁸ somit „der Eigennutz der Mitglieder in den Vordergrund tritt“⁵²⁹.

⁵¹⁸ *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.5, S. 132.

⁵¹⁹ *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.5, S. 132.

⁵²⁰ *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.5, S. 132.

⁵²¹ *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, § 4, Rn. 72.

⁵²² *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, § 4, Rn. 89.

⁵²³ Vgl. BFH vom 27. April 2005, I R 90/04, BB 2005, S. 1888, 1890; BFH vom 23. Oktober 1991, I R 19/91, BStBl. II 1992, S. 62, 64; *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.5.1, S. 123.

⁵²⁴ *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, § 4, Rn. 80.

⁵²⁵ Vgl. BFH vom 27. April 2005, I R 90/04, BB 2005, S. 1888, 1890; *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, § 4, Rn. 81.

⁵²⁶ So BFH vom 27. April 2005, I R 90/04, BB 2005, S. 1888, 1890; BFH vom 23. Oktober 1991, I R 19/91, BStBl. II 1992, S. 62, 64.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs⁵³⁰, der Finanzverwaltung (vgl. AEAO Nr. 1 zu § 55 AO) und der wohl überwiegenden Literaturansicht⁵³¹ erstreckt sich der Regelungsgehalt des § 55 Abs. 1 S. 1 1. HS. AO darüber hinaus auch auf die Ebene der Körperschaft. Eine gemeinnützigkeitsschädliche Zweckverfolgung im Sinne des § 55 Abs. 1 S. 1 1. HS. AO ist demnach zu bejahen, wenn die Körperschaft in erster Linie eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt;⁵³² ihre Tätigkeit beispielsweise vorrangig auf die Erlangung eines eigenen wirtschaftlichen Vorteils und eine Vermögensmehrung abzielt⁵³³. Die Finanzverwaltung scheint die Auffassung auch nach Änderung des Anwendungserlasses mit BMF-Schreiben vom 17. Januar 2012⁵³⁴ nicht aufgegeben zu haben. So ist die Regelung des AEAO Nr. 1 zu § 55 AO unverändert bestehen geblieben.⁵³⁵ AEAO Nr. 1 zu § 55 AO lautet wie folgt:

„Eine Körperschaft handelt selbstlos, wenn sie weder selbst noch zugunsten ihrer Mitglieder eigenwirtschaftliche Zwecke verfolgt. Ist die Tätigkeit in erster Linie auf Mehrung ihres eigenen Vermögens gerichtet, so handelt sie nicht selbstlos. [...]“

Etwas anderes gilt nunmehr aber für die Bestimmung der Zulässigkeitsgrenzen wirtschaftlicher Betätigungen. Vor Änderung des Anwendungserlasses mit BMF-Schreiben vom 17. Januar 2012 hat die Finanzverwaltung im Rahmen von § 55 AO zwischen der steuerbegünstigten und der wirtschaftlichen Tätigkeit gewichtet (vgl. AEAO Nr. 2 S. 1 zu § 55 a.F.) und eine Steuerbegünstigung verneint, wenn „die wirtschaftliche Tätigkeit bei einer Gesamtbetrachtung das Gepräge gibt“ (vgl. AEAO Nr. 2 S. 2 zu § 55 a.F.). Die sog. Geprägetheorie der Finanzverwaltung wichen dabei von der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs ab.⁵³⁶ So hatte der Bundesfinanzhof in seiner grundlegenden Entscheidung vom 15. Juli 1998⁵³⁷ herausgestellt, dass es für die Zulässigkeitsbeurteilung nicht allein auf den Umfang der wirtschaftlichen Aktivitäten ankommt, sondern darauf, ob der wirtschaftliche

⁵²⁷ BFH vom 27. April 2005, I R 90/04, BB 2005, S. 1888, 1890; BFH vom 23. Oktober 1991, I R 19/91, BStBl. II 1992, S. 62, 64.

⁵²⁸ BFH vom 27. April 2005, I R 90/04, BB 2005, S. 1888, 1890; BFH vom 23. Oktober 1991, I R 19/91, BStBl. II 1992, S. 62, 64.

⁵²⁹ So BFH vom 27. April 2005, I R 90/04, BB 2005, S. 1888, 1890.

⁵³⁰ Vgl. BFH vom 26. April 1989, I R 209/85, BStBl. II 1989, S. 670, 672; BFH vom 15. Juli 1998, I R 156/94, BStBl. II 2002, S. 162, 163; BFH vom 4. April 2007, I R 76/05, BStBl. II 2007, S. 631, 631 ff.

⁵³¹ Vgl. u.a. *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.5.1, S. 123; *Reimer/Waldhoff*, FR 2002, S. 318, 321; a.A.: *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, § 4, Rn. 99.

⁵³² BFH vom 26. April 1989, I R 209/85, BStBl. II 1989, S. 670, 672; BFH vom 15. Juli 1998, I R 156/94, BStBl. II 2002, S. 162, 163; BFH vom 4. April 2007, I R 76/05, BStBl. II 2007, S. 631, 631 ff; *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.5.1, S. 122 und 123.

⁵³³ *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.5.1, S. 123.

⁵³⁴ BMF-Schreiben vom 17. Januar 2012, BStBl. I 2012, S. 83 ff.

⁵³⁵ Vgl. BMF-Schreiben vom 17. Januar 2012, BStBl. I 2012, S. 83, 85; vgl. auch die Synopse zu den Änderungen des AEAO Abschnitt „Steuerbegünstigte Zwecke“, npoR 2012, S. 2, 15

⁵³⁶ Ausführlich zur Geprägetheorie und der Linie des Bundesfinanzhofs *Weitemeyer/Mager*, in: *Hüttemann/Rawert/Schmidt/Weitemeyer* (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2008, S. 69 ff.

⁵³⁷ BFH vom 15. Juli 1998, I R 156/94, BStBl. II 2002, S. 162, 162 ff.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

Geschäftsbetrieb die Mittel für die steuerbegünstigte Zweckverfolgung einsetzt⁵³⁸. Diese Grundsatzentscheidung wurde mit Urteil vom 4. April 2007⁵³⁹ wie folgt bestätigt⁵⁴⁰:

„Nach dem Senatsurteil vom 15. Juli 1998 [...] liegt ein Verstoß gegen das Gebot der Selbstdisposition nicht allein deswegen vor, weil die Körperschaft einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhält und die nicht begünstigten die gemeinnützigen Aktivitäten übersteigen. Maßgeblich ist vielmehr, ob das Vermögen der gemeinnützigen Körperschaft zweckgerichtet für die ideellen Zwecke eingesetzt wird und die Einnahmen aus der nicht begünstigten Tätigkeit verwendet werden. Wirtschaftliche Tätigkeiten zur Erhöhung der Einkünfte mit dem Ziel, den gemeinnützigen Satzungszweck durch Zuwendungen von Mitteln zu fördern, sind nicht schädlich [...].“⁵⁴¹

Einschränkend hat der Bundesfinanzhof jedoch ausgeführt, dass „eine wirtschaftliche Aktivität einer gemeinnützigen Körperschaft [...] nicht zum Selbstzweck werden“⁵⁴² dürfe, da andernfalls ein Verstoß gegen das Ausschließlichkeitsgebot des § 56 AO begründet werden würde⁵⁴³. Im Ergebnis hat der Bundesfinanzhof damit die Grenzen für die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigungen insbesondere anhand des in § 56 AO abgeleiteten Finalitätsgebots bestimmt.⁵⁴⁴ Dieser Auffassung hat sich im Grundsatz nunmehr auch die Finanzverwaltung angeschlossen. Mit BFH-Schreiben vom 17. Januar 2012 ist AEAO Nr. 2 zu § 55 AO gestrichen worden.⁵⁴⁵ Zugleich wurde der AEAO-Regelung zu § 56 eine neue Nr. 1 vorangestellt, die auszugsweise wie folgt lautet:

„Das Ausschließlichkeitsgebot des § 56 besagt, dass eine Körperschaft nicht steuerbegünstigt ist, wenn sie neben ihrer steuerbegünstigten Zielsetzung weitere Zwecke verfolgt und diese Zwecke nicht steuerbegünstigt sind. Im Zusammenhang mit der Vermögensverwaltung und wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben, die Nicht-Zweckbetriebe sind, folgt daraus, dass deren Unterhaltung der Steuerbegünstigung einer Körperschaft entgegensteht, wenn sie in der Gesamtschau zum Selbstzweck wird und in diesem Sinne neben die Verfolgung des steuerbegünstigten Zwecks der Körperschaft tritt. [...] Auf das BFH-Urteil vom 4.4.2007 – I R 76/05 – BStBl II S. 631, wird hingewiesen.“

Es bleibt allerdings abzuwarten, ob und wie sich die geänderte Auffassung der Finanzverwaltung in der Praxis auswirken wird.

Was die Verfolgung „nicht in erster Linie“ eigenwirtschaftlicher Zwecke auf Ebene der Mitglieder und – mit dem Bundesfinanzhof und der Finanzverwaltung – auf Ebene der Körperschaft im Sinne des § 55 Abs. 1 S. 1 AO und die Vereinbarkeit dieser Anforderung mit dem Aktiengesetz anbetrifft, ist für die Beurteilung der Vereinbarkeit auch aktiengesetz-

⁵³⁸ BFH vom 15. Juli 1998, I R 156/94, BStBl. II 2002, S. 162, 162 und 163.

⁵³⁹ I R 76/05, BStBl. II 2007, S. 631, 631 ff.

⁵⁴⁰ Lehr, DStR 2010, S. 795, 796.

⁵⁴¹ So BFH vom 4. April 2007, I R 76/05, BStBl. II 2007, S. 631, 631 ff.

⁵⁴² So BFH vom 4. April 2007, I R 76/05, BStBl. II 2007, S. 631, 631 ff.

⁵⁴³ So BFH vom 4. April 2007, I R 76/05, BStBl. II 2007, S. 631, 631 ff.

⁵⁴⁴ Im Ergebnis so auch Hüttemann, Gemeinnützige- und Spendenrecht, § 4 Rn. 100, der jedoch die eigenwirtschaftliche Zweckverfolgung der Körperschaft schon per se nicht dem Anwendungsbereich des § 55 Abs. 1 S. 1 AO, sondern dem des § 56 AO unterfallen lässt.

⁵⁴⁵ BMF-Schreiben vom 17. Januar 2012, BStBl. I 2012, S. 83, 85; vgl. auch die Synopse zu den Änderungen des AEAO Abschnitt „Steuerbegünstigte Zwecke“, npoR 2012, S. 2, 15.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

lich konsequent zwischen der Ebene der Aktionäre und derjenigen der Aktiengesellschaft zu unterscheiden.

Was die Ebene der Aktionäre anbetrifft, so zeigt die Regelung des § 58 Abs. 4 1. HS. AktG, die einen Anspruch der Aktionäre auf den Bilanzgewinn normiert, dass das gesetzliche Leitbild der Aktiengesellschaft subjektiv von einem Streben nach wirtschaftlichen Vorteilen ihrer Aktionäre geprägt ist. Von diesem gesetzlichen Regelfall der eigenständigen und damit eigenwirtschaftlichen Zweckverfolgung der Aktionäre kann jedoch nach § 58 Abs. 4 2. HS., 2. Alt. AktG (iVm. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG) durch eine entsprechende Regelung in der Satzung abgewichen werden. Ist in der Satzung der Anspruch auf den Bilanzgewinn ausdrücklich ausgeschlossen (und streben die Aktionäre im konkreten Einzelfall nicht nach sonstigen wirtschaftlichen Vorteilen), wird ein gemeinnützigkeitsschädlicher, vorrangiger Eigennutz der Aktionäre einer Aktiengesellschaft an der Förderung bzw. Unterstützung regelmäßig nicht anzunehmen sein.

Was die Ebene der Körperschaft anbetrifft, so ermöglichen die Regelungen des § 58 Absätze 1 und 2 AktG, dass ein Teil des Jahresüberschusses der Gesellschaft in andere Gewinnrücklagen eingestellt werden kann. Entsprechendes gilt für den Eigenkapitalanteil von Wertaufholungen des Anlage- und Umlaufvermögens und bestimmten Passivposten (vgl. § 58 Abs. 2 a AktG). Auch der Bilanzgewinn kann gemäß § 58 Abs. 3 S. 1 AktG durch entsprechenden Verwendungsbeschluss der Hauptversammlung in Gewinnrücklagen eingestellt werden. Wird der Überschuss bzw. der Gewinn in (andere) Gewinnrücklagen eingestellt, so führt dies zur Verbesserung der Eigenkapitalquote der Aktiengesellschaft. Darüber hinaus besteht gemäß § 150 Absätze 1 und 2 AktG die Verpflichtung, jährlich 5 Prozent „des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses“ in eine gesetzliche Rücklage einzustellen, bis „die gesetzliche Rücklage und die Kapitalrücklagen nach § 272 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 des Handelsgesetzbuchs zusammen“ jedenfalls 10 Prozent des Grundkapitals erreichen. Aufgrund des gesetzlich verankerten Vermögensstockaufbaus kann die Zweckverfolgung der Gesellschaft grundsätzlich als eigenwirtschaftlich beurteilt werden. Ob diese jedoch als gemeinnützigkeitsschädlich zu qualifizieren ist, wird nachfolgend unter 2. Teil A. I. 3. b) ii) (1) zu prüfen sein. Ist eine (eigenwirtschaftliche) Rücklagenbildung nach den weiteren Bestimmungen des Gemeinnützigeitsrechts ausdrücklich zugelassen oder aber allgemein anerkannt, so kann sie im Umkehrschluss nicht zu einer gemeinnützigkeitsschädlichen (vorrangigen) Eigenwirtschaftlichkeit der Gesellschaft im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 1 1. HS. AO führen.

bb. Mittelverwendungsgebot, § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 AO

Die Regelung des § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 AO enthält das sog. Mittelverwendungsgebot. So dürfen die „Mittel der Körperschaft [...] nur für die satzungsmäßigen Zwecke verwendet werden“. Unter „Mittel“ im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO sind dabei sämtliche Vermögenswerte der Körperschaft zu verstehen.⁵⁴⁶ Das heißt solche, über die die Körperschaft als Eigentümerin disponieren kann und die zur Verwirklichung der steuerbegünstigten Satzungszwecke geeignet sind.⁵⁴⁷ Die „Verwendung“ setzt dabei nach einer Entscheidung des

⁵⁴⁶ BFH vom 23. Oktober 1991, I R 19/91, BStBl. II 1992, S. 62, 62 und 64.

⁵⁴⁷ Buchna/Seeger/Brox, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, § 2.5.5, S. 132.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

Bundesfinanzhofs vom 5. Februar 1992⁵⁴⁸ „einen unmittelbaren Einsatz der zugewendeten Geld- oder Sachwerte für steuerbegünstigte Zwecke voraus“⁵⁴⁹.⁵⁵⁰ Ein unmittelbarer Einsatz der zugewendeten Geld- oder Sachwerte liegt aber nicht nur bei direkter Förderung des Gemeinwohls vor. So würde dies den zulässigen Mitteleinsatz zu weit einschränken.⁵⁵¹ Entscheidend ist vielmehr, dass der Mitteleinsatz der Verwirklichung der steuerbegünstigten Zwecke dient.⁵⁵² Demzufolge ist beispielsweise auch der Einsatz von Mitteln für Vorbereitungshandlungen, die ernsthaft auf die Verwirklichung der steuerbegünstigten Satzungszwecke gerichtet sind, grundsätzlich zulässig.⁵⁵³

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass eine gemeinnützigeitsunschädliche Mittelverwendung nur bei einem angemessenen (wirtschaftlich sinnvollen) Ausgabeverhalten der Körperschaft anzunehmen ist.⁵⁵⁴ So hatte der Bundesfinanzhof in seiner Entscheidung vom 23. September 1998⁵⁵⁵ in Bezug auf die Zulässigkeit von Verwaltungskosten und Spendenwerbung ausgeführt:

„Die Steuerbefreiung gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG und die Steuervergünstigung gemäß § 10 b EStG werden gewährt, um steuerbegünstigte Zwecke zu fördern. Dies Ziel wird verfehlt, wenn die Körperschaft die Spenden weitgehend nicht für ihre satzungsmäßigen steuerbegünstigten Zwecke, sondern für die eigene Verwaltung und die Spendenwerbung einsetzt. [...] Entscheidendes Kriterium ist deshalb, ob bei Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles das Ausgabeverhalten der Körperschaft angemessen ist [...]. Angemessen ist ein Ausgabeverhalten, wenn es wirtschaftlich sinnvoll ist und dazu beiträgt, dass ein möglichst hoher Anteil der Mittel unmittelbar und effektiv den hilfsbedürftigen Personen zugute kommt. Zu berücksichtigen ist auch, ob sich die Körperschaft noch in der Aufbauphase befindet, in der sie zunächst und in der Regel unvermeidbar einen sehr hohen Anteil ihrer Mittel für die Verwaltung und Spendenwerbung verwenden muss.“⁵⁵⁶

Auch die Finanzverwaltung stellt auf die Angemessenheit der Verwaltungsausgaben ab (vgl. AEAO Nrn. 17 ff zu § 55 Abs. 1 Nrn. 1 und 3 AO). Für die steuerliche Privilegierung bedarf es hierzu nicht nur der Angemessenheit der einzelnen Verwaltungsausgabe, sondern auch der Angemessenheit der Gesamtausgaben (vgl. AEAO Nrn. 17 ff, insbesondere auch Nr. 19 zu § 55 Abs. 1 Nrn. 1 und 3 AO).

Eine § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 AO entsprechende Regelung ist im Aktiengesetz nicht normiert.

Ob das Gebot des § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 AO, Körperschaftsmittel nur für steuerbegünstigte Zwecke zu verwenden, in der Rigidität mit dem Aktiengesetz vereinbar ist, hängt maßgeblich von der Kompatibilität der in § 55 Abs. 1 Nr. 1 Sätze 2 und 3, Nrn. 2 und 3 AO nor-

⁵⁴⁸ BFH vom 5. Februar 1992, I R 63/91, BStBl. II 1992, S. 748 ff.

⁵⁴⁹ So BFH vom 5. Februar 1992, I R 63/91, BStBl. II 1992, S. 748, 749.

⁵⁵⁰ So auch bei *Hüttemann*, Gemeinnützigeits- und Spendenrecht, § 5, Rn. 29.

⁵⁵¹ Vgl. *Hüttemann*, Gemeinnützigeits- und Spendenrecht, § 5, Rn. 30.

⁵⁵² *Hüttemann*, Gemeinnützigeits- und Spendenrecht, § 5, Rn. 33.

⁵⁵³ BFH vom 23. Juli 2003, I R 29/02, BStBl. II 2003, S. 930, 930 und 932; *Hüttemann*, Gemeinnützigeits- und Spendenrecht, § 5, Rn. 31.

⁵⁵⁴ Vgl. *Hüttemann*, Gemeinnützigeits- und Spendenrecht, § 5, Rnrr. 33 und 34; *Schauhoff*, in: *Schauhoff* (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 9, Rn. 19; *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.5.5.1, S. 133 und 134.

⁵⁵⁵ BFH vom 23. September 1998, I B 82/98, BStBl. II 2000, S. 320 ff.

⁵⁵⁶ BFH vom 23. September 1998, I B 82/98, BStBl. II 2000, S. 320, 324.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

mierten Mittelfehlverwendungen mit den Regelungen des Aktiengesetzes ab. So sind Gewinnausschüttungen und sonstige Zuwendungen an Mitglieder (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO), die Unterstützung politischer Parteien (Nr. 1 S. 3), die Rückgewähr eines die eingezahlten Kapitalanteile und den gemeinen Wert der geleisteten Sacheinlagen zum Zeitpunkt der Leistung übersteigenden Werts bei Ausscheiden oder bei Auflösung oder Aufhebung der Körperschaft (Nr. 2, Abs. 2) sowie die Begünstigung von Personen durch zweckfremde Ausgaben oder durch unverhältnismäßig hohe Vergütungen (Nr. 3) gemeinnützungsrechtlich unzulässig.

cc. Keine Gewinnanteile und sonstige Zuwendungen an Gesellschafter,
§ 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO

Gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AktG dürfen Mitglieder, worunter auch Gesellschafter zu fassen sind, keine Gewinnanteile oder sonstige Zuwendungen aus Mitteln der Körperschaft erhalten. Verboten sind somit ausdrücklich offene⁵⁵⁷, aber auch verdeckte⁵⁵⁸ Gewinnausschüttungen. Von dem Verbot ausgenommen sind lediglich solche Ausschüttungen, die an einen Gesellschafter erfolgen, der ebenfalls steuerbegünstigte Körperschaft oder eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist⁵⁵⁹ (vgl. § 58 Nr. 2 AO). Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs ist eine „Zuwendung“ im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO „ein wirtschaftlicher Vorteil, den die Körperschaft bewusst unentgeltlich oder gegen zu geringes Entgelt“⁵⁶⁰ einem Mitglied verschafft.⁵⁶¹ Aus den Mitteln der Körperschaft erfolgt eine Zuwendung dann, „wenn deren Vermögenswerte eingesetzt werden, um den wirtschaftlichen Vorteil dem Dritten zukommen zu lassen“⁵⁶².⁵⁶³ Die Beurteilung der Schädlichkeit einer Zuwendung kann dabei auch im Wege des Drittvergleichs erfolgen.⁵⁶⁴ Hält sie diesem Stand, ist ein Verstoß gegen § 55 Abs. 1 Nr. 2 S. 2, 2. Alt. AO zu verneinen.

Was die Vereinbarkeit mit dem Aktiengesetz anbetrifft, ist zwischen offenen Gewinnausschüttungen einerseits sowie verdeckten Gewinnausschüttungen und sonstigen Zuwendungen andererseits zu trennen.

(1) Offene Gewinnausschüttungen

Das Aktiengesetz sieht grundsätzlich einen mitgliedschaftlichen Gewinnanspruch vor (vgl. § 58 Abs. 4 1. HS. AktG), der jedoch gemäß § 58 Abs. 4 2. HS. 2. Alt. AktG (iVm.

⁵⁵⁷ Schauhoff, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 9, Rn. 114.

⁵⁵⁸ BFH vom 8. August 2001, I B 40/01, BFH/NV 2001, S. 1536, 1538 (zu § 8 Abs. 3 S. 2 KStG); Schauhoff, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 9, Rn. 114; Leisner-Egensperger, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Kommentar zur AO, § 55, Rn. 191.

⁵⁵⁹ Schauhoff, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 9, Rn. 114.

⁵⁶⁰ So BHF vom 23. Oktober 1991, I R 19/91, BStBl. II 1992, S. 62, 64.

⁵⁶¹ So auch bei Hüttemann, Gemeinnützige- und Spendenrecht, § 5, Rn. 63; Buchna/Seeger/Brox, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.5.5.6, S. 163.

⁵⁶² So BHF vom 23. Oktober 1991, I R 19/91, BStBl. II 1992, S. 62, 64.

⁵⁶³ So auch bei Hüttemann, Gemeinnützige- und Spendenrecht, § 5, Rn. 63; Buchna/Seeger/Brox, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.5.5.6, S. 162.

⁵⁶⁴ Hüttemann, Gemeinnützige- und Spendenrecht, § 5, Rn. 63; Leisner-Egensperger, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Kommentar zur AO, § 55, Rn. 174.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

§ 23 Abs. 5 S. 1 AktG) durch eine entsprechende Satzungsregelung abbedungen werden kann und zur Erfüllung der genannten Anforderung des § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 1. Alt. AktG auch muss⁵⁶⁵. Eine Ausnahme besteht lediglich dann, wenn die Aktionäre der Gesellschaft steuerbegünstigte Körperschaften oder juristische Personen des öffentlichen Rechts sind (vgl. § 58 Nr. 2 AO). So sind Ausschüttungen und sonstige Zuwendungen an diese grundsätzlich gemeinnützige rechtlich unschädlich (vgl. auch AEAO Nr. 2 S. 3 zu § 58 Nr. 2). In den übrigen Fällen ist der Gewinnanspruch in der (Gründungs-)Satzung auszuschließen. Ist eine solche Regelung nicht bereits in der Gründungssatzung enthalten, sondern erst im Wege der nachträglichen Satzungsänderung aufzunehmen, ist zu berücksichtigen, dass die Satzungsänderung in Abweichung von § 179 Abs. 2 S. 1 AktG der Zustimmung sämtlicher Aktionäre bedarf, da der nachträgliche Ausschluss des Gewinnanspruchs die Mitgliedschaft in ihrem Kern verändert.⁵⁶⁶ Dies wird beispielsweise dann relevant, wenn eine Aktiengesellschaft, die zunächst erwerbswirtschaftliche Zwecke verfolgt, in eine den Anforderungen der §§ 51 ff AO entsprechende Gesellschaft „umgewandelt“ werden soll.⁵⁶⁷

Das aus § 55 Abs. 1 Nr. 2 AktG resultierende Ausschüttungsverbot beschränkt die Hauptversammlung im Übrigen auch nicht in ihrer ausdrücklich in § 174 Abs. 1 S. 1 AktG zugewiesenen Kompetenz, über die Gewinnverwendung zu beschließen. So sind Gewinnverwendungsbeschlüsse nicht per se unzulässig, sondern nur die Zuweisung an die Gesellschafter.⁵⁶⁸

(2) Verdeckte Gewinnausschüttungen und sonstige Zuwendungen

§ 57 AktG enthält den sog. Grundsatz der aktienrechtlichen Vermögensbindung⁵⁶⁹. So dürfen den Aktionären nach § 57 Abs. 1 S. 1 AktG „die Einlagen nicht zurückgewährt werden“. Der Begriff „Einlagen“ ist dabei sprachlich zu eng gefasst.⁵⁷⁰ So verbietet § 57 Abs. 1 S. 1 AktG nach allgemeiner Rechtsauffassung grundsätzlich jede Vermögenszuwendung an einen Aktionär, die nicht als offene Gewinnausschüttung im Sinne des § 58 Abs. 4 AktG oder als gesetzlich zugelassene Ausnahme zu qualifizieren ist.⁵⁷¹ Von

⁵⁶⁵ Vgl. Brändel, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 1, § 11, Rn. 34 als Voraussetzung für die Anerkennung der Gemeinnützigkeit gemäß §§ 55, 59 AO (allgemein); Reimer/Waldhoff, FR 2002, S. 318, 322.

⁵⁶⁶ Sethe, ZHR 162 (1998), S. 474, 479; Ullrich, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 51.

⁵⁶⁷ Vgl. Ullrich, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 50.

⁵⁶⁸ Priester, GmbHR 1999, S. 149, 153.

⁵⁶⁹ Fleischer, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 57, Rn. 1; vgl. Hüffer, Kommentar zum AktG, § 57, Rn. 1 und 2; Drygala, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 57, Rn. 17.

⁵⁷⁰ Drygala, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 57, Rn. 16; Fleischer, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 57, Rn. 2; vgl. Hüffer, Kommentar zum AktG, § 57, Rn. 2.

⁵⁷¹ BGH vom 13. November 2007, XI ZR 294/07, NZG 2008, S. 106, 107; Fleischer, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 57, Rn. 9; Hüffer, Kommentar zum AktG, § 57, Rn. 2; Drygala, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 57, Rn. 16.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

diesem Verbot erfasst sind auch verdeckte Gewinnausschüttungen⁵⁷², deren Vorliegen sich bei Austauschgeschäften – wie im Steuerrecht – letztlich anhand der Vornahme eines Drittvergleichs bemisst⁵⁷³. Auch klassische Umgehungssachverhalte wie beispielsweise die Leistung Dritter für Rechnung der Aktiengesellschaft⁵⁷⁴ sowie – in bestimmten Konstellationen – Leistung an Dritte⁵⁷⁵, aber auch die Kombination dieser Fallgestaltungen (Dritte auf beiden Seiten)⁵⁷⁶ werden von der Regelung des § 57 Abs. 1 S. 1 AktG erfasst, die somit einen umfassenden Vermögensschutz bietet.

Aufgrund des weitreichenden aktiengesetzlichen Vermögensschutzes dahingehend, dass das gesamte Vermögen einer zwingenden Bindung unterliegt⁵⁷⁷, ist die Anforderung des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO auch in Bezug auf verdeckte Gewinnausschüttungen und sonstige Zuwendungen mit dem Aktiengesetz vereinbar mit der Konsequenz, dass das Aktiengesetz einer entsprechenden Festlegung in der Satzung nicht entgegensteht.

(3) Relevante Beispiele zur Vermeidung von verdeckten Gewinnausschüttungen in der Praxis

Zur Vermeidung von verdeckten Gewinnausschüttungen im gemeinnützigenrechtlichen sowie aktiengesetzlichen Sinne ist in der Praxis unter anderem besondere Vorsicht in Bezug auf die Übernahme von Gründungskosten durch die Gesellschaft sowie bei der Tätigkeitsvergütung von Organmitgliedern und Angestellten, die zugleich Mitglieder im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO sind, geboten.

(a) Übernahme von Gründungskosten durch die Gesellschaft

So liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung dann vor, wenn die Gesellschaft die Gründungskosten übernimmt, ohne dass eine entsprechende Regelung in der Satzung enthalten ist oder aber eine solche keine betragsmäßige Begrenzung festlegt.⁵⁷⁸ In beiden Fällen ist

⁵⁷² *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 57, Rn. 11; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 57, Rn. 5, 7 ff.

⁵⁷³ Vgl. BGH vom 13. November 2007, XI ZR 294/07, NZG 2008, S. 106, 107; *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 57, Rn. 12; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 57, Rn. 8.

⁵⁷⁴ Vgl. *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 57, Rn. 30; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 57, Rn. 13; *Drygala*, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 57, Rn. 120.

⁵⁷⁵ Vgl. *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 57, Rn. 31; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 57, Rn. 14; *Drygala*, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 57, Rn. 123 ff.

⁵⁷⁶ Vgl. *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 57, Rn. 32.

⁵⁷⁷ Vgl. OLG Jena vom 25. April 2007, 6 U 947/05, ZIP 2007, S. 1314, 1316; *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 57, Rn. 1 und 4; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 57, Rn. 2; *Drygala*, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 57, Rn. 17.

⁵⁷⁸ Vgl. BFH vom 11. Oktober 1989, I R 12/87, BStBl. II 1990, S. 89, 90 (zur GmbH sowie zu § 27 Abs. 3 S. 2 KStG 1977); BMF-Schreiben vom 25. Juni 1991, BStBl. I 1991, S. 661; BFH vom 11. Februar 1997, I R 42/96, BFH/NV 1997, S. 711, 711 und 712; *Jost*, Ausgewählte Aspekte

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

eine Übernahme sowohl aktiengesetzlich als auch gemeinnützigkeitsrechtlich unzulässig.⁵⁷⁹ Wird hingegen in der Satzung die Übernahme der Gründungskosten durch die Gesellschaft mit (angemessener) betragsmäßiger Begrenzung festgelegt, so ist diese Regelung nicht nur aktiengesetzlich zulässig (vgl. § 26 Abs. 2 AktG), sondern auch gemeinnützigschädlich.⁵⁸⁰

(b) Vergütung von Organmitgliedern und Angestellten,
die zugleich Mitglieder im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO sind

Auch können Vergütungen von Organmitgliedern (oder Angestellten), die zugleich Mitglieder im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO sind, nach einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 8. August 2001⁵⁸¹ als verdeckte Gewinnausschüttungen qualifiziert werden. So sah der Bundesfinanzhof in seiner vorgenannten Entscheidung die für eine Vorstandstätigkeit gezahlte Vergütung, auf die das Vorstandsmitglied keinen Anspruch hatte, als eine das Vermögen und Einkommen der Körperschaft mindernde, „in keinem Zusammenhang mit offenen Gewinnausschüttungen in Zusammenhang“⁵⁸² stehende und „durch das Mitgliedschaftsverhältnis veranlasst[e]“⁵⁸³ Zahlung und somit als verdeckte Gewinnausschüttung an.⁵⁸⁴

Soll eine verdeckte Gewinnausschüttung vermieden werden und eine Vergütung der Organ-tätigkeit sowie sonstiger Tätigkeiten von Personen, die zugleich Aktionäre der Gesellschaft sind, erfolgen, so bedarf es eines (dem Drittvergleich standhaltenden) Tätigkeitsvergütungs-anspruchs⁵⁸⁵. Dieser ergibt sich bei Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft regelmäßig aus dem Anstellungsvertrag. Eine konkretisierte Regelung zur Vorstandsvergütung in der Satzung (wie beispielsweise die Festsetzung einer Obergrenze) ist nicht zulässig, da eine solche in die ausschließliche Personalkompetenz des Aufsichtsrats eingreifen würde.⁵⁸⁶ Statutarische (allgemeine) Richtlinien zur Vorstandsvergütung werden hingegen teilweise für zulässig erachtet.⁵⁸⁷

der gemeinnützigen GmbH, in: Poll (Hrsg.), Bilanzierung und Besteuerung der Unternehmen, FS Brönnner, S. 179, 184 (zur GmbH).

⁵⁷⁹ Vgl. Jost, Ausgewählte Aspekte der gemeinnützigen GmbH, in: Poll (Hrsg.), Bilanzierung und Besteuerung der Unternehmen, FS Brönnner, S. 179, 184 ff (zur GmbH).

⁵⁸⁰ Jost, Ausgewählte Aspekte der gemeinnützigen GmbH, in: Poll (Hrsg.), Bilanzierung und Besteuerung der Unternehmen, FS Brönnner, S. 179, 186 (zur GmbH); vgl. auch Hüttemann, Ge-miennützigkeits- und Spendenrecht, § 2, Rn. 17.

⁵⁸¹ BFH vom 8. August 2001, I B 40/01, BFH/NV 2001, S. 1536 ff.

⁵⁸² So BFH vom 8. August 2001, I B 40/01, BFH/NV 2001, S. 1536, 1538.

⁵⁸³ So BFH vom 8. August 2001, I B 40/01, BFH/NV 2001, S. 1536, 1538.

⁵⁸⁴ BFH vom 8. August 2001, I B 40/01, BFH/NV 2001, S. 1536, 1538.

⁵⁸⁵ Vgl. BFH vom 8. August 2001, I B 40/01, BFH/NV 2001, S. 1536, 1538.

⁵⁸⁶ Seibt, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 87, Rn. 3; Weber, in: Hölters (Hrsg.), Kommentar zum AktG, § 87, Rn. 10; Bosse, Handbuch der Vorstandsvergütung, S. 33, Rn. 19; Hüffer, Kommentar zum AktG, § 87, Rn. 2.

⁵⁸⁷ Für die Zulässigkeit statutarischer (allgemeiner) Richtlinien u.a. Hüffer, Kommentar zum AktG, § 87, Rn. 2.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Bei den Aufsichtsratsmitgliedern der Aktiengesellschaft kann eine Tätigkeitsvergütung in der Satzung festgelegt oder aber durch Beschluss der Hauptversammlung bewilligt werden (vgl. § 113 Abs. 1 S. 2 AktG).

(4) Festlegungen in der Satzung

Wird der mitgliedschaftliche Gewinnanspruch im Sinne des § 58 Abs. 4 AktG durch eine entsprechene Regelung in der Satzung ausgeschlossen, kann die in § 3 Abs. 1 S. 2 Mustersatzung enthaltene Festlegung aufgrund der grundsätzlichen Vereinbarkeit des § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO mit dem Aktiengesetz übernommen werden. Etwas anderes gilt aber dann, wenn es sich bei dem einzigen Aktionär bzw. sämtlichen Aktionären der Gesellschaft um steuerbegünstigte Körperschaften oder juristische Personen des öffentlichen Rechts handelt und eine (teilweise) Mittelweitergabe, die nach § 58 Nr. 2 AO ausnahmsweise gemeinnützigekeitsunschädlich ist, erfolgen können soll. In diesem Fall kann die Festlegung gerade nicht erfolgen. Die Mustersatzung sieht für diesen Fall zwar keine Ausnahme vor. Eine Übernahme der in § 3 Abs. 1 S. 2 Mustersatzung (für Kapitalgesellschaften) enthaltenen Festlegung kann jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht gefordert sein, setzte sich eine solche doch in Widerspruch zu der ausdrücklich gesetzlich normierten Ausnahmeregelung des § 58 Nr. 2 AO.⁵⁸⁸ Auch die Finanzverwaltung hat dies nunmehr offenbar erkannt, zumindest im Hinblick auf die für sämtliche Körperschaften geltende Regelung des § 3 S. 2 Mustersatzung. So ist seit Änderung des Anwendungserlasses der Abgabenordnung mit BMF-Schreiben vom 17. Dezember 2012 mit AEAO Nr. 2 c) zu § 60 AO folgende Regelung vorgesehen:

„Unter anderem sind in folgenden Fällen Abweichungen vom Wortlaut der Satzung möglich: [...]“

c) Körperschaften, deren Gesellschafter oder Mitglieder steuerbegünstigte Körperschaften sind und/oder juristische Personen des öffentlichen Rechts, die die Mittel für steuerbegünstigte Zwecke verwenden, können auf die Regelung in § 3 Satz 2 der Mustersatzung verzichten.“

dd. Verbot der Förderung und Unterstützung politischer Parteien, § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 AO

Gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 AO dürfen Mittel der Körperschaft „weder für die unmittelbare noch für die mittelbare Unterstützung oder Förderung politischer Parteien“ verwendet werden.

Aktiengesetzliche Bedenken gegen ein solches Verbot könnten sich aufgrund der in § 76 Abs. 1 AktG normierten Leitungsmacht des Vorstands ergeben. So ist der Vorstand einer erwerbswirtschaftlichen Aktiengesellschaft im Rahmen seiner Leitungstätigkeit im Sinne des § 76 Abs. 1 AktG grundsätzlich befugt, unentgeltliche Zuwendungen an politische Parteien zu leisten⁵⁸⁹. Diese Zuwendungen werden unter anderem damit gerechtfertigt,

⁵⁸⁸ Ullrich, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 289; ders., DStR 2009, S. 2471, 2473.

⁵⁸⁹ Vgl. BGH vom 6. Dezember 2001, I StR 215/01, BGHSt 47, S. 187, 192, 193, 195; Hüffer, Kommentar zum AktG § 76, Rn. 14; Seibt, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG,

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

dass sie zur Förderung der sozialen Akzeptanz der Gesellschaft („good corporate citizen“) und damit zum wirtschaftlichen Vorankommen beitragen können, folglich grundsätzlich im Unternehmensinteresse (als Maßstab der Leistungstätigkeit des Vorstands⁵⁹⁰) liegen⁵⁹¹. Aufgrund der besonderen Prägung der gemeinnützigen Aktiengesellschaft und der im Vergleich zur erwerbswirtschaftlichen Aktiengesellschaft anderen Bewertung des Unternehmensinteresses sowie der Tatsache, dass die Gesellschaft bereits durch die Verwirklichung der Satzungszwecke als „good corporate citizen“ am Sozialleben teilnimmt, ist eine entsprechende Befugnis des Vorstands einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft von § 76 Abs. 1 AktG nicht erfasst.⁵⁹²

Ein Verstoß gegen § 76 Abs. 1 AktG wird durch § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 AO demzufolge nicht begründet.

ee. Begünstigungsverbot, § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 iVm. Nr. 3 AO

(1) Vereinbarkeit

Gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 3 AO darf die Körperschaft „keine Person durch Ausgaben, die dem Zweck der Körperschaft fremd sind, oder durch unverhältnismäßig hohe Vergütungen begünstigen“. Dieses sog. allgemeine Begünstigungsverbot⁵⁹³ erstreckt sich dabei nicht nur auf „Ausgaben“ oder „Vergütungen“, sondern – wie § 55 Abs. 1 Nr. 1 Sätze 1 und 2 AO – auf sämtliche Zuwendungen von wirtschaftlichen Vorteilen, die zweckfremd und ohne angemessene Gegenleistung erfolgen⁵⁹⁴. Dabei wird die Zweckkonformität von Vergütungen bereits durch das Gesetz selbst impliziert.⁵⁹⁵ So verbietet § 55 Abs. 1 Nr. 3 AO lediglich „unverhältnismäßig hohe“ Vergütungen, das heißt solche, die nicht im angemessenen Verhältnis zur Tätigkeit oder zur Leistung stehen⁵⁹⁶, nicht aber Vergütungen schlechthin⁵⁹⁷. Im Unterschied zu § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO erfasst das Begünstigungsverbot des § 55 Abs. 1 Nr. 3 AO alle Personen, wie beispielsweise Arbeitnehmer, Organmitglieder sowie sonstige Dritte, die keine Mitglieder im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 AO sind⁵⁹⁸ und solche, die zwar Mitglied sind, aber in der konkreten (Leistungs-)Beziehung nicht in ihrer Eigenschaft als Mitglied der Körperschaft gegenüberstehen⁵⁹⁹.

Eine § 55 Abs. 1 Nr. 3 AO entsprechende Regelung sieht das Aktiengesetz nicht vor. So normiert § 57 AktG zwar ein umfassendes Zuwendungsverbot, doch erfasst dieses nur – dem Drittvergleich nicht standhaltende – Zuwendungen an Aktionäre bzw. klassische Um-

Bd. 1, § 76, Rn. 13; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 76, Rn. 50.

⁵⁹⁰ *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 76, Rn. 12.

⁵⁹¹ Vgl. BGH vom 6. Dezember 2001, I StR 215/01, BGHSt 47, S. 187, 192, 194 ff; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 76, Rn. 12 und 13.

⁵⁹² Hierzu nachfolgend 2. Teil A. I. 3. d.

⁵⁹³ *Hüttemann*, Gemeinnützige- und Spendenrecht, § 5, Rn. 67.

⁵⁹⁴ *Gersch*, in: Klein, Kommentar zur AO, § 55, Rn. 22.

⁵⁹⁵ *Ullrich*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 309.

⁵⁹⁶ Vgl. *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.5.7, S. 168.

⁵⁹⁷ *Ullrich*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 309.

⁵⁹⁸ *Hüttemann*, Gemeinnützige- und Spendenrecht, § 5, Rn. 67.

⁵⁹⁹ *Koenig*, in: Pahlke/Koenig (Hrsg.), Kommentar zur AO, § 55, Rn. 24.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

gehungssachverhalte.⁶⁰⁰ Dennoch spricht für die aktiengesetzliche Zulässigkeit eines allgemeinen Begünstigungsverbots, dass es sowohl im grundsätzlichen Interesse der Gesellschaft, der Aktionäre und der Stakeholder als auch auf einer Wertungslinie mit § 57 AktG liegt, wenn das Vermögen der Gesellschaft nicht durch zweckfremde und unangemessene Ausgaben bzw. Zuwendungen geschmälerd wird. Zwar ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft im Rahmen seiner Leitungstätigkeit im Sinne des § 76 Abs. 1 AktG grundsätzlich befugt, angemessene, zweckfremde unentgeltliche Zuwendungen wie beispielsweise an soziale Einrichtungen oder an andere Personen zu leisten⁶⁰¹ und somit im Ergebnis berechtigt, andere Personen (unmittelbar oder mittelbar) zu begünstigen. Dennoch stellt eine § 55 Abs. 1 Nr. 2 1. Alt. AO entsprechende Regelung in der Satzung einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft (vgl. auch § 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm. § 4 1. Alt. Mustersatzung) aufgrund deren besonderer Prägung und der anderen Bewertung des Unternehmensinteressses sowie der Tatsache, dass die Gesellschaft bereits durch die Verwirklichung der Satzungszwecke als „good corporate citizen“ am Sozialleben teilnimmt, keine unzulässige Beschränkung der Leitungsmacht dar.⁶⁰²

Was die Regelung des § 55 Abs. 1 Nr. 3 2. Alt. AktG anbetrifft, so ist der Vorstand bzw. das jeweils für die Vergütung zuständige Organ schon grundsätzlich nicht befugt, unangemessene Vergütungen zu gewähren. Insbesondere ist den Vergütungsregelungen, die das Aktiengesetz ausdrücklich für die Vergütung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern trifft, kein dem Begünstigungsverbot des § 55 Abs. 1 Nr. 3 2. Alt. AO entgegenstehender Regelungsgehalt zu entnehmen. So stellen die Bestimmungen des § 87 Abs. 1 S. 1 AktG und § 113 Abs. 1 S. 3 AktG in Bezug auf die aktiengesetzlich zulässige Vergütungsobergrenze ebenfalls auf das Kriterium der Angemessenheit ab.

Ein unzulässiger Eingriff in die Personalkompetenz des Aufsichtsrats über die Vorstandsvergütung wird durch das Begünstigungsverbot nicht begründet, ebensowenig in die Entscheidungshoheit der Hauptversammlung in Bezug auf die Aufsichtsratsvergütung. Die Entscheidungskompetenz verbleibt bei den jeweiligen Entscheidungsträgern.

(2) Festlegungen in der Satzung

Mangels dem Begünstigungsverbot im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 3 AO entgegenstehender aktiengesetzlicher Regelungen kann eine § 60 Abs. 1 S. 2 iVm. § 4 Mustersatzung entsprechende Festlegung in der Satzung getroffen werden.

(3) Gemeinnützigkeitschädlichkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedervergütungen

Angemessene, aber auch lediglich geringfügige Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedervergütungen können, obwohl sie dem Begünstigungsverbot des § 55 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 AO nicht unterliegen, gemeinnützigkeitsschädlich sein. Dies ist dann der Fall, wenn ein Vergütungs-

⁶⁰⁰ Siehe dazu oben 2. Teil A. I. 3. b) cc) (2).

⁶⁰¹ Vgl. BGH vom 6. Dezember 2001, 1 StR 215/01, BGHSt 47, S. 187, 192 ff; *Seibt*, in: *Schmidt/Lutter* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 76, Rn. 13; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 76, Rn. 14.

⁶⁰² Siehe dazu nachfolgend 2. Teil A. I. 3. d).

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

anspruch mangels rechtlicher Grundlage nicht besteht. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass das jeweilige für die Vergütungsfestsetzung zuständige Organ (unwillentlich) eine – im Einzelfall oder bei Gesamtbetrachtung – unverhältnismäßig hohe Vergütung festlegt, die zur Gemeinnützigkeitsschädlichkeit führt.

(a) Gemeinnützigkeitsschädlichkeit von Vergütungen bei fehlender Rechtsgrundlage

Angemessene, aber auch lediglich geringfügige Vergütungen sind gemeinnützigkeitsschädlich, wenn für einen Vergütungsanspruch keine Rechtsgrundlage gegeben ist. Ist in der Satzung festgeschrieben, dass Aufsichtsratsmitglieder ehrenamtlich tätig sind, so darf weder der Zeitaufwand vergütet noch ein Verdienstausfall ersetzt werden.⁶⁰³ Entsprechendes gilt, wenn die Satzung keine Regelung zur Tätigkeitsvergütung von Aufsichtsratsmitgliedern enthält und auch kein Hauptversammlungsbeschluss vorliegt, der eine solche bewilligt. So wird nur in diesen beiden Fällen ein Vergütungsanspruch der Aufsichtsratsmitglieder begründet⁶⁰⁴ (vgl. § 113 Abs. 1 S. 2 AktG). Hiervon unberührt bleibt jedoch der Anspruch auf angemessenen Auslagenersatz⁶⁰⁵ bzw. auf Gewährung einer Pauschale, sofern diese keine Vergütungsbestandteile enthält⁶⁰⁶. Dieser steht den Aufsichtsratsmitgliedern grundsätzlich zu.

Im Unterschied zur Aufsichtsratsmitgliedervergütung kann eine konkretisierte Regelung zur Vergütung von Vorstandsmitgliedern aufgrund kompetenzrechtlicher Erwägungen nicht in der Satzung getroffen werden⁶⁰⁷. Eine rechtliche Grundlage hat sich vielmehr aus dem Anstellungsvertrag zu ergeben. Wird im Anstellungsvertrag eine ehrenamtliche bzw. unentgeltliche Tätigkeit geregelt und dennoch eine Vergütung der Vorstandsmitglieder vorgenommen, so ist diese gemeinnützigkeitsschädlich.⁶⁰⁸ Der Anspruch auf angemessenen Auslagenersatz bleibt jedoch bestehen.

Soll folglich eine gemeinnützigkeitsschädliche Vergütung vermieden werden, so bedarf es für die Tätigkeitsvergütung einer Rechtsgrundlage. Eine solche ist nicht gegeben, wenn die Tätigkeit als ehrenamtlich oder unentgeltlich klassifiziert wird.

⁶⁰³ Vgl. BFH vom 8. August 2001, I B 40/01, BFH/NV 2001, S. 1536, 1538 (zu einer entsprechenden Klausel in Bezug auf die Tätigkeit eines Vereinsvorstandsmitglieds).

⁶⁰⁴ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 113, Rn. 2.

⁶⁰⁵ Vgl. *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 113, Rn. 2 b; *Hopt/Roth*, in: *Hopt/Wiedemann* (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 4, § 113, Rn. 9; *Drygala*, in: *Schmidt/Lutter* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, § 113, Rn. 21; *Hoffmann-Becking*, in: *Hoffmann-Becking* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, § 33, Rn. 13.

⁶⁰⁶ Vgl. *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 113, Rn. 2 b; *Drygala*, in: *Schmidt/Lutter* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 113, Rn. 22.

⁶⁰⁷ Vgl. *Seibt*, in: *Schmidt/Lutter* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 87, Rn. 3; *Weber*, in: *Hölters* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, § 87, Rn. 10; *Bosse*, Handbuch der Vorstandsvergütung, S. 33, Rn. 19; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 87, Rn. 2.

⁶⁰⁸ Vgl. BFH vom 8. August 2001, I B 40/01, BFH/NV 2001, S. 1536, 1538 (zu einer entsprechenden Satzungsklausel in Bezug auf die Tätigkeit eines Vereinsvorstandsmitglieds).

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

(b) Gemeinnütigkeitsschädlichkeit
aufgrund (unwillentlicher) Festsetzung einer mit § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 und Nr. 3 AO unvereinbaren Vergütung

Sowohl bei der Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern, die in der Entscheidungshoheit der Hauptversammlung liegt (vgl. § 113 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 AktG), als auch bei der Vergütung von Vorstandsmitgliedern, die sich in der Personalkompetenz des Aufsichtsrats befindet (vgl. § 87 Abs. 1 S. 1 AktG), birgt die aktiengesetzliche Kompetenzzuordnung die Gefahr, dass die Organe (unwillentlich) eine mit § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 und Nr. 3 AO unvereinbare Vergütung festsetzen. Ob und wie dieser Gefahr begegnet werden kann, ist für die Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern und von Vorstandsmitgliedern einzeln zu begutachten.

(aa) Festsetzung der Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern

Was die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder anbetrifft, so kann diese unter anderem durch einen einfachen Hauptversammlungsbeschluss bewilligt werden (vgl. § 113 Abs. 1 S. 2 2. Alt. AktG). Hierdurch wird die fortwährende Gefahr begründet, dass die Hauptversammlung (unwillentlich) eine Vergütung festsetzt, die gemeinnützigkeitsschädlich ist.

Dieser Gefahr könnte jedoch möglicherweise durch eine entsprechende Satzungsregelung begegnet werden, die bereits einen gemeinnützigeitsrechtlich unschädlichen Vergütungsgesamtbetrag festlegt. Schließlich könnte eine solche Regelung lediglich bei einer Herabsetzung der Vergütung durch einen Hauptversammlungsbeschluss mit einfacher Stimmenmehrheit (vgl. § 113 Abs. 1 S. 4 AktG) abgeändert werden. Eine Erhöhung bedürfte hingegen der qualifizierten Kapitalmehrheit (vgl. § 179 Abs. 2 S. 1 AktG) und wäre somit grundsätzlich schwerer durchsetzbar. Allerdings schiebt das Aktiengesetz dieser Möglichkeit insoweit einen Riegel vor, als eine Vergütungsregelung in der Gründungssatzung nicht zulässig ist⁶⁰⁹. So bestimmt § 113 Abs. 2 S. 1 AktG, dass eine Vergütung der Tätigkeit der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats nur durch Beschluss der Hauptversammlung erfolgen kann, und zwar nach § 113 Abs. 2 S. 1 AktG auch erst in der Hauptversammlung, „die über die Entlastung der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats beschließt“. Demzufolge kann der Bewilligung einer (unwillentlich) gemeinnützigkeitsschädlichen Vergütung nicht durch die Festsetzung eines Vergütungsgesamtbetrags in der Gründungssatzung vorgebeugt werden.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass aufgrund der verwaltungsintensiven Struktur der Aktiengesellschaft (dreigliederiger Organisationsaufbau, starres Regelungskorsett) mit Blick auf die Wahrung der Gesamtangemessenheit der Verwaltungskosten der Gesellschaft eine Vergütung von Organmitgliedern, jedenfalls von Mitgliedern des Aufsichtsrats als weder geschäftsführendem noch geschäftsleitendem Organ generell überdacht werden sollte. Würde bereits in der Gründungssatzung eine Regelung aufgenommen werden, die vorsähe, dass eine Tätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder ehrenamtlich bzw. unentgeltlich zu erfolgen habe, so würden nicht nur die Gesamtkosten der Gesellschaft reduziert werden. Vielmehr würde auch der Gefahr eines gemeinnützigkeitsschädlichen, sogleich wirksamen einfachen Vergütungsbeschlusses der Hauptversammlung im Sinne des § 113 Abs. 2 und des

⁶⁰⁹ Hopt/Roth, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 4, § 113, Rn. 114.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

Abs. 1 S. 2 2. Alt. AktG entgegengewirkt werden. Eine solche Regelung wiche auch nicht vom Regelungsgehalt des Aktiengesetzes ab, die zur Zulässigkeit einer ausdrücklichen aktiengesetzlichen Bestimmung bedürfte (vgl. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG). Schließlich gewährt § 113 Abs. 1 AktG den Aufsichtsratsmitgliedern keinen Vergütungsanspruch⁶¹⁰. Ebenso wenig im Übrigen § 104 Abs. 6 S. 1 AktG, der für gerichtlich bestellte Aufsichtsratsmitglieder gilt und einen Vergütungsanspruch nur dann begründet, „wenn den Aufsichtsratsmitgliedern der Gesellschaft eine Vergütung gewährt wird“. Vielmehr ist von Gesetzes wegen eine unentgeltliche Tätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder vorgesehen, wenn eine Festsetzung oder Bewilligung nicht erfolgt.⁶¹¹ Allerdings könnte die Regelung gegen die gesetzliche Kompetenzzuordnung, das heißt gegen § 113 Abs. 2 AktG verstößen, der die Bewilligung einer Vergütung für die Tätigkeit der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats auf die Hauptversammlung und damit weg von den Gründern verlagert. So lautet § 113 Abs. 2 AktG wie folgt:

„Den Mitgliedern des ersten Aufsichtsrats kann nur die Hauptversammlung eine Vergütung für ihre Tätigkeit bewilligen. Der Beschluss kann erst in der Hauptversammlung gefasst werden, die über die Entlastung der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats beschließt.“

Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, die Gesellschaftsgläubiger sowie die Aktionäre vor einer überhöhten Vergütung zu schützen⁶¹² und Schwindelgründungen zu vermeiden⁶¹³. Der Schutz vor einer überhöhten bzw. einer im Laufe der Zeit nicht mehr angemessenen Vergütung zeigt sich insbesondere auch an § 113 Abs. 1 S. 4 AktG, der eine Abweichung von § 179 Abs. 2 AktG darstellt und der Hauptversammlung die vereinfachte Möglichkeit der Herabsetzung der Vergütung bietet. Indem der Hauptversammlung die alleinige Kompetenz zur Festsetzung der Vergütung obliegt, wird im Übrigen eine „Selbstbedienung“ der Aufsichtsratsmitglieder vermieden⁶¹⁴ sowie deren Unabhängigkeit und damit die Funktion des Aufsichtsrats als neutrales Kontrollorgan gewahrt, indem die Vergütung nicht von dem Organ (Vorstand) festgesetzt werden darf, das es zu überwachen gilt⁶¹⁵. Die genannten Schutzzwecke des § 113 AktG werden jedoch nicht dadurch unterlaufen, dass die Unentgeltlichkeit bzw. die Ehrenamtlichkeit der Tätigkeit bereits in der Gründungssatzung festgeschrieben wird. Vielmehr wird durch eine solche Regelung – sowohl aus der Warte der Gesellschaftsgläubiger als auch der Aktionäre – der höchste Schutz vor einer überhöhten Vergütung hergestellt. Eine Anreizwirkung für eine Schwindelgründung wird nicht geschaffen. Die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder bleibt unter vermögensrechtlichen Gesichtspunkten gewahrt. Auch wird nicht in die aktiengesetzliche Kompetenzzuordnung eingegriffen, da zum einen die Entscheidungskompetenz in Bezug auf die Festsetzung einer Vergütung bei der Hauptversammlung verbleibt, eine Kompetenzverlagerung auf ein anderes Organ nicht stattfindet. Zum anderen wird auch die tatsächliche Möglichkeit einer Vergütungsfestsetzung durch die Hauptversammlung nicht ausgeschlossen. Diese kann ledig-

⁶¹⁰ *Hopt/Roth*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 4, § 113, Rn. 9; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 113, Rn. 2; vgl. *Hoffmann-Becking*, in: Hoffmann-Becking (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, § 33, Rn. 10.

⁶¹¹ *Hoffmann-Becking*, in: Hoffmann-Becking (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, § 33, Rn. 10; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 113, Rn. 2.

⁶¹² *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 113, Rn. 1.

⁶¹³ *Drygala*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 113, Rn. 23.

⁶¹⁴ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 113, Rn. 1.

⁶¹⁵ Vgl. *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 113, Rn. 1.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

lich nicht mehr im Wege der einfachen Beschlussfassung erfolgen. Vielmehr bedarf es hierzu einer Satzungsänderung, die einen mit qualifizierter Kapitalmehrheit getroffenen Hauptversammlungsbeschlusses erfordert (vgl. § 179 Abs. 2 S. 1 AktG). Dieses Erfordernis begründet auch keine unverhältnismäßige Erschwerung einer Vergütungsfestsetzung durch die Hauptversammlung. So stellt das Aktiengesetz selbst dieses Erfordernis auf, wenn eine gemäß § 113 Abs. 1 S. 2 1. Alt. AktG in der Satzung festgesetzte (abschließende) Vergütungsregelung zugunsten der Aufsichtsratsmitglieder geändert werden soll (vgl. § 179 Abs. 1 S. 4 AktG bzw. Umkehrschluss des § 113 Abs. 1 S. 4 AktG).

Die aktiengesetzlichen Regelungen stehen somit der Festlegung einer unentgeltlichen bzw. ehrenamtlichen Tätigkeit bereits in der Gründungssatzung nicht entgegen.

(bb) Festsetzung der Vergütung von Vorstandsmitgliedern

Was die Vergütung der Vorstandstätigkeit anbetrifft, so ist die Aufnahme einer konkretisierten Regelung zur Tätigkeitsvergütung – wie die Festlegung einer Vergütungsobergrenze – weder in der Gründungssatzung noch im Wege der Satzungsänderung zulässig⁶¹⁶. Schließlich obliegt die Vorstandsvergütung dem Aufsichtsrat (vgl. § 87 Abs. 1 S. 1 AktG), während die Gestaltung der Gründungssatzung in den Kompetenzbereich der Gründungsaktionäre (vgl. § 28, § 23 Abs. 1, § 2 AktG) und Satzungsänderungen in den Kompetenzbereich der Hauptversammlung (vgl. § 179 Abs. 1 S. 1 AktG) fallen. Demzufolge ist die Aufnahme einer Satzungsregelung, die die Unentgeltlichkeit bzw. Ehrenamtlichkeit der Vorstandstätigkeit festlegt, nicht zulässig. So begründete eine solche Regelung einen Entzug der Personalkompetenz, die der Aufsichtsrat mangels Satzungsänderungskompetenz nicht eigenständig wieder an sich ziehen könnte. Dennoch bleibt es dem Aufsichtsrat unbenommen, – anstelle einer Vergütungsregelung – die Unentgeltlichkeit bzw. Ehrenamtlichkeit der Vorstandstätigkeit im Anstellungsvertrag festzuschreiben, was sich im Hinblick auf die gemeinnützigen Anforderungen des § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 und Nr. 3 AO empfehlen könnte.

ff. Mittelbindung, § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO

Gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO dürfen die Mitglieder (Gesellschafter, vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO) „bei ihrem Ausscheiden oder bei Auflösung oder Aufhebung der Körperschaft nicht mehr als ihre eingezahlten Kapitalanteile und den gemeinen Wert ihrer geleisteten Sacheinlagen zurückerhalten“. Unter „eingezahlten Kapitalanteilen“ und „geleisteten Sacheinlagen“ sind die Einlagen im Sinne des Handelsrechts zu verstehen, für die dem Aktionär Gesellschaftsrechte eingeräumt worden sind⁶¹⁷ (vgl. auch AEAO Nr. 22 Sätze 1 und 3 zu § 55 zu Sacheinlagen). Die Rückgewähr der eingezahlten Kapitaleinlagen (Bareinlagen) darf dabei nur zum Nennwert,⁶¹⁸ die Rückgewähr von Sacheinlagen nur zu dem

⁶¹⁶ Vgl. Seibt, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 87, Rn. 3; Weber, in: Hölters (Hrsg.), Kommentar zum AktG, § 87, Rn. 10; Bosse, Handbuch der Vorstandsvergütung, S. 33, Rn. 19; Hüffer, Kommentar zum AktG, § 87, Rn. 2.

⁶¹⁷ Buchna/Seeger/Brox, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.5.6, S. 167.

⁶¹⁸ Leisner-Egensperger, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Kommentar zur AO, § 55, Rn. 194.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

gemeinen Wert erfolgen, den die Sacheinlagen zum Zeitpunkt der Leistung an die Körperschaft hatten (vgl. § 55 Abs. 2 AO).

Die Regelung des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO ermöglicht damit den Erhalt des Vermögens für die Verfolgung der steuerbegünstigten Zwecke. Ist der Gesellschaft die Verfolgung steuerbegünstigter Zwecke nicht mehr möglich – sei es durch Auflösung, Aufhebung oder Wegfall der steuerbegünstigten Zwecke –, wird die Bindung des Vermögens über die Existenz der Gesellschaft sowie über die Geltung des steuerbegünstigten Zwecks hinaus durch § 55 Abs. 1 Nr. 4 AO sichergestellt. Denn gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 4 S. 1 AO darf das Vermögen der Körperschaft, soweit es die eingezahlten Kapitalanteile der Mitglieder und den gemeinen Wert der von den Mitgliedern geleisteten Sacheinlagen übersteigt, bei Auflösung oder Aufhebung der Körperschaft oder bei Wegfall ihres bisherigen Zwecks nur für steuerbegünstigte Zwecke verwendet werden. § 55 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4 AO stehen dementsprechend in einem direkten Regelungszusammenhang. Wird die Rückgewähr der Einlagen nicht nur beschränkt, sondern gänzlich ausgeschlossen und damit der bezweckten Vermögensbindung besonders Rechnung getragen, kann für die geleisteten Einlagen ein Spendenabzug gemäß § 10 b Abs. 1 S. 1 EStG bzw. § 9 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 KStG geltend gemacht werden,⁶¹⁹ sofern die gemeinnützigkeitsrechtlichen Anforderungen im Übrigen erfüllt sind.

Bezogen auf die Vereinbarkeit mit dem Aktiengesetz bedarf es somit der Untersuchung, ob eine Einlagenrückgewähr aktiengesetzlich im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO beschränkt oder gar ausgeschlossen werden kann, wobei hierzu nachfolgend entsprechend der genannten Fallgruppen (Auflösung/Aufhebung/Ausscheiden) zu differenzieren ist. Ist ein Ausschluss zulässig, so besteht auch bei der gemeinnützigen Aktiengesellschaft die – unter Fundraisinggesichtspunkten attraktive – Möglichkeit, den Aktionären für ihre geleisteten Einlagen einen Spendenabzug zu ermöglichen.

(1) Auflösung der Aktiengesellschaft, § 55 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt. AO

Die Aktiengesellschaft kann in den § 262 Abs. 1 AktG ausdrücklich genannten Fällen sowie aus anderen gesetzlichen Gründen (vgl. § 262 Abs. 2 AktG) aufgelöst werden. Die Bestimmungen der §§ 262 ff AktG zur Auflösung einer Aktiengesellschaft gelten dabei unabhängig davon, aus welchem Grund eine Aktiengesellschaft aufgelöst wird (vgl. § 262 Abs. 2 AktG). Demzufolge gilt die in § 271 Abs. 1 AktG enthaltene Regelung, wonach das „nach der Berichtigung der Verbindlichkeiten verbleibende Vermögen der Gesellschaft [...] unter die Aktionäre verteilt“ wird, für sämtliche Auflösungsfälle gleichermaßen.

Diese Regelung steht allerdings nicht im Einklang mit § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO.⁶²⁰ Übersteigt der Liquidationsüberschuss die eingezahlten Kapitalanteile und den gemeinen Wert der geleisteten Sacheinlagen, so ist nach dem Aktiengesetz auch der darüber hinausgehende Teil an die Aktionäre auszuzahlen.

Ob eine Beschränkung des Anspruchs oder gar ein gänzlicher Ausschluss aktiengesetzlich zulässig ist und eine entsprechende Festlegung – wie § 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm.

⁶¹⁹ BFH vom 5. Februar 1992, I R 63/91, BStBl. II 1992, S. 748 ff (zum Spendenabzug gemäß § 9 Nr. 3 a KStG für das einer gemeinnützigen Stiftung zugewandte Stiftungskapital); *Leisner-Egensperger*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Kommentar zur AO, § 55, Rn. 197.

⁶²⁰ So auch *Ullrich*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 51.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

§ 3 Abs. 2 Mustersatzung für Kapitalgesellschaften vorschreiben – in der Satzung erfolgen kann, ist mangels ausdrücklicher Bestimmung in Bezug auf die Zulässigkeit einer abweichenden Regelung mit Blick auf § 23 Abs. 5 AktG nicht unproblematisch.⁶²¹ Dennoch wird explizit gerade der Ausschluss des Anspruchs auf den Liquidationsüberschuss – jedenfalls bei gemeinnütziger Zweckverfolgung im Sinne der §§ 51 ff AO⁶²² – von der herrschenden Meinung für zulässig erachtet⁶²³, sofern sich das aus der Mitgliedschaft folgende, nicht durchsetzbare Vermögensrecht noch nicht in einen auf Zahlung gerichteten Anspruch umgewandelt hat⁶²⁴. In diesem Fall, das heißt mit Eintritt der gesetzlichen Verteilungsvoraussetzungen, ist das Gläubigerrecht unentziehbar.⁶²⁵ Demzufolge ist ein satzungsmäßiger Ausschluss nach der herrschenden Meinung dann zulässig, wenn eine entsprechende Regelung bereits in der Gründungssatzung enthalten ist⁶²⁶ oder aber eine solche – was für Aktiengesellschaften, die zunächst Erwerbszwecke verfolgen, relevant sein kann – im Wege der nachträglichen Satzungsänderung unter Zustimmung sämtlicher (betroffener) Aktionäre eingeführt wird⁶²⁷. Entsprechendes gilt auch für eine Beschränkung des Rückgewähranspruchs auf den Nennwert. Denn wird ein vollständiger Ausschluss für zulässig erachtet, so muss als Minus auch eine Beschränkung möglich sein.⁶²⁸

Was die dogmatische Herleitung der Zulässigkeit des Anspruchsausschlusses (und damit auch der Anspruchsbeschränkung) anbetrifft, besteht jedoch Uneinigkeit. So wird unter anderem vertreten, dass eine entsprechende Regelung schon deshalb mit § 23 Abs. 5 AktG

⁶²¹ Zu Satzungsregelungen in Bezug auf den Liquidationsüberschuss ausführlich bei *Sehte*, ZHR 162 (1998), S. 474, 482 ff; vgl. auch bei *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 271, Rn. 2; im Übrigen *Ullrich*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 51.

⁶²² So lehnt beispielsweise *Hüffer* die Zulässigkeit des Ausschlusses eines Liquidationsüberschusses in der Gründungssatzung zwar grundsätzlich ab; zur Ermöglichung der Gemeinnützigkeit im Sinne der §§ 51 ff AO sei § 271 Abs. 1 AktG jedoch dahingehend einschränkend auszulegen, dass ein Ausschluss zulässig sei, *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 271, Rn. 2.

⁶²³ RG vom 19. Mai 1882, Rep. II 15/82, RGZ 7, S. 68, 70 und 71 (zu Art. 245 Abs. 1 HGB in der seinerzeit geltenden Fassung); *Kraft*, in: *Zöllner* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/3, § 271, Rn. 3 ff; *Bachmann*, in: *Spindler/Stilz* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 271, Rn. 4; *Brändel*, in: *Hopt/Wiedemann* (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 1, § 11, Rn. 35; *Sethe*, ZHR 162 (1998), S. 474, 483 ff.

⁶²⁴ Vgl. BGH vom 24. Januar 1957, II ZR 208/55, S. 150, 154 (zum Gewinnanspruch der Aktionäre); *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 271, Rn. 2; *Sethe*, ZHR 162 (1998), S. 474, 483 ff; *Kraft*, in: *Zöllner* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/3, § 271, Rn. 3.

⁶²⁵ Vgl. *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 271, Rn. 2; *Kraft*, in: *Zöllner* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/3, § 271, Rn. 3; *Riesenhuber*, in: *Schmidt/Lutter* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, §§ 271, 272, Rn. 8.

⁶²⁶ *Brändel*, in: *Hopt/Wiedemann* (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 1, § 11, Rn. 35; *Hüffer*, in: *Goette/Habersack* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 271, Rn. 6; *Kraft*, in: *Zöllner* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/3, § 271, Rn. 3; *Riesenhuber*, in: *Schmidt/Lutter* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, §§ 271, 272, Rn. 8.

⁶²⁷ BGH vom 24. Januar 1957, II ZR 208/55, S. 150, 154 (zum Gewinnanspruch der Aktionäre); *Kraft*, in: *Zöllner* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/3, § 271, Rn. 4; *Hüffer*, in: *Goette/Habersack* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 271, Rn. 7; *Bachmann*, in: *Spindler/Stilz* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 271, Rn. 6; *Riesenhuber*, in: *Schmidt/Lutter* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, §§ 271, 272, Rn. 8; *Brändel*, in: *Hopt/Wiedemann* (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 1, § 11, Rn. 35.

⁶²⁸ So auch *Ullrich*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 52.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

vereinbar sei, weil § 271 Abs. 1 AktG ausschließlich dem Schutz der Aktionäre, nicht aber dem öffentlichen Interesse diene.⁶²⁹ Aktionäre müssten nicht vor sich selbst geschützt werden und seien daher befugt, über ihr Recht zu disponieren. *Sethe* hingegen hält die genannte Argumentation nicht für ausreichend.⁶³⁰ Vielmehr müsste ein Vergleich zwischen dem Anspruch auf den Liquidationsüberschuss und anderen mitgliedschaftlichen Vermögensrechten wie dem Dividendenanspruch gezogen werden.⁶³¹ Aus dem Umstand, dass das Aktiengesetz in § 58 Abs. 4 AktG einen Ausschluss des Dividendenausspruchs zulässt sowie dem Umstand, dass Aktionäre einer Regelung zur Einziehung ihrer Aktien und damit einer Regelung zustimmen könnten, die die Mitgliedschaft generell zur Disposition stellt, sei nicht ersichtlich, warum die Aktionäre nicht auch über ihren Anspruch auf Liquidationsüberschuss disponieren können sollen.⁶³² Dass eine § 58 Abs. 4 AktG entsprechende Regelung fehle, zeige nicht, dass der Gesetzgeber sich willentlich dagegen entschieden habe.⁶³³ Vielmehr sei von der Unvollständigkeit der Regelung des § 271 AktG auszugehen, sodass „Raum für ergänzende Regelungen“ im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG bleibe.⁶³⁴ *Hüffer* wiederum hält – im Gegensatz zu der herrschenden Meinung – einen Ausschluss des Anspruchs auf Liquidationsüberschuss in der Ursprungssatzung wegen § 23 Abs. 5 AktG grundsätzlich für unzulässig.⁶³⁵ Schließlich müssten Aktionäre regelmäßig nicht mit einem „derart entretendem Satzungsinhalt“⁶³⁶ rechnen, sodass der „Schutzzweck des § 23 V zentral betroffen“⁶³⁷ sei. Handele es sich jedoch um eine gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke verfolgende Aktiengesellschaft, sei ein Ausschluss ausnahmsweise zur Ermöglichung der steuerlichen Gemeinnützigkeit zulässig und § 271 Abs. 1 AktG insoweit einschränkend auszulegen.⁶³⁸

Der Auffassung *Hüffers* ist in Bezug auf die dogmatische Herleitung einer zulässigen Ausschlussregelung zuzustimmen,⁶³⁹ auch wenn es für § 55 Abs. 1 Nr. 2 (und Nr. 4) AO streng genommen nur einer Beschränkung, nicht aber eines gänzlichen Ausschlusses bedürfte. Zur Ermöglichung der „reinsten“ Form der Gemeinnützigkeit, also der vollständigen Bindung des Vermögens für steuerbegünstigte Zwecke, ist der vollständige Ausschluss jedoch eine sinnvolle Gestaltungsalternative.

So führte die eingangs dargestellte Ansicht, die auf den Schutzzweck der Regelung abstellt (nachfolgend „Schutzzweckansicht“), bei konsequenter Anwendung im Ergebnis dazu, dass der Grundsatz der Satzungsstrenge nur für solche aktiengesetzlichen Regelungen Geltungswirkung entfalten würde, die nicht im ausschließlichen Aktionärsinteresse lägen. Positiv

⁶²⁹ *Wiedemann*, in: Barz/Bröunner/Klug/Mellerowicz/Mayer-Landrut/Schilling/Wiedemann/Würdinger, Großkommentar zum AktG, Bd. 3, § 271, Anm. 1 (jedenfalls in Bezug auf die Rechtsfolge, der anderweitigen Verteilung des Erlöses).

⁶³⁰ *Sethe*, ZHR 162 (1998), S. 474, 486.

⁶³¹ *Sethe*, ZHR 162 (1998), S. 474, 486.

⁶³² *Sethe*, ZHR 162 (1998), S. 474, 486.

⁶³³ *Sethe*, ZHR 162 (1998), S. 474, 486.

⁶³⁴ *Sethe*, ZHR 162 (1998), S. 474, 486.

⁶³⁵ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 271, Rn. 2; *ders*, in: Goette/Habersack (Hrsg), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 271, Rn. 6.

⁶³⁶ So *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 271, Rn. 2

⁶³⁷ So *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 271, Rn. 2

⁶³⁸ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 271, Rn. 2; *ders*, in: Goette/Habersack (Hrsg), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 271, Rn. 6.

⁶³⁹ So auch *Ullrich*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 53.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

ausgedrückt, wäre er (regelmäßig nur) anwendbar auf solche Bestimmungen des Aktiengesetzes, deren jeweiliger Regelungsgehalt zumindest auch zum Schutze der Gesellschaftsgläubiger oder im sonstigen öffentlichen Interesse besteht. Ein derart beschränkter Anwendungsbereich findet im Aktiengesetz keine Stütze. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf öffentliche Interessen – wie sie der Gesetzgeber beispielsweise in § 241 Nr. 3 AktG in Bezug auf die Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen getroffen hat – fehlt in § 23 Abs. 5 AktG.

Sethe verkennt, dass es sich aufgrund des gesetzlich ausdrücklich normierten Anspruchs auf den Liquidationsüberschuss (§ 271 Abs. 1 AktG) bei einer Satzungsregelung, die dessen Ausschluss oder Beschränkung zum Inhalt hat, um eine abweichende Regelung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 1 AktG handelt.⁶⁴⁰ Die Regelung des § 23 Abs. 5 S. 1 AktG kann aber nicht dadurch umgangen werden, dass das Fehlen einer ausdrücklichen Ausnahmeregelung – aufgrund eines direkten Vergleichs zu anderen Vermögensrechten, die eine ausdrückliche Ausschlussregelung vorsehen – als ergänzungsbedürftige Lücke qualifiziert wird, die es im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG auszufüllen gilt.

Die vorgenommenen Wertungen beider genannten Ansichten stützen jedoch die Zulässigkeit einer einschränkenden Auslegung des § 271 Abs. 1 AktG. So kommt § 271 Abs. 1 AktG – wie die Schutzzweckansicht richtigerweise anführt – keine gläubiger-schützende oder sonstige öffentliche Interessen schützende Funktion zu, die einer einschränkenden Auslegung entgegenstehen würde. Auch sind Vermögensrechte im Aktienrecht – wie *Sethe* darlegt – nicht zwingend ausgestaltet, sondern stehen zur Disposition der Aktionäre. Die Regelung zum Dividendenanspruch, die *Sethe* unter anderem als Vergleichsmaßstab heranzieht, ist als solche auch besonders geeignet. Wie *Sethe* aufzeigt, ähnelt der Anspruch auf den Liquidationsüberschuss dem Dividendenanspruch in der Entstehung.⁶⁴¹ Beide sind bezüglich der Rechtsnatur zunächst aus der Mitgliedschaft folgende, nicht selbstständig durchsetzbare Vermögensrechte, die sich erst mit Eintritt der Voraussetzungen in einen auf Zahlung gerichteten, schuldrechtlichen Anspruch umwandeln.⁶⁴²

Nicht in die Wertung mit einzubeziehen ist hingegen die nach herrschender Meinung bestehende Zulässigkeit einer – von § 271 Abs. 1 AktG abweichenden – Satzungsregelung, die den verbleibenden Liquidationserlös einem bestimmten Zweck widmet.⁶⁴³ Richtig ist zwar, dass die Zulässigkeit einer solchen Regelung zugleich die Zulässigkeit eines satzungsmäßigen Ausschlusses bzw. einer satzungsmäßigen Beschränkung des Anspruchs auf den Liquidationserlös bedingt. Doch ist eine in Bezug auf die Erlösverwendung von § 271 Abs. 1 AktG abweichende Regelung nicht ausdrücklich gesetzlich normiert, sondern bedarf im Hinblick auf § 23 Abs. 5 AktG ihrerseits der gesonderten Rechtfertigung. Das Heranziehen einer nicht ausdrücklich zugelassenen Rechtsfolge – die anderweitige Erlösverteilung – als Begründung für die Zulässigkeit einer gesetzlich nicht geregelten Voraus-

⁶⁴⁰ So auch *Ullrich*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 53.

⁶⁴¹ *Sehte*, ZHR 162 (1998), S. 474, 483.

⁶⁴² Zum Anspruch auf den Liquidationsüberschuss: *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 271, Rn. 2; *Riesenhuber*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, §§ 271, 272, Rn. 8; *Sehte*, ZHR 162 (1998), S. 474, 482 und 483; zum Dividendenanspruch: vgl. *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, § 58, Rn. 44 ff.

⁶⁴³ So aber wohl *Ullrich*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 54.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

setzung, das heißt des Liquidationserlösausschlusses oder der Beschränkung dieses Anspruchs, ist demzufolge der falsche Ansatz. Vielmehr findet die anderweitige Erlösverteilung ihre Grundlage in der dargelegten Zulässigkeit des satzungsmäßigen Anspruchsausschlusses bzw. – als Minus dessen – der satzungsmäßigen Beschränkung.⁶⁴⁴

(2) „Aufhebung“ der Aktiengesellschaft, § 55 Abs. 1 Nr. 2 3. Alt. AO

Aktiengesellschaften können gemäß § 262 AktG aufgelöst, nicht aber „aufgehoben“ werden. Eine Regelung zur Einlagenrückgewähr bei „Aufhebung“ der Gesellschaft kann demzufolge aktiengesetzlich nicht getroffen werden.

Der Bundesfinanzhof hat in seiner Entscheidung vom 12. Januar 2011⁶⁴⁵ zum gemeinnützigen eingetragenen Verein entschieden, dass aufgrund des Umstandes, dass ein Verein nicht aufgehoben werden kann, eine Satzungsbestimmung, die Regelungen zur Verwendung des Vermögens für den Fall der Auflösung oder des Wegfalls des bisherigen Zwecks trifft, nicht aber für den Fall der Aufhebung, dennoch den Satzungsanforderungen des § 55 Abs. 1 Nr. 4 AO genügt⁶⁴⁶. Der Gesetzgeber habe „mit den Begriffen >Auflösung oder Aufhebung< einen einheitlichen Beendigungstatbestand normieren“⁶⁴⁷ wollen. Diese Argumentation ist konsequenterweise auf die Regelung des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO und die gemeinnützige Aktiengesellschaft zu übertragen. In entsprechender Anwendung der vorgenannten Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs führt der Umstand, dass eine Aktiengesellschaft nicht aufgehoben werden kann, nicht zur Unvereinbarkeit mit den gemeinnützirechtlichen Anforderungen.

(3) Ausscheiden eines Aktionärs, § 55 Abs. 1 Nr. 2 1. Alt. AO

Das Ausscheiden eines Aktionärs kann durch Kaduzierung (vgl. § 64 AktG) oder durch (Zwangs-)Einziehung seiner Aktien (vgl. § 237 AktG), aber auch schlicht durch Gesellschafterwechsel im Wege der rechtsgeschäftlichen Übertragung oder aber durch Tod erfolgen. Stirbt ein Aktionär, so geht sein Anteil im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf seine Erben über (vgl. § 1922 Abs. 1 BGB).

Während die Kaduzierung und (Zwangs-)Einziehung der Aktien sich auf der Ebene Aktionär und Gesellschaft abspielt, vollzieht sich der Gesellschafterwechsel regelmäßig zwischen dem Aktionär und einem Dritten und damit (mit Ausnahme von § 71 AktG) auf einer von der Gesellschaft unabhängigen Ebene. Für die Satzungsgestaltung ist die gesellschaftsrechtliche Ebene zwischen Aktionär und Gesellschaft relevant, sodass in Bezug auf die Festlegung einer § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO bzw. § 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm. § 3 Abs. 2 Mustersatzung entsprechenden Regelung die Vereinbarkeit mit den aktiengesetzlichen Bestimmungen zur Kaduzierung und zur (Zwangs-) Einziehung von Bedeutung ist.

⁶⁴⁴ Hierzu nachfolgend 2. Teil A. I. 3. b) hh).

⁶⁴⁵ BFH vom 12. Januar 2011, I R 91/09, BFH/NV 2011, S. 1111 ff.

⁶⁴⁶ BFH vom 12. Januar 2011, I R 91/09, BFH/NV 2011, S. 1111, 1112.

⁶⁴⁷ So BFH vom 12. Januar 2011, I R 91/09, BFH/NV 2011, S. 1111, 1112.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

(a) Kaduzierung, § 64 AktG

Gemäß § 64 AktG werden Aktionäre, die ihrer nach § 54 AktG bestehenden Verpflichtung zur Einzahlung der Einlage nach Aufforderung durch den Vorstand (vgl. § 63 Abs. 1 AktG) nicht nachkommen und auch eine in den Gesellschaftsblättern dreimal bekanntgemachte Nachfrist verstreichen lassen, „ihrer Aktien und der geleisteten Einzahlungen zugunsten der Gesellschaft für verlustig erklärt“ (§ 64 Abs. 3 S. 1 AktG). Die sog. Kaduzierung führt zu einem entschädigungslosen Verlust der Mitgliedschaft des betroffenen Aktionärs⁶⁴⁸. So ist die Formulierung des Gesetzgebers, dass die „geleisteten Einzahlungen zugunsten der Gesellschaft für verlustig erklärt“ werden, dahingehend zu verstehen, dass durch den Verlust der Mitgliedschaft kein bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch⁶⁴⁹ oder aber – wie auch immer gearteter – Entschädigungsanspruch⁶⁵⁰ begründet wird. Die Beteiligung des betroffenen Aktionärs an einem etwaigen Erlös durch Verwertung der Aktie im Sinne des § 65 Abs. 3 AktG ist ebenfalls ausgeschlossen.⁶⁵¹

Aufgrund dieses vollumfänglichen Anspruchsausschlusses im Falle des Ausscheidens eines Aktionärs durch Kaduzierung steht § 64 AktG der gemeinnützigenrechlichen Anforderung des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO nicht entgegen. Die Regelung erfordert nicht einmal die nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO zulässige Rückgewähr der eingezahlten Kapitalanteile sowie des gemeinen Werts der geleisteten Sacheinlagen, sondern lässt vielmehr einen vollständigen Rückgewährausschluss zu.

(b) (Zwangs-)Einziehung von Aktien, § 237 AktG

Gemäß § 237 Abs. 1 S. 1 AktG können Aktien „zwangsweise oder nach Erwerb durch die Gesellschaft eingezogen werden“. Beide Arten der Einziehung führen zum Ausschluss des betroffenen Aktionärs aus der Gesellschaft. Unter welchen Voraussetzungen Einziehungen erfolgen können und welche Rechtsfolgen diese nach sich ziehen, normiert das Aktiengesetz für die Zwangseinziehung und die Einziehung nach Erwerb von Aktien durch die Gesellschaft unterschiedlich.

Unter Zwangseinziehung wird dabei eine solche Einziehung verstanden, die Mitgliedschaftsrechte betrifft, die nicht der Aktiengesellschaft selbst zuzuordnen sind.⁶⁵² Sie ist gemäß § 237 Abs. 1 S. 2 AktG nur dann zulässig, „wenn sie in der ursprünglichen Satzung oder durch eine Satzungsänderung vor Übernahme oder Zeichnung der Aktien angeordnet oder gestattet war“. Wird eine entsprechende satzungsändernde Regelung erst nach Über-

⁶⁴⁸ *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 64, Rn. 29 und 36; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 64, Rn. 7.

⁶⁴⁹ *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 64, Rn. 32; *Bayer*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 64, Rn. 59.

⁶⁵⁰ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 64, Rn. 7.

⁶⁵¹ *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 64, Rn. 32; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 64, Rn. 7; *Bayer*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 64, Rn. 59.

⁶⁵² *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 237, Rn. 5; *Sethe*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, 37. Lieferung, § 237, Rn. 29; *Marsch-Barner*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 237, Rn. 7.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

nahme oder Zeichnung wirksam, kann eine Einziehung nach herrschender Meinung dann erfolgen, wenn ihr alle betroffenen Aktionäre zustimmen.⁶⁵³ Inwiefern dies mit § 23 Abs. 5 AktG vereinbar ist, bedarf hier keiner Erörterung.

Die Einziehung von Aktien nach Erwerb durch die Gesellschaft betrifft dabei nur solche Aktien, deren Inhaberin bereits die Gesellschaft selbst ist.⁶⁵⁴ Einer Satzungsermächtigung bedarf es hierzu nicht, sie ist stets zulässig.⁶⁵⁵

Für die Frage der Vereinbarkeit des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO mit dem Aktiengesetz ist jedoch lediglich die Zwangseinziehung von Relevanz. Schließlich führt nur sie zum unmittelbaren Ausschluss eines Aktionärs, der nicht die Gesellschaft selbst und somit schutzbedürftig ist. Die Möglichkeit, Aktionäre durch Zwangseinziehung ihrer Aktien aus der Gesellschaft auszuschließen, kann gerade bei einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft von Bedeutung sein. So kann durch die Ausschlussmöglichkeit verhindert werden, dass Personen, die die gemeinnützige Zweckrichtung der Gesellschaft nicht mehr mittragen wollen, weiter Aktionäre der Gesellschaft bleiben⁶⁵⁶ und den Gemeinnützigenstatus gefährden.

Was die Zwangseinziehung anbetrifft, so unterscheidet das Gesetz zwischen „angeordneter“ und „gestatteter“ Zwangseinziehung (vgl. § 237 Abs. 1 S. 2 AktG). Eine Zwangseinziehung ist dann „angeordnet“, wenn in der Satzung konkret angegeben ist, unter welchen Voraussetzungen eine Einziehung zu erfolgen hat und dem Vorstand kein Entscheidungsspielraum in Bezug auf die Einziehung verbleibt.⁶⁵⁷ Hier könnten speziell bei der gemeinnützigen Aktiengesellschaft bestimmte Verhaltensweisen, die zu Verstößen gegen die steuerbegünstigte Ausrichtung der Gesellschaft führen, als Ausschlussgründe definiert werden, wie beispielsweise bei Stimmabgaben, die im Widerspruch zur Gemeinnützigkeit stehen.⁶⁵⁸ „Gestattet“ ist die Zwangseinziehung hingegen dann, wenn die Satzung generell die Möglichkeit der Zwangseinziehung vorsieht, ohne jedoch detaillierte Angaben zu den Voraussetzungen zu treffen.⁶⁵⁹ Die Entscheidung hierüber wird der Hauptversammlung vorbehalten.⁶⁶⁰ Diese Differenzierung ist für die hier interessende Vereinbarkeit mit § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO dergestalt von Interesse, als sich unterschiedliche Anforderungen an eine Regelung zum Einziehungsentgelt ergeben können; auch wenn das Aktiengesetz weder für die „angeordnete“ noch für die „gestattete“ Zwangseinziehung Regelungen dahingegeng

⁶⁵³ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 237, Rn. 8; *Sethe*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, 37. Lieferung, § 237, Rn. 38.

⁶⁵⁴ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 237, Rn. 5; *Marsch-Barner*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 237, Rn. 7.

⁶⁵⁵ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 237, Rn. 5; *Marsch-Barner*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 237, Rn. 7.

⁶⁵⁶ Zur gGmbH *Priester*, GmbHR 1999, S. 149, 155.

⁶⁵⁷ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 237, Rn. 10; *Sethe*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, 37. Lieferung, § 237, Rn. 45; *Marsch-Barner*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 237, Rn. 11; *Luther*, Die genossenschaftliche Aktiengesellschaft, S. 102.

⁶⁵⁸ So zur gGmbH *Priester*, GmbHR 1999, S. 149, 155.

⁶⁵⁹ *Sethe*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, 37. Lieferung, § 237, Rn. 60.

⁶⁶⁰ *Sethe*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, 37. Lieferung, § 237, Rn. 60.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

trifft, ob und in welcher Höhe dem betroffenen Aktionär ein Einziehungsentgelt zu zahlen ist.⁶⁶¹

(aa) Angeordnete Zwangseinziehung

Die angeordnete Zwangseinziehung bedarf nach allgemeiner Auffassung zwingend einer Satzungsregelung zum Einziehungsentgelt⁶⁶², die regelmäßig eine konkrete Höhe, jedenfalls eine Bezugsgröße zu enthalten hat⁶⁶³. Was die Bezugsgröße anbetrifft, so muss diese nicht der Verkehrswert der Aktie sein, das Einziehungsentgelt also nicht dem wirklichen Wert der Aktie entsprechen.

Ob und inwieweit ein unter dem wirklichen Wert liegendes Entgelt oder aber ein gänzlicher Abfindungsausschluss zulässig ist, bedarf einer differenzierten Betrachtung. So wird die konkrete Grenze der Ausgestaltung der Entgelthöhe davon abhängig gemacht, welchem Zweck die Einziehung bzw. die damit regelmäßig verbundene Kapitalherabsetzung dient.⁶⁶⁴ Dient die Kapitalherabsetzung der Rückzahlung von Einlagen, kann das Entgelt auf den Nennwert der Aktie beschränkt werden.⁶⁶⁵ Erfolgt sie zum Verlustausgleich, ist bei Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes im Sinne des § 53 a AktG der gänzliche Ausschluss eines Einziehungsentgeltes zulässig.⁶⁶⁶ Erfolgt sie zum Zweck des Ausschlusses von Aktionären oder der Beseitigung einer Aktiengattung, so wird in Bezug auf die zulässige Abfindungshöhe auf die vom Bundesverfassungsgericht und die vom Bundesgerichtshof weiterentwickelten Grundsätze zum Ausgleich und zur Abfindung bei Unternehmensverträgen verwiesen. Diese seien entsprechend auch auf die Einziehung nach § 237 Abs. 1 AktG anzuwenden⁶⁶⁷, jedenfalls für börsennotierte Aktiengesellschaften⁶⁶⁸, mit der Folge, dass bei der Abfindung zum mindesten der Börsen- bzw. Verkehrswert zugrunde zu legen sei. Konkret hat das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 27. April 1999⁶⁶⁹ entschieden, dass Art. 14 Abs. 1 GG verlange, „daß in Anwendung der §§ 304, 305, 320 b AktG der volle Ausgleich für den vom Minderheitsaktionären hinzunehmenden Verlust nicht verfehlt wer-

⁶⁶¹ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 237, Rn. 17; *Oechsler*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 237, Rn. 42.

⁶⁶² *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 237, Rn. 17; *Oechsler*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 237, Rn. 63; *Sethe*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, 37. Lieferung, § 237, Rn. 47 und 66.

⁶⁶³ *Oechsler*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 237, Rn. 63; *Sethe*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, 37. Lieferung, § 237, Rn. 66.

⁶⁶⁴ Vgl. *Marsch-Barner*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, § 237, Rn. 17; *Sethe*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, 37. Lieferung, § 237, Rn. 66, 67, 68; *Veil*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 237, Rn. 17 ff.

⁶⁶⁵ Vgl. *Veil*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 237, Rn. 18; *Marsch-Barner*, Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 237, Rn. 17.

⁶⁶⁶ Vgl. *Veil*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 237, Rn. 18; *Marsch-Barner*, Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 237, Rn. 17.

⁶⁶⁷ *Veil*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 237, Rn. 17.

⁶⁶⁸ Vgl. *Sethe*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, 37. Lieferung, § 237, Rn. 69.

⁶⁶⁹ 1 BvR 1613/94, BVerGE 100, S. 289 ff.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

de“⁶⁷⁰. So dürfe die „von Art. 14 Abs. 1 GG geforderte >volle< Entschädigung [...] jedenfalls nicht unter dem Verkehrswert liegen“⁶⁷¹. Bei börsennotierten Unternehmen könne dieser „nicht ohne Rücksicht auf den Börsenkurs festgesetzt werden“⁶⁷². Schließlich sei das auszugleichen, „was dem Minderheitsaktionär an Eigentum im Sinn von Art. 14 Abs. 1 GG verloren“⁶⁷³ gehe. Zur näheren Begründung führt das Bundesverfassungsgericht an:

„Charakteristikum des Aktieneigentums ist zum einen, daß es mitgliedschaftliche Herrschafts- und Vermögensrechte vermittelt. Dabei steht die Vermögenskomponente vielfach im Vordergrund. Das trifft insbesondere für die Kleinaktionäre zu, die auf die Unternehmenspolitik regelmäßig keinen relevanten Einfluß nehmen können und die Aktie vorwiegend als Kapitalanlage betrachten [...]. Zum anderen ermöglicht das Aktieneigentum eine Sphäre individueller Freiheit in finanzieller Hinsicht. Dieser Freiraum fußt auf der besonders ausgeprägten Verkehrsfähigkeit von Aktien. [...]“⁶⁷⁴

Weiter heißt es dort:

„Die Verkehrsfähigkeit als Eigenschaft des Aktieneigentums darf bei der Wertbestimmung des Eigentumsobjekts nicht außer Betracht bleiben. Der Ausgleich für außenstehende Aktionäre muss vielmehr so bemessen sein, daß sie auch künftig solche Renditen erhalten, die sie erhalten hätten, wenn der Unternehmensvertrag nicht geschlossen worden wäre; die Abfindung muß so bemessen sein, daß die Minderheitsaktionäre den Gegenwert ihrer Gesellschaftsbeteiligung erhalten. Dementsprechend gehen Judikatur und Literatur davon aus, daß die Entschädigung nur dann als >volle< bezeichnet werden kann, wenn sie den >wirklichen< oder >wahren< Wert der Unternehmensbeteiligung an dem arbeitenden Unternehmen unter Einschluß der stillen Reserven und des inneren Geschäftswerts widerspiegelt [...]. Dariüber hinaus muß die Abfindung so bemessen sein, daß Minderheitsaktionäre jedenfalls nicht weniger erhalten, als sie bei einer freien Deinvestitionsentscheidung zum Zeitpunkt des Unternehmensvertrags oder der Eingliederung erlangt hätten. Eine geringere Abfindung würde der Dispositionsfreiheit über den Eigentumsgegenstand nicht hinreichend Rechnung tragen.“⁶⁷⁵

Eine entsprechende Anwendung dieser Grundsätze auf die Einziehung von Aktien zum Zwecke des Ausschlusses von Aktionären oder zur Beseitigung bestimmter Aktionärsgruppen vermag bei einer dem gesetzlichen Leitbild entsprechenden, d.h. bei einer erwerbswirtschaftlichen und von der Gewinnerzielungsabsicht ihrer Aktionäre geprägten Aktiengesellschaft zum Schutze der betroffenen Aktionäre gerechtfertigt sein.

Bei einer (nicht-börsennotierten) Aktiengesellschaft, die nicht-erwerbswirtschaftliche Zwecke bei gleichzeitigem Ausschluß der Vermögensrechte ihrer Aktionäre verfolgt, ist die Interessenlage jedoch eine andere; auch eine vergleichbare Schutzbedürftigkeit der Aktionäre besteht nicht. Denn schließt die Satzung den Gewinnanspruch der Aktionäre aus und beschränkt sie für den Fall der Liquidation der Gesellschaft den Anspruch auf die eingezahlten Kapitalanteile und den gemeinen Wert der Sacheinlagen zum Zeitpunkt der Einla-

⁶⁷⁰ So BVerfG vom 27. April 1999, 1 BvR 1613/94, BVerGE 100, S. 289, 305.

⁶⁷¹ So BVerfG vom 27. April 1999, 1 BvR 1613/94, BVerGE 100, S. 289, 305.

⁶⁷² So BVerfG vom 27. April 1999, 1 BvR 1613/94, BVerGE 100, S. 289, 305.

⁶⁷³ So BVerfG vom 27. April 1999, 1 BvR 1613/94, BVerGE 100, S. 289, 305.

⁶⁷⁴ So BVerfG vom 27. April 1999, 1 BvR 1613/94, BVerGE 100, S. 289, 305.

⁶⁷⁵ So BVerfG vom 27. April 1999, 1 BvR 1613/94, BVerGE 100, S. 289, 305 und 306.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

genleistung oder aber schließt sie den Anspruch auf den verbleibenden Erlös gänzlich aus, so kommt dem Aktieneigentum gerade keine dem gesetzlichen Leitbild entsprechende Vermögenskomponente zu. Die Aktionäre erwerben vielmehr eine um die genannten Vermögensrechte verkürzte Mitgliedschaft, die eine entsprechend reduzierte Schutzbedürftigkeit der betroffenen Aktionäre nicht nur rechtfertigt, sondern auch gebietet:

Wollte man bei der Abfindung auf den Verkehrswert der Aktie abstellen, so begründete die im Ergebnis zu einer Teilliquidation führende Einziehung nach § 237 AktG geradezu eine vermögensmäßige Besserstellung der betroffenen Aktionäre im Vergleich zur vermögensmäßigen Stellung bei Verlust der Mitgliedschaft im Fall der Totalliquidation der Gesellschaft⁶⁷⁶. Im Übrigen partizipierten sie – im Unterschied zu den verbleibenden Aktionären, und zwar sowohl bei Fortbestand der Gesellschaft (wegen Abbedingung des Gewinnanspruchs) als auch bei der Liquidation der Gesellschaft (wegen Beschränkung/Ausschluss des Erlösanspruchs) – letztlich am wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft⁶⁷⁷. Dies gilt jedenfalls dann, wenn dem Verkehrswert der Aktie einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft ein höherer Wert als der Nennwert beigemessen werden kann. In dieser konkreten Fallkonstellation gebietet es daher vielmehr der in § 53 a AktG normierte Grundsatz der Gleichbehandlung, das Entgelt entsprechend der Regelung zum Liquidationserlös auf die eingezahlten Kapitalanteile und den gemeinen Wert der Sacheinlagen zum Zeitpunkt der Leistung zu beschränken⁶⁷⁸ oder gar auszuschließen. Das heißt konkret: Wird in der Satzung einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft der Anspruch auf den Liquidationserlös beschränkt, ist eine entsprechende Beschränkung auch für die Abfindung zu treffen. Bei Ausschluss des Anspruchs auf den Liquidationserlös ist eine Abfindung ebenfalls auszuschließen. Der Dispositionsfreiheit wird insoweit hinreichend Rechnung getragen, als eine materielle Schlechterstellung des betroffenen Aktionärs bei vermögensmäßiger Gleichstellung der Zwangseinziehung und Liquidation nicht begründet wird, ebenso wenig wie im Verhältnis zur freien Deinvestitionsentscheidung. Ist der Anspruch auf Einlagenrückgewähr im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO beschränkt, so ist die Erzielung eines über dem Nennbetrag liegenden Erlöses bei Veräußerung von Aktien einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft sowohl an die Gesellschaft selbst als auch an Dritte gemeinnützige rechtlich unzulässig. Wird der Rückgewähranspruch in der Satzung gänzlich ausgeschlossen, so gilt entsprechendes auch für den Nennbetrag.⁶⁷⁹ Auch wird durch eine Beschränkung oder einen Ausschluss kein Verstoß gegen den von Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Bestand der Mitgliedschaft dergestalt begründet, als aufgrund der Anspruchsbeschränkung oder des Anspruchsausschlusses leichtfertig Aktionäre ausgeschlossen werden können⁶⁸⁰. So besteht bei der Anordnungseinziehung bereits kein Entscheidungsspielraum. Vielmehr haben sich die

⁶⁷⁶ Vgl. zur gGmbH: OLG Hamm vom 26. Mai 1997, 8 U 163/96, DB 1997, S. 1612, 1613; Jaeger, DB 1997, S. 1607, 1608.

⁶⁷⁷ Vgl. zur gGmbH: OLG Hamm vom 26. Mai 1997, 8 U 163/96, DB 1997, S. 1612, 1613; Jaeger, DB 1997, S. 1607, 1608.

⁶⁷⁸ Vgl. zur gGmbH: OLG Hamm vom 26. Mai 1997, 8 U 163/96, DB 1997, S. 1612, 1613; Jaeger, DB 1997, S. 1607, 1608.

⁶⁷⁹ Dazu nachfolgend ausführlich unter 2. Teil A. I. 3 b) ff (5).

⁶⁸⁰ So aber wohl *Oechsler*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 237, Rn. 65, der gegen die Zulässigkeit eines Abfindungsausschlusses bei der erwerbswirtschaftlichen Aktiengesellschaft u.a. anführt, dass „die Entscheidung über den Ausschluss jedenfalls nicht leichtfertig getroffen werden“ kann, sondern den „Charakter einer Sondermaßnahme“ behält, „wenn die AG den Gesellschafter in realistischer Höhe entschädigen muss“.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

Voraussetzungen, unter denen eine Einziehung zu erfolgen hat, zwingend und abschließend aus der Satzung selbst zu ergeben.

Die zur Abfindung von Aktionären einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft vorgenommene Wertung findet überdies eine Entsprechung zu dem, was in Bezug auf die GmbH-rechtliche Zulässigkeit einer nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO erforderlichen Anspruchsbeschränkung bei Ausscheiden von Gesellschaftern aus einer gemeinnützigen GmbH vertreten wird. So wird bei der gemeinnützigen GmbH eine Abfindungsbeschränkung auf den Nennwert unter anderem aufgrund der Zweckgebundenheit des Vermögens für zulässig erachtet⁶⁸¹. Entsprechendes gilt für den Ausschluss eines Abfindungsanspruchs, wenn der Anspruch auf den Liquidationserlös gänzlich ausgeschlossen wird.⁶⁸² Eine Vergleichbarkeit des Aktienrechts mit dem GmbH-Recht ist insoweit gegeben, als auch das GmbH-Gesetz keine Regelung darüber enthält, ob und in welcher Höhe eine Abfindung bei Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer (erwerbswirtschaftlichen) GmbH zu zahlen ist; der ausscheidende Gesellschafter bei Fehlen einer Satzungsregelung aber dennoch – entsprechend zur Gestattungseinziehung im Sinne des § 237 AktG⁶⁸³ – eine angemessene Abfindung beanspruchen kann⁶⁸⁴. Zwar ist im GmbH-Recht die Ausgangslage zunächst eine andere, weil dort – im Unterschied zum Aktiengesetz – der Grundsatz der Satzungsautonomie gilt. Doch sind Abfindungsklauseln auch im GmbH-Recht nicht gänzlich frei gestaltbar, sondern unterliegen vielmehr der Grenze des § 138 BGB.⁶⁸⁵ So wird bei GmbHs, die dem gesetzlichen Leitbild entsprechen, eine Abfindung zum Nominalwert dann für sittenwidrig erachtet, wenn – bereits im Zeitpunkt der Einführung der Satzungsbestimmung bzw. der Beschlussfassung – ein grobes Missverhältnis zu dem wirklichen Wert der Beteiligung besteht.⁶⁸⁶ Entsteht ein grobes Missverhältnis erst später, bleibt die Regelung wirksam, der betroffene Gesellschafter hat jedoch einen Anspruch auf angemessene Entschädigung⁶⁸⁷. Die Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf die gemeinnützige GmbH hat das OLG Hamm jedoch in seinem Urteil vom 26. Mai 1997⁶⁸⁸ mit folgender Begründung abgelehnt:

„Es unterliegt keinem Zweifel, daß eine auf den Nominalwert der Beteiligung beschränkte Abfindung bei einer dem gesetzlichen Leitbild entsprechenden Gesellschaft, die erwerbswirtschaftlich tätig und auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist, in der Regel bei Vorliegen

⁶⁸¹ Vgl. zur gGmbH: OLG Hamm vom 26. Mai 1997, 8 U 163/96, DB 1997, S. 1612, 1613; *Jaeger*, DB 1997, S. 1607, 1608; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 34, Rn. 27 (der Einschränkungen über die sonst zulässigen Grenzen bei der gemeinnützigen GmbH ohne nähere Begründung für zulässig erachtet).

⁶⁸² Für die Zulässigkeit eines Ausschlusses bei Gesellschaften mit ideellem Zweck: BGH vom 2. Juni 1997, II ZR 81/96, NJW 1997, S. 2592, 253 zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 34, Rn. 34a (ohne Begründung); *Lutter*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 34, Rn. 85.

⁶⁸³ Zur Gestattungseinziehung nachfolgend 2. Teil A. I. 3. B) ff) (3) (bb).

⁶⁸⁴ Vgl. BGH vom 16. Dezember 1991, II ZR 58/91, BGHZ 116, S. 359, 370 und 371; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 34, Rn. 22 (in Höhe des vollen wirtschaftlichen Werts); *Jaeger*, DB 1997, S. 1607, 1607 (in Höhe des vollen wirtschaftlichen Wertes).

⁶⁸⁵ BGH vom 16. Dezember 1991, II ZR 58/91, BGHZ 116, S. 359, 368.

⁶⁸⁶ BGH vom 16. Dezember 1991, II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 368; vgl. auch *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 34, Rn. 27, 28 und 35a.

⁶⁸⁷ Vgl. BGH vom 16. Dezember 1991, II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 371; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 34, Rn. 28.

⁶⁸⁸ OLG Hamm vom 26. Mai 1997, 8 U 163/96, DB 1997, S. 1612, 1612 ff.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

eines groben Mißverhältnisses zum tatsächlichen Wert der Beteiligung nichtig ist. Für die Beklagte gilt wegen des am Gedanken der Gemeinnützigkeit ausgerichteten Gesellschaftszwecks und des hierfür zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens etwas anderes. Wenn nach dem in der Satzung niedergelegten Willen der Gesellschafter der wirtschaftliche Erfolg der Gesellschaft nicht den Gesellschaftern zugute kommen darf, sondern selbst im Falle der Liquidation der Gesellschaft weiterhin zweckgebunden ist und Dritten zugewendet werden muß, dann darf der Gesellschafter, der vorzeitig ausscheidet, an dem wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft ebenfalls nicht teilnehmen. Andernfalls wäre die Gleichbehandlung aller Gesellschafter nicht gewährleistet.“⁶⁸⁹

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass aus den dargelegten Gründen der Entgeltanspruch bei der angeordneten Zwangseinziehung im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO beschränkt oder gänzlich ausgeschlossen werden kann.

(bb) Gestattete Zwangseinziehung

Bei der gestatteten Zwangseinziehung kann eine Satzungsbestimmung zum Einziehungsentgelt erfolgen, zwingend ist sie aber nicht.⁶⁹⁰ Wird eine solche Bestimmung nicht getroffen, so hat der betroffene Aktionär Anspruch auf ein angemessenes Entgelt.⁶⁹¹ Die Angemessenheit bestimmt sich dabei nach den zu § 305 Abs. 3 Satz 2 AktG entwickelten Grundsätzen, also nach dem Ertragswert der Aktie.⁶⁹²

Ein Anspruch auf angemessenes Entgelt steht allerdings nicht in Einklang mit § 55 Abs. 1 Nr. 2 AktG.

Unter gemeinnützigenrechtlichen Erwägungen bedarf es damit auch bei der Gestattungseinziehung einer expliziten Satzungsregelung zum Einziehungsentgelt. Diese kann aus den vorstehend zur Anordnungseinziehung dargelegten Gründen⁶⁹³ eine Beschränkung auf die eingezahlten Kapitalanteile und den gemeinen Wert der Sacheinlagen zum Zeitpunkt der Leistung oder aber auch einen gänzlichen Ausschluss beinhalten. Die Bestandsgarantie der Mitgliedschaft (als Ausfluss von Art. 14 Abs. 1 GG) wird bei der Gestattungsanordnung auch nicht etwa dadurch unverhältnismäßig beeinträchtigt, dass eine Beschränkung oder ein Ausschluss zu einer leichtfertigen Einziehungentscheidung führen würde⁶⁹⁴. So liegt die Entscheidung über die konkrete Einziehung bei der Gestattungsanordnung – im Unterschied zur angeordneten Zwangseinziehung – zwar in der Hand der Hauptversammlung, doch bedarf sie grundsätzlich der sachlichen Rechtfertigung⁶⁹⁵ und muss sich im Übrigen am

⁶⁸⁹ So OLG Hamm vom 26. Mai 1997, 8 U 163/96, DB 1997, S. 1612, 1613.

⁶⁹⁰ *Veil*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 237, Rn. 20.

⁶⁹¹ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 237, Rn. 18.

⁶⁹² *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 237, Rn. 18.

⁶⁹³ Siehe oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (3) (aa).

⁶⁹⁴ So aber wohl *Oechsler*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 237, Rn. 65, der gegen die Zulässigkeit eines Abfindungsausschluss bei der erwerbswirtschaftlichen Aktiengesellschaft u.a. anführt, dass „die Entscheidung über den Ausschluss jedenfalls nicht leichtfertig getroffen werden“ kann, sondern den „Charakter einer Sondermaßnahme“ behält, „wenn die AG den Gesellschafter in realistischer Höhe entschädigen muss“.

⁶⁹⁵ *Sethe*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, 37. Lieferung, § 237, Rn. 61.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre gemäß § 53 a AktG messen lassen⁶⁹⁶.

(4) Festlegungen in der Satzung

Die Regelung des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO über die Mittelbindung ist aus den unter 2. Teil A. I. 3. b) ff) (1) bis (3) dargelegten Gründen mit dem Aktiengesetz vereinbar. So ist es für den Fall des Ausscheidens eines Aktionärs sowie für den Fall der Liquidation der Gesellschaft aktiengesetzlich zulässig, den Rückgewähranspruch auf die eingezahlten Kapitalanteile sowie auf den gemeinen Wert der Sacheinlagen zum Zeitpunkt der Leistung zu beschränken.⁶⁹⁷ Dass eine entsprechende Regelung für den Fall der „Aufhebung“ mangels Aufhebbarkeit der Aktiengesellschaft nicht getroffen werden kann, ist in entsprechender Anwendung der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 12. Januar 2011 gemeinnützigkeitsrechtlich unschädlich.⁶⁹⁸ Demzufolge kann auch eine § 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm. § 3 Abs. 2 Mustersatzung entsprechende Festlegung, die im Übrigen den Fall der „Aufhebung“ der Gesellschaft nicht vorsieht, in der Satzung getroffen werden.

Zu berücksichtigen ist dabei, dass entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut der Mustersatzung, der besagt, dass die Bestimmung des § 3 Abs. 2 Mustersatzung nur dann erforderlich ist, „wenn die Satzung einen Anspruch auf Rückgewähr von Vermögen einräumt“, zur Wahrung der Gemeinnützigkeit eine entsprechende Festlegung in der Satzung enthalten sein muss, sofern der Einlagenrückgewähranspruch im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO beschränkt ist. Andernfalls, das heißt bei Fehlen einer § 3 Abs. 2 Mustersatzung entsprechenden Regelung, wäre den Anforderungen des Gemeinnützigkeitsrechts nicht Genüge getan. So ergibt sich beispielsweise der Anspruch auf den Liquidationsüberschuss aus dem Aktiengesetz selbst, nicht aber aus der Satzung.⁶⁹⁹ Einer Satzungsregelung käme lediglich deklaratorische Bedeutung zu.

Der im Übrigen in § 3 Abs. 2 Mustersatzung enthaltene – über die Regelung des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO hinausgehende (dort nur Ausscheiden, Auflösung und Aufhebung Regelungsgegenstand) – Zusatz, dass die Gesellschafter auch bei Wegfall steuerbegünstigter Zwecke nicht mehr als ihre eingezahlten Kapitalanteile und den gemeinen Wert ihrer geleisteten Sacheinlagen zurückhalten dürfen, ist gesellschaftsrechtlich keinen Bedenken ausgesetzt. So enthält das Aktiengesetz zum Wegfall steuerbegünstigter Zwecke zwar keine Regelungen. Doch ist der Einlagenrückgewähranspruch sogar für den Fall der Totalliquidation der Gesellschaft beschränkbar und wird eine solche Beschränkung in der Satzung tatsächlich festgelegt, dann muss auch eine Beschränkung für den Fall des Wegfalls steuerbegünstigter Zwecke mit den Wertungen des Aktiengesetzes vereinbar sein.

Im Übrigen kann ein Rückgewähranspruch sowohl für den Fall der Liquidation der Gesellschaft⁷⁰⁰ als auch für den Fall des Ausscheidens von Aktionären⁷⁰¹ gänzlich ausgeschlossen

⁶⁹⁶ Sethe, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, 37. Lieferung, § 237, Rn. 62.

⁶⁹⁷ Siehe dazu oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (3) und 3. Teil A. I. 3. b) ff) (1).

⁶⁹⁸ Siehe dazu oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (2).

⁶⁹⁹ Vgl. auch Ullrich, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 234, Fn. 1197; ders., DStR 2009, S. 2471, 2473 (pauschal für den Anspruch auf Rückgewähr von Vermögen bei Kapitalgesellschaften).

⁷⁰⁰ Siehe oben 2. Teil A. I. 3. B) ff) (1).

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

werden. Entsprechendes muss auch für den Fall des Wegfalls steuerbegünstigter Zwecke geregelt werden. Steht den Aktionären ein Anspruch noch nicht einmal für den Fall der Totalliquidation der Gesellschaft zu, dann kann dem Aktiengesetz für den Fall des Wegfalls steuerbegünstigter Zwecke keine entgegenstehende Wertung entnommen werden. Auch wenn eine entsprechende Festlegung in der Mustersatzung nicht vorgesehen ist, sondern vielmehr eine Abweichung von § 3 Abs. 2 Mustersatzung darstellt, ist von dem Willen des Gesetzgebers auszugehen, eine den Rückgewähranspruch gänzlich ausschließende Regelung in der Satzung zuzulassen – stellt ein solcher Ausschluss doch die reinste Form der Gemeinnützigkeit dar. Zumal sich die Zulässigkeit eines gänzlichen Ausschlusses bereits aus dem Wortlaut des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO ergibt, nach dem die Mitglieder „nicht mehr als ihre eingezahlten Kapitalanteile und den gemeinen Wert ihrer geleisteten Sacheinlagen zuückerhalten“ dürfen.⁷⁰²

Wird der Rückgewähranspruch gänzlich ausgeschlossen, so können die Aktionäre für die geleisteten Einlagen einen Spendenabzug im Sinne des § 10 b Abs. 1 EStG bzw. § 9 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 KStG geltend machen,⁷⁰³ sofern die gemeinnützigkeitsrechtlichen Anforderungen im Weiteren erfüllt sind. Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis bereits Gebrauch gemacht. So sieht die Eden ApfelKräuterGarten gAG in ihrer Satzung die (deklatorische) Regelung vor, dass die auf das Grundkapital geleisteten Einlagen als Zuwendung gemäß § 10 b EStG gelten⁷⁰⁴.

(5) Übertragung von Aktien: Auswirkungen des § 55 Abs. 1 AO auf die Höhe des Veräußerungsentgelts?

Aktionäre können auch durch Übertragung ihrer Aktien aus der Gesellschaft ausscheiden. Die Übertragung kann dabei auf einen Dritten oder aber auf die Gesellschaft erfolgen. Sie kann je nach zugrundeliegendem Rechtsgeschäft entgeltlich oder unentgeltlich vorgenommen werden. Werden die Aktien entgeltlich veräußert, so wird der Aktionär regelmäßig die Erzielung eines Veräußerungsgewinns beabsichtigen. Ob die Erzielung eines Veräußerungsgewinns im Hinblick auf § 55 Abs. 1 AO gemeinnützigkeitsrechtlich zulässig ist, bedarf der näheren Untersuchung. Ob darüber hinaus sogar die Veräußerung von Aktien zum Nominalwert gemeinnützigschädlich sein kann, ist ebenfalls Untersuchungsgegenstand.

(a) Erzielung eines Veräußerungsgewinns

Grundsätzlich steht es jedem Aktionär frei, seine Aktien zu einem den Nominalwert übersteigenden Preis zu veräußern und einen Gewinn zu erzielen. Daher vermag es zunächst

⁷⁰¹ Siehe oben 2. Teil A. I. 3. B) ff) (3).

⁷⁰² *Ullrich*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 307.

⁷⁰³ Vgl. BFH vom 5. Februar 1992, I R 63/91, BStBl. II 1192, S. 748 ff (zum Spendenabzug gemäß § 9 Nr. 3 a KStG für das einer gemeinnützigen Stiftung zugewandte Stiftungskapital); *Ullrich*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 306 (zum Spendenabzug von Einlagenleistungen der Gesellschafter einer gGmbH).

⁷⁰⁴ Vgl. auch *Bayer/Hoffmann*, AG-Report 2008, R 531, 532.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

nicht zu überraschen, wenn *Sprengel*⁷⁰⁵ ohne nähere Begründung von der gemeinnützigekeitsrechtlichen Zulässigkeit der Gewinnerzielung bei der Veräußerung von Aktien auszugehen scheint.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Zulässigkeit der Erzielung eines Veräußerungsgewinns im Ergebnis dazu führte, dass der Aktionär einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft aus seiner Beteiligung einen wirtschaftlichen Vorteil generieren könnte. So könnte er über den Weg der Veräußerung einen Gewinn realisieren, der ihm weder bei Verbleib in der Gesellschaft, und zwar wegen des Gewinnausschüttungs- und Zuwendungsverbots des § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO noch im Fall der Liquidation der Gesellschaft (vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 2 1. Alt. AO) zustünde. Es drängt sich demzufolge die Frage auf, ob ein über dem Nominalwert liegender Veräußerungspreis, der das Vermögen des veräußernden Aktionärs mehrt, mit den Wertungen des Gemeinnützigekeitsrechts vereinbar ist. Für die Untersuchung der Vereinbarkeit wird insbesondere im Hinblick auf den Wortlaut der Regelungen des § 55 Abs. 1 Nr. 1 („aus Mitteln der Körperschaft“) und Nr. 3 AO („Die Körperschaft darf keine [...] begünstigen“), die explizit eine bestimmte Verwendung von *Körperschaftsmitteln* verbieten, eine Differenzierung dahingehend zu treffen sein, ob die Entgeltleistung durch die gemeinnützige Gesellschaft (Körperschaft) selbst oder durch einen Dritten erfolgt.

(aa) Entgeltleistung durch die Gesellschaft selbst

Die Leistung eines Entgelts für Anteile an der Gesellschaft aus eigenen Mitteln der Gesellschaft kann offen, das heißt beispielsweise im Zuge des Erwerbs eigener Aktien im Sinne des § 71 AktG, oder aber verdeckt erfolgen.

Was die gemeinnützigekeitsrechtliche Zulässigkeit von Entgeltleistungen im Rahmen von Anteilsveräußerungen aus Mitteln der gemeinnützigen Gesellschaft selbst sowie aus Mitteln erwerbender steuerbegünstigter Körperschaften anbetrifft, so hat sich der Bundesfinanzhof in seiner Entscheidung vom 12. Oktober 2010⁷⁰⁶ mit dieser Thematik auseinandergesetzt.

Konkret hatte der Bundesfinanzhof den Fall zu entscheiden, dass die alleinigen Gesellschafter – die Eheleute A und E – sämtliche Anteile an der gemeinnützigen GmbH – der Klägerin A – an die ebenfalls gemeinnützige GmbH – die B-gGmbH – veräußerten, und zwar zu einem über dem Nominalwert der Anteile liegenden (verschleierten) Kaufpreis.⁷⁰⁷ So hatte die Klägerin A mit A einen „Geschäftsführer-/Präsidentenvertrag“ geschlossen und ein überhöhtes Geschäftsführergehalt und eine Abfindung gezahlt, die als verdeckte Kaufpreiszahlungen für die von den Eheleuten A und E an die B-gGmbH veräußerten Anteile zu qualifizieren waren.⁷⁰⁸ Das Finanzamt erkannte daraufhin der Klägerin A rückwirkend die Gemeinnützigekeit wegen schädlicher Mittelverwendung für den streitgegenständlichen Prüfungszeitraum ab.⁷⁰⁹ Der Bundesfinanzhof hat die Rechtmäßigkeit der rückwirkenden

⁷⁰⁵ *Sprengel*, in: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?, in: Maecenata Institut (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 9, 10 und 16.

⁷⁰⁶ BFH vom 12. Oktober 2010, I R 59/09, BFHE 231, S. 28 ff.

⁷⁰⁷ BFH vom 12. Oktober 2010, I R 59/09, BFHE 231, S. 28, 31.

⁷⁰⁸ BFH vom 12. Oktober 2010, I R 59/09, BFHE 231, S. 28, 31.

⁷⁰⁹ BFH vom 12. Oktober 2010, I R 59/09, BFHE 231, S. 28, 31.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Aberkennung der Gemeinnützigkeit bestätigt und die Leistungen als verdeckte Gewinnausschüttungen sowie als Mittelfehlverwendungen im Sinne des § 55 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 AO qualifiziert.⁷¹⁰ Dabei hat er offengelassen, ob die Leistungen als verdeckte Gewinnausschüttungen an die Eheleute A und E oder bereits an die B-gGmbH als neue Gesellschafterin zu beurteilen sind.⁷¹¹ Von besonderer Bedeutung für die hier interessierende Frage der Zulässigkeit von Veräußerungsgewinnen sind folgende Ausführungen des Bundesfinanzhofs:

„[...] Wie die Klägerin zutreffend vorträgt, sind Anteile an einer gemeinnützigen GmbH, deren steuerbegünstigte Zwecke auch nach dem Anteilseignerwechsel verfolgt werden sollen, für einen steuerpflichtigen Erwerber nicht mehr wert als höchstens den Nominalwert der Anteile zuzüglich des gemeinen Werts der vom bisherigen Gesellschafter geleisteten Sacheinlagen. Denn nur diese, nicht dagegen Gewinne, dürfen an den Gesellschafter ausgekehrt werden (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AO). Zahlt daher eine steuerbegünstigte Körperschaft für Anteile an einer gemeinnützigen Kapitalgesellschaft einem steuerpflichtigen Anteilseigner mehr als diese Beträge, liegt darin regelmäßig eine Mittelfehlverwendung i.S. des § 55 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 AO, weil dem bisherigen Anteilseigner mehr als der Wert entgolten wird, der den Anteilen bei Fortführung des steuerbegünstigten Zwecks zukommt. Eine steuerbegünstigte Körperschaft darf zwar auf das Vermögen einer von ihr erworbenen steuerbefreiten Kapitalgesellschaft zugreifen, allerdings nur zur Verwendung für steuerbegünstigte Zwecke. Diese Mittel dürfen aber – jedenfalls bei einem steuerpflichtigem Veräußerer – nicht Maßstab für die Bemessung des Kaufpreises für die Anteile an der Kapitalgesellschaft sein, weil andernfalls über den Kaufpreis Gewinne früherer Jahre sowie in anderer Weise erworbenes und gemeinnützigkeitsrechtlich gebundenes Vermögen der erworbenen Kapitalgesellschaft entgegen § 55 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AO an den vormaligen Gesellschafter ausgekehrt würde. Gemeinnützigkeitsrechtliche Einschränkungen des § 55 Abs. 1 AO werden umgangen, wenn dem Gesellschafter mit seinem Ausscheiden über den Kaufpreis aus der steuerbegünstigten Körperschaft genau die Mittel zugewendet werden, die im Fall einer Ausschüttung an ihn wegen Verstoßes gegen § 55 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AO zur Aberkennung der Gemeinnützigkeit der Körperschaft führen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Mittel – wie hier – aus dem Vermögen der erworbenen steuerbegünstigten Kapitalgesellschaft oder aus dem Vermögen der steuerbegünstigten Muttergesellschaft selbst an den ehemaligen Gesellschafter geleistet werden. [...]“⁷¹²

Weiter heißt es:

„[...] Die Klägerin hat die Geldbeträge an A geleistet, obwohl ihr klar war, dass diesem hierdurch der Kaufpreis für die Anteile an ihr entgolten werden sollte. Sie wusste daher, dass die Mittel nicht zu satzungsmäßigen Zwecken ihrer neuen Muttergesellschaft verwendet wurden, sondern zur Zahlung eines Kaufpreises, auf den A bei Beachtung gemeinnützigkeitsrechtlicher Vorgaben keinen Anspruch gehabt hätte. [...]“⁷¹³

Der dargelegten Begründung kommt in Bezug auf die Frage der Zulässigkeit von Veräußerungsgewinnen zunächst insoweit Bedeutung zu, als ihr eine über die konkrete Fallgestaltung hinausgehende Wertung in Bezug auf die gemeinnützigkeitsrechtlich zulässige Ent-

⁷¹⁰ BFH vom 12. Oktober 2010, I R 59/09, BFHE 231, S. 28, 31.

⁷¹¹ BFH vom 12. Oktober 2010, I R 59/09, BFHE 231, S. 28, 31.

⁷¹² So BFH vom 12. Oktober 2010, I R 59/09, BFHE 231, S. 28, 31 und 32.

⁷¹³ So BFH vom 12. Oktober 2010, I R 59/09, BFHE 231, S. 28, 32.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

gelthöhe im Rahmen des Erwerbs eigener Anteile – bei entsprechender Anwendung auf die Aktiengesellschaft: eigener Aktien gemäß § 71 AktG – zu entnehmen ist.

So ist anerkannt, dass gemeinnützige Gesellschaften grundsätzlich dem Drittvergleich standhaltende Rechtsgeschäfte vornehmen dürfen, und zwar ohne hierdurch einen Verstoß gegen § 55 Abs. 1 AO zu begründen.⁷¹⁴ Der Bundesfinanzhof hat die gemeinnützige-rechtlichen Einschränkungen des § 55 Abs. 1 AO aber ausdrücklich auch dann als umgan-gen erachtet, wenn die erwerbende steuerbegünstigte Muttergesellschaft einen den Nom-i-nalwert der Anteile übersteigenden Kaufpreis aus ihrem eigenen Vermögen aufwendet. Damit bringt er inzident zum Ausdruck, dass ein solcher Kaufpreis einem Drittvergleich gerade nicht standhält. Ist die Drittvergleichsfestigkeit des Kaufpreises aber zu verneinen, dann wird man eine Mittelfehlverwendung im Sinne des § 55 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 AO auch bei einem offenen, über dem Nennwert liegenden Entgelt im Rahmen des Erwerbs eigener Aktien gemäß § 71 AktG annehmen müssen. Insbesondere, wenn man darüber hinaus be-rücksichtigt, dass der Bundesfinanzhof einen über dem Nominalwert liegenden Kaufpreis, den die erwerbende steuerbegünstigte (Mutter-)Körperschaft aus Mitteln der erworbenen gemeinnützigen (Tochter-)Gesellschaft aufwendet, bereits als Mittelfehlverwendung der erworbenen gemeinnützigen (Tochter-)Gesellschaft selbst qualifiziert. So betont der Bun-desfinanzhof ausdrücklich, dass § 58 AO „nur die Überlassung eigener Mittel an eine ande-re steuerbefreite Körperschaft zur Verwendung zu steuerbegünstigten Zwecken“⁷¹⁵ erlaube. Demzufolge liege eine Mittelfehlverwendung im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 AO auch bei „der ausschüttenden Tochter-Kapitalgesellschaft vor, wenn ihr – wie im Streitfall – bekannt ist, dass die Mittel nicht zu steuerbegünstigten Zwecken ihrer Muttergesellschaft, sondern zu einer verdeckten Vorteilsgewährung an den früheren Gesellschafter eingesetzt werden“⁷¹⁶. Ist aber bereits die Mittelüberlassung gemäß § 58 Nr. 2 AO nicht zulässig, dann kann erst recht die Aufbringung eines über dem Nominalwert liegenden Kaufpreises im Rah-men des Erwerbs eigener Aktien nicht zulässig sein mit der Folge, dass die Erzielung eines Veräußerungsgewinns aus der Warte des veräußernden Aktionärs bei Veräußerungen von Aktien an die Gesellschaft selbst als gemeinnützige-rechtlich unzulässig zu qualifi-zieren ist.

Eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung des Aktionärs wird hierdurch nicht begründet. Schließlich erhält der Aktionär einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft – wie bereits oben unter 2. Teil A. I. 3. b) ff) (3) dargelegt – auch im Fall seines Ausscheidens durch Kaduzie- rung oder Zwangseinziehung seiner Aktien oder bei Liquidation der Gesellschaft keinen den Nominalwert der Aktie übersteigenden Betrag; auch partizipiert er während seiner Aktionärszugehörigkeit nicht an Gewinnen der Gesellschaft.⁷¹⁷

(bb) Entgeltleistung durch erwerbende Dritte

Erwerben Dritte von einem steuerpflichtigen Aktionär Anteile an einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft, so erfolgt die Leistung des Entgelts regelmäßig nicht – wie in der Ent-scheidung des Bundesfinanzhofs – (verdeckt) durch die gemeinnützige Aktiengesellschaft

⁷¹⁴ Siehe oben u.a. 2. Teil A. I. 3. b) cc).

⁷¹⁵ So BFH vom 12. Oktober 2010, I R 59/09, BFHE 231, S. 28, 32.

⁷¹⁶ So BFH vom 12. Oktober 2010, I R 59/09, BFHE 231, S. 28, 32.

⁷¹⁷ Dazu ausführlich nachfolgend 2. Teil A. I. 3. b) ff) (5) (bb).

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

selbst, sondern durch den erwerbenden Dritten, jedenfalls dann, wenn es sich bei dem Erwerber um eine natürliche Person oder um eine nicht steuerbegünstigte juristische Person handelt. Erwerbender Dritter kann eine steuerbegünstigte Körperschaft, eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder aber ein sonstiger steuerpflichtiger Dritter sein.

(aaa) Steuerpflichtiger Dritter als Erwerber

Von besonderer praktischer Relevanz ist die Frage, die der Bundesfinanzhof in seiner Entscheidung vom 12. Oktober nicht unmittelbar behandelt hat, ob die Reichweite des § 55 Abs. 1 AO auch die Veräußerungsebene zwischen dem Aktionär und einem steuerpflichtigen Dritten – die sog. „Drittebene“ – erfasst.

Bedenken gegen eine solche Reichweite könnten dahingehend bestehen, dass bei der Veräußerung an steuerpflichtige Dritte dem äußeren Erscheinungsbild nach keine Mittel der gemeinnützigen Gesellschaft fließen. Der Kaufpreis wird – im Unterschied zur genannten BFH-Entscheidung – vielmehr von steuerpflichtigen Dritten, das heißt von einer von der Gesellschaft unabhängigen, steuerpflichtigen Partei aufgebracht. So ist *Ullrich*⁷¹⁸ der Auffassung, dass „die Möglichkeit des Aktionärs, seine Anteile – ggf. gewinnbringend – an einen Dritten zu veräußern, [...] für die Gesellschaft folgenlos [bleibe]“, da „eventuelle Zahlungen an den Aktionär durch Dritte [...] keine Zuwendungen >aus Mitteln der Körperschaft< i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 AO darstellen“⁷¹⁹.

Dennoch könnte ein über dem Nominalwert liegendes Entgelt auf Drittebene der gesetzlichen Wertung der gemeinnützigen Vorschriften dergestalt widersprechen, als hierdurch die Mittel der Gesellschaft zum „Maßstab für die Bemessung des Kaufpreises“⁷²⁰ werden könnten und dem Gesellschafter mehr zugewendet würde, als ihm ansonsten zu stünde. Denn nimmt man – wie letztlich der Bundesfinanzhof auch – eine (teleologische) Gesamtbetrachtung der Regelungen des § 55 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 AO vor, ergibt sich folgendes Bild:

Wie die gesetzlichen Regelungen des § 55 Abs. 1 AO zeigen, sollen sämtliche durch die Gesellschaft generierten Gewinne für steuerbegünstigte Zwecke „locked in“ sein. So dürfen aus Mitteln⁷²¹ der Körperschaft weder offene und verdeckte Gewinnausschüttungen noch dem Drittvergleich nicht standhaltende Zuwendungen an Mitglieder getätigt und keine unverhältnismäßigen Begünstigungen Dritter vorgenommen werden (vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2, Nr. 3 AO). Sogar im Fall der Liquidation der Gesellschaft ist ein über die eingezahlten Kapitaleinlagen und den gemeinen Wert der Sacheinlagen zum Zeitpunkt der Leistung realisierbarer Liquidationserlös (Gewinn) über die Existenz der Gesellschaft hinaus für steuerbegünstigte Zwecke gebunden. Entsprechendes gilt auch für den Wegfall des bisherigen steuerbegünstigten Zwecks (vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO). Wollte man nun den Kaufpreis für Anteile, die als solche nicht dem Vermögen der gemeinnützigen Aktiengesellschaft zuzuordnen sind, am reellen Wert der Gesellschaft bemessen oder auch am ideellen Wert, den die Gesellschaft für bestimmte Erwerber möglicherweise innehalt

⁷¹⁸ *Ullrich*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 51.

⁷¹⁹ So *Ullrich*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 51.

⁷²⁰ So BFH vom 12. Oktober 2010, I R 59/09, BFHE 231, S. 28, 32.

⁷²¹ Zum umfassenden Mittelbegriff BFH vom 23.10.1991, I R 19/91, DStR 1992, S. 392, 393; vgl. auch *Kirchhain*, FR 2011, S. 640, 645.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

(Liebhaberwert), so käme dem veräußernden Aktionär ein Wert zugute, der auf dem (wirtschaftlichen) Erfolg bzw. wertbildenden Faktoren der gemeinnützigen Gesellschaft selbst beruht. Er würde folglich einen Gewinn generieren, der in der Gesellschaft angelegt ist, den diese aber eigenständig nicht realisieren kann. Da im Unterschied zur erwerbswirtschaftlichen und von der Gewinnerzielungsabsicht ihrer Mitglieder geprägten Aktiengesellschaft bei der gemeinnützigen Aktiengesellschaft Gewinne weder bei Verbleib noch bei Liquidation der Gesellschaft an ihre Aktionäre ausgekehrt werden, sondern nach dem System des § 55 Abs. 1 AO für die Verfolgung steuerbegünstigter Zwecke gebunden sind, müssen auch Gewinne, die in der Gesellschaft angelegt sind und sich in der Beteiligung bei Veräußerung lediglich abbilden, dieser zuzuordnen und von der bezweckten Vermögensbindung umfasst sein. Schlägt der veräußernde Aktionär den Wert (Veräußerungsgewinn) dem eigenen Vermögen oder dem eines Dritten, der nicht die Gesellschaft selbst ist, zu, liegt aus dem Blickwinkel der Gesellschaft ein Gewinnabfluss der gemeinnützigen Gesellschaft zugunsten des veräußernden Aktionärs und damit eine Mittelfehlverwendung vor, auch wenn die Kaufpreisleistung von einem steuerpflichtigen Dritten erfolgt.⁷²² Dementsprechend ist ein den Nominalwert übersteigender Kaufpreis, der das Vermögen des veräußernden Aktionärs oder eines Dritten, der nicht die Gesellschaft selbst ist, mehrt, grundsätzlich mit den Wertungen des Gemeinnützigkeitsrechts nicht vereinbar.⁷²³ Erzielt der Aktionär jedoch einen Veräußerungsgewinn zugunsten der Gesellschaft, indem er den Erwerber verpflichtet, einen den Nominalwert übersteigenden Betrag an die Gesellschaft zu leisten (Vertrag zugunsten Dritter), ist dieser als gemeinnützigkeitsrechtlich zulässig zu qualifizieren. Denn in dem Fall generiert die gemeinnützige Gesellschaft die von der Vermögensbindung umfassten Gewinne. Für die Beurteilung, ob ein Veräußerungsgewinn auf der Drittbene mit den Wertungen des Gemeinnützigkeitsrechts vereinbar, bedarf es somit der Differenzierung, ob der Gewinn der Gesellschaft selbst oder aber steuerpflichtigen Dritten zugutekommt.

Besonders deutlich wird die gemeinnützigkeitsrechtliche Notwendigkeit dieser Differenzierung, wenn man sich vergegenwärtigt, dass Aktionäre bei gänzlichem Ausschluss des Einlagenrückgewähranspruchs für ihre geleisteten Einlagen einen Spendenabzug gemäß § 10 b Abs. 1 EStG bzw. § 9 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 KStG geltend machen können⁷²⁴. So würde es einen Wertungswiderspruch begründen und im Ergebnis auf eine ungerechtfertigte Doppelprivilegierung hinauslaufen, wenn der Aktionär durch Veräußerung seines bereits – untechnisch gesprochen – steuerlich privilegierten Anteils noch darüber hinaus einen Gewinn generieren dürfte. Entsprechendes gilt in diesem speziellen Fall allerdings auch für den Nominalbetrag. So ist dieser im Fall der Liquidation der Gesellschaft für den Aktionär nicht realisierbar, sondern unterliegt vielmehr der Bindung des Gesellschaftsvermögens. Demzufolge ist bei gänzlichem Ausschluss des Einlagenrückgewähranspruchs jegliche

⁷²² A.A. – wenn auch ohne nähere Differenzierung und Begründung – wohl *Ullrich*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 51 sowie *Sprengel*, in: *Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?*, in: *Maecenata Institut* (Hrsg.), *Opusculum* Nr. 15, S. 1, 9, 10 und 16 (der schlicht von der Zulässigkeit der Erzielung eines Veräußerungsgewinns auszugehen scheint).

⁷²³ Vgl. auch *Weidmann/Kohlhepp*, DB 2011, S. 497, 498, die ganz grundsätzlich ausführen, dass „eine Umgehung der gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorschriften im Raume [stünde], wenn dem ausscheidenden Gesellschafter von einem Erwerber mehr zugewandt werden dürfte, als er im Falle seines Ausscheidens aus der Gesellschaft zulässigerweise nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO erhalten dürfte“.

⁷²⁴ Siehe oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (4).

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Zuwendung eines Dritten als Gegenleistung für die Veräußerung eines Anteils in das Vermögen des veräußernden Aktionärs oder eines Dritten, der nicht die Gesellschaft selbst ist, als Mittelfehlverwendung zu qualifizieren.⁷²⁵ Hierdurch wird der Gesellschafter auch nicht etwa in seiner freien Dispositionsbefugnis beschnitten. So bleibt es dem Aktionär unbenommen, seinen Anteil unentgeltlich an einen Dritten oder aber gegen ein Entgelt zugunsten der Gesellschaft zu veräußern.

Was die Unzulässigkeit eines das Vermögen des veräußernden Aktionärs mehrenden Veräußerungsgewinnes sowie – im Falle des gänzlichen Ausschlusses einer Einlagenrückgewähr – eines solchen Entgelts in Höhe des Nominalwertes anbetrifft, so wird hierdurch auch kein Verstoß gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG begründet. Jeder Aktionär einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft erwirbt bereits von Anfang an ein um den jeweiligen Anspruch reduziertes Recht. Eine unverhältnismäßige Austrittsbeschränkung wird aufgrund des ausgeschlossenen Gewinnanspruchs sowie der Anspruchsbeschränkung im Fall der Liquidation und des Ausscheidens im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO bzw. des gänzlichen Anspruchsausschlusses nicht begründet.

Zu konstatieren ist allerdings, dass die Annahme einer Mittelfehlverwendung, die grundsätzlich nicht in der Sphäre der Gesellschaft liegt, sondern sich vielmehr in der Hoheitsmacht des veräußernden Aktionärs und des Dritten befindet, für die Praxis erhebliche Gefahren bergen kann. So stellt sich die weitergehende, hier aber nicht zu vertiefende Frage, ob die Gesellschafter bzw. die Geschäftsführung der gemeinnützigen Aktiengesellschaft mit Blick auf (§ 63 Abs. 2 AO iVm.) § 61 Abs. 3 AO entsprechende (Präventiv-)Maßnahmen zur Vermeidung einer solchen Mittelfehlverwendung treffen müssen.⁷²⁶ Einer Mittelfehlverwendung könnte beispielsweise dadurch vorgebeugt werden, dass die gemeinnützige Aktiengesellschaft vinkulierte Namensaktien ausgibt und die Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung von Aktien unter anderem davon abhängig gemacht wird, dass die in einer Aktionärsvereinbarung niedergelegten Konditionen zur Veräußerung eingehalten werden und der Erwerber der Aktionärsvereinbarung beitritt. Denn durch die Vinkulierung wird das grundsätzliche Übertragungsrecht des Aktionärs mit dinglicher Wirkung beschränkt.⁷²⁷ Wird das Erfordernis der Zustimmung durch die Gesellschaft daran gekoppelt, dass der Erwerber einer von sämtlichen Aktionären geschlossenen Vereinbarung beitritt, die beispielweise vorsieht, dass Anteile zu einem den Nominalwert übersteigenden Preis nur dann veräußert werden dürfen, wenn der Differenzbetrag dem Gesellschaftsvermögen zugute kommt, liegt die Vermeidung einer Mittelfehlvermeidung in der Hoheitssphäre der Geschäftsführung der Gesellschaft. Für den Zoologischen Garten Berlin als gemeinnütziger Aktiengesellschaft stellt dieses Modell jedoch keine befriedigende Lösung dar; schließlich werden die Namensaktien des Zoologischen Gartens Berlin frei an der Berliner Börse zum jeweiligen Kurswert gehandelt.

⁷²⁵ A.A. – wenn auch ohne nähere Differenzierung und Begründung – wohl *Ullrich*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 51 sowie *Sprengel*, in: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?, in: *Maecenata Institut* (Hrsg.), *Opusculum* Nr. 15, S. 1, 9, 10 und 16.

⁷²⁶ Zur Nachversteuerung bei Aberkennung der Gemeinnützigkeit u.a. *Pauls*, ZStV 2011, S. 63, 66; *Kirchhain*, FR 2011, S. 640, 641 ff. (insbesondere zur Abgrenzung zwischen der einfachen Mittelfehlverwendung und dem Verstoß gegen das Gebot der Vermögensbindung); vgl. auch *Wallenhorst*, DStR 2011, S. 698.

⁷²⁷ *Bayer*, in: *Goette/Habersack* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum AktG*, Bd. 1, § 68, Rn. 38.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

(bbb) Steuerbegünstigte Körperschaft ist Erwerberin

Ist die Erwerberin der Anteile eine ebenfalls steuerbegünstigte Körperschaft oder aber eine juristische Person des öffentlichen Rechts und erfolgt die Kaufpreiszahlung aus ihren eigenen Mitteln oder aber aus Mitteln anderer steuerbegünstigter Körperschaften (vgl. § 58 Abs. 2 AO), so wird sie – jedenfalls unter Zugundelegung der bereits zitierten BFH-Entscheidung vom 12. Oktober 2010 – zur Vermeidung einer eigenen gemeinnützigkeits-schädlichen Mittelfehlverwendung einen über dem Nennwert liegenden Kaufpreis nicht akzeptieren können (siehe dazu oben 2. Teil A. I. 3. B.) (5) (a) (aa)). Denn wie dargelegt, liegt regelmäßig eine Mittelfehlverwendung vor, wenn eine steuerbegünstigte Körperschaft einem steuerpflichtigen Dritten mehr als den Nominalwert für dessen Anteile an einer gemeinnützigen Kapitalgesellschaft zuwendet. Dies muss unabhängig davon Geltung haben, ob die Kaufpreiszahlung von dem steuerbegünstigten Erwerber direkt an den Veräußerer geleistet wird oder aber – wie in der Entscheidung des Bundesfinanzhofes – als verdeckte Gewinnausschüttung⁷²⁸ durch die gemeinnützige Zielgesellschaft erfolgt. Denn das Gebot der Mittelbindung als Ausfluss der Selbstlosigkeit findet nicht nur in dem Verbot der Zuwendung von Gewinnen oder Gewinnanteilen an Mitglieder/Gesellschafter seinen Ausdruck, sondern ebenso in dem allgemeinen Begünstigungsverbot.⁷²⁹ So darf eine Körperschaft gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 3 AO keine Person durch Ausgaben begünstigen, die dem Zweck der Körperschaft fremd sind. Wie *Weidmann/Kohlhepp*⁷³⁰ unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundesfinanzhofes nach Auffassung der Verfasserin zu Recht ausführen, „stünde aber eine Umgehung der gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorschriften im Raume, wenn dem ausscheidenden Gesellschafter von einem Erwerber mehr zugewandt werden dürfte, als er im Falle seines Ausscheidens aus der Gesellschaft zulässigerweise nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO erhalten dürfte“.

(cc) Differenzierung zwischen Einlagenrückgewährbeschränkung und Anspruchsausschluss bei Entgeltleistung durch die Gesellschaft selbst oder durch Körperschaften/juristische Personen (§ 58 Nr. 2 AO)

Ist – wie dargelegt – bei der Veräußerung an steuerpflichtige Dritte hinsichtlich der gemeinnützigkeitsrechtlich zulässigen Höhe des Veräußerungsentgelts zwischen einer Einlagenrückgewährbeschränkung im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO und einem Anspruchsausschluss zu differenzieren, muss Entsprechendes – über den Drittvergleich – auch für Entgeltleistungen durch die Gesellschaft selbst oder aber durch eine § 58 Nr. 2 AO entsprechende Körperschaft oder juristische Person gelten. Demzufolge ist bei einem Anspruchsausschluss ein Entgeltanspruch des veräußernden Aktionärs auch gegenüber der Gesellschaft selbst und einer Körperschaft sowie juristischen Person im Sinne des § 58 Nr. 2 AO gemeinnützigkeitsrechtlich ausgeschlossen.

⁷²⁸ Vgl. *Gosch*, BFH/PR 2011, S. 108 und 109 mit Praxishinweisen, die sich unmittelbar aus der Entscheidung des Bundesfinanzhofes ergeben.

⁷²⁹ Vgl. auch *Weidmann/Kohlhepp*, DB 2011, S. 497, 498.

⁷³⁰ *Weidmann/Kohlhepp*, DB 2011, S. 497, 498.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

(b) Veräußerung zum Nominalwert

Wie unter 2. Teil A. I. 3. b) ff) (5) (a) dargelegt, ist bei Beschränkung des Einlagenrückgewähranspruchs im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO eine Veräußerung zum Nominalwert der Aktien, nicht aber zu einem diesen Wert übersteigenden Preis gemeinnützungsrechtlich zulässig. Dies gilt unabgängig davon, ob die Veräußerung an die Gesellschaft selbst, an steuerbegünstigte Körperschaften oder aber an sonstige (steuerpflichtige) Dritte erfolgt und von wem die Entgeltleistung letztlich vorgenommen wird. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der den Nominalwert übersteigende Preis nicht das Vermögen des veräußernden Aktionärs oder eines Dritten, der nicht die Gesellschaft selbst ist, mehren soll, sondern durch eine entsprechende, zugunsten der Gesellschaft getroffene Vereinbarung unmittelbar dem Gesellschaftsvermögen zugute käme.

Sieht die Satzung hingegen einen gänzlichen Ausschluss des Einlagenrückgewähranspruchs vor, ist auch eine Veräußerung zum Nominalwert der Aktien mit § 55 Abs. 1 AO grundsätzlich nicht vereinbar. Es sei denn, der Veräußerungserlös wird zugunsten der Gesellschaft vereinbart. In diesem Fall ist auch ein über dem Nominalwert liegender Erlös gemeinnützungsrechtlich nicht zu beanstanden.⁷³¹

Entsprechendes gilt im Rahmen von Aktienveräußerungen auch bei Entgeltleistungen durch die Gesellschaft selbst sowie durch Körperschaften und juristische Personen im Sinne des § 58 Nr. 2 AO mit der Besonderheit, dass zum einen Vereinbarungen zugunsten der Gesellschaft bei Entgeltleistungen durch die Gesellschaft selbst obsolet sind. Zum anderen können – aus der Warte § 58 Nr. 2 AO entsprechender Körperschaften und juristischer Personen – solche Vereinbarungen zur Wahrung der eigenen Gemeinnützigkeit nicht getroffen werden.

(c) Steuerliche Privilegierung von Zuwendungen des erwerbenden, steuerpflichtigen Dritten an die gemeinnützige Gesellschaft?

Wird auf der Drittebene eine Vereinbarung zugunsten der gemeinnützigen Gesellschaft getroffen, das heißt konkret für den Betrag, der den Nominalwert der Aktie übersteigt (bei einer Anspruchsbeschränkung im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO) oder aber für den gesamten Veräußerungserlös (Nominalwert plus ggf. Gewinn bei gänzlichem Ausschluss des Einlagenrückgewähranspruchs), stellt sich die weiterführende Frage, die jedoch nicht Gegenstand dieser Arbeit sein soll, wie diese Zuwendung an die gemeinnützige Gesellschaft durch den Erwerber steuerrechtlich zu behandeln ist. So könnte sie als „Zuwendung“ im Sinne des § 10 b Abs. 1 S. 1 EStG (für zuwendende natürliche Personen) bzw. § 9 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 KStG (für zuwendende Körperschaften) zu bewerten sein mit der Folge, dass der Erwerber als Zuwendender einen steuerlichen Spendenabzug geltend machen könnte.

Die Spendenabzugsfähigkeit unterstellend, könnte diese aus der Warte der gemeinnützigen Gesellschaft gegebenenfalls über die Ausgabe von vinkulierten Namensaktien und durch entsprechende Bestimmungen in einer Aktionärsvereinbarung, zu welchen Konditionen eine Aktie veräußert werden darf (beispielsweise zum Nennwert plus einen an die Gesellschaft zu zahlenden Betrag x), aktiv zur Finanzierung der Verfolgung ihrer steuerbegünstigten

⁷³¹ Siehe oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (5) (a) (bb).

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

Zwecke genutzt werden. So könnten aus der Warte der Gesellschaft aus jeder Veräußerung weitere Mittel für die Verfolgung steuerbegünstigter Zwecke generiert werden, die für den Zuwendenden aufgrund der (unterstellten) steuerlichen Privilegierung im Ergebnis lediglich eine reduzierte wirtschaftliche Belastung darstellen würden. Würde nunmehr die Zustimmung der Gesellschaft zur Veräußerung von dem Beitritt des erwerbenden Dritten zur Aktionärsvereinbarung abhängig gemacht, könnte hierüber ein langfristiges steuerprivilegiertes Finanzierungsmodell geschaffen werden. Allerdings ist fraglich, ob die Zuwendung des Erwerbers an die Gesellschaft, die ihre Grundlage in der Aktionärsvereinbarung findet, tatsächlich als „freiwillige“ und „unentgeltliche“ Leistung und damit als „Spende“ qualifiziert werden kann⁷³².

gg. Abschließende Beurteilung der Vereinbarkeit des Mittelverwendungsgebots gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 AO mit dem Aktiengesetz

Die in § 55 Abs. 1 Nr. 1 Sätze 2 und 3, Nrn. 2 und 3 AO normierten Mittelfehlverwendungen sind – wie unter 2. Teil A. I. 3. b) cc) bis ff) dargestellt – mit dem Aktiengesetz vereinbar. Sie begründen somit keine Inkompatibilität des Mittelverwendungsgebots gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 AO mit dem Aktiengesetz. Bedenken gegen eine § 55 Abs. 1 S. 1 AO entsprechende Regelung in der Satzung (vgl. § 59, § 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm. § 3 S. 1 Mustersatzung) könnten sich jedoch aufgrund der zwingenden eigenverantwortlichen Leitungsmacht des Vorstands (vgl. § 76 Abs. 1 AktG) als herausgehobenem Teilbereich⁷³³ seiner grundsätzlichen Geschäftsführungsbefugnis (vgl. § 77 AktG) ergeben. So begründet eine satzungsmäßige Verpflichtung zur konkreten Mittelverwendung grundsätzlich eine Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnis im Allgemeinen und der Leitungsmacht im Besonderen. Dennoch ist ein Verstoß gegen § 76 Abs. 1 AktG aufgrund der unter 2. Teil A. I. 3. d) näher dargelegten Gründe nicht gegeben. Im Ergebnis können demzufolge nicht nur Regelungen zur Unzulässigkeit konkreter Mittelfehlverwendungen, sondern darüber hinaus auch eine § 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm. § 3 Abs. 1 S. 1 Mustersatzung entsprechende Festlegung getroffen werden.

Was die Angemessenheit des Ausgabeverhaltens anbetrifft, so sind gerade bei der Aktiengesellschaft, die im Gegensatz zu anderen Körperschaften über einen jedenfalls dreigliedrigen Organisationsaufbau (Vorstand, Aufsichtsrat, Hauptversammlung) sowie über eine grundsätzlich zwingende Binnenstruktur (Abhalten von Hauptversammlungen, Sitzungen etc.) verfügt, Verwaltungsausgaben im Interesse der Steuerprivilegierung sowohl im Einzelnen als auch in ihrer Gesamtheit fortwährend auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen (vgl. auch AEAO Nrn. 17 ff zu § 55 Abs. 1 Nrn. 1 und 3 AO). Aus diesem Grunde sollten Erleichterungen, die das Gesetz für kleine Aktiengesellschaft beispielsweise in Bezug auf die Einberufung oder das Abhalten von Sitzungen gewährt (vgl. § 121 ff, § 110 Abs. 3 AktG), zur Reduzierung von Verwaltungskosten auch tatsächlich genutzt werden.

⁷³² Zur Definition der Spende BFH vom 19. Dezember 1990, X R 40/86, BStBl. II 1991, S. 234, 235.

⁷³³ Spindler, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 76, Rn. 18.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

hh. Grundsatz der Vermögensbindung,
§ 55 Abs. 1 Nr. 4 (iVm. § 61 Abs. 1) AO

(1) Vereinbarkeit

Gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 4 S. 1 AO darf bei „Auflösung oder Aufhebung der Körperschaft oder bei Wegfall ihres bisherigen Zwecks [...] das Vermögen der Körperschaft, soweit es die eingezahlten Kapitalanteile der Mitglieder und den gemeinen Wert der von den Mitgliedern geleisteten Sacheinlagen übersteigt, nur für steuerbegünstigte Zwecke verwendet werden [...].“ Diesem sog. Grundsatz der Vermögensbindung ist nach Satz 2 auch dann Genüge getan, „wenn das Vermögen einer anderen steuerbegünstigten Körperschaft oder einer juristischen Person des öffentlichen Rechts für steuerbegünstigte Zwecke übertragen werden soll“. Demnach muss auch § 61 Abs. 1 AO, der die satzungsmäßige Vermögensbindung normiert, dahingehend verstanden werden, dass in der Satzung der konkrete Verwendungszweck oder aber die Empfangskörperschaft festzulegen ist.⁷³⁴

Durch die genannten Regelungen zur Vermögensbindung soll gewährleistet werden, dass Mittel, die die Körperschaft in Zeiten der Steuerprivilegierung erwirbt, auch über die Existenz der Körperschaft und über den Wegfall der Steuerprivilegierung hinaus für die Verfolgung steuerbegünstigter Zwecke verwendet werden.⁷³⁵ Die Voraussetzung hierfür wird bereits durch die – mit dem Aktiengesetz vereinbare – Einlagenrückgewährbeschränkung im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO (oder auch den gänzlichen Anspruchsausschluss) geschaffen.⁷³⁶ So ist unter anderem § 271 Abs. 1 AktG, der die Verteilung des Liquidationserlöses „unter die Aktionäre“ vorsieht, für den Fall einschränkend auszulegen.⁷³⁷ Legt man jedoch § 271 Abs. 1 AktG dahingehend einschränkend aus, dass der Anspruch auf den Liquidationserlös im Sinne des § 55 Abs. 1 S. 2 AO durch eine entsprechende Satzungsregelung beschränkt oder gar ausgeschlossen werden kann, so ist eine einschränkende Auslegung des § 271 Abs. 1 AktG auch auf Rechtsfolgenseite zwingend geboten. Aufgrund des „Wegfalls“ der Aktionäre als Mittelempfänger, jedenfalls für einen die Einlagen übersteigenden Erlös, muss die Satzung nunmehr eine anderweitige Verwendung des Liquidationserlöses, etwa für steuerbegünstigte Zwecke (direkt oder durch Übertragung des Erlös auf eine Empfangskörperschaft), vorsehen können⁷³⁸.

Im Ergebnis ist § 271 Abs. 1 AktG damit nicht nur im Hinblick auf die Beschränkung bzw. den Ausschluss des Anspruchs auf den Liquidationserlös, sondern – als Folge dessen – auch bezüglich einer anderen Verteilung als an die Aktionäre einschränkend auszulegen.

⁷³⁴ *Hüttemann*, Gemeinnützige- und Spendenrecht, § 4, Rn. 139.

⁷³⁵ *Hüttemann*, Gemeinnützige- und Spendenrecht, § 5, Rn. 176; vgl. *Schauhoff*, in: *Schauhoff* (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 6, Rn. 102.

⁷³⁶ Siehe dazu oben 2. Teil A. I. 3. b) ff.

⁷³⁷ Siehe oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (1).

⁷³⁸ Für die Zulässigkeit einer solchen Satzungsregelung im Allgemeinen u.a. RG vom 5. Juni 1882, Rep. I. 291/82, RGZ 7, S. 68, 70 (zu seinerzeit Art. 245 Abs. 1 HGB); *Kraft*, in: *Zöllner* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/3, § 271, § 3; *Röhricht*, in: *Hopt/Wiedemann* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 23, Rn. 174; *Godin/Wilhelmi*, Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 271, Anm. 2; *Hüffer*, in: *Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff*, Kommentar zum AktG, Bd. 5, § 271, Rn. 6.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

Was die (satzungsmäßige) Verteilung des Vermögens für den Wegfall des steuerbegünstigten Zwecks anbetrifft (vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 4 3. Alt. AO), so trifft das Aktiengesetz hierzu keine Regelungen. Schließlich kommt dem Wegfall steuerbegünstigter Zwecke keine gesellschaftsrechtliche Bedeutung zu. Gemeinnützigkeitsrechtlich führt dieser jedoch zur „Beendigung“ der steuerbegünstigten Gesellschaft mit der Folge, dass die bis dahin in der Gesellschaft gebundenen Mittel einer § 55 Abs. 1 Nr. 4 AO entsprechenden Verwendung zugeführt werden müssen. Mangels eines wie auch immer gearteten Vermögensanspruchs der Aktionäre einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft, selbst im Falle einer Gesellschaftsliquidation, ist eine entsprechende Beschränkung bzw. ein Ausschluss des Einlagenrückgewähranspruchs beim Wegfall steuerbegünstigter Zwecke mit den Wertungen des Aktiengesetzes vereinbar.⁷³⁹ Entsprechend muss aber auch eine Satzungsregelung zulässig sein, die eine Zuwendung der Mittel an Dritte festlegt. Denn andernfalls könnten die Aktionäre im weiteren Verlauf der Gesellschaftsdauer an diesen partizipieren. Dass eine solche Bestimmung dem Aktiengesetz bei Fortdauer der Gesellschaft nicht fremd ist, zeigt im Übrigen auch das Zusammenspiel der Regelungen des § 58 Abs. 3 S. 2 AktG und des § 58 Abs. 4 AktG. So kann die Satzung nicht nur eine Ermächtigung, sondern auch die Verpflichtung für die Hauptversammlung begründen, eine andere Verwendung des Bilanzgewinns als nach § 58 Abs. 3 S. 1 AktG „oder als die Verteilung unter die Aktionäre“ (§ 58 Abs. 3 S. 2, 2. Alt. AktG) zu beschließen.⁷⁴⁰ Als „andere Verwendung“ kommt dabei nur die Zuwendung an Dritte, insbesondere die Förderung gemeinnütziger Zwecke in Betracht⁷⁴¹.

Eine dem § 55 Abs. 1 Nr. 4 S. 1 Alt. 3 AO entgegenstehende Wertung ist dem Aktiengesetz nicht zu entnehmen.

Was die Alternative der „Aufhebung“ der Gesellschaft – und zwar sowohl in § 55 Abs. 1 Nr. 4 S. 1 AO als auch in § 61 Abs. 1 AO – anbetrifft, so ist diese mangels Aufhebbarkeit der Aktiengesellschaft nicht mit dem Aktiengesetz vereinbar. In entsprechender Anwendung der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 12. Januar 2011⁷⁴² zum Verein führt diese Unvereinbarkeit jedoch nicht zur Gemeinnützigkeitsschädlichkeit, da der Gesetzgeber mit den Begriffen „Auflösung oder Aufhebung“ letztlich nur einen Beendigungstatbestand habe schaffen wollen⁷⁴³.

(2) Festlegungen in der Satzung

Die Regelung des § 55 Abs. 1 Nr. 4 AO über die Vermögensbindung ist aus den unter 2. Teil A. I. 3. b) hh) (1) dargelegten Gründen mit dem Aktiengesetz vereinbar. Demzufolge kann auch eine § 60 Abs. 1 Nr. 2 AO iVm. § 5 Mustersatzung entsprechende Festlegung getroffen werden. Hierzu muss gemäß § 61 Abs. 1 AO der „Zweck, für den das Vermögen bei Auflösung [...] der Körperschaft oder bei Wegfall ihres bisherigen Zwecks verwendet

⁷³⁹ Siehe oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (4).

⁷⁴⁰ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 58, Rn. 25; *Bayer*, in: *Goette/Habersack* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 58, Rn. 91.

⁷⁴¹ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 58, Rn. 25; *Sethe*, ZHR 162 (1998), S. 474, 478 ff; *Bayer*, in: *Goette/Habersack* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 58, Rn. 91.

⁷⁴² BFH vom 12. Januar 2011, I R 91/09, BFH/NV 2011, S. 1111 ff.

⁷⁴³ BFH vom 12. Januar 2011, I R 91/09, BFH/NV 2011, S. 1111, 1112.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

werden soll, in der Satzung so genau bestimmt [... sein], dass auf Grund der Satzung geprüft werden kann, ob der Verwendungszweck steuerbegünstigt ist“.

Entgegen dem Wortlaut der Mustersatzung, dass „der Satzteil >soweit es die eingezahlten Kapitalanteile der Gesellschafter und den gemeinen Wert der von den Gesellschaftern geleisteten Sacheinlagen übersteigt< in § 5 [...] nur erforderlich [ist], wenn die Satzung einen Anspruch auf Rückgewähr von Vermögen einräumt“, ist dieser bzw. eine Entsprechung dessen zwingend aufzunehmen, sofern der Einlagenrückgewähranspruch im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO beschränkt ist. So ergibt sich der Anspruch auf den Liquidationsüberschuss bereits aus dem Gesetz. Einer entsprechenden Satzung Regelung käme lediglich deklaratorische Bedeutung zu.⁷⁴⁴ Wird der Einlagenrückgewähranspruch gänzlich ausgeschlossen, ist der Satzteil bzw. eine Entsprechung dessen wegzulassen. Auch wenn eine dementsprechende Festlegung in der Mustersatzung nicht vorgesehen ist, ist von dem Willen des Gesetzgebers auszugehen, die reinste Form der Gemeinnützigkeit und damit eine voluminöse Vermögensbindung zuzulassen. Dies ist im Übrigen bereits im Wortlaut des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO, nach dem die Mitglieder „nicht mehr als ihre eingezahlten Kapitalanteile und den gemeinen Wert ihrer geleisteten Sacheinlagen zurückzuerhalten“ dürfen⁷⁴⁵, angelegt, der den Umfang der für die im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 4 AO gebundenen Mittel festlegt.

ii. Gebot der zeitnahen Mittelverwendung, § 55 Abs. 1 Nr. 5 AO

(1) Vereinbarkeit

Gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 5 S. 1 AO hat die Körperschaft „ihre Mittel grundsätzlich für ihre steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke“ zu verwenden. Eine zeitnahe Mittelverwendung ist nach § 55 Abs. 1 Nr. 5 S. 3 AO dann gegeben, „wenn die Mittel spätestens in dem auf den Zufluss folgenden Kalender- oder Wirtschaftsjahr für die steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke verwendet werden“ Unter „Mittel“ ist dabei grundsätzlich das Gesamtvermögen, also das Eigenkapital der Körperschaft zu verstehen.⁷⁴⁶ Dem Gebot der zeitnahen Mittelverwendung unterliegen somit grundsätzlich sämtliche Vermögenswerte des ideellen Bereichs (Ausnahme: § 58 Nr. 11 AO), der Gewinn aus Zweckbetrieben und aus wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben sowie der Überschuss aus der Vermögensverwaltung (vgl. AEAO Nr. 2 S. 2 zu § 55 AO).

Im Hinblick auf die Aktiengesellschaft und die Frage der Vereinbarkeit der gemeinnützigen Vorschriften mit denen des Aktiengesetzes ergeben sich jedoch Bedenken, inwiefern diese Anforderung mit der Verpflichtung zur gesetzlichen Rücklagenbildung gemäß § 150 AktG kompatibel ist. So ist gemäß § 150 Abs. 1 AktG eine gesetzliche Rücklage zu bilden. In diese sind nach § 150 Abs. 2 AktG fünf Prozent „des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses einzustellen, bis die gesetzliche Rücklage und die Kapitalrücklagen nach § 272 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 des Handelsgesetzbuchs zusammen den zehnten oder den in der Satzung bestimmten höheren Teil des Grundkapitals

⁷⁴⁴ Siehe hierzu entsprechend oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (4).

⁷⁴⁵ Dazu siehe oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (4).

⁷⁴⁶ Schauhoff, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 9, Rn. 70.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

erreichen“. Diese Verpflichtung kollidiert grundsätzlich mit dem Gebot der zeitnahen Mitverwendung, das eine Thesaurierung bzw. Rücklagenbildung verbietet.

Der Gesetzgeber lässt jedoch in bestimmten Ausnahmefällen eine Rücklagenbildung zu. Die Regelung des § 58 Nr. 6 AO erlaubt dabei die Bildung von Rücklagen, soweit diese zur nachhaltigen Erfüllung der steuerbegünstigten Satzungszwecke erforderlich ist. Da das Bestreben, ganz allgemein die Leistungsfähigkeit der Gesellschaft zu wahren, jedoch nicht ausreicht, sondern das Ansammeln von Mitteln vielmehr für bestimmte – die steuerbegünstigten Satzungszwecke verwirklichende – Vorhaben zu erfolgen hat⁷⁴⁷ (vgl. AEAO Nr. 10 Sätze 2 und 3 zu § 58 Nr. 6 AO), ist die nach § 150 AktG zu bildende Rücklage gemeinnützigekeitsrechtlich nicht von § 58 Nr. 6 AO gedeckt. Allerdings bietet § 58 Nr. 7 a AO die Möglichkeit, eine sog. freie (zweckungebundene) Rücklage zu bilden. So ist es nach dieser Regelung gemeinnützigekeitsunschädlich, dass eine Körperschaft jährlich⁷⁴⁸ bis zu „ein Drittel des Überschusses der Einnahmen über die Unkosten aus Vermögensverwaltung und darüber hinaus“ bis zu „10 Prozent ihrer sonstigen, nach § 55 Abs. 1 Nr. 5 zeitnah zu verwendenden Mittel einer freien Rücklage zuführt“. „Frei“ bedeutet dabei, dass das Gesetz an die Verwendung der in die Rücklagen eingestellten Mittel keine konkreten sachlichen und zeitlichen Anforderungen stellt. Hieraus folgt, dass die in die Rücklagen eingestellten Mittel zur Vermögensbildung und somit zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit der Körperschaft genutzt werden können.⁷⁴⁹ Die gesetzliche Rücklagenbildung gemäß § 150 AktG, die der Kapitalerhaltung dient⁷⁵⁰, ist demzufolge grundsätzlich vom Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung des § 58 Nr. 7 a AO erfasst. Während Bemessungsgrundlage für die gesetzliche Rücklage in Höhe von fünf Prozent gemäß § 150 Abs. 2 AktG der (um einen Verlustvortrag geminderte) Jahresüberschuss ist, ergibt sich für die Bemessung der freien Rücklage nach § 58 Nr. 7 a AO folgendes Bild:

So können bis zu 33,33 Prozent der die Unkosten überschließenden Einnahmen aus der Vermögensverwaltung in die freien Rücklagen eingestellt werden, wobei es für die Bemessung – wie bei § 150 AktG – auf das Gesamtergebnis des Jahres, allerdings bezogen auf die vermögensverwaltenden Tätigkeiten ankommt. Darüber hinaus können bis zu 10 Prozent aus „sonstigen, nach § 55 Abs. 1 Nr. 5 zeitnah zu verwendenden Mitteln“, das heißt solchen aus Zweckbetrieb, aus dem steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb und aus dem ideellen Bereich einer Rücklage zugeführt werden.

Was unter „Mittel“ als Bemessungsgrundlage für die 10-Prozent-Rücklage in concreto zu verstehen ist – ob als Netto- oder Bruttogröße –, ist streitig. Während einige – wie *Hüttemann*⁷⁵¹ – den Mittelbegriff insgesamt als „Nettogröße“ verstehen mit der Folge, dass sich die 10-Prozent-Rücklage jeweils auf Grundlage des Jahresüberschusses der drei genannten Bereiche (also mit Ausnahme der Überschüsse aus der Vermögensverwaltung) errechnet,⁷⁵² stellt die Finanzverwaltung für den ideellen Bereich auf eine Bruttogröße ab. So sind „„,Mit-

⁷⁴⁷ *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigekeit im Steuerrecht, 2.8.6.1, S. 232.

⁷⁴⁸ AEAO Nr. 13 S. 1 zu § 58 Nr. 7; *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigekeit im Steuerrecht, 2.8.7, S. 237.

⁷⁴⁹ *Hüttemann*, Gemeinnützigekeits- und Spendenrecht, § 5, Rn. 119.

⁷⁵⁰ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 150, Rn. 1.

⁷⁵¹ *Hüttemann*, Gemeinnützigekeits- und Spendenrecht, § 5, Rn. 128.

⁷⁵² Vgl. *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigekeit im Steuerrecht, 2.8.7.1.2, S. 240; *Lex*, DStR 2000, S. 1939, 1943.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

tel“ im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 5 AO nach der Finanzverwaltung „die Überschüsse bzw. Gewinne aus steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben und Zweckbetrieben sowie die Bruttoeinnahmen aus dem ideellen Bereich“ (AEAO Nr. 14 S. 2 zu § 58 AO). Konsequenz dessen ist, dass Aufwendungen im ideellen Bereich (u.a. für die Zweckverwirklichung, Verwaltungskosten, Spendenwerbung) die Bezugsgröße für die Rücklagenbildung nicht mindern.⁷⁵³

Vergleicht man die Bemessungsgrundlagen des § 58 Nr. 7 a AO mit § 150 AktG, so ist festzustellen, dass im Unterschied zum Aktiengesetz nicht auf den (Gesamt-)Jahresüberschuss der Körperschaft abgestellt wird, sondern die Sphären, insbesondere die der Vermögensverwaltung, der gesonderten Betrachtung bedürfen. Die isolierte Betrachtung der einzelnen Bereiche kann zumindest unter Zugrundelegung der Auffassung der Finanzverwaltung dazu führen, dass eine freie Rücklage auch bei einem Gesamtverlust der Körperschaft gebildet werden kann⁷⁵⁴ (vgl. AEAO Nr. 14 zu § 58 Nr. 7 AO), aber nicht muss.

Unabhängig davon, ob man der großzügigeren Auffassung der Finanzverwaltung folgt oder aber als Bemessungsgrundlage – neben den Bereichen des Zweckbetriebs und des steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs – auch für den ideellen Bereich auf die Nettogröße abstellt, ist aufgrund der Zulässigkeit der Einstellung von bis zu 33,33 Prozent der Überschusseinnahmen aus der Vermögensverwaltung sowie von bis zu 10 Prozent der sonstigen Mittel in die Rücklage (im Vergleich zu 5 Prozent des Jahresüberschusses) die gesetzliche Rücklagenbildung des § 150 AktG von der Ausnahmeregelung des § 58 Nr. 7 a AO gedeckt (sofern diese Möglichkeit der freien Rücklagenbildung nicht durch weitere fakultative Mitteleinstellungen, wie beispielsweise in andere Gewinnrücklagen im Sinne des § 58 AktG, aufgezehrt wird⁷⁵⁵).

Darüber hinaus bleibt es im Übrigen jeder Körperschaft unbenommen, zusätzlich über die in § 58 Nrn. 6 und 7 AO enthaltenen Regelungen hinaus im Bereich der Vermögensverwaltung und des steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs eine Rücklage zu bilden, wenn diese bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung wirtschaftlich begründet ist⁷⁵⁶ (AEAO Nr. 2 Sätze 3 und 4 zu § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO). Nach Auffassung der Finanzverwaltung muss hierzu für die Bildung einer Rücklage im wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ein konkreter Anlass gegeben sein, der die Rücklagenbildung aus objektiver Unternehmersicht rechtfertigt, wie z.B. eine geplante Betriebsverlegung, Werkserneuerung oder Kapazitätsausweitung (AEAO Nr. 2 S. 5 zu § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO). Eine fast vollständige Gewinnzuführung wird mit Verweis auf das Urteil des Bundesfinanzhofes vom 15. Juli 1998⁷⁵⁷ nur dann für unschädlich erachtet, wenn die Körperschaft den Nachweis erbringt, dass die tatsächliche Gewinnthesaurierung zur Existenzsicherung betriebswirtschaftlich geboten war (AEAO Nr. 2 S. 6 zu § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO). Die Rücklagenbildung im Bereich der Vermögensverwaltung darf (mit Ausnahme von § 58 Nr. 7 AO) nur für die Durchführung konkre-

⁷⁵³ *Hüttemann*, Gemeinnützige- und Spendenrecht, § 5, Rn. 128.

⁷⁵⁴ *Schauhoff*, in: *Schauhoff* (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 9, Rn. 98.

⁷⁵⁵ So auch *Ullrich*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 54.

⁷⁵⁶ BFH vom 15. Juli 1998, I R 156/94, BStBl. II 2002, S. 162, 163; *Schauhoff*, in: *Schauhoff* (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 9, Rn. 88; vgl. auch *Hüttemann*, Gemeinnützige- und Spendenrecht, § 5, Rn. 132; *Leisner-Egensperger*, in: *Hübschmann/Hepp/Spitaler* (Hrsg.), Kommentar zur AO, § 55, Rn. 82.

⁷⁵⁷ BFH vom 15. Juli 1998, I R 156/94, BStBl. II 2002, S. 162 ff.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

ter Reparatur- oder Erhaltungsmaßnahmen an Vermögensgegenständen im Sinne des § 21 EStG erfolgen und die Maßnahmen müssen zum Erhalt oder Wiederherstellung des ordnungsgemäßen Zustandes des Vermögensgegenstandes notwendig sein und in einem angemessenen Zeitraum durchgeführt werden können, wie z.B. die geplante Erneuerung eines undichten Daches (AEAO Nr. 2 Sätze 7 und 8 zu § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO).

Was die Bildung von (anderen) Gewinnrücklagen im Sinne des § 58 AktG anbetrifft, so ist diese ebenfalls im Rahmen der § 58 Nr. 6 und 7 AO sowie – im Bereich der Vermögensverwaltung und des steuerpflichtigen Geschäftsbetriebs – bei wirtschaftlicher Begründetheit zulässig. Sollen Gewinne in die „freie“ Rücklage im Sinne des § 58 Nr. 7 a AO eingestellt werden, ist dabei – insbesondere im Hinblick auf die gesetzlich zu bildende Rücklage – zu beachten, dass die dort normierten Obergrenzen insgesamt nicht überschritten werden dürfen.

Das Gebot der zeitnahen Mittelverwendung entzieht somit den entsprechend zuständigen Organen (vgl. § 58 AktG) nicht die Kompetenz, einen Teil des Jahresüberschusses bzw. den Eigenkapitalanteil von Wertaufholungen in Gewinnrücklagen einzustellen, da eine solche Einstellung nicht per se unzulässig ist.

(2) Festlegungen in der Satzung: Eigenwirtschaftlichkeit der Gesellschaft

Aufgrund der grundsätzlichen Vereinbarkeit einer gesetzlichen Rücklagenbildung und der Bildung weiterer Rücklagen mit § 58 Nr. 7 a AO (u.a.) als Ausnahmetatbestand zu § 55 Abs. 1 Nr. 5 AO⁷⁵⁸ kann eine nach § 55 Abs. 1 S. 1 1. HS. AO gemeinnützigschädliche vorrangige Eigenwirtschaftlichkeit auf Ebene der Aktiengesellschaft nicht angenommen werden.⁷⁵⁹ Denn soweit das Gesetz selbst diese Rücklagen erlaubt, liegt kein unzulässiger eigenwirtschaftlicher Zweck vor.

Da auch das eigenwirtschaftliche Interesse der Mitglieder an einer Gewinnausschüttung aktienrechtlich ausgeschlossen werden kann⁷⁶⁰, ist eine § 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm. § 2 2. HS. Mustersatzung entsprechende Festlegung, dass die Gesellschaft nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke verfolgt, mit dem Aktiengesetz vereinbar.

jj. Zwischenergebnis

Das Gebot der „Selbstlosigkeit“ im Sinne des § 55 AO ist mit dem Aktiengesetz vereinbar. Demzufolge ist letztlich auch eine §§ 52 bis 54 AO entsprechende Zweckregelung, die u.a. das Merkmal der „Selbstlosigkeit“ voraussetzt (vgl. § 52 Abs. 1 S. 1, § 53, § 54 Abs. 1 AO), keinen aktiengesetzlichen Bedenken ausgesetzt.⁷⁶¹ Folglich können sämtliche § 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm. § 1 Absätze 2 und 3, §§ 2 ff Mustersatzung entsprechenden Festlegungen für Kapitalgesellschaften in der Satzung einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft getroffen werden. Auch die Begrifflichkeit „selbstlos“, wie in § 2 Mustersatzung vorgese-

⁷⁵⁸ Siehe oben 2. Teil A. I. 3. b) (ii).

⁷⁵⁹ Zur Eigenwirtschaftlichkeit der Aktiengesellschaft siehe oben 2. Teil A. I. 3. b) aa).

⁷⁶⁰ Dazu oben 2. Teil A. I. 3. b) aa) und 2. Teil A. I. 3. b) cc).

⁷⁶¹ Zur Vereinbarkeit einer Zweckregelung im Übrigen siehe oben 2. Teil A. I. 3. a).

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

hen, kann verwendet werden, da diese aktiengesetzlich mit keinem eigenständigen Regelungsgehalt belegt und somit grundsätzlich frei verwendbar ist.

c. Ausschließlichkeit und Unmittelbarkeit, §§ 56, 57 AO

Für die Gewährung einer Steuerprivilegierung müssen die steuerbegünstigten Zwecke von der Körperschaft „ausschließlich“ und „unmittelbar“ verfolgt werden (§ 51 Abs. 1 S. 1 AO). Zudem muss die Satzung Festlegungen zur Ausschließlichkeit und Unmittelbarkeit enthalten (vgl. §§ 59, 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm. § 1 Abs. 1 Mustersatzung). Die „Ausschließlichkeit“ und „Unmittelbarkeit“ werden durch die Regelungen der §§ 56 und 57 AO näher konkretisiert. Ob und wie diese Bestimmungen mit dem Aktiengesetz vereinbar sind und ob entsprechende Festlegungen in der Satzung (vgl. §§ 59, 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm. § 1 Abs. 1 Mustersatzung) getroffen werden können, ist Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung.

aa. Ausschließlichkeit, § 56 AO

Gemäß § 56 AO ist das Tatbestandsmerkmal der „Ausschließlichkeit“ erfüllt, „wenn eine Körperschaft nur ihre steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke verfolgt“. Die Ausschließlichkeit ist dabei auch bei der Verfolgung mehrerer steuerbegünstigter Zwecke gewahrt,⁷⁶² regelmäßig jedoch nicht bei der Verfolgung anderer (nicht-steuerbegünstigter) Zwecke⁷⁶³.

Eine Durchbrechung erfährt das Ausschließlichkeitsgebot allerdings – neben den in § 58 Nrn. 5, 8 und 9 AO enthaltenen Ausnahmeregelungen⁷⁶⁴ – durch § 55 Abs. 1 AO, der die Verfolgung eigenwirtschaftlicher Zwecke zulässt, wenn diese von untergeordneter Bedeutung sind⁷⁶⁵ („nicht in erster Linie“, § 55 Abs. 1 S. 1 1. HS. AO). So kann beispielsweise auch das Unterhalten eines Nichtzweckbetriebs zur Erfüllung der steuerbegünstigten Satzungszwecke zulässig sein⁷⁶⁶, sofern die wirtschaftliche Aktivität „nicht zum Selbstzweck“ wird⁷⁶⁷, das heißt, sofern die wirtschaftliche Aktivität nicht „neben die Verfolgung des steuerbegünstigten Zwecks der Körperschaft tritt“ (so AEAO Nr. 1 zu § 56 AO). Entsprechendes gilt auch für die Vermögensverwaltung.⁷⁶⁸ In AEAO Nr. 1 zu § 56 AO wird zur Erläuterung des Vorgenannten nunmehr konkret Folgendes geregelt:

⁷⁶² Gersch, in: Klein, Kommentar zur AO, § 56 Rn. 1 sowie § 59, Rn. 1; Koenig, in: Pahlke/Koenig (Hrsg.), Kommentar zur AO, § 56, Rn. 1.

⁷⁶³ Vgl. Hüttemann, Gemeinnützige- und Spendenrecht, § 4, Rn. 131; Koenig, in: Pahlke/Koenig (Hrsg.), Kommentar zur AO, § 56, Rnrr. 1 ff.

⁷⁶⁴ Koenig, in: Pahlke/Koenig (Hrsg.), Kommentar zur AO, § 56, Rn. 2.

⁷⁶⁵ Koenig, in: Pahlke/Koenig (Hrsg.), Kommentar zur AO, § 56, Rn. 2.

⁷⁶⁶ Vgl. BFH vom 18. Dezember 2002, I R 15/02, BStBl. II 2003, S. 384, 385.

⁷⁶⁷ BFH vom 4. April 2007, I R 76/05, BStBl. II 2007, S. 631, 631 ff; vgl. auch Koenig, in: Pahlke/Koenig (Hrsg.), Kommentar zur AO, § 56, Rn. 2; Buchna/Seeger/Brox, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2,6, S. 197. Vgl. nunmehr auch AEAO Nr. 1 zu § 56 AO.

⁷⁶⁸ BFH vom 23. Oktober 1991, I R 19/91, BStBl. II 1992, S. 62, 63; Buchna/Seeger/Brox, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2,6, S. 197.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

„[...] Die Vermögensverwaltung sowie die Unterhaltung eines Nicht-Zweckbetriebs sind aus der Sicht des Gemeinnützigkeitsrechts nur dann unschädlich, wenn sie um des steuerbegünstigten Zwecks willen erfolgen, indem sie z.B. der Beschaffung von Mitteln zur Erfüllung der steuerbegünstigten Aufgabe dienen. Ist die Vermögensverwaltung bzw. der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb dagegen nicht dem steuerbegünstigten Zweck untergeordnet, sondern ein davon losgelöster Zweck oder gar Hauptzweck der Betätigung der Körperschaft, so scheitert deren Steuerbegünstigung an § 56. [...]“

Vom Grundsatz her beinhaltet das Ausschließlichkeitgebot allerdings die Verpflichtung der Organe, ihr Handeln ausschließlich am satzungsmäßigen steuerbegünstigten Zweck auszurichten und dessen Erfüllung zu fördern.⁷⁶⁹ Der Vorstand als Leitungs- und Geschäftsführungsorgan der Aktiengesellschaft ist bei seiner Tätigkeit an den Unternehmensgegenstand⁷⁷⁰ (vgl. § 82 Abs. 2, § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG), und – als dessen Grundlage – auch an den Satzungszweck⁷⁷¹ gebunden. Dies bedeutet konkret: Besteht der Zweck nicht in der Gewinnerzielung, sondern in einer gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Tätigkeit, so ist der Vorstand bei seiner Tätigkeit an diesen gebunden. Den Unternehmensgegenstand, das heißt das „Wie“ der Zweckverwirklichung, darf er dabei weder über- noch unterüberschreiten⁷⁷². Allerdings kommt dem Vorstand im Rahmen seiner Leitungsbefugnis gemäß § 76 Abs. 1 AktG ein gewisser Ermessensspielraum zu, der durch die Rigidität des Ausschließlichkeitgebots des § 56 AO eine Beschränkung erfährt. Diese ist jedoch aufgrund der vom gesetzlichen Leitbild abweichenden, besonderen Prägung der gemeinnützigen Aktiengesellschaft, die sie mitunter gerade durch die Regelung des § 56 AO erfährt, zulässig.⁷⁷³

bb. Unmittelbarkeit, § 57 AO

Gemäß § 57 Abs. 1 S. 1 AO verfolgt eine Körperschaft dann „unmittelbar“ ihre steuerbegünstigten Satzungszwecke, „wenn sie selbst diese Zwecke verwirklicht“. Die Zweckverfolgung muss demzufolge grundsätzlich durch eigenes Tätigwerden der Körperschaft erfolgen⁷⁷⁴, es sei denn, es greift eine der in § 57 Abs. 2 und § 58 AO normierten Ausnahmen

⁷⁶⁹ Schauhoff, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 9, Rn. 4.

⁷⁷⁰ Seibt, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 13; Hüffer, Kommentar zum AktG, § 82, Rn. 9; Mertens/Cahn, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 2/1, § 82, Rn. 22; Fleischer, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 28; Habersack, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 3, § 82, Rn. 23.

⁷⁷¹ Seibt, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 12; Hüffer, Kommentar zum AktG, § 82, Rn. 9; Mertens/Cahn, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 2/1, § 82, Rn. 20; Fleischer, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 27; Habersack, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 3, § 82, Rn. 22.

⁷⁷² Seibt, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 13; Fleischer, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rnrr. 29 und 31; Priester, Satzungsvorgaben zum Vorstandshandeln – Satzungsautonomie contra Leitungsaufonomie –, in: Kandler/Koch/Ulmer/Winter (Hrsg.), FS Hüffer, S. 777, 782.

⁷⁷³ Siehe dazu nachfolgend 2. Teil A. I. 3. d).

⁷⁷⁴ Buchna/Seeger/Brox, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.7.1, S. 200.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

ein⁷⁷⁵. Die Eigenverwirklichung ist auch dann gewahrt, wenn das Wirken anderer Personen (sog. Hilfspersonen) „wie eigenes Wirken der Körperschaft anzusehen ist“ (§ 57 Abs. 1 S. 2 AO).

Ein dem § 57 Abs. 1 AO entsprechender Regelungsgehalt ist dem Aktiengesetz nicht zu entnehmen. Der Umstand, dass Aktiengesellschaften nicht selbst, sondern nur durch den Vorstand willens- und handlungsfähig sind⁷⁷⁶, steht einer Vereinbarkeit mit § 57 Abs. 1 AO allerdings ebenso wenig entgegen⁷⁷⁷, wie die Regelung des § 76 Abs. 1 AktG⁷⁷⁸.

cc. Festlegungen in der Satzung

Mangels §§ 56 und 57 AO entgegenstehender Regelungen des Aktiengesetzes kann grundsätzlich eine § 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm. § 1 Abs. 1 Mustersatzung entsprechende Festlegung getroffen werden. Die Verwendung der Begrifflichkeiten „ausschließlich“ und „unmittelbar“ – wie in § 1 Abs. 1 Mustersatzung ausdrücklich vorgesehen – ist aktiengesetzlich nicht zu beanstanden, da diese mit keinem eigenständigen Regelungsgehalt belegt und somit grundsätzlich frei verwendbar sind.

d. Steuerrechtliche Anforderungen versus Leitungsbefugnis des Vorstands gemäß § 76 Abs. 1 AktG

Bedenken gegen die Vereinbarkeit der steuerrechtlichen Anforderungen mit dem Aktiengesetz, insbesondere im Hinblick auf die nach §§ 59, 60 Abs. 1 S. 2 AO zu treffenden Satzungsfestlegungen, könnten sich aufgrund der unabdingbaren eigenverantwortlichen Leitungsmacht des Vorstands einer Aktiengesellschaft (vgl. § 76 Abs. 1 AktG) als wesentlicher Teilbereich⁷⁷⁹ seiner grundsätzlichen Geschäftsführungsbefugnis (vgl. § 77 AktG) ergeben. So begründen die gemeinnützigen Vorgaben, das heißt konkret die Verpflichtung zur Regelung eines steuerbegünstigten Satzungszwecks und deren Verwirklichung sowie der selbstlosen, ausschließlichen und unmittelbaren Zweckverfolgung Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis im Allgemeinen und der Leitungsmacht im Besonderen.

Allerdings sind satzungsmäßige Beschränkungen aktiengesetzlich nicht schlechthin ausgeschlossen, sondern gemäß § 82 Abs. 2 AktG vielmehr dann zulässig, wenn diese „im Rahmen der Vorschriften über die Aktiengesellschaft“ getroffen werden. Zulässige Befugnisbeschränkungen ergeben sich hiernach aus dem Zweck der Gesellschaft⁷⁸⁰ und dem satzungsmäßigen Leitungsbefugnis des Vorstands.

⁷⁷⁵ Vgl. Schauhoff, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 9, Rnrr. 6 und 7.

⁷⁷⁶ Vgl. Seibt, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 76, Rn. 3.

⁷⁷⁷ Vgl. Schauhoff, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 9, Rn. 5 (zu juristischen Personen im allgemeinen).

⁷⁷⁸ Siehe nachfolgend 2. Teil A. I. 3. d).

⁷⁷⁹ Spindler, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 76, Rn. 18.

⁷⁸⁰ Seibt, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 12; Hüffer, Kommentar zum AktG, § 82, Rn. 9; Mertens/Cahn, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 2/1, § 82, Rn. 20; Fleischer, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 27; Habersack, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 3, § 82, Rn. 22.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

mäßigen Unternehmensgegenstand⁷⁸¹ (vgl. § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG), durch die der Aufgabenbereich des Vorstands bindend vorgegeben wird⁷⁸². Einer Satzungsregelung zum Zweck und zum Unternehmensgegenstand steht § 76 Abs. 1 AktG demzufolge nicht entgegen.

Dem Zweck einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft ist steuerrechtlich das Kriterium der Selbstlosigkeit (§ 55 AO) und als Bestandteil dessen u.a. das Mittelverwendungsgebot (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 AO) immanent (vgl. §§ 52 bis 54 AO). Wollte man daher den Regelungsgehalt des § 55 AO auch gesellschaftsrechtlich als eine Präzisierung des Zwecks oder aber des Unternehmensgegenstandes verstehen, wären auch die satzungsmäßigen Regelungen des § 55 AO als zulässige Befugnisbeschränkung im Sinne des § 82 Abs. 2 AktG zu qualifizieren⁷⁸³.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass durch diese Regelungen kein Aufgabenbereich festgelegt wird, sondern – konkret bezogen auf § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 AO – vielmehr eine Vorgabe in Bezug auf die konkrete Mittelverwendung in der Satzung, die gleichzeitig das Verbot bestimmter Mittelverwendungsmaßnahmen beinhaltet (vgl. insbesondere § 55 Abs. 1 Nr. 1 Sätze 2 und 3, Nrn. 2 und 3 AO, getätigt wird. Enthalten Satzungsbestimmungen aber nicht lediglich „sachlich-gegenständliche Konturierungen“⁷⁸⁴, sondern vielmehr das „Wie“ der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks⁷⁸⁵ und des Unternehmensgegenstandes⁷⁸⁶, wie wirtschaftliche, finanzielle oder sonstige Zielvorgaben⁷⁸⁷ oder aber Grundsätze der Unternehmensführung⁷⁸⁸, wird dies nach herrschender Meinung grundsätzlich als unzulässiger Eingriff in die eigenverantwortliche Leitungsmacht des Vorstands (vgl. § 76 Abs. 1 AktG) gewertet⁷⁸⁹. Diese Wertung, die die herrschende Meinung regelmäßig für erwerbswirtschaftliche Aktiengesellschaften trifft, gilt jedoch nicht uneingeschränkt.

⁷⁸¹ *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 13; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 82, Rn. 9; *Mertens/Cahn*, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 2/1, § 82, Rn. 22; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 28; *Habersack*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 3, § 82, Rn. 23.

⁷⁸² Vgl. *Birke*, Das Formalziel der Aktiengesellschaft, S. 230 und 230 (zur Bindung und Ausrichtung des Organhandelns an dem Gesellschaftszweck).

⁷⁸³ Für die Zulässigkeit von Präzisierungen des Unternehmensgegenstands im allgemeinen vgl. *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 33; *Priester*, Satzungsvorgaben zum Vorstandshandeln – Satzungsautonomie contra Leitungsautonomie –, in: Kindler/Koch/Ulmer/Winter (Hrsg.), FS Hüffer, S. 777, 781.

⁷⁸⁴ So *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 15.

⁷⁸⁵ *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 12.

⁷⁸⁶ *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 15; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 82, Rn. 10.

⁷⁸⁷ Vgl. *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 15; *Habersack*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 3, § 82, Rn. 26.

⁷⁸⁸ *Priester*, Satzungsvorgaben zum Vorstandshandeln – Satzungsautonomie contra Leitungsautonomie –, in: Kindler/Koch/Ulmer/Winter (Hrsg.), FS Hüffer, S. 777, 787; vgl. auch *Habersack*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 3, § 82, Rn. 26 (zu Vorgaben hinsichtlich der Organisation und Finanzierung).

⁷⁸⁹ Vgl. *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 15 (zu Zielvorgaben); *Priester*, Satzungsvorgaben zum Vorstandshandeln – Satzungsautonomie contra Leitungsautonomie –, in: Kindler/Koch/Ulmer/Winter (Hrsg.), FS Hüffer, S. 777, 787 (zu Grundsätzen der Unternehmensführung); *Habersack*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 3, § 82, Rn. 26 (zu Vorgaben hinsichtlich der Organisation und Finanzierung).

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

So werden u.a. Zielvorgaben in Satzungen von sog. Tendenzunternehmen durchaus für zulässig erachtet,⁷⁹⁰ sofern sie lediglich „allgemeine Festlegungen im Sinne der Vorgabe eines allgemeinen Rahmens“⁷⁹¹ enthalten. So hebt *Hüffer* beispielsweise gerade deren „prägende[...] Bedeutung für das Unternehmen selbst“⁷⁹² hervor.

Entsprechendes muss auch für die gemeinnützige Aktiengesellschaft gelten, die – im Unterschied zum Tendenzbetrieb (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 2 a) DittelbG, § 1 Abs. 4 Nr. 1 MitbestG; § 118 Abs. 1 BetrVG) – nicht nur überwiegend (u.a.) karitativen oder konfessionellen Bestimmungen dient, sondern vielmehr – gerade auch in Abweichung vom gesetzlichen Leitbild der erwerbswirtschaftlichen Aktiengesellschaft – nicht-erwerbswirtschaftliche Zwecke bei Ausschluss der Vermögensrechte ihrer Aktionäre verfolgt. Wie der Tendenzbetrieb, der seine besondere Prägung durch die Statuierung von Tendenzvorgaben erhält, auf deren Grundlage der Gesetzgeber mitbestimmungsrechtliche Erleichterungen gewährt, erhält die gemeinnützige Aktiengesellschaft ihre besondere Prägung erst durch die Statuierung der in den § 55, aber auch §§ 56 und 57 AO enthaltenen Regelungen in Bezug auf die Verwirklichung des nicht-erwerbswirtschaftlichen Zwecks, die zu einer – gerade vom Gesetzgeber erwünschten, in der steuerlichen Privilegierung zum Ausdruck kommenden – Gemeinwohlabbindung des Vermögens führen. Die Vorgaben legen dabei lediglich einen – im Übrigen mit dem Aktiengesetz vereinbaren (hierzu ausführlich bereits unter 2. Teil A. 3. b) und c)) – allgemeinen Rahmen fest, dessen Ausfüllung ausschließlich dem Vorstand im Sinne des § 76 Abs. 1 AktG obliegt. Berücksichtigt man ferner, dass jedenfalls die Begünstigung anderer Personen (vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 3 AO) sowie unentgeltliche Zuwendungen an politische Parteien (vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 AO) selbst bei Nicht-Statuierung von §§ 55, 56 und 57 AO entsprechender Regelungen unter Zugrundelegung eines ordnungsgemäß ausgeübten Leitungsermessens des Vorstands nicht zulässig sein dürfen, so wird zum einen die Besonderheit gegenüber der erwerbswirtschaftlichen Aktiengesellschaft verdeutlicht. Zum anderen zeigt es, dass der durch die Statuierung der Regelungen der §§ 55, 56 und 57 AO zu setzende allgemeine Rahmen dem Vorstand bereits aufgrund der nicht-erwerbswirtschaftlichen Zweckverfolgung bei gleichzeitigem Ausschluss der Vermögensrechte der Aktionäre in Teilen „vorgegeben“ ist. Hierzu im Einzelnen:

Das Leitungsermessen des Vorstands hat sich in erster Linie am Unternehmensinteresse zu messen.⁷⁹³ Anders ausgedrückt bedeutet dies, dass der Ermessensspielraum im Rahmen des Unternehmensinteresses besteht⁷⁹⁴. Auch wenn die Definition des Unternehmensinteresses im Einzelnen umstritten ist,⁷⁹⁵ wird man in Anlehnung an Ziffer 4.1.1 des Deutschen Corpo-

⁷⁹⁰ So *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 15; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 82, Rn. 10; *Habersack*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 3, § 82, Rn. 26.

⁷⁹¹ So *Spindler*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 76, Rn. 24.

⁷⁹² So *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 82, Rn. 10.

⁷⁹³ H.L., vgl. u.a. *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 76, Rn. 12; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14, Rn. 14; a.A.: *Birke*, Das Formalziel der Aktiengesellschaft, S. 155 ff., 198, der sich gegen das Formalziel des Unternehmensinteresses als ungeschriebener aktienrechtlicher Vorgabe ausspricht.

⁷⁹⁴ Vgl. *Kort*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 3, § 76, Rn. 46.

⁷⁹⁵ Vgl. hierzu *Birke*, Das Formalziel der Aktiengesellschaft, S. 160 ff.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

rate Governance Kodex („DCGK“) für die Beurteilung des Unternehmensinteresses die Belange der Aktionäre, der Arbeitnehmer und der Stakeholder berücksichtigen müssen⁷⁹⁶. Bei der Abwägung der Belange kommt den Aktionärsinteressen nach herrschender Meinung – und ebenfalls in Anlehnung an Ziffer 4.1.1 DCGK, dem ein Rangverhältnis nicht zu entnehmen ist – keine Vorrangstellung zu.⁷⁹⁷

Im Unternehmensinteresse einer auf erwerbswirtschaftliche Zwecke ausgerichteten Aktiengesellschaft ist es dabei grundsätzlich, Maßnahmen zur Rentabilitätssteigerung⁷⁹⁸ und zur nachhaltigen Erhöhung des Unternehmenswertes⁷⁹⁹ (vgl. auch Ziffer 4.1.1 DCGK) zu treffen. So wird beispielsweise auch die bei erwerbswirtschaftlichen Aktiengesellschaften anerkannte Befugnis des Vorstands, in einem angemessenen Rahmen unentgeltliche Zuwendungen an soziale Einrichtungen⁸⁰⁰ sowie an politische Parteien⁸⁰¹ tätigen zu dürfen, unter anderem damit gerechtfertigt, dass sie zur Förderung der sozialen Akzeptanz⁸⁰² und damit zum wirtschaftlichen Vorankommen beitragen können⁸⁰³ und demzufolge bei Abwägung aller Interessen, selbst bei Annahme eines vorrangigen Aktionärsinteresses, im Unternehmensinteresse, liegen⁸⁰⁴.

Bei der gemeinnützigen Aktiengesellschaft kommt es – im Unterschied zur erwerbswirtschaftlichen und von der Gewinnerzielung ihrer Mitglieder geprägten Aktiengesellschaft – jedoch nicht auf eine Rentabilitätssteigerung und Erhöhung des Unternehmenswertes an. Dies ergibt sich bereits aus der Satzung selbst, das heißt konkret aus dem Zusammenspiel

⁷⁹⁶ So auch u.a. *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14, Rn. 14.

⁷⁹⁷ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 76, Rn. 12 b; vgl. auch *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14, Rn. 14; a.A.: *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 76, Rnrrn. 37 ff.

⁷⁹⁸ *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14, Rn. 14; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 76, Rn. 13; vgl. auch *Fleischer*, AG 2001, S. 171, 173; kritisch zum Begriff der Rentabilität *Birke*, Das Formalziel der Aktiengesellschaft, S. 166.

⁷⁹⁹ *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14, Rn. 14.

⁸⁰⁰ Vgl. BGH vom 6. Dezember, 1 StR 215/01, BGHSt 47, S. 187, 192 ff; *Kort*, in: *Hopt/Wiedemann* (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 3, § 76, Rnrrn. 66 ff.

⁸⁰¹ Vgl. BGH vom 6. Dezember, 1 StR 215/01, BGHSt 47, S. 187, 192 ff; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 76, Rn. 50; *Kort*, in: *Hopt/Wiedemann* (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 3, § 76, Rnrrn. 69 ff.

⁸⁰² *Säcker*, BB 2009, S. 282, 283.

⁸⁰³ Vgl. BGH vom 6. Dezember, 1 StR 215/01, BGHSt 47, S. 187, 195; *Seibt*, in: *Schmidt/Lutter* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1 § 76, Rn. 13; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 76, Rn. 45; *Mertens/Cahn*, in: *Zöllner/Noack* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 2/1, § 76, Rn. 33; zum Gleichlauf von Gewinnstreben und Freigiebigkeit auch *Fleischer*, AG 2001, S. 171, 173 ff, der jedoch keinen umfassenden Begründungsansatz für die Rechtfertigung unentgeltlicher Zuwendungen biete.

⁸⁰⁴ Vgl. *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 76, 45; differenzierend *Reuter*, Die soziale Verantwortung von Managerunternehmen im Spiegel des Rechts, in: *Walz/Hüttemann/Rawert/Schmidt* (Hrsg.): Non Profit Law Yearbook 2005, S. 185, 207, nach dem das Recht der freiwilligen Erbringung von Leistungen durch die Unternehmensleitung zugunsten von Arbeitnehmern und/oder der Allgemeinheit in dem Rahmen bestehe, „den die Grundpflicht zur Sorge für den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens abdeckt“; hingegen seien Leistungen, „die sich nicht mehr als Mittel zur Sicherung des langfristigen wirtschaftlichen Erfolgs, sondern nur noch als Beteiligung am Ertrag des Unternehmens rechtfertigen lassen, nicht mehr Angelegenheit von Vorstand und Aufsichtsrat, sondern der Hauptversammlung“.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

des auf Drittförderung gerichteten Satzungszwecks und Unternehmensgegenstands der Gesellschaft sowie dem Ausschluss des Gewinnbezugsrechts der Aktionäre und der Beschränkung des Liquidationserlösanspruchs auf den Wert der eingezahlten Kapitalanteile und des gemeinen Werts der Sacheinlagen im Zeitpunkt der Sachleistung (oder des Anspruchsausschlusses).⁸⁰⁵ Demzufolge müssen auch die Belange der Aktionäre, Arbeitnehmer und Stakeholder anders als bei der erwerbswirtschaftlichen Aktiengesellschaft, das heißt in dem vorgenannten, mit dem Aktiengesetz vereinbaren Satzungsrahmen, bewertet werden.

Was die Belange der Aktionäre anbetrifft, so besteht kein eigenes Vermögensinteresse. Im originären Aktionärsinteresse liegt vielmehr die Förderung derjenigen gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecke, die sie ausdrücklich in der Satzung festgeschrieben und zugunsten derer sie auf ihre Vermögensrechte verzichtet haben. Eine Förderung – des so verstandenen Aktionärsinteresses – findet durch unentgeltliche, satzungsfremde Zuwendungen nicht statt. Ob Zuwendungen an andere Einrichtungen (im Sinne des § 58 Nr. 2 AO), die eine ausschließlich gemeinwohlbezogene Zweckverfolgung gewährleisten, ausnahmsweise vom Aktionärsinteresse gedeckt sind, kann an dieser Stelle dahinstehen. Jedenfalls wird man aber konstatieren müssen, dass ein Mittelabfluss an andere Körperschaften/juristische Personen im Sinne des § 58 Nr. 2 AO, mit denen eine Kooperation besteht, um die eigenen Ziele besser erreichen zu können, aufgrund der Zweckentsprechung im originären Aktionärsinteresse liegt. Ein dem Aktionärsinteresse vergleichbares Interesse wird man auch für ehrenamtlich tätige Arbeitnehmer annehmen müssen, die – entsprechend zum Verzicht der Aktionäre auf Vermögensrechte – auf eine angemessene Entlohnung ihrer Tätigkeit zugunsten der Verwirklichung satzungsmäßiger Zwecke verzichten. Bezieht man in die Wertung darüber hinaus die Interessen nicht-ehrenamtlich tätiger Arbeitnehmer und die der Stakeholder mit ein, so werden auch diese einem Mittelabfluss durch zweckfremde, unentgeltliche Zuwendungen an andere Einrichtungen aufgrund ihres Eigeninteresses an der Liquidität der Gesellschaft, welches in Ansehung der limitierten Vermögensaufbaumöglichkeit der gemeinnützigen Aktiengesellschaft (vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 5 iVm. § 58 Nr. 6 und 7 AO) gesteigert sein dürfte, regelmäßig entgegenstehen.

Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die gemeinnützige Aktiengesellschaft bereits durch die Verwirklichung ihrer satzungsmäßigen Zwecke als „good corporate citizen“ am Sozialleben teilnimmt und demzufolge unentgeltliche, satzungsfremde Zuwendungen für soziale Zwecke nicht mit einer etwaigen Sozialpflichtigkeit der Aktiengesellschaft gerechtfertigt werden können. Die soziale Akzeptanz der Gesellschaft wird vielmehr bereits durch die Verwirklichung der satzungsmäßigen gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecke selbst hergestellt.

Demzufolge liegen grundsätzlich unentgeltliche, zweckfremde Vermögensabflüsse an Dritte wie an soziale Einrichtungen oder politische Parteien schon aufgrund der nicht-erwerbswirtschaftlichen Zweckverfolgung bei gleichzeitigem Ausschluss der Vermögensrechte der Aktionäre nicht im Unternehmensinteresse, sodass bereits ohne Statuierung der in §§ 55, 56 und 57 AO enthaltenen Regelungen der allgemeine Rahmen in Teilen „vorgegeben“ ist.

⁸⁰⁵ Zur aktiengesetzlichen Zulässigkeit siehe oben 2. Teil A. I. 3. a), 2. Teil I. 3. b) cc) (1) und 2. Teil A. I. 3. b) ff) (1).

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

Im Ergebnis sind aus den dargelegten Gründen, maßgeblich aufgrund der besonderen Prägung der gemeinnützigen Aktiengesellschaft, die gemeinnützige Rechtlichen Vorgaben, das heißt konkret die Satzungsregelungen zum Zweck und zum Unternehmensgegenstand sowie zur selbstlosen, ausschließlichen und unmittelbaren Zweckverfolgung (vgl. §§ 52 bis 54, §§ 55, 56 und 57 AO) mit § 76 Abs. 1 AktG vereinbar.

II. Anforderungen an die tatsächliche Geschäftsführung der gemeinnützigen Aktiengesellschaft

Gemäß § 63 Abs. 1 AO muss „die tatsächliche Geschäftsführung der Körperschaft [...] auf die ausschließliche und unmittelbare Erfüllung der steuerbegünstigten Zwecke gerichtet sein und den Bestimmungen entsprechen, die die Satzung über die Voraussetzungen für Steuervergünstigungen enthält“.

Verstöße der tatsächlichen Geschäftsführung gegen die in § 63 Abs. 1 AO normierten Anforderungen ziehen dieselben Folgen nach sich wie Verstöße gegen die Satzungsanforderungen⁸⁰⁶ (vgl. § 63 Abs. 2 AO). So muss die tatsächliche Geschäftsführung für die Inanspruchnahme von Steuerprivilegierungen bei der Körperschaftsteuer und bei der Gewerbesteuer gemäß § 63 Abs. 2 1. HS. iVm. § 60 Abs. 2 1. HS. AO während des ganzen Veranlagungs- oder Bemessungszeitraums den genannten Anforderungen entsprechen. Ein Verstoß während dieses Zeitraums führt grundsätzlich zum Verlust der Steuerprivilegierung für das betreffende Steuerjahr.⁸⁰⁷ Bei den anderen Steuern (Grundsteuer, Umsatzsteuer, Erbschaftssteuer) ist gemäß § 63 Abs. 2 1. HS. iVm. § 60 Abs. 2 2. HS. AO auf den Zeitpunkt der Steuerentstehung abzustellen. Entspricht die tatsächliche Geschäftsführung zu diesem Zeitpunkt nicht den genannten Anforderungen, entfällt die Steuerprivilegierung. Werden Vorschriften über die Vermögensbindung verletzt, wird eine Nachversteuerungspflicht für die letzten 10 Jahre begründet (vgl. § 63 Abs. 2 2. HS. AO iVm. § 61 Abs. 3 AO).

Die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft wie auch deren eigenverantwortliche Leitung obliegt dem Vorstand (vgl. § 77, § 76 Abs. 1 AktG). Er ist nicht an Weisungen gebunden⁸⁰⁸, sondern trifft seine Leitungentscheidungen nach eigenem Ermessen⁸⁰⁹. Nichtsdestotrotz ist er im Innenverhältnis bei seiner Geschäftsführung und Leitung der Gesellschaft an den Gesellschaftszweck⁸¹⁰ sowie an den satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand⁸¹¹ gebunden (vgl. § 82 Abs. 2 AktG). Im Übrigen besteht eine Bindung an den allgemeinen Rahmen, den die Satzung u.a. durch die gemeinnützige Rechtlich veranlassten Regelungen vor-

⁸⁰⁶ Zu den Folgen bei Verstößen gegen die Satzungsanforderungen siehe oben 2. Teil A. I. 2. a).

⁸⁰⁷ *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.13.2, S. 271.

⁸⁰⁸ BGH vom 5. Mai 2008, II ZR 108/07, Der Konzern 2008, S. 360, 361; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14, Rn. 1; *Mertens/Cahn*, in: *Zöllner/Noack* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 2/1, § 76, Rn. 44.

⁸⁰⁹ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 76, Rn. 10.

⁸¹⁰ *Seibt*, in: *Schmidt/Lutter* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 12; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 82, Rn. 9; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 27

⁸¹¹ *Seibt*, in: *Schmidt/Lutter* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 13; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 82, Rn. 9; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 82, Rn. 28.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

gibt.⁸¹² Das im Rahmen dessen auszuübende Leitungsermessen hat sich dabei am Unternehmensinteresse auszurichten, welches bei der gemeinnützigen Aktiengesellschaft gerade nicht in der Rentabilitätssteigerung und Erhöhung des Unternehmenswertes besteht, sondern sich vielmehr an der fremdnützigen Verwirklichung der satzungsmäßigen und steuerbegünstigten Zwecke auszurichten hat.⁸¹³

Demzufolge steht einer der Regelung des § 63 AO entsprechenden Geschäftsführung grundsätzlich nichts entgegen.

III. Gesamtzusammenfassung und -ergebnis von I.

Die steuerrechtlichen Anforderungen an die Satzungsgestaltung sowie an die tatsächliche Geschäftsführung einer gemeinnützigen Körperschaft im Sinne der § 51 Abs. 1 AO iVm. § 1 Abs. 1 KStG sind mit dem Aktiengesetz vereinbar.

Eine §§ 52 bis 54 AO entsprechende Zweckregelung – das Tatbestandsmerkmal der Selbstlosigkeit zunächst außen vor lassend – kann trotz fehlender aktiengesetzlicher Bestimmung, die eine Zweckangabe legitimiert, gemäß § 23 Abs. 5 S. 2 AktG getroffen werden. So enthält das Aktiengesetz in § 23 Absätze 3 und 4 AktG, der unter anderem die Regelung des Unternehmensgegenstandes festschreibt, lediglich Vorgaben zum Mindestinhalt der Satzung und demzufolge keine abschließende Regelung. Ein Verstoß gegen andere Normen, wie insbesondere gegen § 76 Abs. 1 AktG, wird durch eine Zweckregelung nicht begründet. Aufgrund der Zweckoffenheit bzw. -neutralität der Aktiengesellschaft können nicht-erwerbswirtschaftliche Zwecke wie die Förderung der Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichen Gebiet, die Unterstützung bestimmter hilfsbereiter Personen oder aber die Förderung einer Religionsgemeinschaft, die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, in der Satzung getroffen werden.

Die nach § 60 Abs. 1 S. 1 AO erforderliche Angabe der konkreten Art der Zweckverwirklichung entspricht inhaltlich der nach § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG zwingend in die Satzung aufzunehmenden Bestimmung des Unternehmensgegenstands, der – wie auch der Zweck – nicht-erwerbswirtschaftlicher Natur sein kann.

Dem komplexen Regelungsgehalt des Selbstlosigkeitsgebots des § 55 AO stehen im Ergebnis aktiengesetzliche Regelungen nicht entgegen.

Einer nach § 55 Abs. 1 S. 1 1. HS. AO unzulässigen vorrangigen („in erster Linie“) eigenwirtschaftlichen Zweckverfolgung, die auf Ebene der Aktionäre aufgrund des gesetzlich in § 58 Abs. 4 1. HS. AktG normierten Gewinnanspruchs grundsätzlich gegeben ist, kann durch Abbedingung dieses Anspruchs (vgl. § 58 Abs. 4 2. HS., 2. Alt. AktG iVm. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG) in der Satzung abgeholfen werden. Wird der Anwendungsbereich des § 55 Abs. 1 S. 1 1. HS. AO mit dem Bundesfinanzhof, der Finanzverwaltung und der wohl überwiegenden Literaturansicht auch auf die Ebene der Körperschaft erstreckt, so ist das eigenwirtschaftliche Interesse der Körperschaft, welches sich in der gesetzlichen Verpflichtung zur Rücklagenbildung sowie der aktiengesetzlichen Zulässigkeit der Bildung weiterer Rücklagen widerspiegelt, aufgrund deren grundsätzlicher Vereinbarkeit mit

⁸¹² Siehe oben 2. Teil A. I. 3. d).

⁸¹³ Siehe oben 2. Teil A. I. 3. d).

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

§ 55 Abs. 1 Nr. 5 iVm. § 58 Nr. 7a AO (u.a.) nicht im Sinne des § 55 Abs. 1 S. 1 1. HS. AO gemeinnützigkeitsschädlich.

Die in § 55 Abs. 1 Nr. 1 Sätze 2 und 3, Nrn. 2 und 3 AO normierten Mittelfehlverwendungen als Ausfluss des Mittelverwendungsverbots des § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 AO halten einer aktiengesetzlichen Überprüfung ebenfalls stand.

So kann dem Verbot der offenen Gewinnausschüttung (vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO) durch Abbedingung des Gewinnanspruchs der Aktionäre in der Satzung Genüge getan werden. Das ebenfalls in § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO normierte Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung und sonstiger Zuwendungen ist grundsätzlich mit § 57 AktG, der das gesamte Vermögen der Aktiengesellschaft einer zwingenden Bindung unterwirft, vereinbar.

In der Praxis ist im Hinblick auf das sowohl steuerrechtliche als auch gesellschaftsrechtliche Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung besondere Vorsicht bei der Übernahme von Gründungskosten durch die Gesellschaft sowie bei der Vergütung von Organmitglieder und Angestellten, die zugleich Aktionäre der Gesellschaft sind, geboten. Ist eine Übernahme der Gründungskosten der Gesellschaft gewollt, so muss diese in der Satzung mit (angemessen) betragsmäßiger Begrenzung festgeschrieben werden. Andernfalls ist die Übernahme sowohl aktiengesetzlich als auch gemeinnützungsrechtlich unzulässig. Sollen Organätigkeiten sowie sonstige Tätigkeiten von Personen, die zugleich Aktionäre der Gesellschaft sind, vergütet werden, so bedarf es eines (dem Drittvergleich standhaltenden) Tätigkeitsvergütungsanspruch. Ein solcher ist für Vorstandsmitglieder im Anstellungsvertrag, bei Aufsichtsratsmitgliedern in der Satzung oder aber durch Beschluss der Hauptversammlung festzulegen.

Das in § 55 Abs. 1 Nr. S. 3 AO enthaltene Verbot der Förderung und Unterstützung politischer Parteien greift bei der erwerbswirtschaftlichen Aktiengesellschaft unzulässigerweise in die Leitungsmacht des Vorstands gemäß § 76 Abs. 1 AktG ein. Aufgrund der besonderen Prägung der gemeinnützigen Aktiengesellschaft und der im Vergleich zur erwerbswirtschaftlichen Aktiengesellschaft anderen Bewertung des Unternehmensinteresses wird ein Verstoß gegen § 76 Abs. 1 AktG jedoch nicht begründet.

Für die aktiengesetzliche Zulässigkeit des in § 55 Abs. 1 Nr. 3 AO festgeschriebenen allgemeinen Begünstigungsverbots spricht, dass es sowohl im grundsätzlichen Interesse der Gesellschaft, der Aktionäre und der übrigen Stakeholder als auch auf einer Wertungslinie mit § 57 AktG liegt, wenn das Gesellschaftsvermögen nicht durch zweckfremde und unangemessene Ausgaben bzw. Zuwendungen geschmälert wird. Das Verbot der zweckfremden Begünstigung anderer Personen (§ 55 Abs. 1 Nr. 3 1. Alt. AO) verstößt auch nicht gegen § 76 Abs. 1 AktG. Dem Verbot der unverhältnismäßig hohen (im Sinne einer unangemessenen) Vergütung (§ 55 Abs. 1 Nr. 3 2. Alt. AO) stehen aktiengesetzliche Regelungen nicht entgegen. Für die Vergütung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern stellt das Aktiengesetz explizit auf das Kriterium der Angemessenheit als Obergrenze ab.

Dennoch ist bei der Vergütung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern besondere Vorsicht geboten. So sind Vergütungen (auch angemessene) dann gemeinnützigkeitsschädlich, wenn für einen Vergütungsanspruch keine Rechtsgrundlage besteht. Dieser muss für Aufsichtsratsmitglieder in der Satzung festgeschrieben oder aber durch einen Hauptversammlungsbeschluss bewilligt worden sein. Für Vorstandsmitglieder hat sich dieser aus dem Anstellungsvertrag zu ergeben. Wird die Tätigkeit als ehrenamtlich oder unentgeltlich

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

klassifiziert, darf eine Vergütung unter gemeinnützigkeitsrechtlichen Gesichtspunkten nicht erfolgen. Soll eine Vergütung gewährt werden, besteht aufgrund der aktiengesetzlich festgeschriebenen Kompetenzzuordnung allerdings grundsätzlich die Gefahr, dass das jeweils zuständige Organ (unwillentlich) eine mit § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 und Nr. 3 AO unvereinbare Vergütung festsetzt. Dieser Gefahr kann weder in Bezug auf die Vergütung der Aufsichtsrats- noch in Bezug auf die der Vorstandsmitglieder durch die Festsetzung eines Vergütungsgesamtbetrags in der Gründungssatzung vorgebeugt werden. Ihr kann jedoch dergegen entgegengewirkt werden, als jedenfalls für Aufsichtsratsmitglieder bereits in der Gründungssatzung eine unentgeltliche bzw. ehrenamtliche Tätigkeit festgeschrieben wird. Die Aufnahme einer solchen Regelung für die Tätigkeit der Vorstandsmitglieder ist hingegen unzulässig, da sie einen Eingriff in die Personalkompetenz des Aufsichtsrats begründete. Die unentgeltliche bzw. ehrenamtliche Tätigkeit von Organmitgliedern kann sich gerade bei der Aktiengesellschaft aufgrund deren verwaltungintensiver Struktur, und zwar zur Wahrung der gemeinnützigkeitsrechtlichen Gesamtangemessenheit der Verwaltungskosten der Gesellschaft, anbieten.

Die Anforderung des § 55 Abs. 1 Nr. 2 (iVm. Abs. 2) AO, dass die Aktionäre bei ihrem Ausscheiden oder aber bei Auflösung der Gesellschaft nicht mehr als ihre eingezahlten Kapitalanteile und den gemeinen Wert ihrer geleisteten Sacheinlagen zum Zeitpunkt der Sachleistung zurück erhalten dürfen, kann aktiengesetzlich umgesetzt werden. Das Regelungserfordernis, dass Entsprechendes auch bei der Aufhebung der Gesellschaft zu gelten hat, ist hingegen mangels Aufhebbarkeit der Aktiengesellschaft nicht mit dem Aktiengesetz vereinbar. In entsprechender Anwendung der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zum gemeinnützigen eingetragenen Verein ist dies jedoch gemeinnützigkeitsunschädlich. Der Rückgewähranspruch kann aktiengesetzlich auch gänzlich ausgeschlossen werden. Wird ein volumnfänglicher Ausschluss in der Satzung normiert, so kann für die geleistete Einlage, sofern die gemeinnützigkeitsrechtlichen Anforderungen auch im Übrigen erfüllt sind, grundsätzlich ein Spendenabzug gemäß § 10 b Abs. 1 S. 1 EStG bzw. § 9 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 KStG geltend gemacht werden.

Der gemäß § 271 Abs. 1 AktG bestehende Anspruch der Aktionäre auf den Liquidationserlös kann inhaltlich im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 (iVm. Abs. 2) AO beschränkt oder sogar gänzlich ausgeschlossen werden. § 271 Abs. 1 AktG ist insoweit einschränkend auszulegen.

Die aktiengesetzlichen Regelungen zur Kaduzierung und zur (Zwang-) Einziehung von Aktien stehen einer Anspruchsbeschränkung im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 (iVm. Abs. 2) AO oder sogar eines gänzlichen Ausschlusses ebenfalls nicht entgegen. Bei der Kaduzierung ist ein Anspruch des ausscheidenden Aktionärs bereits aktiengesetzlich ausgeschlossen.

Bei der angeordneten Zwangseinziehung kann das Einziehungsentgelt ebenfalls durch eine Regelung in der Satzung entsprechend beschränkt oder ausgeschlossen werden. So kommt dem Aktieneigentum nur eine auf den Nennwert beschränkte oder aber schlicht keine Vermögenskomponente zu (je nach Ausgestaltung des Liquidationsanspruchs). Der Dispositionsfreiheit wird demzufolge hinreichend Rechnung getragen, als eine materielle Schlechterstellung des betroffenen Aktionärs bei vermögensmäßiger Gleichstellung der Zwangseinziehung und Liquidation nicht begründet wird. Auch in die freie Deinvestitionsentscheidung wird nicht eingegriffen, da der betroffene Aktionär auch bei Weiterveräußerung seiner Aktien nicht mehr erhalten würde. Ein Verstoß gegen den von Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Bestand der Mitgliedschaft liegt nicht vor.

A. Steuerrechtliche Anforderungen an eine gemeinnützige Aktiengesellschaft

Entsprechendes gilt grundsätzlich bei der gestatteten Zwangseinziehung. Hier ist allerdings zu beachten, dass eine Satzungsbestimmung zum Einziehungsentgelt aktiengesetzlich nicht erfolgen muss. Wird eine solche nicht getroffen, hat der betroffene Aktionär einen Anspruch auf ein angemessenes Entgelt, dass sich nach den zu § 305 Abs. 3 S. 2 AktG entwickelten Grundsätzen bemisst. Unter gemeinnützigenrechtlichen Gesichtspunkten ist daher eine Regelung in der Satzung zum Einziehungsentgelt zu treffen.

Wenn auch nicht auf die Satzungsgestaltung, so wirkt sich die Regelung des § 55 Abs. 1 AO jedoch ferner auf die Veräußerungsebene zwischen dem Aktionär und der Gesellschaft sowie zwischen dem Aktionär und Dritten aus. So ist die Erzielung eines Veräußerungsgewinns, der dem veräußernden Aktionär oder einem Dritten, der nicht die Gesellschaft selbst ist, zugute kommt, stets gemeinnützigkeitsschädlich. Dies gilt unabhängig davon, ob die Aktie von der Gesellschaft selbst, einer anderen steuerbegünstigten Körperschaft, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts im Sinne des § 58 Nr. 2 AO oder aber einem sonstigen (steuerpflichtigen) Dritten erworben oder von wem in concreto die Entgeltleistung getätigkt wird. Wird die Aktie allerdings an einen Dritten, der nicht die Gesellschaft selbst oder aber eine Körperschaft oder juristische Person im Sinne des § 58 Nr. 2 AktG ist, veräußert, so kann ein gemeinnützigkeitsunschädlicher Veräußerungsgewinn zugunsten der Gesellschaft erzielt werden. Ist der Einlagenrückgewähranspruch im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO in der Satzung beschränkt, so kann der veräußernde Aktionär unter gemeinnützigenrechtlichen Erwägungen das Entgelt in Höhe des Nominalwerts der Aktie für sich oder einen Dritten beanspruchen. Ist der Einlagenrückgewähranspruch hingegen gänzlich ausgeschlossen, so ist auch die Veräußerung zum Nominalwert der Aktie mit § 55 Abs. 1 AO nicht vereinbar. Es sei denn, der Veräußerungserlös (auch inklusive eines Gewinns) wird zugunsten der Gesellschaft vereinbart.

Die Vereinbarkeit des in § 55 Abs. 1 Nr. 4 AO normierten Grundsatzes der Vermögensbindung mit dem Aktiengesetz ist in Bezug auf die 1. Alternative, der Auflösung der Gesellschaft, zwingende Folge der Zulässigkeit einer Einlagenrückgewährbeschränkung bzw. eines solchen Ausschlusses. § 271 Abs. 1 AktG ist insofern (doppelt) einschränkend auszulegen, als eine anderweitige Verteilung des Liquidationserlöses, das heißt die Verwendung oder Übertragung für steuerbegünstigte Zwecke, in der Satzung geregelt werden kann. In Bezug auf die 3. Alternative, dem Wegfall des steuerbegünstigten Zwecks, kann ebenfalls eine entsprechende Regelung getroffen werden; nicht aber für die 2. Alternative, der Aufhebung der Gesellschaft. In entsprechender Anwendung der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 12. Januar 2011 zum gemeinnützigen eingetragenen Verein ist eine solche gemeinnützigkeitsunschädlich.

Dem in § 55 Abs. 1 Nr. 5 S. 1 AO festgeschriebenen Gebot der zeitnahen Mittelverwendung steht grundsätzlich die aktiengesetzliche Verpflichtung zur Rücklagenbildung sowie die aktiengesetzliche Zulässigkeit der Bildung anderer Rücklagen entgegen. Allerdings ist die gesetzliche Rücklagenbildung gemeinnützigenrechtlich von der Ausnahmeregelung des § 58 Nr. 7a AO, der „freien“ Rücklage, gedeckt. Weitere Rücklagen können ebenfalls solange in die freie Rücklage eingestellt werden, wie die in § 58 Nr. 7a AO normierten Obergrenzen nicht überschritten werden. Darüber hinaus besteht die gemeinnützigenrechtlich zulässige Möglichkeit, Rücklagen in Gemäßheit der Ausnahmeregelungen des § 58 Nrn. 6 und 7b AO zu bilden sowie -- nach der Finanzverwaltung – wenn eine solche bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung wirtschaftlich begründet ist. Ein unzulässiger Kompeten-

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

zentzug der für die Bildung anderer Rücklagen jeweils zuständigen Organe wird nicht begründet.

Die Erfordernisse der „Ausschließlichkeit“ (§ 56 AO) und „Unmittelbarkeit“ (§ 57 AO) kollidieren zwar grundsätzlich mit § 76 Abs. 1 AktG, allerdings geben sie der gemeinnützigen Aktiengesellschaft gerade ihre besondere – vom Gesetzgeber erwünschte, in der steuerlichen Privilegierung zum Ausdruck kommende – Prägung. Die darin enthaltenen Vorgaben geben dabei lediglich einen allgemeinen Rahmen vor, dessen Ausfüllung gänzlich dem Vorstand obliegt und – demzufolge ebenso wie die Zulässigkeit solcher Vorgaben bei Tendenzbetrieben – ausnahmsweise für zulässig zu erachten ist.

Im Übrigen steht das Aktiengesetz im Allgemeinen und der Grundsatz der Satzungsstrenge im Besonderen grundsätzlich weder einer inhaltlichen noch einer wörtlichen Übernahme der Festlegungen der in der Anlage 1 zu § 60 AO enthaltenen Mustersatzung entgegen. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut der Mustersatzung, dass die Bestimmung des § 3 Abs. 2 Mustersatzung und der Satzteil „soweit es die eingezahlten Kapitalanteile der Gesellschafter und den gemeinen Wert der von den Gesellschaftern geleisteten Sacheinlagen übersteigt“ in § 5 Mustersatzung, nur dann erforderlich sind „wenn die Satzung einen Anspruch auf Rückgewähr von Vermögen einräumt“, eine entsprechende Regelung sowie ein entsprechender Satzteil in der Satzung einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft bei Beschränkung des Einlagenrückgewähranspruchs im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO zur Wahrung der Gemeinnützigkeit enthalten sein muss. Schließlich ergibt sich der Anspruch auf den Liquidationserlös aus § 271 Abs. 1 AktG und damit bereits aus dem Gesetz selbst. Soll der Einlagenrückgewähranspruch gänzlich ausgeschlossen werden, kann eine § 60 Abs. 1 S. 2 AO iVm. § 3 Abs. 2 Mustersatzung entsprechende Festlegung nicht getroffen werden. Von dem gesetzgeberischen Willen der gemeinnützigkeitsrechtlichen Zulässigkeit einer in § 60 Abs. 1 S. 2 AO und in den Bestimmungen der Mustersatzung nicht vorgesehenen Regelungsabweichung ist jedoch auszugehen. So ist die Zulässigkeit eines solches Ausschlusses nicht nur im Wortlaut des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO angelegt, sondern stellt auch die reinste Form der Gemeinnützigkeit dar.

Im Übrigen steht das Aktiengesetz einer der Regelung des § 63 AO entsprechenden Geschäftsführung grundsätzlich nicht entgegen, da der Vorstand im Innenverhältnis an den Gesellschaftszweck und den Unternehmensgegenstand sowie im Übrigen an den allgemeinen Rahmen, den die Satzung u.a. durch die gemeinnützigkeitsrechtlich veranlassten Vorschriften vorgibt, gebunden ist. Das im Rahmen dessen auszuübende Leitungsermessen richtet sich am Unternehmensinteresse aus, welches bei der gemeinnützigen Aktiengesellschaft anders zu bewerten ist als bei der vom gesetzlichen Leitbild geprägten Aktiengesellschaft.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

Losgelöst von der Vereinbarkeit der steuerlichen Anforderungen mit dem Aktiengesetz und der daraus resultierenden grundsätzlichen Geeignetheit der Rechtsform der Aktiengesellschaft für den Gemeinnützigensektor⁸¹⁴ stellt sich die Frage, welche Gründe und Motive für die Wahl dieser Rechtsform bestehen. Gründe und Motive können sich aus der isolierten Betrachtung der gesetzlichen Ausgestaltung der Aktiengesellschaft und deren wirtschaftlicher Bedeutung, aber auch – je nach (geplanter) Zielsetzung und Ausrichtung der Gesellschaft – aus dem direkten Vergleich zu den ebenfalls im Sinne der § 51 Abs. 1 Sätze 1 und 2 AO iVm. § 1 Abs. 1 KStG steuerbegünstigten privaten Körperschaften wie der GmbH, dem eingetragenen Verein und der rechtsfähigen Stiftung ergeben.

I. Die Rechtsform der Aktiengesellschaft für den Gemeinnützigensektor

Die Untersuchung möglicher Gründe und Motive bei isolierter Betrachtung der Rechtsform der Aktiengesellschaft, deren wirtschaftliche Bedeutung regelmäßig in der Kapitalsammel- und -bindungsfunktion⁸¹⁵ sowie – aus Aktionärssicht – in der Kapitalanlagefunktion⁸¹⁶ liegt, wird nachfolgend anhand von Fundraising- und Partizipations- sowie Steuerungs- und Marketinggesichtspunkten erfolgen. Diese vier Kriterien – Fundraising, Partizipation, manageriale Steuerung und Marketing – wurden bereits in einem wissenschaftlichen Beitrag zu der Tauglichkeit gemeinnütziger Aktiengesellschaften für zivilgesellschaftliche Unternehmungen auf soziologischem und sozialpsychologischem Gebiet⁸¹⁷ sowie im Rahmen einer funktionalen Typologie der gemeinnützigen Aktiengesellschaft⁸¹⁸ (der Einsatz der Aktiengesellschaft als „Fundraising- und Partizipationsinstrument“⁸¹⁹, „manageriales Steuerungsinstrument“⁸²⁰ sowie als „Marketinginstrument“⁸²¹) bemüht. Auch werden sie von existierenden

⁸¹⁴ Siehe dazu oben 2. Teil A.

⁸¹⁵ *Habersack*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 1, Einl., Rn. 5; *Assmann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 1, Einl., Rnrm. 291 ff; vgl. auch *Fleckner*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. 1, 19. Kap., Rn. 6.

⁸¹⁶ Vgl. *Assmann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 1, Einl., Rn. 292.

⁸¹⁷ Siehe *Sprengel*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?, in: Reihe der Opuscula des Maecenata Instituts (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1 ff.

⁸¹⁸ Siehe *Sprengel*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG) in Deutschland im Spannungsfeld von Bürgerschaftlichem Engagement und Markt, in: Helmig/Purtschert/Schauer/Witt (Hrsg.), Nonprofit-Organisationen und Märkte, S. 167, 170 ff.

⁸¹⁹ „Fundraisinginstrument“ und „Partizipationsinstrument“ als jeweiliger Typusbegriff *Sprengels* im Rahmen seiner funktionalen Typologie der gemeinnützigen Aktiengesellschaft, *Sprengel*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG) in Deutschland im Spannungsfeld von Bürgerschaftlichem Engagement und Markt, in: Helmig/Purtschert/Schauer/Witt (Hrsg.), Nonprofit-Organisationen und Märkte, S. 167, 170 und 172 ff.

⁸²⁰ Typusbegriff *Sprengels* im Rahmen seiner funktionalen Typologie der gemeinnützigen Aktiengesellschaft, *Sprengel*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG) in Deutschland im Span-

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

gemeinnützigen Aktiengesellschaften – wie nachfolgend an den entsprechenden Stellen mit Beispielen belegt – regelmäßig als Beweggründe bzw. Faktoren für die Rechtsformwahl angegeben. Vor diesem Hintergrund sind sie für die Untersuchung möglicher rechtlicher Gründe und Motive ebenfalls heranzuziehen.

1. Die (gemeinnützige) Aktiengesellschaft als Fundraising- und Partizipationsinstrument

a. Finanzierungs- und Partizipationsmöglichkeiten

Die klassische Aufgabe der Aktiengesellschaft ist die Umwandlung der Ersparnisse einzelner privater Haushalte, aber auch der Geldmittel einzelner Unternehmen, in dauerhaft gebundenes Gesellschaftskapital, um dieses konzentriert zur Sicherstellung der Finanzierung des Gesellschaftszwecks und der damit verbundenen Aufgaben und Projekte einzusetzen.⁸²² Der Aktiengesellschaft kommt damit klassischerweise eine Kapitalsammel- und -bindungsfunktion zu,⁸²³ durch die ermöglicht wird, Gelder bzw. Mittel von einer Vielzahl von Anlegern für einen Zweck zu generieren, den ein Einzelner in der Regel finanziell nicht in der Lage wäre zu realisieren⁸²⁴.

Unter Zugrundelegung des Mindestnennwertes einer Aktie bzw. des auf die einzelne Aktie entfallenden anteiligen Mindestbetrags in Höhe von einem Euro (vgl. § 8 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 3 AktG) und gerechnet auf das Mindestgrundkapital einer Aktiengesellschaft in Höhe von 50.000 Euro (vgl. § 7 AktG) können 50.000 Aktien ausgegeben und damit bis zu 50.000 Personen zur Generierung von Grundkapital sowie zur Bildung von Kapitalrücklagen (über das Agio, vgl. § 150 AktG), die im Rahmen von § 58 Nr. 6, 7 a und 7 b AO sowie des außergesetzlichen Ausnahmetatbestandes gemeinnützigkeitsrechtlich zulässig sind, herangezogen werden. Demzufolge können auch Personen in die Finanzierung eingebunden werden, die lediglich einen kleinen finanziellen Beitrag leisten können oder wollen. Zwingend ist dies jedoch nicht. Der Aktionärskreis kann beispielsweise durch Erhöhung des Mindestnennwertes oder des auf die einzelne Aktie entfallenden anteiligen Betrags in der Satzung und/oder durch die Übernahme mehrerer Aktien klein, durch die Vinkulierung von Namensaktien (vgl. § 68 Abs. 2 AktG) auch derart persönlich gehalten werden, als ein Schutz vor Überfremdung und vor dem Eintritt unliebsa-

nungsfeld von Bürgerschaftlichem Engagement und Markt, in: Helmig/Purtschert/Schauer/Witt (Hrsg.), Nonprofit-Organisationen und Märkte, S. 167, 170 ff.

⁸²¹ Typusbegriff *Sprengels* im Rahmen seiner funktionalen Typologie der gemeinnützigen Aktiengesellschaft, *Sprengel*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG) in Deutschland im Spannungsfeld von Bürgerschaftlichem Engagement und Markt, in: Helmig/Purtschert/Schauer/Witt (Hrsg.), Nonprofit-Organisationen und Märkte, S. 167, 170 und 172.

⁸²² *Habersack*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 1, Einl., Rn. 5; *Assmann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 1, Einl., Rn. 292.

⁸²³ *Assmann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 1, Einl., Rn. 292; betr. Kapitalsammelfunktion vgl. *Habersack*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 1, Einl., Rn. 5.

⁸²⁴ *Habersack*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 1, Einl., Rn. 5.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

mer Dritter begründet wird⁸²⁵. Auch eine Ein-Personen- Aktiengesellschaft ist zulässig (vgl. § 21. Alt. AktG).

Über diese schnelle und flexible Eigenkapitalfinanzierung⁸²⁶ hinaus gewährt das Aktienrecht über das Institut des genehmigten Kapitals (vgl. §§ 202 ff AktG) eine einfache Refinanzierungsmöglichkeit.⁸²⁷ Genehmigtes Kapital ist dabei die satzungsmäßige Ermächtigung des Vorstands, das Grundkapital bis zu einem bestimmten Nennbetrag durch Ausgabe neuer Aktien gegen Einlagen zu erhöhen (vgl. § 202 Abs. 1 AktG). Das genehmigte Kapital kann durch den Vorstand jederzeit zur Erhöhung des Grundkapitals genutzt, das heißt, konkret bei satzungsmäßigem Ausschluss des Bezugssrechts zur Beschaffung von Liquidität durch Aufnahme weiterer Aktionäre verwendet werden, ohne dass es hierzu der Mitwirkung, insbesondere der Beschlussfassung der Hauptversammlung bedarf.⁸²⁸ Im Übrigen stehen der Aktiengesellschaft als weitere Maßnahmen der Kapitalbeschaffung die (reguläre) Kapitalerhöhung gegen Einlagen (vgl. §§ 182 ff AktG) und die bedingte Kapitalerhöhung (vgl. §§ 192 ff AktG) zur Verfügung, die jedoch jeweils zwingend eines Hauptversammlungsbeschlusses bedürfen (vgl. § 182 Abs. 1 Sätze 1 und 2 sowie § 192 Abs. 1 AktG). Die weitere im Aktiengesetz vorgesehene Kapitalbeschaffungsmaßnahme – die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (vgl. §§ 207 ff AktG) – führt im Unterschied zur regulären und bedingten Kapitalerhöhung sowie zur Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital nicht zu einem Mittelzufluss, sondern ermöglicht die Umwandlung vorhandenen Gesellschaftsvermögens in Haftkapital.⁸²⁹

Der vorgenannten Kapitalsammel- und -bindungsfunktion wird die Rechtsform der Aktiengesellschaft in besonderem Maße dadurch gerecht, als das Aktienrecht grundsätzlich anlagefreundlich ist – wie insbesondere die Haftungsbeschränkung auf den jeweiligen Wert der Anlage, die Fungibilität und Anonymität der Aktienanlage, aber auch die kleinanleger- sowie minderheitenschützenden Vorschriften (vgl. §§ 122, 137, 142, 147 AktG) zeigen.⁸³⁰

So wird der Anleger grundsätzlich keinem über den jeweiligen Aktienwert hinausgehenden Haftungsrisiko ausgesetzt.⁸³¹ Die Haftungsmasse ist auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt (vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 AktG).

Die Anteile sind in hohem Maße fungibel; das heißt, das Aktiengesetz ermöglicht den Anlegern, ihre Aktien ohne größeren Verwaltungs- und Kostenaufwand weiter zu veräußern und damit die Einbindung eines auch wechselnden Personenkreises in die Finanzierung, ohne dass kleine, im Rahmen von Aktienveräußerungen zugunsten der Gesellschaft erfolgende finanzielle Beiträge wirtschaftlich sinnlos würden. So bedarf die Übertragung unver-

⁸²⁵ Vgl. BGH vom 1. Dezember 1986, II ZR 287/85, NJW 1987, S. 1019, 1020 ff; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 68 Rn. 10.

⁸²⁶ Vgl. *Bayer/Hoffmann*, AG-Report 2007, R 347, 350; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 202, Rn. 2.

⁸²⁷ *Bayer/Hoffmann*, Der Aufsichtsrat 2008, S. 25.

⁸²⁸ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 202, Rn. 6.

⁸²⁹ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 207, Rn. 3 und § 182, Rn. 2.

⁸³⁰ Vgl. *Assmann*, in: *Hopt/Wiedemann* (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 1, Einl., Rn. 292 und 293.

⁸³¹ Siehe dazu nachfolgend 2. Teil B. II. 8. a).

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

briefster Aktien lediglich der formlosen Abtretungsvereinbarung gemäß §§ 398, 413 BGB⁸³² und die Übertragung verbriefer Inhaberaktien nur der Übereignung der Urkunde gemäß §§ 929 ff BGB⁸³³ oder aber der Abtretung der Mitgliedschaft gemäß §§ 398, 413 BGB⁸³⁴. Für die Übertragung von verbrieften Namensaktien gilt im Grundsatz dasselbe wie bei der Übertragung von Inhaberaktien⁸³⁵, wobei jedoch streitig ist, ob es im Fall der Abtretung noch zusätzlich der Übergabe der Urkunde bzw. eines Übergabesurrogats bedarf⁸³⁶. Darüber hinaus kann die Übertragung von verbrieften Namensaktien auch durch Indossament erfolgen (vgl. § 68 Abs. 1 AktG). Der Übertragungakt als solcher ist demzufolge nicht etwa beurkundungspflichtig. Auch Satzungsänderungen sind nicht erforderlich, ebenso wenig Eintragungen in öffentliche Register (wie dem Handelsregister), sodass bei dem Ein- und Austritt von Aktionären weder notarielle Beurkundungs- noch öffentliche Registerkosten anfallen. Zwar ist für die der wirksamen Übertragung nachgelagerten Ebene – der Ausübung von Mitgliedschaftsrechten gegenüber der Gesellschaft – der Rechtsübergang von Namensaktien bei der Gesellschaft anzumelden sowie im Aktienregister zu vermerken (vgl. § 67 AktG). Doch zieht dieses Erfordernis keine gesetzlichen Registerkosten nach sich, da es sich beim Aktienregister um kein amtlich oder gerichtlich geführtes Register handelt.

Auch wird aufgrund der Anonymität der Anteilsrechte eine gegenüber der Allgemeinheit anonyme Teilhaberschaft gewährleistet. Weder Inhaber- noch Namensaktien bedürfen der Eintragung in ein öffentliches Register. So wird das Aktienregister, in welches die Inhaber von Namensaktien sowie deren Aktienbestände einzutragen sind (vgl. § 67 Abs. 1 AktG), bei der Gesellschaft oder einem mit der Registerführung beauftragten Unternehmen oder einer Bank geführt und ist grundsätzlich nicht der Öffentlichkeit zugänglich (vgl. § 67 Abs. 6 AktG). Es dient der Gesellschaft vielmehr dazu, sich zum einen Rechtsklarheit und -sicherheit über die Personen zu verschaffen, denen in ihrer Eigenschaft als Aktionäre Rechte, aber auch Pflichten gegenüber der Gesellschaft zukommen (vgl. § 67 Abs. 2 AktG), zum anderen soll es insbesondere die Durchsetzung der realen Kapitalaufbringung ermöglichen.⁸³⁷ So ergibt sich aus dem Aktienregister, wer Schuldner noch ausstehender Einlagen ist (vgl. §§ 67, 54, 10 Abs. 2 AktG), aber auch, wer als Vormann eines ausgeschlossenen Aktionärs haftet (vgl. §§ 67, 65 AktG).⁸³⁸

Die besondere Anlagefreundlichkeit des Aktiengesetzes ist nicht nur für erwerbswirtschaftlich ausgerichtete Unternehmen von Relevanz. Gerade Organisationen im Non-Profit-Sektor sind regelmäßig darauf angewiesen, eine möglichst breite Masse in der Bevölkerung zur Deckung des Kapitalbedarfs, insbesondere zur Finanzierung ihrer Aktivitäten, zu mobi-

⁸³² Vgl. BGH vom 5. April 1993, II ZR 195/91, BGHZ 122, S. 180, 196; *Bezzenberger*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 68, Rn. 5.

⁸³³ Vgl. BGH vom 5. April 1993, II ZR 195/91, BGHZ 122, S. 180, 196; *Bezzenberger*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 68, Rn. 6; *Menz/Fröhling*, NZG 2002, S. 201, 201.

⁸³⁴ *Bezzenberger*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 68, Rn. 6; *Menz/Fröhling*, NZG 2002, S. 201, 202; a.A. *Brändel*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, § 10 AktG, Rn. 36.

⁸³⁵ Zur Übertragung von verbrieften Namensaktien *Bezzenberger*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 68, Rn. 7.

⁸³⁶ Vgl. hierzu *Bezzenberger*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 68, Rn. 8.

⁸³⁷ Vgl. *Bayer*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 67, Rn. 1.

⁸³⁸ Vgl. *Bayer*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 67, Rn. 1.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

lisieren, oder anders ausgedrückt: effektiv Fundraising zu betreiben. Die Sicherstellung der Zweckverwirklichung wird bei Aktienausgabe über das Agio (Bildung von Kapitalrücklagen, vgl. § 150 AktG), eine darüber hinausgehende Finanzierung bei Weiterveräußerung von Aktien durch Vereinbarungen zugunsten der Gesellschaft erreicht. Die Möglichkeit, weitere Mittel zu generieren, wird gerade durch die verwaltungs- und kostenunaufwendige Veräußerungsmöglichkeit von Aktien sowie den unter gemeinnützigenrechtlichen Erwägungen nicht bestehenden Anspruch des veräußernden Aktionärs auf einen Veräußerungsgewinn⁸³⁹ sowie – je nach Beschränkung oder Ausschluss des Einlagenrückgewähranspruchs – auf den Nominalwert der Aktie⁸⁴⁰ begünstigt. Entsprechendes gilt für eine Spendenabzugsfähigkeit der von Dritten im Rahmen der Aktienveräußerung zugunsten der Gesellschaft geleisteten Mittel, sofern diese angenommen werden kann. Werden vinkulierte Namensaktien ausgegeben und Aktionärsvereinbarungen mit dem Inhalt getroffen, zu welchen Konditionen eine Aktie veräußert werden darf (beispielsweise zum Nennwert plus einen an die Gesellschaft zu leistenden Betrag x) sowie die Zustimmung der Veräußerung von dem Beitritt des Erwerbers zur Aktionärsvereinbarung abhängig gemacht, können hierüber kontinuierlich Mittel zur Finanzierung des Zwecks generiert werden (siehe auch oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (5) (c)).

Zwar stellt die gemeinnützige Aktiengesellschaft kein Anlageobjekt im wirtschaftlichen Sinne dar. Schließlich sind Gewinnausschüttungen und sonstige Zuwendungen aus Mitteln der Gesellschaft (Körperschaft) gemeinnützigenrechtlich ausgeschlossen, wie im Übrigen bei sämtlichen gemäß § 51 Abs. 1 Sätze 1 und 2 AO iVm. § 1 KStG steuerbegünstigten Körperschaften (vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO). Doch ermöglicht gerade die anleger- oder allgemeiner ausgedrückt beteiligungsfreundliche Ausrichtung der Aktiengesellschaft, dass (potenzielle) Förderer einer gemeinnützigen Tätigkeit nicht nur einen – ökonomisch verlorenen – Beitrag leisten, sondern:

- einerseits in Form der Aktie einen (symbolischen) Gegenwert erhalten – mit der Möglichkeit, durch Veräußerung der Aktie mittelbar die geleistete Einlage zurückzuerlangen, sofern der Einlagenrückgewähranspruch in der Satzung im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO beschränkt ist⁸⁴¹. Ist der Einlagenrückgewähranschluss gänzlich ausgeschlossen, so besteht die Möglichkeit zwar nicht, doch kann der Förderer die Einlagenleistung als Zuwendung im Sinne des § 10 b Abs. 1 EStG bzw. § 9 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 KStG steuerlich geltend machen;⁸⁴²
- andererseits an der Gesellschaft als Aktionär mit den korrespondierenden Teilhabe- und Mitspracherechten partizipieren⁸⁴³, um somit integrierter „Teil des Projekts“ zu werden.

Die Aktiengesellschaft kann demzufolge im Gemeinnützigensektor sowohl als Fundraising- als auch Partizipationsinstrument genutzt werden.⁸⁴⁴

⁸³⁹ Siehe oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (5) (a).

⁸⁴⁰ Siehe oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (5) (a) und (b).

⁸⁴¹ Siehe dazu oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (5) (a).

⁸⁴² Siehe dazu oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (5) (b) und 2. Teil A. I. 3. b) ff) (4).

⁸⁴³ Vgl. *Sprengel, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?*, in: Reihe der Opuscula des Maecenata Instituts (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 16.

⁸⁴⁴ So im Ergebnis auch *Sprengel, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG) in Deutschland im Spannungsfeld von Bürgerschaftlichem Engagement und Markt*, in: *Hel-*

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Losgelöst von den rein rechtlichen Erwägungen kann die Aktiengesellschaft unter dem Gesichtspunkt des zielgruppengerechten Fundraisings⁸⁴⁵, aber auch der zielgruppengerechten Partizipation besondere Möglichkeiten bieten. So hat sich die Rechtsform der Aktiengesellschaft im gewinnorientierten Wirtschaftsleben in Bezug auf die Kapitalisierungsmöglichkeiten insbesondere dadurch bewährt, dass sie ein finanziell eher gut situiertes Bürgertum⁸⁴⁶ und ferner – aufgrund ihrer tendenziellen Ausrichtung für den Kapitalmarkt – Unternehmen anspricht. Sollen diese – insbesondere aus finanzieller Sicht – lukrativen Kreise die Zielgruppe einer gemeinnützigen Einrichtung sein – sei es in Bezug auf die Kapitalbeschaffung oder aber Teilhabe –, kann es sich unter Fundraising- und Partizipationsgesichtspunkten anbieten, eine für diese (im Wirtschaftsleben) vertraute Gesellschaftsform⁸⁴⁷ zu wählen.⁸⁴⁸ Wenn auch bei der Allgemeinbevölkerung die Aktiengesellschaft als Inbegriff der gewinnorientierten Wirtschaftsform⁸⁴⁹ für den Gemeinnützigkeitssektor eher negativ behaftet sein wird⁸⁵⁰, wird bei der Zielgruppe gut situiertes Bürgertum/Unternehmen regelmäßig die positive Assoziation mitschwingen, dass auch im Gemeinnützigkeitssektor die Ziele ökonomisch verfolgt werden. Bereits bei Gründung des Zoologischen Gartens (Berlin) im Jahre 1844 soll der Gedanke, aus Finanzierungsgesichtspunkten eine in der Wirtschaft bewährte Rechtsform zu wählen, für die Rechtsformwahl des „Actien-Vereins“ ein maßgeblicher Faktor gewesen sein.⁸⁵¹

mig/Purtschert/Schauer/Witt (Hrsg.), Nonprofit-Organisationen und Märkte, S. 167, 170, 172 und 173; *ders.*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerstaftliches Engagement?, in: Reihe der Opuscula des Maecenata Instituts (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 8 ff.

⁸⁴⁵ Vgl. *Sprengel*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerstaftliches Engagement, in: Maecenata Institut (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 8.

⁸⁴⁶ Vgl. *Sprengel*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerstaftliches Engagement, in: Maecenata Institut (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 8.

⁸⁴⁷ Die Aktiengesellschaft als „ein vertrauter Partner im Wirtschaftsleben“, *Sprengel*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerstaftliches Engagement, in: Maecenata Institut (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 35.

⁸⁴⁸ Vgl. *Sprengel*, in: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerstaftliches Engagement?, in: Maecenata Institut (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 8 und 16.

⁸⁴⁹ So *Sprengel*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerstaftliches Engagement, in: Maecenata Institut (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 8.

⁸⁵⁰ Vgl. *Sprengel*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerstaftliches Engagement, in: Maecenata Institut (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 22 ff; *Bayer/Hoffmann*, AG-Report 2007, R 347, 347; *Ullrich*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 53 („gemeinwohlfremden Konnotation einer AG“).

⁸⁵¹ Vgl. *Klös/Frädrich/Klös*, Die Arche Noah an der Spree, S. 43; siehe auch *Sprengel*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerstaftliches Engagement, in: Maecenata Institut (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 8, der auf *Klös/Frädrich/Klös* verweist.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

b. Bedeutung der Fundraising- und Partizipationsmöglichkeiten in der Gemeinnützige Praxis

Was die Bedeutung der Aktiengesellschaft als Fundraising-, aber auch Partizipationsinstrument im Gemeinnützige Sektor anbetrifft, so wird diese deutlich, wenn man sich die Praxis bzw. konkreter die Motive der bereits bestehenden gemeinnützigen Aktiengesellschaften für ihre Rechtsformwahl vergegenwärtigt.⁸⁵²

Schließlich war zum einen für diejenigen Einrichtungen, die sich für die Rechtsform der Aktiengesellschaft zum Zwecke der Verfolgung gemeinnütziger Ziele entschieden haben, regelmäßig der Finanzierungsgesichtspunkt ein (mit)tragendes Element für die Wahl der Rechtsform. So begründet beispielsweise die Eden ApfelKräuterGarten Gemeinnützige Aktiengesellschaft, deren Zweck u.a. die nachhaltige Förderung von Umwelt- und Landschaftsschutz, von Bildung und Erziehung sowie von Wissenschaft und Forschung der Eden Gemeinnützige Ostbau-Siedlung eG ist (vgl. § 2 der Satzung)⁸⁵³, ihre Wahl der Rechtsform ausdrücklich damit, dass ihr die Aktiengesellschaft als >Finanzierungsmotor< diene⁸⁵⁴. Auch bei der im Jahre 1844 als Aktienverein gegründeten Zoologischer Garten Berlin Aktiengesellschaft soll die Wahl der Rechtsform bereits unter Kapitalbeschaffungsgesichtspunkten erfolgt sein.⁸⁵⁵ Die Möglichkeit, den Förderern einen (symbolischen) Gegenwert für ihre Einlage zu gewähren, wird dabei teilweise gezielt zur Akquise von weiteren Kapitalgebern (Aktionären) eingesetzt. So werden beispielsweise publikumswirksame „Kunstaktien“ ausgegeben.⁸⁵⁶ Insbesondere die Möglichkeit der Erweiterung der Fundraising-Kapazitäten durch das genehmigte Kapital haben sich viele der gemeinnützigen Aktiengesellschaften

⁸⁵² Zur gAG als Fundraisinginstrument in der gNPO-Praxis: *Sprengel*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG) in Deutschland im Spannungsfeld von Bürgerschaftlichem Engagement und Markt, in: Helmig/Purtschert/Schauer/Witt (Hrsg.), Nonprofit-Organisationen und Märkte, S. 167, 173 ff sowie *ders.*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement, in: Reihe Opuscula des Maecenata Institut (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 8.

Zur gAG als Partizipationsinstrument in der gNPO-Praxis: *Sprengel*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG) in Deutschland im Spannungsfeld von Bürgerschaftlichem Engagement und Markt, in: Helmig/Purtschert/Schauer/Witt (Hrsg.), Nonprofit-Organisationen und Märkte, S. 167, 172 ff.

⁸⁵³ <http://www.edener-apfelkrautergarten-ag.de/images/Satzung13112007.pdf>, abgerufen: Oktober 2013.

⁸⁵⁴ Vgl. <http://www.edener-apfelkrautergarten-ag.de/ideeundkonzept.htm>, abgerufen: Oktober 2013.

⁸⁵⁵ So jedenfalls Klös/Frädrich/Klös, Die Arche Noah an der Spree, S. 43; siehe auch *Sprengel*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?, in: Maecenata Institut (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S.1, 8, der auf Klös/Frädrich/Klös verweist.

⁸⁵⁶ So beispielsweise die Schaubühne Lindenfels AG und die Sozial-Aktien-Gesellschaft Bielefeld, vgl. auch *Sprengel*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?, in: Maecenata Institut (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 13 (betr. Sozial-Aktien-Gesellschaft Bielefeld); *ders.*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG) in Deutschland im Spannungsfeld von Bürgerschaftlichem Engagement und Markt, in: Helmig/Purtschert/Schauer/Witt (Hrsg.), Nonprofit-Organisationen und Märkte, S. 167, 174 (betr. Sozial-Aktien-Gesellschaft Bielefeld); *Bayer/Hoffmann*, AG-Report 2007, R 347, 348 (betr. Schaubühne Lindenfels AG); *dies.*, Der Aufsichtsrat 2008, S. 25, 25.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

zunutze gemacht.⁸⁵⁷ Schließlich ist die Mittelzufuhr durch Ausgabe neuer Aktien (sowie durch deren Weiterveräußerung) im besonderen Maße für Aktiengesellschaften im Gemeinnützigkeitssektor von Relevanz – sie haben nicht wie erwerbswirtschaftlich ausgerichtete Aktiengesellschaften die Möglichkeit, sich durch Gewinne zu refinanzieren (vgl. u.a. § 55 Abs. 1 Nr. 5 AO).⁸⁵⁸ Demzufolge sollen – im Unterschied zu den erwerbswirtschaftlichen Aktiengesellschaften, die in ihren Gründungssatzungen eher selten ein genehmigtes Kapital enthalten,⁸⁵⁹ – beispielsweise knapp vierzig Prozent der zwischen 1999 und 2006 gegründeten gemeinnützigen Aktiengesellschaften bereits in der Gründungssatzung den Vorstand zur Erhöhung des Grundkapitals bis zu einem bestimmten Nennbetrag ermächtigt haben, und zwar regelmäßig mit 50 % des jeweiligen Grundkapitals⁸⁶⁰.

Zum anderen wird die Aktiengesellschaft im Gemeinnützigkeitssektor aber auch gezielt als Beteiligungsträger eingesetzt. So fungiert beispielsweise die heutige „NORDAKADEMIE: Hochschule der Wirtschaft“ – eine gemeinnützige Aktiengesellschaft – ausdrücklich als Partizipationsangebot an die Wirtschaft⁸⁶¹ mit der Zielsetzung, vor allem mittelständische und kleine Unternehmen als Träger (Aktionäre) der NORDAKADEMIE zu nennen.⁸⁶² Auch für die Joblinge gemeinnützige AG München, einer Einrichtung zur Förderung der Ausbildungs- und Arbeitsfähigkeit von Jugendlichen und Erwachsenen, waren unter anderem die Aspekte der vielfältigen Beteiligungsmöglichkeit sowie der nachhaltigen Bindung der Beteiligten Beweggründe für die Rechtsform der Aktiengesellschaft. So können über die Rechtsform der Aktiengesellschaft gewisse Synergieeffekte genutzt werden. Regionale Unternehmen werden als Kapitalgeber geworben und durch die Beteiligung an der Gesellschaft an die Einrichtung gebunden. Zusätzlich erklären sich die Unternehmen dazu bereit, als Kooperationsunternehmen zu dienen, das heißt, aktiv an der Zweckverwirklichung dergestalt mitzuwirken, als sie für eine gewisse Dauer arbeitslosen Jugendlichen einen Praktikumsplatz in ihrem Unternehmen anbieten mit der Zielsetzung, diese bei zufriedenstellender Leistung zu übernehmen. Der „Gewinn“ liegt zum einen auf Seiten der gemeinnützigen Einrichtung in der aktiven Teilhabe ihrer Kapitalgeber an der Projektverfolgung, zum anderen auf Seiten der Kapitalgeber-/Kooperationsunternehmen darin, womöglich einen Mitarbeiter zu gewinnen, der sich an das Unternehmen emotional gebunden fühlt und diesem stets loyal gegenübersteht. Die Agaplesion gAG wiederum – ein Gesundheitsdienstleister – bediente sich u.a. ebenfalls der Rechtsform der Aktiengesellschaft aus Partizipationsgründen, und zwar konkret, um den diakonischen Dienstleistungsbereich restrukturieren zu können, ohne dabei die Eigenständigkeit der einzelnen Einrichtungen durch Fusion aufzugeben zu müssen.⁸⁶³

⁸⁵⁷ *Bayer/Hoffmann*, AG-Report 2007, R 347, 350.

⁸⁵⁸ *Bayer/Hoffmann*, AG-Report 2007, R 347, 350.

⁸⁵⁹ *Bayer/Hoffmann*, AG-Report 2007, R 347, 350.

⁸⁶⁰ So *Bayer/Hoffmann*, AG-Report 2007, R 347, 350.

⁸⁶¹ So *Sprengel*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?, in: Reihe Opuscula des Maeenate Institut (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 12.

⁸⁶² Siehe „Umwandlung in eine gemeinnützige AG“, Meldung März 1996, [http://www.nordakademie.de/27.html?&cHash=651f030bc96ed5196fd0a051e61fe1fb&tx_nahistorie_pi1\[showUid\]=17](http://www.nordakademie.de/27.html?&cHash=651f030bc96ed5196fd0a051e61fe1fb&tx_nahistorie_pi1[showUid]=17), abgerufen: April 2012.

⁸⁶³ So heißt es in der Broschüre der Agaplesion gAG auf Seite 27 u.a.: „Als gemeinnützige Aktiengesellschaft geben wir allen verbundenen, örtlichen Gesellschaften die Möglichkeit, sich gesell-

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

2. Die gAG als manageriales Steuerungsinstrument

a. Gezielte Steuerungsmöglichkeit durch Kompetenzbündelung ohne Schutzdefizit

Das Aktienrecht sieht für die Aktiengesellschaft grundsätzlich einen dreigliedrigen Organisationsaufbau vor: Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung.

Nachdem im Jahre 1937 mit Inkrafttreten des Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien die Stellung der Hauptversammlung (seinerzeit noch Generalversammlung) insbesondere zugunsten des Vorstands stark geschwächt wurde,⁸⁶⁴ ist das Aktienrecht geprägt vom Managementsystem. Das heißt, dass dem Vorstand neben der Geschäftsführung (vgl. § 77 AktG) die eigenverantwortliche Leitung (vgl. § 76 Abs. 1 AktG) der Gesellschaft obliegt und er bei der Leitung der Gesellschaft nicht an Weisungen gebunden ist⁸⁶⁵. Er trifft seine Leitungsentscheidungen nach eigenem Ermessen. Somit sind die Geschäftsführung sowie die Unternehmensleitung in einer Hand und damit auf einer Ebene gebündelt. Durch die Kompetenzbündelung, aber auch aufgrund des weiten unternehmerischen Entscheidungsspielraums (vgl. § 76 Abs. 1, § 93 Abs. 1 S. 2 AktG), wird eine schnelle Reaktionsmöglichkeit – beispielsweise auf Marktveränderungen – durch den Vorstand und damit eine konzentrierte („gesteuerte“) Zweckverfolgung ermöglicht. Zwar obliegt es der Hauptversammlung als Willensbildungsorgan der Aktiengesellschaft, im Rahmen ihrer ausdrücklich durch Gesetz oder Satzung zugewiesenen Beschlusskompetenzen über bestimmte Gesellschaftsangelegenheiten zu entscheiden (vgl. § 119 Abs. 1 AktG). Ein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand wird hierdurch jedoch nicht begründet. Eine Beschlussfassungskompetenz in Bezug auf Fragen der Geschäftsführung steht der Hauptversammlung nur dann zu, wenn sich der Vorstand seiner originären Zuständigkeit im Einzelfall selbst begibt und eine Entscheidung der Hauptversammlung ausdrücklich verlangt (vgl. § 119 Abs. 2 AktG). Der Aufsichtsrat als Kontrollorgan der Aktiengesellschaft kann zwar – im begrenzten Maße – auf die Geschäftspolitik und Tätigkeiten des Vorstandes beispielsweise durch Beratung oder aber durch Zustimmungsverweigerungen bei zustimmungsbedürftigen Geschäften (vgl. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG) Einfluss nehmen⁸⁶⁶, mittelbar auch über seine Bestellungskompetenz in Bezug auf die Vorstandsmitglieder (vgl. § 84 AktG), ist aber im Übrigen darauf beschränkt, im Rahmen seiner Überwachungsverpflichtung (vgl. § 111 Abs. 1 AktG) die bereits entfalteten Tätigkeiten des Vorstandes nachträglich zu überprüfen⁸⁶⁷.

schaftsrechtlich zu beteiligen, ohne fusionieren zu müssen. Das heißt, die Identität der bisherigen Träger und der Einrichtungen vor Ort bleiben unter dem Dach AGAPLESION erhalten.“, http://www.agaplesion.de/fileadmin/agaplesion/UNTERNEHMEN_D/DOWNLOADS_UNTERNEHMEN_D/AGAPLESION_Broschuer_kl.pdf, abgerufen: Oktober 2013.

⁸⁶⁴ Vgl. *Assmann*, in: *Hopt/Wiedemann* (Hrsg.), *Großkommentar zum AktG*, Bd. 1, Einl., Rnrs. 163 und 164; *Bahrenfuss*, *Die Entstehung des Aktiengesetzes von 1945*, S. 45; *Bayer/Engelke*, in: *Bayer/Habersack* (Hrsg.), *Aktienrecht im Wandel*, Bd. 1, Rnrs. 62 ff.

⁸⁶⁵ BGH vom 5. Mai 2008, II ZR 108/07, *Der Konzern* 2008, S. 360, 361; *Raiser/Veil*, *Recht der Kapitalgesellschaften*, § 14, Rn. 1; *Mertens/Cahn*, in: *Zöllner/Noack* (Hrsg.), *Kölner Kommentar zum AktG*, Bd. 2/1, § 76, Rn. 44; *Hüffer*, *Kommentar zum AktG*, § 76, Rn. 10.

⁸⁶⁶ *Hüffer*, *Kommentar zum AktG*, § 111, Rn. 5.

⁸⁶⁷ *Hüffer*, *Kommentar zum AktG*, § 111, Rn. 4.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Die gezielte Steuerungsmöglichkeit aufgrund der exponierten Stellung des Vorstands führt auch nicht etwa zu einem Schutzdefizit innerhalb der Gesellschaft. So wird einem Missbrauch dieser Kompetenzbündelung, aber auch der Kompetenzen der anderen Organe, regelmäßig durch den zwingenden, von strikter Aufgaben- und Funktionstrennung sowie gegenseitiger Kontrolle geprägten⁸⁶⁸ dreigliedrigen Organisationsaufbau und demzufolge durch das aktiengesetzlich verankerte Check-and-Balance-System⁸⁶⁹ vorgebeugt. Diese strikte Aufgaben- und Funktionstrennung bei gleichzeitiger gegenseitiger Kontrolle gewährleistet vielmehr eine gute Corporate Governance im Sinne einer verantwortungsvollen und transparenten Unternehmensführung. So normiert das Aktiengesetz neben der eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft (vgl. § 76 Abs. 1 AktG) sowie der Verantwortung des Vorstands für eine sorgfaltsmäßige Buchführung⁸⁷⁰ (vgl. § 91 Abs. 1 AktG) unter anderem auch die unabdingbare Verpflichtung des Vorstands, geeignete Maßnahmen zur Früherkennung bestandsgefährdender Entwicklungen zu treffen (vgl. § 92 Abs. 2 AktG). Diese Verpflichtung beinhaltet regelmäßig insbesondere die Einrichtung einer internen Revision und eines sachgerechten Controllings.⁸⁷¹ Zur Sicherstellung der Einhaltung der Früherkennungsmaßnahmen ist darüber hinaus ein Überwachungssystem einzurichten⁸⁷² (vgl. § 92 Abs. 2 AktG). Die ordnungsgemäße Einhaltung der Geschäftsführungspflichten und damit einhergehend der Funktionsfähigkeit der eingeleiteten Maßnahmen und eingerichteten Systeme wird intern durch den Aufsichtsrat bzw. durch von ihm bestellte Ausschüsse überwacht (vgl. § 111, § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG). Ermöglicht wird eine effektive Überwachung unter anderem durch die gesetzlich zwingenden Berichtspflichten des Vorstandes an den Aufsichtsrat gemäß § 90 Absätze 1 und 2 AktG, die Möglichkeit der Anforderung zusätzlicher Berichte gemäß § 90 Abs. 3 AktG sowie die Einsichtnahme- und Prüfungsrechte im Sinne des § 111 Abs. 2 AktG.⁸⁷³ Durch die in personeller Hinsicht grundsätzlich zwingende Funktionstrennung von Vorstand und Aufsichtsrat (vgl. § 105 AktG) wird eine strikte Trennung zwischen Geschäftsführung und Überwachung gewährleistet.⁸⁷⁴

Die Werthaltigkeit, die ein solches System für den Gemeinnützigeitssektor haben kann, das insbesondere durch die Verpflichtung zur Einrichtung eines Frühwarn- bzw. Überwachungssystems und zu dessen Überwachung eine strukturierte Risikoanalyse gewährleistet und aufgrund der geltenden Satzungsstrenge auch nicht durch entsprechende Satzungsbestimmungen unterlaufen werden kann⁸⁷⁵, wird u.a. in einer vom Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. herausgegebenen Stiftungsstudie deutlich. So war in dieser Studie, die auf Grundlage einer repräsentativen Umfrage im Frühjahr 2010 erstellt wurde, gerade das häu-

⁸⁶⁸ Vgl. *Kiem*, in: Seibert/Kiem/Schüppen (Hrsg.), Handbuch der kleinen AG, Rn. 4.11.

⁸⁶⁹ Vgl. *Kiem*, in: Seibert/Kiem/Schüppen (Hrsg.), Handbuch der kleinen AG, Rn. 4.11.

⁸⁷⁰ *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 91, Rn. 3.

⁸⁷¹ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 91, Rn. 8; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 91, Rn. 13.

⁸⁷² *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 91, Rn. 13; *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 3, Rn. 3.52.

⁸⁷³ Vgl. *Drygala*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 111, Rn. 7.

⁸⁷⁴ *Drygala*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 105, Rn. 1.

⁸⁷⁵ Vgl. *Kiem*, in: Seibert/Kiem/Schüppen (Hrsg.), Handbuch der kleinen AG, Rn. 4.11 zur Sicherstellung des Zusammenspiels der Organe durch den Grundsatz der Satzungsstrenge.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

fige Fehlen einer strukturierten Risikoanalyse, transparenter Strukturen und eines dokumentierten internen Kontrollsystems bei Stiftungen bemängelt worden.⁸⁷⁶

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass das grundsätzlich zwingend ausgestaltete Check and Balance-System sowie der dreigliedrige Organisationsaufbau (vgl. § 23 Abs. 5 AktG) einen nicht unerheblichen, laufenden Verwaltungs- und Kostenaufwand mit sich bringen und die Praktikabilität dieser Rechtsform, auch aufgrund etwaiger zwingender Mitbestimmungs- und Vertretungsrechte von Arbeitnehmern, einschränken kann.

Kleinen bzw. nicht-börsennotierten Aktiengesellschaften sowie sog. Tendenzbetrieben, Religionsgemeinschaften und deren karitativen und erzieherischen Einrichtungen gewährt der Gesetzgeber jedoch gewisse Erleichterungen. Diese sind insbesondere auch im Hinblick auf die Gesamtangemessenheit der Verwaltungskosten zur Wahrung der Gemeinnützigkeit (vgl. AEAO Nrn. 17 ff zu § 55 Abs. 1 Nrn. 1 und 3 AO) von Relevanz und sollten dementsprechend auch genutzt werden. Der Gesetzgeber lässt beispielsweise Erleichterungen bei der von einem dichten und grundsätzlich zwingenden Regelungskomplex reglementierten Einberufung und Durchführung der Hauptversammlung (vgl. §§ 121 ff AktG) zu. So kann die nach § 121 Abs. 4 S. 1 AktG grundsätzlich erforderliche (und regelmäßig kostenintensive) Bekanntmachung der Einberufung in den Gesellschaftsblättern vermieden werden und durch eingeschriebenen Brief (vgl. § 121 Abs. 4 Sätze 1 und 2 AktG) bzw. bei entsprechender Regelung in der Satzung auch per Telefax oder E-Mail erfolgen⁸⁷⁷, sofern die Aktionäre der Gesellschaft namentlich bekannt sind (vgl. § 121 Abs. 4 S. 2 1. HS. AktG). Eine Pflicht zur medialen Verbreitung der Einberufung sowie der Veröffentlichung von für die Hauptversammlung wesentlichen Informationen über die Internetseite besteht für nicht-börsennotierte Aktiengesellschaften nicht (vgl. § 121 Abs. 4 a, § 124 a AktG). Bei Vollversammlungen, das heißt konkret bei Anwesenheit oder Vertretung sämtlicher Aktionäre bei der Hauptversammlung, kann auf die Einhaltung der Vorschriften der §§ 121 bis 128 AktG verzichtet werden, soweit kein Aktionär der Beschlussfassung widerspricht (vgl. § 121 Abs. 6 AktG); dies wird in der Praxis jedoch regelmäßig nur bei Aktiengesellschaften mit kleinem Aktionärskreis möglich sein. Soweit keine Beschlüsse gefaßt werden, für die das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt, bedarf es bei nicht-börsennotierten Aktiengesellschaften nicht der notariellen Niederschrift von Hauptversammlungsbeschlüssen und deren Unterzeichnung durch einen Notaren nach § 130 Abs. 1 S. 1 iVm. Abs. 4 AktG (vgl. § 130 Abs. 1 S. 3 AktG). Ausreichend ist in diesem Fall vielmehr eine vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats zu unterzeichnende Niederschrift (vgl. § 130 Abs. 1 S. 3 AktG). Auch für den Aufsichtsrat einer nicht-börsennotierten Aktiengesellschaft gilt im Hinblick auf das Abhalten von Sitzungen eine erleichterte Regelung dahingehend, als die Anzahl der im Kalenderhalbjahr abzuhaltenden Aufsichtsratssitzungen durch Beschluss des Aufsichtsrats von zwei auf eine reduziert werden kann (vgl. § 110 Abs. 3 AktG).

Was die Mitbestimmungs- und Vertretungsrechte der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat anbetrifft, die jedenfalls die Praktikabilität der Aktiengesellschaft beschränken, gelten für die kleinen bzw. nicht-börsennotierte Aktiengesellschaft zwar keine besonderen Erleichterungen. Doch werden die gesetzlichen Voraussetzungen, die eine bestimmte Mindestmitarbeiter-

⁸⁷⁶ Vgl. Falk/Kramer/Zeidler, in: Stiftungsstudie – Führung, Steuerung und Kontrolle in der Stiftungspraxis, S. 29 ff, 35 ff.

⁸⁷⁷ Hüffer, Kommentar zum AktG, § 121, Rn. 11 f.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

nehmerzahl erfordern, bei kleinen Aktiengesellschaften regelmäßig nicht erfüllt sein.⁸⁷⁸ So findet das Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nach Maßgabe des Drittelpartizipationsgesetzes erst bei mehr als 500 Arbeitnehmern (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 DrittelpG) und nach Maßgabe des Mitbestimmungsgesetzes ab 2000 Arbeitnehmern (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG) Anwendung.

Sollten Mitbestimmungs- und Vertretungsrechte der Arbeitnehmer vom Grundsatz greifen, ist zu berücksichtigen, dass diese bei Tendenzbetrieben sowie Religionsgemeinschaften und deren karitativen und erzieherischen Einrichtungen ausnahmsweise nicht, wie beispielsweise hinsichtlich der Beteiligung im Aufsichtsrat (vgl. § 1 Abs. 2 DrittelpG; § 1 Abs. 4 MitbestG) oder nur eingeschränkt, wie bei der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung durch den Betriebsrat (vgl. § 118 Abs. 1 BetrVG)⁸⁷⁹, gelten. Zwar sind Tendenzbetriebe sowie Religionsgemeinschaften und deren karitative und erzieherische Einrichtungen nicht notwendigerweise Körperschaften im Sinne der §§ 51 ff AO. Doch abstellend auf die Zweckverfolgung, die bei karitativen und konfessionellen Einrichtungen durchaus in einer Zweckverfolgung im Sinne der §§ 52 bis 54 AO bestehen kann (z.B. kirchliche Kranken- und Altenpflegeheime), müssen die genannten Beschränkungen und Ausschlüsse der Arbeitnehmerrechte jedenfalls auch dann gelten, wenn eine Gesellschaft nicht nur überwiegend, sondern ausschließlich den in § 1 Abs. 2 Nr. 2 DrittelpG, § 1 Abs. 4 MitbestG, § 118 Abs. 1 BetrVG genannten Bestimmungen und damit auch Zwecken im Sinne der §§ 52 bis 54 AO dient.

Auch wenn der Aufsichtsrat für die Gesellschaft einen gewissen Verwaltungsaufwands- und Kostenfaktor darstellt, kann er gerade im Gemeinnützigensektor – ähnlich wie das fakultative Kontrollorgan einer Stiftung – mittelbar zur Generierung von Mitteln eingesetzt werden und damit zur finanziellen Aufstockung des Gesellschaftsvermögens beitragen. Wird der Aufsichtsrat unter anderem mit gesellschaftlich angesehenen oder prominenten Personen besetzt, kann hierdurch die Bekanntheit und/oder Reputation der Einrichtung in der Öffentlichkeit gesteigert und die Möglichkeit einer erhöhten und/oder vermehrten Förderungsbereitschaft Dritter eröffnet werden. Die persönlichen Anforderungen, die das Aktiengesetz an die Aufsichtsratsmitglieder stellt (vgl. §§ 100, 105 AktG), stehen einer solchen Besetzung nicht entgegen. Diese Methode der Mittelgenerierung ist bei Stiftungen bereits gängige Praxis. Laut der vom Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. herausgegebenen Stiftungsstudie wurde von 51 Prozent der an der Studie teilnehmenden Stiftungen als eines der entscheidenden Kriterien für die Auswahl von Mitgliedern ehrenamtlicher Aufsichtsorgane der gesellschaftliche Status genannt.⁸⁸⁰ So heißt es dort:

„Anforderungen an die Mitglieder ehrenamtlicher Aufsichtsorgane unterscheiden sich von den Anforderungen an Mitglieder von Leitungsorganen. Zwar wird ebenfalls die Fachkompetenz in Bezug auf den Stiftungszweck (79 Prozent) als wichtige Anforderung genannt, allerdings spielt der gesellschaftliche Status (51 Prozent) noch vor der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe (48 Prozent), der Managementkompetenz in der Vermögensver-

⁸⁷⁸ Vgl. Bommert, in: Seibert/Kiem/Schüppen (Hrsg.), Handbuch der kleinen AG, Rn. 4.131.

⁸⁷⁹ (Privatrechtliche) Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen sind nach § 118 Abs. 2 BetrVG sogar gänzlich vom Anwendungsbereich ausgenommen (ebenso wie öffentlich-rechtliche Einrichtungen, vgl. § 130 BetrVG).

⁸⁸⁰ Vgl. Falk/Kramer/Zeidler, in: Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. (Hrsg.), Stiftungsstudie – Führung, Steuerung und Kontrolle in der Stiftungspraxis, S. 17 und 18.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

waltung (36 Prozent) eine entscheidende Rolle. Dies zeigt, dass häufig gesellschaftlich angesehene Persönlichkeiten oder Prominente für die Zwecke der Stiftung und die Gewinnung von Spendengeldern eingesetzt werden.“⁸⁸¹

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass – losgelöst von Aufwands- und Praktikabilitätserwägungen, die sich bei kleinen bzw. nichtbörsennotierten Aktiengesellschaften zumindest reduzieren lassen – der Aktiengesellschaft eine transparente und von gegenseitiger Kontrolle geprägte Binnenorganisation eigen ist, die sich gerade auch der Gemeinnützigensektor zunutze machen kann. Die aufgrund der Kompetenzbündelung exponierte Stellung des Vorstands (Geschäftsleitung und -führung) und die damit einhergehende Eignung der Aktiengesellschaft als manageriales Steuerungsinstrument wird hierdurch nicht eingeschränkt. So bleibt die Handlungsfähigkeit und Reaktionsmöglichkeit des Vorstands trotz (nachträglicher) Tätigkeitskontrolle hiervom unberührt. Ein Schutzdefizit wird durch die Kompetenzbündelung nicht begründet.

b. Bedeutung der managerialen Steuerungsmöglichkeit in der Praxis

Im Gemeinnützigensektor wird die Aktiengesellschaft bereits als manageriales Steuerungsinstrument eingesetzt. So nutzt die Agaplesion gAG über die Rechtsform der Aktiengesellschaft gezielt die eigenverantwortliche Leitungsbefugnis des Vorstands bzw. „die starke manageriale Stellung und Durchgriffsmacht des Vorstandes“⁸⁸², um den diakonischen Dienstleistungsbereich durch Zusammenfassung der christlichen und sozialen Einrichtungen unter einer Führung, aber gleichzeitiger Wahrung der jeweiligen Eigenständigkeit, zu restrukturieren und für den Markt zu stärken^{883, 884}.

3. Die gAG als Marketinginstrument

Die Rechtsform der Aktiengesellschaft bietet Kapitalgebern eine einfache und kostengünstige Partizipationsmöglichkeit (Fungibilität der Anteile, insbesondere keine Beurkundungs- und Registereintragungskosten).⁸⁸⁵ Dieser Umstand ermöglicht der Aktiengesellschaft, Unternehmen, aber auch Einzelpersonen – losgelöst von der Möglichkeit, mit einer einmaligen Einlage über die Aktionärsstellung dauerhaft bei der Öffentlichkeit als Wohltäter wahr-

⁸⁸¹ Vgl. Falk/Kramer/Zeidler, in: Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. (Hrsg.), Stiftungsstudie – Führung, Steuerung und Kontrolle in der Stiftungspraxis, S. 17 und 18.

⁸⁸² So Sprengel, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?, in: Reihe Opuscula des Maecenata Instituts (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 31.

⁸⁸³ Vgl. <http://www.agaplesion.de/13.html> und <http://www.agaplesion.de/15.html>, abgerufen: Oktober 2013.

⁸⁸⁴ Sprengel, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG) in Deutschland im Spannungsfeld von Bürgerschaftlichem Engagement und Markt, in: Helmig/Purtschert/Schauer/Witt (Hrsg.), Non-profit-Organisationen und Märkte, S. 167, 170 und 171 sowie ders., Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement, in: Reihe Opuscula des Maecenata Instituts (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 17 und 31.

⁸⁸⁵ Siehe oben 2. Teil B. I. 1. a).

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

genommen zu werden (positiver Image-/Reputationseffekt⁸⁸⁶) – eine einfache und kostengünstige Marketing-, aber auch Organisationsplattform zu bieten und somit zum Marketinginstrument ihrer Aktionäre zu werden. Als Beispiel aus der Praxis sei hier die Würzburg gAG, eine von der Wirtschaft initiierte Standortförderungseinrichtung, genannt. So dient sie ihren Aktionären, die insbesondere Unternehmen aus der Medien und Marketingbranche sowie entsprechende Vertreter aus dem öffentlichen Sektor sind, als eine Art Organisationsplattform, die darüber hinaus von der Reputation und dem Bekanntheitsgrad der Stadt profitieren können.⁸⁸⁷

Die gemeinnützige Aktiengesellschaft kann aber auch umgekehrt ihre Aktionäre zur eigenen Vermarktung nutzen, indem sie über die Gewinnung prestigeträchtiger bzw. renommierter Unternehmen oder auch in der Öffentlichkeit bekannter Einzelpersonen als Aktionäre ihre Wahrnehmung und damit auch die ihrer gemeinnützigen Tätigkeit in der Öffentlichkeit erhöht bzw. durch deren Reputation ihre eigene steigert. Die Gewinnung solcher Aktionäre wird zumindest durch die dargestellte einfache und kostengünstige Partizipationsmöglichkeit erleichtert, ebenso – zumindest was Unternehmen anbetrifft – durch die Wahl einer dieser in der Wirtschaft vertrauten Gesellschaftsform⁸⁸⁸. Als Beispiel aus der Praxis sei hier die Joblinge gAG München erwähnt, deren Aktionäre renommierte Unternehmen sind.⁸⁸⁹

Im Übrigen kann die Rechtsform der Aktiengesellschaft nicht zuletzt wegen ihres derzeitigen Exotendaseins im Gemeinnützigkeitssektor noch eine gewisse – unter Marketinggesichtspunkten nicht uninteressante – Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit erzeugen.

4. Zwischenzusammenfassung und -ergebnis

Die Rechtsform der Aktiengesellschaft bietet somit Fundraising-, Partizipations-, Marketing- und manageriale Steuerungsmöglichkeiten⁸⁹⁰ und damit Möglichkeiten, die nicht nur für den For-Profit-Sektor, sondern auch für den Gemeinnützigkeitsbereich – wie unter anderem die genannten Beispiele aus der Praxis zeigen – von Relevanz sein können.

⁸⁸⁶ Zur Steigerung des Sozialprestige bei altruistischem Handeln ausführlich *Weitemeyer, Tief verwurzelte Selbstlosigkeit – Die Grundlagen des Altruismus und die Rolle des Rechts*, in: Hüttemann/Rawert/Schmidt/Weitemeyer (Hrsg.), *Non Profit Law Yearbook 2007*, S. 45, 45 ff; siehe auch *ders.*, Spenden als verdeckte Gewinnausschüttungen?, in: *Martinek/Rawert/Weitemeyer (Hrsg.)*, *FS Reuter*, S. 1201, 1205.

⁸⁸⁷ *Sprengel, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG) in Deutschland im Spannungsfeld von Bürgerschaftlichem Engagement und Markt*, in: *Helming/Purtschert/Schauer/Witt (Hrsg.)*, *Non-profit-Organisationen und Märkte*, S. 167, 172.

⁸⁸⁸ Siehe dazu oben 2. Teil B. I. 1. a).

⁸⁸⁹ Siehe

http://www.joblinge.de/wo_finde_ich_joblinge/gag_muENCHEN/aktionare_foerderer_und_partner.html, abgerufen: Oktober 2013.

⁸⁹⁰ Im Ergebnis auch *Sprengel, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG) in eutschland im Spannungsfeld von Bürgerschaftlichem Engagement und Markt*, in: *Helming/Purtschert/Schauer/Witt (Hrsg.)*, *Nonprofit-Organisationen und Märkte*, S. 167, 170 ff; *ders.*, *Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?*, in: *Reihe der Opuscula des Maecenata Instituts (Hrsg.)*, *Opusculum Nr. 15*, S. 1, 8 ff.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

Sie ermöglicht eine schnelle und flexible Eigenkapitalfinanzierung, aber auch Refinanzierung der Gesellschaft, indem durch die (neue) Ausgabe von Aktien, (neues) Grundkapital generiert und über das Agio die Zweckverwirklichung sichergestellt werden kann. Insbesondere das genehmigte Kapital ermöglicht dem Vorstand, auf erhöhten Mittelbedarf der Gesellschaft zeitnah zu reagieren. Die Festlegung eines genehmigten Kapitals ist vor dem Hintergrund, dass sich gemeinnützige Körperschaften nicht durch Gewinne refinanzieren können, anzuraten.

In die Finanzierung der Zweckverwirklichung kann eine Vielzahl von natürlichen und juristischen Personen eingebunden werden. Auch solche, die nur einen kleinen finanziellen Beitrag leisten können oder wollen. Der Aktionärskreis kann aber auch klein und – durch die Möglichkeit der Vinkulierung von Namensaktien – sogar persönlich gehalten, jedenfalls aber vor Überfremdung geschützt werden. Dies ist insbesondere dann von Relevanz, wenn es zunächst nur einen oder wenige kapitalgebende Initiatoren für eine gemeinnützige Zweckverfolgung gibt.

Durch die Weiterveräußerung von Aktien können weitere Mittel zugunsten der Gesellschaft generiert werden. Die Generierung von Mitteln durch Vereinbarungen zugunsten der Gesellschaft wird dabei gerade durch die verwaltungs- und kostenunaufwendige Übertragungsmöglichkeit sowie den unter gemeinnützigkeitsrechtlichen Erwägungen nicht bestehenden Anspruch des veräußernden Aktionärs auf einen Veräußerungsgewinn sowie – je nach Beschränkung oder Ausschluss des Einlagenrückgewähranspruchs – auf den Nominalwert der Aktie. Entsprechendes gilt für die Spendenabzugsfähigkeit der zugunsten der Gesellschaft geleisteten Mittel, sofern diese angenommen werden kann.

Förderungswilligen bietet die Aktiengesellschaft den Anreiz, eine in diese Gesellschaftsform eingebettete gemeinnützige Einrichtung nicht nur schlicht mit einem finanziellen Beitrag unterstützen zu können, sondern anteiliger, wirtschaftlicher Eigentümer (Aktionär) und damit ein mit Mitsprache- und Teilhaberechten ausgestatteter Teil der Einrichtung zu werden.

Darüber hinaus werden eine gegenüber der Allgemeinheit anonyme Teilhaberschaft sowie eine auf die Einlage beschränkte Haftung gewährleistet.

Der aufgewendete Beitrag zur Unterstützung der Einrichtung ist in Höhe des Nennwertes für den Förderungswilligen nicht verloren, sofern sein Einlagenrückgewähranspruch im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO beschränkt ist; so kann er seinen Anteil grundsätzlich frei und insbesondere kostenfrei veräußern, ohne dabei das Kapital der gemeinnützigen Einrichtung zu schmälern. Ist der Einlagenrückgewähranspruch ausgeschlossen, kann er seine Einlage gemäß § 10 b Abs. 1 EStG bzw. gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 KStG steuerlich als Sonderausgabe geltend machen

Sind Unternehmen oder aber das gut situierte Bürgertum Zielgruppe für die Gewinnung von (Finanz-)Mitteln, kann sich die Aktiengesellschaft als in der Wirtschaft vertraute Rechtsform anbieten.

Als besonderes Akquisemittel besteht die Möglichkeit, neben der Beteiligung an der Gesellschaft beispielsweise eine „Kunstaktie“ als symbolischen Gegenwert für die finanzielle Einlage auszugeben und somit den Anreiz für die finanzielle Förderung der Einrichtung zu erhöhen.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Trotz Gewährung einer Beteiligung an der Gesellschaft und der damit einhergehenden Rechte der Aktionäre als Gegenleistung für die finanzielle Einlage bleibt die Geschäftsführung und Unternehmensleitung in einer Hand, das heißt auf Ebene des Vorstands, gebündelt. Der Vorstand ist nicht an die Weisungen gebunden, sondern entscheidet in eigenem Ermessen. Hierdurch wird unter anderem eine schnelle Reaktionsmöglichkeit auf sich verändernde (Markt-)Verhältnisse und damit eine gezielte und effektive Zweckverfolgung ermöglicht.

Ein Schutzdefizit wird durch die Kompetenzbündelung aufgrund des gesetzlich verankerten Check and Balance-Systems nicht begründet. Durch dieses System wird unter anderem eine strukturierte Risikoanalyse gewährleistet, die auch im Gemeinnützige sektor werthaltig ist.

Der Verwaltungs(kosten)aufwand, den das gesetzlich verankerte System bzw. schlicht der dreigliedrige Organisationsaufbau mit sich bringt, kann zumindest bei kleinen bzw. nichtbörsennotierten Aktiengesellschaften reduziert werden. Im Hinblick auf die Wahrung der Gesamtangemessenheit der Verwaltungskosten sollte hiervon auch Gebrauch gemacht werden.

Was die Mitbestimmungs- und Vertretungsrechte der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat anbetrifft, die jedenfalls die Praktikabilität der Aktiengesellschaft beschränken, gelten für die kleine bzw. nichtbörsennotierte Aktiengesellschaft zwar keine besonderen Erleichterungen. Doch werden die gesetzlichen Voraussetzungen bei kleinen Aktiengesellschaften regelmäßig nicht erfüllt sein. Sollten sie vom Grundsatz dennoch einmal greifen, müssen die in § 1 Abs. 2 Nr. 2 DrittelsG, § 1 Abs. 4 MitbestG, § 118 Abs. 1 BetrVG für Tendenzbetriebe sowie Religionsgemeinschaften und deren karitative und erzieherische Einrichtungen normierten Beschränkungen und Ausschlüsse jedenfalls auch dann gelten, wenn karitative und konfessionelle Einrichtungen, die Zwecke im Sinne der §§ 52 bis 54 AO verfolgen, nicht nur überwiegend, sondern gerade ausschließlich den genannten Bestimmungen dienen.

Der Aufsichtsrat kann sich bei gemeinnützigen Aktiengesellschaften dergestalt zunutze gemacht werden, als dieser über seine personelle Besetzung, und zwar durch seine Besetzung unter anderem mit gesellschaftlich angesehenen oder prominenten Personen, mittelbar zur Generierung von Finanzmitteln eingesetzt wird.

Darüber hinaus vermag die Rechtsform der Aktiengesellschaft – insbesondere für Standortförderungen nicht von unwesentlicher Relevanz – eine Organisationsplattform für die Förderung ihrer Zwecke zu bieten. Dies kann für Gesellschaft und für Aktionär gleichermaßen gewinnbringend sein. Während die gemeinnützige Einrichtung einen (nachhaltigen) Pool von an der Zweckförderung Interessierten und möglicherweise darüber hinaus ehrenamtlich Engagierten schafft und gegebenenfalls auch von der Reputation oder dem Renommée einzelner Aktionäre profitieren kann, können gegebenenfalls auch die Aktionäre diesen Pool sowie die Reputation und den Bekanntheitsgrad der Einrichtung (wirtschaftlich) für ihre eigene Zwecke nutzbar machen. So können beispielsweise Unternehmen, die eine in die Rechtsform der Aktiengesellschaft eingebettete Standortförderung finanziell durch eine Einlage unterstützen, vermögens ihrer Aktionärsstellung dazu beitragen, dass ihr Firmenstandort für die Bevölkerung attraktiv wird und damit langfristig ggf. ihren Umsatz steigern.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

II. Die Rechtsform der Aktiengesellschaft im Gemeinnützige sektor im direkten Vergleich zu der GmbH, dem eingetragenen Verein und der rechtsfähigen Stiftung

Vor dem Hintergrund der vorgenannten Fundraising-, Partizipations-, Marketing- und managerialen Steuerungsmöglichkeiten, die die Rechtsform der Aktiengesellschaft bietet, und des Umstandes, dass die Rechtsform der Aktiengesellschaft im Verhältnis zu der GmbH, dem eingetragenen Verein und der rechtsfähigen Stiftung als ebenfalls steuerbegünstigte privatrechtliche Körperschaften im Sinne der § 51 Abs. 1 Sätze 1 und 2 AO iVm. § 1 Abs. 1 Nrn. 1 und 4 KStG im Gemeinnützige sektor kaum vertreten ist⁸⁹¹, bedarf es der Untersuchung, ob sie dieses Exotendasein berechtigterweise führt und ob bzw. inwiefern die Wahl der Aktiengesellschaft im direkten Vergleich zu den vorgenannten Körperschaften (im steuerrechtlichen Sinne) Vorzüge bieten kann. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Vorzüge, die eine bestimmte Rechtsform gegenüber anderen bieten kann, sowie die Bedeutung des jeweiligen Vorteils stets von den individuellen Bedürfnissen und Vorstellungen sowie dem jeweiligen Zuschnitt der (geplanten) Gesellschaft abhängen.⁸⁹² Die nachfolgend angeführten Aspekte betreffend die Rechtsform der (gemeinnützigen) Aktiengesellschaft im Verhältnis zur (gemeinnützigen) GmbH, dem (gemeinnützigen) eingetragenen Verein sowie der (gemeinnützigen) rechtsfähigen Stiftung sind daher als Generalzusammenstellung zu verstehen, die im Einzelfall der Überprüfung und Abwägung bedürfen.

Neben Aspekten des Fundraisings, der Partizipation, der Steuerungs- bzw. Einflussnahmемöglichkeiten sowie des Marketings dürfen der erforderliche Gründungsaufwand und die Kapitalausstattung, Buchführungs-, Rechnungslegungs-, Prüfungs- und Offenlegungspflichten, die Satzungsänderungsmöglichkeiten (insbesondere auch in Bezug auf den Zweck und den Gegenstand), die Lebensdauer und die Auflösungsmöglichkeiten bzw. -gründe sowie die Haftung der Kapitalgeber der jeweiligen Körperschaften nicht unberücksichtigt bleiben. Diese Gesichtspunkte sind einer gesonderten Darstellung vorbehalten.

1. Die (gemeinnützige) Aktiengesellschaft im Verhältnis zur (gemeinnützigen) GmbH

a. Fundraising-, Partizipations-, manageriale Steuerungs- sowie Marketinggesichtspunkte

Die GmbH ist – wie die Aktiengesellschaft – eine Kapitalgesellschaft. Somit gleichen sich die GmbH und die Aktiengesellschaft in ihren allgemeinen Wesensmerkmalen.⁸⁹³ Sie sind beide juristische Personen des Privatrechts⁸⁹⁴, die zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck von auch nur einer Person gegründet werden können (vgl. § 1 GmbHG, § 2 AktG), einem mehraktigen Gründungsvorgang (Abschluss eines notariell beurkundeten Gesellschaftsver-

⁸⁹¹ Siehe oben die Einleitung.

⁸⁹² Vgl. van Randenborgh, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 7.

⁸⁹³ Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, Einl. Rn. 4.

⁸⁹⁴ Zur GmbH: Ganz herrschende Meinung, siehe statt aller: Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 13 Rn. 1, 2 und 3.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

trags⁸⁹⁵, vgl. §§ 2 Abs. 1, 3 GmbHG bzw. Feststellung der Satzung durch notarielle Beurkundung, vgl. § 23 AktG, Entstehung der Gesellschaft als solche durch Eintragung in das Handelsregister⁸⁹⁶, vgl. § 11 GmbHG, § 41 Abs. 1 S. 1 AktG) unterliegen, das Prinzip der Fremdorganschaft verfolgen⁸⁹⁷, wobei die Willensbildung innerhalb der Gesellschaft grundsätzlich nach dem Mehrheitsprinzip nach Maßgabe der Kapitalanteile erfolgt (vgl. § 47 GmbHG, §§ 12, 133, 134 AktG) und bei denen die Haftung grundsätzlich auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist (vgl. § 13 Abs. 2 GmbHG, § 1 Abs. 2 AktG).

Teilweise erhebliche Unterschiede ergeben sich jedoch durch die Tiefe der gesetzlichen Ausgestaltung.⁸⁹⁸ Während das GmbH-Recht weitestgehend disponibel ist, gilt im Aktienrecht der Grundsatz der Satzungsstrenge (vgl. § 23 Abs. 5 AktG) mit der Folge, dass der Vertragsgestaltung im Einzelnen enge(re) Grenzen gesetzt sind.⁸⁹⁹ Damit können die Gesellschafter (Gesellschafterversammlung) einer GmbH – im Gegensatz zu den Aktionären (Hauptversammlung) einer Aktiengesellschaft – beispielsweise den Gesellschaftsvertrag mehr oder weniger stark personalistisch ausgestalten⁹⁰⁰ und damit die Vorteile der Kapitalgesellschaft – wie die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen – mit Elementen der Personengesellschaft kombinieren.

Trotz der wesentlich flexibleren statutarischen Gestaltungsmöglichkeiten bei der GmbH gibt es allerdings Bereiche, in denen das GmbH-Recht strengere und nicht abdingbare (Form-)Regelungen vorsieht als das Aktienrecht – wie beispielsweise in Bezug auf die Übernahme sowie die Übertragung von Geschäftsanteilen und damit in Zusammenhang stehender Regelungskomplexe. So muss der Gesellschaftsvertrag der GmbH – im Unterschied zur Satzung einer Aktiengesellschaft – gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG die konkrete „Zahl und die Nennbeträge der Geschäftsanteile, die jeder Gesellschafter gegen Einlage auf das Stammkapital (Stammeinlage) übernimmt“, enthalten. Der Handelsregisteranmeldung der Gesellschaft ist gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 AktG ferner eine Gesellschafterliste beizufügen, die unter anderem die einzelnen Nennbeträge und die laufenden Nummern der von den Gesellschaftern jeweils übernommenen Geschäftsanteile aufführen muss. Was die nachgelagerte Stufe – die Übertragung der Geschäftsanteile – anbetrifft, so sind diese zwar – wie Aktien⁹⁰¹ – grundsätzlich frei übertragbar (vgl. § 15 Abs. 1 GmbH). Doch bedarf es zur Wirksamkeit der Übertragung zwingend der (kostenpflichtigen) notariellen Beurkundung (vgl. § 15 Absätze 3 und 4 GmbHG). Für die Wahrnehmung von Mitgliedschaftsrechten im Verhältnis zur Gesellschaft sowie zur Vermeidung eines gutgläubigen Erwerbs des Anteils durch einen Dritten bedarf es darüber hinaus der (kostenpflichtigen) Eintragung des Gesellschafters und der Geschäftanteile unter Angabe der Nennbeträge und der laufenden Nummern in die Gesellschafterliste und der Einreichung der aktualisierten Gesellschafterliste zum Handelsregister (vgl. § 16 Absätze 1 und 3, § 40 GmbHG). Die Inhaberschaft einer

⁸⁹⁵ Das Gesetz verwendet sowohl „Gesellschaftsvertrag“ (vgl. z.B. §§ 2 und 3 GmbHG) als auch „Satzung“ (vgl. z.B. § 77 GmbHG) als Begrifflichkeiten; daher nachfolgend „Gesellschaftsvertrag“ auch als „Satzung“ bezeichnet.

⁸⁹⁶ Zur GmbH: *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 11, Rn. 2.

⁸⁹⁷ *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 1, Rn. 1.4.

⁸⁹⁸ *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, Einl., Rn. 4.

⁸⁹⁹ Vgl. *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, Einl., Rn. 4; *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 3, Rn. 3.1.

⁹⁰⁰ *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, Einl., Rn. 4.

⁹⁰¹ Zur freien Übertragbarkeit von Aktien siehe oben 2. Teil B. I. 1. a).

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

GmbH-Beteiligung ist demzufolge für die Allgemeinheit frei, das heißt, ohne ein berechtigtes Interesse nachweisen zu müssen, einsehbar und elektronisch abrufbar (vgl. § 40 GmbHG, § 9 Abs. 1 HGB).

Dies ist bei der Aktiengesellschaft anders. Die Anteilsrechte sind im weit höheren Maße fungibel als GmbH-Anteile.⁹⁰² So bedarf die Übertragung keiner (kostenpflichtigen) notariellen Beurkundung, auch zieht sie keine registerkostenpflichtige Eintragung des Rechtsübergangs in ein öffentliches, der Gesellschafterliste vergleichbares Register nach sich.⁹⁰³ Auch ist aufgrund der Anonymität der Anteilsrechte im Verhältnis zur Allgemeinheit eine anonyme Teilhaberschaft an der Aktiengesellschaft möglich.⁹⁰⁴

Die aktienrechtlichen Regelungen eröffnen demzufolge – im Unterschied zum GmbH-Recht – eine kosten- und verwaltungsunaufwendige Aufnahmemöglichkeit einer Vielzahl von Aktionären, deren Kreis auch stetigen Wechseln unterliegen kann, und gewährleisten somit zum einen eine effektive Kapitalbeschaffung, zum anderen die vergleichsweise einfache und anonyme Teilhabe an einer gemeinnützigen Organisation mit der damit verbundenen Möglichkeit, eine breite Schicht an der Zweckverfolgung finanziell, aber auch aktiv über die (Mitwirkungs-)Rechte von Aktionären partizipieren zu lassen und diese nachhaltig in die Gesellschaft einzubinden bzw. an die Gesellschaft zu binden.⁹⁰⁵

Soll der Gesellschafter-/Aktionärskreis persönlich gehalten werden, jedenfalls aber vor Überfremdung geschützt werden, so ist dies bei der GmbH durch Vinkulierung der Anteile (vgl. § 15 Abs. 5 GmbHG), bei der Aktiengesellschaft durch Vinkulierung von Namensaktien (vgl. § 68 Abs. 2 AktG) gleichermaßen möglich. Doch gelten auch bei der Übertragung vinkulierter GmbH-Anteile – im Unterschied zu der Übertragung von vinkulierten Anteilen – die dargelegten kostenpflichtigen (Form-)Erfordernisse.

Diese im Vergleich zur GmbH vereinfachten Finanzierungs- und Partizipationsmöglichkeiten boten in der Gemeinnützigkeitspraxis bereits Anlass zur Umwandlung. So waren diese Gesichtspunkte wesentliche Motive für die Umwandlung der im Jahre 1992 gegründeten „NORDAKADEMIE gGmbH, staatlich anerkannte private Fachhochschule mit dualen Studiengängen“ in die heutige (gemeinnützige) Aktiengesellschaft NORDAKADEMIE: Hochschule der Wirtschaft.⁹⁰⁶

⁹⁰² Höhere Fungibilität der Anteilsrechte als Vorteil der Aktiengesellschaft gegenüber der GmbH, so *Bayer/Hoffmann*, Der Aufsichtsrat 02/2008, S. 25; zur höheren Fungibilität, vgl. auch *Kiem*, in: *Seibert/Kiem/Schüppen* (Hrsg.), Handbuch der kleinen AG, Rn. 4.14.

⁹⁰³ Siehe oben 2. Teil B. I. 1. a).

⁹⁰⁴ Siehe oben 2. Teil B. I. 1. a).

⁹⁰⁵ Zur leichteren Partizipation bei der Aktiengesellschaft im Verhältnis zur GmbH, vgl. *Sprengel*, in: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?, in: *Maecenata Institut* (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 35.

⁹⁰⁶ So diente die Umwandlung in die heutige NORDAKADEMIE: Hochschule der Wirtschaft ausdrücklich auch als Partizipationsangebot an die Wirtschaft mit der Zielsetzung, vor allem mittelständische und kleine Unternehmen als Träger (Aktionäre) der NORDAKADEMIE zu gewinnen, siehe „Umwandlung in eine gemeinnützige AG“, Meldung März 1996, [http://www.nordakademie.de/27.html?&cHash=651f030bc96ed5196fd0a051e61fe1fb&tx_nahistorie_pi1\[showUid\]=17](http://www.nordakademie.de/27.html?&cHash=651f030bc96ed5196fd0a051e61fe1fb&tx_nahistorie_pi1[showUid]=17), abgerufen: April 2012; im Übrigen *Sprengel*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?, in: Reihe Opuscula des Maecenata Institut (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 12.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Was im Übrigen die (weiteren) Finanzierungsmöglichkeiten anbetrifft, so besteht sowohl bei der Aktiengesellschaft als auch bei der GmbH grundsätzlich die Möglichkeit, sich durch Kapitalerhöhungen neue Kapitalmittel zuzuführen.⁹⁰⁷ So stehen der GmbH als effektive Maßnahmen die Kapitalerhöhung gegen Einlagen (vgl. § 55 GmbHG) und – mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008 („MoMiG“)⁹⁰⁸ – die Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital (vgl. § 55 a GmbHG) zur Verfügung. Durch die Einführung des genehmigten Kapitals im GmbH-Recht besteht damit nicht mehr nur für die Aktiengesellschaft, sondern auch für die GmbH eine erleichterte Unternehmensfinanzierung.⁹⁰⁹ So kann der Geschäftsführer einer GmbH nunmehr zeitnah und flexibel auf erhöhten Mittelbedarf der Gesellschaft reagieren, indem er im Rahmen seiner gesellschaftsvertraglichen Ermächtigung eine Kapitalerhöhung durchführt, ohne dass es einer (weiteren) Beschlussfassung der Gesellschafter hierüber bedarf. Wenn somit *Bayer/Hoffmann* einen Vorteil der (gemeinnützigen) Aktiengesellschaft gegenüber der (gemeinnützigen) GmbH in der erleichterten Refinanzierungsmöglichkeit sehen⁹¹⁰, so ist dieser mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen weggefallen. Im Unterschied zur Aktiengesellschaft besteht für die GmbH allerdings nicht die Möglichkeit der bedingten Kapitalerhöhung.⁹¹¹ Die Art der Kapitalerhöhung, die nur zu Zwecken der Gewährung von Umtausch- oder Bezugsrechten an Gläubiger von Wandelschuldverschreibungen, zur Vorbereitung des Zusammenschlusses mehrerer Unternehmen sowie zur Gewährung von Bezugsrechten an Arbeitnehmer und Mitglieder der Geschäftsführung der Gesellschaft oder eines verbündeten Unternehmens im Wege des Zustimmungs- oder Ermächtigungsbeschlusses (vgl. § 192 Abs. 2 AktG) zugelassen ist, dürfte für den Gemeinnützigkeitssektor jedoch nicht von Relevanz sein. Eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, das heißt die Möglichkeit der Erhöhung durch Umwandlung von Rücklagen in Stammkapital (ohne effektiven Zufluss neuen Kapitals), ist der GmbH und der Aktiengesellschaft gleichermaßen möglich (vgl. § 57 c GmbHG, §§ 207 ff AktG).

Was die gesetzlich vorgesehene Organisationsstruktur anbetrifft, so ist im Unterschied zur Aktiengesellschaft der Aufsichtsrat der GmbH grundsätzlich kein zwingendes, sondern fakultatives Organ (vgl. § 52 GmbHG). Der gesetzlich vorgegebene Organisationsaufbau ist damit regelmäßig ein zweigliedriger, der sich aus folgenden Organen zusammensetzt: der Geschäftsführung (vgl. § 35 GmbHG) und den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit⁹¹² bzw. der Gesellschafterversammlung⁹¹³.

Den Geschäftsführern der GmbH obliegt gemäß § 35 GmbHG die Vertretung der Gesellschaft, die Geschäftsführung insoweit, als sich aus Gesetz oder Satzung nicht ein anderes ergibt (vgl. §§ 45, 46 GmbHG) und sich keine ungeschriebenen Beschränkungen der Ge-

⁹⁰⁷ Zur Aktiengesellschaft siehe oben 2. Teil B. I. 1. a).

⁹⁰⁸ BGBI. I 2008, S. 2026 ff.

⁹⁰⁹ Roth, in: Roth/Altmeppen, GmbHG Kommentar, § 55 a, Rnrrn. 1 und 1a.

⁹¹⁰ Vgl. *Bayer/Hoffmann*, Der Aufsichtsrat 2008, S. 25, 25

⁹¹¹ Roth, in: Roth/Altmeppen, GmbHG Kommentar, § 55, Rn. 3.

⁹¹² So Schmidt, in Scholz: Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 45, Rnrrn. 1 und 5; Schmidt/Seibt, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 48, Rn. 1; Römermann, in: Michalski (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 48, Rn. 8.

⁹¹³ Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, § 3, Rn. 3.228.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

schäftsführungsbefugnis ergeben.⁹¹⁴ Die Geschäftsführungsbefugnis umfasst dabei regelmäßig die sog. laufende Geschäftsführung,⁹¹⁵ das heißt die (tatsächlichen und rechtsgeschäftlichen) Handlungen, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb mit sich bringt sowie die organisatorischen Maßnahmen zur gewöhnlichen Gesellschaftsverwaltung.⁹¹⁶ Im Unterschied zur Aktiengesellschaft, bei der der Vorstand eigenverantwortlich und damit weisungsunabhängig die Gesellschaft leitet⁹¹⁷, werden bei der GmbH die Entscheidungen nicht in eigener Verantwortung der Geschäftsführung getroffen.⁹¹⁸ Vielmehr nehmen die Gesellschafter einer GmbH im gesetzestypischen Normalfall auf die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft durch ihr uneingeschränktes Weisungsrecht (vgl. § 37 Abs. 1 2. Alt. GmbHG) gegenüber der Geschäftsführung Einfluss.⁹¹⁹ Die maßgeblichen Entscheidungsträger der GmbH sind demzufolge die Gesellschafter⁹²⁰; sodass die Entscheidung sowie die Umsetzung der Entscheidung regelmäßig auf zwei verschiedenen Ebenen stattfindet: die Entscheidung auf Ebene der Gesellschafter, die Umsetzung dessen auf Ebene der Geschäftsführer. Folgt man dem gesetzlichen Leitbild, so ist eine gezielte Ausrichtung der Gesellschaft durch die Geschäftsführung mangels Kompetenzbündelung auf einer Ebene nicht in dem Umfang wie bei der Aktiengesellschaft möglich; die Rechtsform der GmbH ist damit nicht wie die Aktiengesellschaft als manageriales Steuerungsinstrument konzipiert⁹²¹.

Aufgrund der grundsätzlichen Disponibilität des GmbH-Rechts – im Gegensatz zum Aktienrecht – besteht allerdings neben der Erweiterungs-, auch die Einschränkungsmöglichkeit des gesetzlichen Kompetenzbereiches der Gesellschafter (vgl. §§ 45, 46 GmbHG).⁹²² Das heißt konkret: Durch entsprechende Regelungen im Gesellschaftsvertrag kann die Stellung der Geschäftsführer gestärkt werden, indem ihnen eigene Entscheidungskompetenzen in Bezug auf die Geschäftsführung eingeräumt werden;⁹²³ dabei darf allerdings nicht die Stellung der Gesellschafterversammlung als höchstes Organ der Gesellschaft ausgehöhlt werden.

⁹¹⁴ Vgl. *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 3, Rn. 3.44; zu ungeschriebenen Einschränkungen siehe BGH vom 25. Februar 1991, II ZR 76/90, NJW 1991, S. 1681, 1682 (bei Änderungen der Grundlagen der Geschäftspolitik); BGH-Urteil vom 25. Februar 1982, II ZR 174/80, BGHZ 83, S. 122 ff (bei schwerwiegenden Eingriffen in die Rechte und Interessen der Aktionäre, sog. „Holzmüller-Entscheidung“ zur Aktiengesellschaft) sowie BGH-Urteil vom 26. April 2004, II ZR 155/02, NJW 2004, S. 1860 ff und BGH-Urteil vom 26. April 2004, II ZR 154/02, NZG 2004, S. 575 ff (zu ungeschriebenen Mitwirkungsbefugnissen der Hauptversammlung, sog. „Gelatine“-Entscheidungen).

⁹¹⁵ *Schneider*, in: *Scholz*, Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 37, Rn. 1 und 11; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Kommentar zum GmbHG, § 37, Rn. 6.

⁹¹⁶ *Schneider*, in: *Scholz*, Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 37, Rn. 11.

⁹¹⁷ Siehe bereits oben 2. Teil B. I. 2. a).

⁹¹⁸ *Schneider*, in: *Scholz*, Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 37, Rn. 30.

⁹¹⁹ *Van Randenborgh*, in: *Schauhoff* (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 8; vgl. auch *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 3, Rn. 3.228.

⁹²⁰ *Van Randenborgh*, in: *Schauhoff* (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 14; Geschäftsführung als wesentlicher Bereich der „Allzuständigkeit“ der Gesellschafterversammlung; *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, Kommentar zum GmbHG, § 46, Rn. 89 ff.

⁹²¹ Zur exponierten Stellung des Vorstands siehe oben 2. Teil B. I. 2. a).

⁹²² Vgl. *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 3, Rn. 3.230; *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, Kommentar zum GmbHG, § 46, Rn. 92 ff; *Schneider*, in: *Scholz*, Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 37, Rn. 20.

⁹²³ *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, Kommentar zum GmbHG, § 46, Rn. 93.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

den⁹²⁴. Eine unantastbar starke Stellung wie die des Vorstands einer Aktiengesellschaft kann die Geschäftsführung einer GmbH aber schon aufgrund der unabdingbaren Möglichkeit der Gesellschafter, die ihnen durch Gesellschaftsvertrag entzogenen Kompetenzen durch einen den Gesellschaftsvertrag abändernden Beschluss (vgl. §§ 53, 54 GmbHG) wieder an sich zu ziehen⁹²⁵, nicht erlangen.

Im Übrigen besteht die grundsätzliche und unabdingbare Verpflichtung der Geschäftsführer, jedem Gesellschafter auf Verlangen unverzüglich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaften zu geben und die Einsicht der Bücher und Schriften zu gestatten (vgl. § 51 a GmbHG). Ein entsprechendes Auskunfts- und Einsichtsrecht der Aktionäre ist dem Aktienrecht fremd; dies verdeutlicht umso mehr die vergleichsweise exponierte Vorstandsstellung bzw. die Bedeutung der Gesellschafterstellung innerhalb der GmbH.

Im Unterschied zur Geschäftsführung der GmbH wird der Vorstand der Aktiengesellschaft allerdings zwingend durch den Aufsichtsrat kontrolliert (vgl. § 111 Abs. 1 AktG)⁹²⁶, deren Kontrolltätigkeit auch ein Informationsrecht im Sinne eines Einsichts- und Prüfungsrechts der Bücher und Schriften umfasst (vgl. § 111 Abs. 2 S. 1 AktG). Dieser dreigliedrige Organisationsaufbau erfordert im Gegensatz zum grundsätzlich zweigliedrigen Organisationsaufbau der GmbH unter anderem einen erhöhten Verwaltungs(kosten)aufwand, der im Hinblick auf die für die Gemeinnützigkeit zu wahrende Gesamtangemessenheit der Verwaltungskosten besonders ins Gewicht fällt. Unter Corporate Governance-Gesichtspunkten sind der dreigliedrige Aufbau der Aktiengesellschaft und das dichte Regelungskorsett jedoch durchaus vorteilhaft, gewährleisten doch die strenge Kompetenztrennung und die Kontrollregelungen und -mechanismen eine transparente und von gegenseitiger Kontrolle geprägte Unternehmensleitung und -führung.⁹²⁷

Allerdings ist es der GmbH unbenommen, neben den beiden gesetzlich zwingenden Organen weitere Organe wie einen Aufsichtsrat oder Beirat in die Organisationsstruktur der GmbH einzugliedern (zur Zulässigkeit der Eingliederung eines fakultativen Aufsichtsrats vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG). Im Unterschied zur Aktiengesellschaft ist die Binnenstruktur eines fakultativ gebildeten Aufsichtsrats gesetzlich nicht zwingend vorgegeben, sie ergibt sich primär aus dem Gesellschaftsvertrag. So sind die aktienrechtlichen Bestimmungen, auf deren entsprechende Anwendung das GmbH-Gesetz bei Bestellung eines fakultativen Aufsichtsrats verweist, dispositiv (vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG). Ist die Bildung eines Aufsichtsrats für die GmbH gesetzlich verpflichtend wie ab einer Unternehmensgröße mit mehr als fünfhundert Arbeitnehmern (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 DrittelbG), so finden die Regelungen der einschlägigen Spezialgesetze Anwendung (vgl. beispielsweise §§ 1 ff DrittelbG; §§ 1 ff MitbestG). Hinsichtlich der gesetzlich normierten Mitbestimmungs- und Vertretungsrechte von Arbeitnehmern gelten dieselben Ausschlüsse und Einschränkungen, wie bei der Aktiengesellschaft zu den Tendenzbetrieben sowie Religionsgemeinschaften und deren karitativen und erzieherischen Einrichtungen oben unter 2. Teil B. I. 2. a) angeführt mit der

⁹²⁴ Vgl. Schmidt, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 45, Rn. 10 sowie § 46, Rn. 2.

⁹²⁵ Zum Rückfall von Beschlusskompetenzen an die Gesellschafter vgl. Schmidt, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 46, Rn. 5; zu Satzungsänderungen im allgemeinen siehe nachfolgend 2. Teil B. II. 6. a).

⁹²⁶ Siehe oben 2. Teil B. I. 2. a).

⁹²⁷ Siehe dazu oben 2. Teil B. I. 2. a).

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

Folge, dass sich keine Unterschiede zwischen der Rechtsform der GmbH und der Aktiengesellschaft ergeben.

Vergleicht man ferner die Aktiengesellschaft und die GmbH unter Marketinggesichtspunkten, so ist zunächst festzustellen, dass grundsätzlich auch die GmbH aufgrund der an ihr bestehenden Partizipationsmöglichkeiten als Marketing- bzw. Organisationsplattform dienen sowie von dem Ruf prestigeträchtiger bzw. renommierter Gesellschafter profitieren kann. Allerdings vermag die Aktiengesellschaft bereits aufgrund der Fungibilität der Anteile und der einfachen Teilhabemöglichkeiten als Marketing- bzw. Organisationsplattform – jedenfalls für einen größeren, auch wechselnden Kapitalgeberkreis (beispielsweise bei Standortförderungen) – geeigneter zu erscheinen.

b. Zwischenzusammenfassung und -ergebnis

Trotz derselben allgemeinen Wesensmerkmale als Kapitalgesellschaften ist die GmbH im Unterschied zur Aktiengesellschaft vom Grundsatz her auf einen kleineren, nicht stetig wechselnden Gesellschafterkreis zugeschnitten⁹²⁸. Dies vermag auch der im GmbH-Recht geltende Disponibilitätsgrundsatz nicht zu ändern. So bedarf die Übertragung von Gesellschaftsanteilen zwingend der kostenpflichtigen notariellen Beurkundung. Zur Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte im Verhältnis zur Gesellschaft, aber auch zur Vermeidung eines gutgläubigen Erwerbs Dritter sind die neuen Gesellschafter sowie die Geschäftsanteile unter Angabe der Nennbeträge und der laufenden Nummern in die Gesellschafterliste einzutragen, die wiederum in der aktualisierten Fassung zum für die Allgemeinheit frei einsehbaren Handelsregister einzureichen ist.

Aufgrund der vorgenannten vergleichsweise (kosten- und verwaltungs-) aufwendigeren und nicht abdingbaren Bestimmungen eignet sich die Rechtsform der GmbH – im Gegensatz zur Aktiengesellschaft – nur bedingt als Finanzierungsmotor; auch wenn der GmbH zur erleichterten Unternehmenfinanzierung ebenfalls Kapitalerhöhungsmöglichkeiten (mit Ausnahme der bedingten Kapitalerhöhung) wie der Aktiengesellschaft zustehen.

Auf die Einbindung von Personen, die nur einen geringen finanziellen Beitrag leisten können oder wollen, ist die GmbH insbesondere aufgrund der stets anfallenden Beurkundungskosten nicht ausgelegt.

Trotz der im Unterschied zur GmbH bestehenden Möglichkeit der Einbindung einer Vielzahl von Personen besteht bei der Aktiengesellschaft darüber hinaus die Möglichkeit – ebenso wie bei der GmbH –, die Gesellschaft durch Vinkulierungsklauseln vor der Beteiligung unliebsamer Dritter zu schützen und persönlich auszugestalten.

Was die Partizipationsmöglichkeiten anbetrifft, so bietet die Rechtsform der Aktiengesellschaft gerade aufgrund der Fungibilität und Anonymität der Anteile eine vergleichsweise einfache Teilhabe- (und Austritts-)Möglichkeit und damit die Möglichkeit, eine Vielzahl von Personen nicht nur finanziell, sondern auch aktiv, das heißt im Rahmen ihrer Mitspracherechte und Teilhaberechte, partizipieren zu lassen. Aufgrund der Weisungsunabhängigkeit des

⁹²⁸ Vgl. auch *van Randenborgh*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 12 (zum Zuschnitt der GmbH im Allgemeinen).

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Vorstands ist eine unmittelbare Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Gesellschaft den Aktionären jedoch nicht möglich.

Im Unterschied hierzu können die Gesellschafter einer GmbH, zumindest im gesetzestypischen Normalfall, über ihr grundsätzlich uneingeschränktes Weisungsrecht Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen und damit auf die tatsächliche Verwirklichung des gemeinnützigen Zwecks.

Aus dem Blickwinkel der gemeinnützigen Einrichtung gewährleistet die Rechtsform der Aktiengesellschaft als Folge der fehlenden unmittelbaren Einflussnahmemöglichkeit der Aktionäre auf die Geschäftsführung eine starke Durchgriffsmacht und damit eine gezielte und konzentrierte Steuerungsmöglichkeit der Gesellschaft durch den Vorstand. Auch bei der GmbH können der Geschäftsführung – aufgrund des im Unterschied zum Aktienrecht weitestgehend geltenden Disponibilitätsgrundsatzes – umfassende Entscheidungsbefugnisse und damit eine starke Stellung eingeräumt werden. Dies bedarf der satzungsmäßigen Einschränkung des gesetzlichen Kompetenzbereiches der Gesellschafter und somit der Beschränkung deren grundsätzlicher Weisungsbefugnisse. Aufgrund der unabdingbaren Möglichkeit für die Gesellschafter, Kompetenzen wieder an sich zu ziehen, ist eine manageriale Steuerung der Gesellschaft nicht unantastbar gewährleistet.

Im Übrigen ist auch das weitgehende Auskunfts- und Einsichtsrecht des § 51 a GmbHG der Gesellschafter diesen nicht entziehbar.

Im Unterschied zur GmbH ist der Vorstand der Aktiengesellschaft allerdings der laufenden Kontrolle des Aufsichtsrats ausgesetzt.

Der dreigliedrige Organisationsaufbau der Aktiengesellschaft unterliegt einer vergleichsweise strengen und hohen Regelungsdichte und erfordert einen höheren Verwaltungs(kosten)aufwand als der grundsätzlich zweigliedrige Organisationsaufwand der GmbH. Er ermöglicht dabei allerdings eine hohe Kontrolldichte sowie Transparenz und kann somit unter Corporate Governance-Gesichtspunkten einen Vorteil begründen. Der GmbH steht es aber frei, das für die Aktiengesellschaft zwingend vorgesehene Kontrollsysten durch entsprechende Satzungsregelungen einzuführen, und – im Unterschied zur Aktiengesellschaft – die Binnenstruktur des Aufsichtsrats individuell auszugestalten. Lediglich bei Erreichen gewisser Schwellenwerte – wie einer bestimmten Mindestarbeiteranzahl (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelnG) – ist die Bildung eines Aufsichtsrats auch für die GmbH verpflichtend. In diesem Fall gelten für die GmbH und die Aktiengesellschaft die einschlägigen Spezialgesetze gleichermaßen, so auch die Ausnahmeregelungen für Tendenzbetriebe sowie Religionsgemeinschaften und deren karitative und erzieherische Einrichtungen.

Die GmbH kann durchaus als Marketing-, aber auch Organisationsplattform genutzt werden; aufgrund der kosten- und verwaltungsunaufwendigen Teilhabemöglichkeiten, aber auch der Weisungsunabhängigkeit des Vorstands bietet sich allerdings die Aktiengesellschaft als Organisationsinstrumentarium bei der Einbindung einer Vielzahl von kapitalgebenden Personen an.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

2. Die (gemeinnützige) Aktiengesellschaft im Verhältnis zum (gemeinnützigen) eingetragenen Verein

a. Fundraising-, Partizipations-, manageriale Steuerungs- sowie Marketingsgesichtspunkte

Ein Verein im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist nach der Rechtsprechung ein auf gewisse Dauer angelegter, körperschaftlich organisierter Zusammenschluss einer größeren Anzahl von Personen, die einen gemeinschaftlichen (wirtschaftlichen, vgl. § 22 BGB, oder nicht-wirtschaftlichen, vgl. § 21 BGB) Zweck verfolgen, wobei sich die körperschaftliche Organisation insbesondere in einem Gesamtnamen und in der Unabhängigkeit vom Wechsel der Mitglieder äußert⁹²⁹. Durch die Eintragung in das Vereinsregister erlangt der nicht-wirtschaftliche Verein Rechtsfähigkeit (vgl. § 21 BGB).

Der eingetragene Verein ist die Grundform der Körperschaft des Privatrechts⁹³⁰ und damit auch der Aktiengesellschaft. Die wesentlichen Unterschiede dieser beiden Rechtsformen ergeben sich aus der für die Aktiengesellschaft geltenden Maßgeblichkeit der Sondergesetze⁹³¹. Während die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs für den eingetragenen Verein (lediglich) einen – wenn auch im Grundsatz zwingenden – Rahmen in Bezug auf die Rechtsfähigkeit und Verfassung vorgeben (vgl. insbesondere § 40 iVm. §§ 26 ff BGB) und die Gründer bzw. Vereinsmitglieder in der inhaltlichen Ausgestaltung des Innenrechts durch Satzung als Ausfluss der grundgesetzlich geschützten Vereinsautonomie (vgl. Art. 9 Abs. 1 GG) im Grundsatz⁹³² frei sind,⁹³³ enthält das Aktiengesetz konkrete Regelungen, die in der Regel nicht abdingbar sind (vgl. § 23 Abs. 5 AktG).

Die charakteristischen Merkmale eines Vereins ergeben sich aus den gesetzlichen Bestimmungen, namentlich den in §§ 26 ff BGB enthaltenen Regelungen, die grundsätzlich nicht dispositiv sind⁹³⁴ (vgl. § 40 BGB). Hierzu zählt insbesondere die gesetzliche Ausgestaltung des Mitgliedschaftsrechts. Die Mitgliedschaft ist die Rechtsbeziehung zwischen den Mitgliedern und dem Verein und umfasst alle Rechte und Pflichten des Mitglieds als solches.⁹³⁵ Für die Mitgliedschaft in einem eingetragenen Verein werden in der Regel (wiederkehrend) Beiträge erhoben (vgl. auch § 58 Nr. 2 BGB).⁹³⁶ Die Mitglieder leisten damit (regelmäßig) einen Beitrag – der zwar im Grundsatz gemäß § 10 b Abs. 1 EStG bis zu einer gewissen Höchstgrenze als Sonderausgabe steuerlich abziehbar ist, sofern es sich um einen gemeinnützigen Verein im Sinne der §§ 51 ff AO handelt –, ohne aber eine vermögensmäßige

⁹²⁹ Vgl. RG vom 2. Februar 1905, Rep. VI 153/04, RGZ 60, S. 94, 99 und 100; RG vom 25. Oktober 1910, Rep. VII 589/09, RGZ 74, S. 371, 372; *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, Einf. v. § 21, Rn. 14.

⁹³⁰ Vgl. BGH vom 21. Januar 1991, II ZR 144/90, NJW 1991, S. 1727, 1729; *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 1; *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 1, Rn. 1.5

⁹³¹ Vgl. *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, Einführung vor § 21, Rn. 16.

⁹³² Vgl. *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 25, Rn. 7.

⁹³³ *Van Randenborgh*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 2, Rn. 26.

⁹³⁴ Vgl. *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, § 40, Rn. 1.

⁹³⁵ So *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 38, Rn. 1.

⁹³⁶ Vgl. *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 58, Rn. 2.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Beteiligung als Gegenwert oder im Falle des Austritts den für die Mitgliedschaft aufgewendeten Beitrag (zurück)zuerhalten. So ist mit der Mitgliedschaft kein Anteil am Vereinsvermögen verbunden,⁹³⁷ die Mitglieder erwerben kein (anteiliges) Eigentum an dem Vereinsvermögen, auch kein wirtschaftliches Eigentum.⁹³⁸ Eine eigentümerähnliche Vermögensposition kommt ihnen allenfalls als Kollektiv (Mitgliederversammlung) insofern zu, als im Liquidationsfall eines – nicht gemäß §§ 51 ff AO steuerbegünstigten (vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 4 AO) – eingetragenen Vereins das Vereinsvermögen auf die Vereinsmitglieder verteilt wird,⁹³⁹ zumindest sofern es an einer Bestimmung des Anfallberechtigten fehlt und der Verein nach der Satzung ausschließlich den Interessen der Mitglieder diente (vgl. § 45 Abs. 3 BGB).⁹⁴⁰ Die Mitgliedschaft als höchstpersönliches Recht ist gemäß § 38 S. 1, § 40 BGB grundsätzlich nicht übertragbar und nicht vererblich. Die ggf. zu Beginn und/oder für die Dauer der Mitgliedschaft geleisteten Beiträge sind damit wertmäßig verloren, auch der Wert des Innehabens einer Mitgliedschaft, der beim gemeinnützigen Verein jedenfalls in der Teilhabemöglichkeit durch Ausübung des Mitgliedschaftsrechts besteht, erlischt mit dem Tod.

Das ist bei der Aktiengesellschaft anders. Wie bereits unter 2. Teil B. I. 1. a) ausgeführt, wird für den Erwerb einer Aktie und der damit verbundenen Beteiligung an der Gesellschaft eine einmalige Leistung (Einlage plus ggf. Agio) erbracht. Die geleistete Einlage ist durch Veräußerung der Aktie wieder rückholbar, sofern der Einlagenrückgewähranspruch (im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO) beschränkt ist.⁹⁴¹ Ist der Anspruch ausgeschlossen, ist dies zwar nicht zulässig.⁹⁴² Die geleistete Einlage ist in diesem Fall aber zumindest – wie der Mitgliedsbeitrag – als Zuwendung im Sinne des § 10 b Abs. 1 EStG bzw. § 9 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 KStG sonderabzugsfähig.⁹⁴³ Sofern die Aktie nicht rechtsgeschäftlich auf einen Dritten übertragen wird, verbleibt sie als Anteil am Gesellschaftsvermögen und damit korrespondierend als Teilhabewert im Vermögen des Aktieninhabers.⁹⁴⁴ Den Anteil am Gesellschaftsvermögen wird man auch beim Einlagenrückgewährausschluss für die Dauer der Aktionärsstellung den Aktionären zubilligen müssen. Er lässt sich lediglich bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung des Anteils wertmäßig nicht realisieren. Der Anteil am Gesellschaftsvermögen geht auch durch Tod des Aktieninhabers nicht verloren.⁹⁴⁵ Durch die einmalig geleistete Leistung zum Erwerb der Aktie wird ein dauerhafter Wert geschaffen, der als solcher in dem Vermögen eines Dritten fortbesteht.⁹⁴⁶

Gerade die im Unterschied zur Mitgliedschaft bestehende Vererbbarkeit einer Aktie kann im Gemeinnützigen-Sektor einen weiteren Vorteil begründen: Schließlich können die (Nachfolge-)Generationen über die Beteiligung an der Gesellschaft einen ideellen bzw. emotionalen Bezug zu der konkreten Zweckverfolgung bzw. zu konkreten Projekten der entsprechenden gemeinnützigen Gesellschaft aufbauen, die in einem besonderen Engage-

⁹³⁷ *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 38, Rn. 1 a.

⁹³⁸ Vgl. *van Randenborgh*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 10.

⁹³⁹ So *van Randenborgh*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 10.

⁹⁴⁰ *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 45, Rn. 4.

⁹⁴¹ Siehe oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (5) (a).

⁹⁴² Siehe oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (5) (a) und (b).

⁹⁴³ Siehe oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (4).

⁹⁴⁴ Entsprechendes gilt für den GmbH-Geschäftsanteil.

⁹⁴⁵ Entsprechendes gilt für den GmbH-Geschäftsanteil.

⁹⁴⁶ Entsprechendes gilt für den GmbH-Geschäftsanteil.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

ment, in der Akquise anderer für die Gesellschaft oder aber auch in Spenden münden kann. So werden beispielsweise die Aktien der Zoologischer Garten Berlin Aktiengesellschaft teilweise – als Zeichen der Verbundenheit – seit Jahrzehnten von (Familien-)Generation zu (Familien-)Generation vererbt⁹⁴⁷.

Im Unterschied zur Aktiengesellschaft besteht durch die Wahl der Rechtsform des eingetragenen Vereins allerdings die Möglichkeit zur satzungsmäßigen Erhebung von einmaligen, aber auch wiederkehrenden Beiträgen sowie (Sonder-)Umlagen⁹⁴⁸. Somit kann über eine entsprechende Satzungsregelung dem Vereinsvermögen kontinuierlich neues Kapital zur Zweckverwirklichung zugeführt und – bei konkret veranlasstem Sonderbedarf – sogar eine Umlage erhoben werden.

Das Aktienrecht sieht – abgesehen von der Leistung zum Erwerb einer Aktie – keine vermögensmäßigen Beiträge der Aktionäre vor. Die Aktiengesellschaft kann somit grundsätzlich nur durch die Ausgabe von Aktien Grundkapital und – je nach Höhe des Agio – ein über das Grundkapital hinausgehendes Kapital zur Sicherstellung der Zweckverwirklichung akquirieren. Aufgrund des gesetzlich normierten Mindestnennbetrags (bzw. des auf die einzelne Aktie entfallenden anteiligen Mindestbetrages) in Höhe von 1 Euro (vgl. § 8 Absätze 2 und 3 AktG) ist die Anzahl der auf das Grundkapital zu berechnenden, auszugebenden Aktien jedoch begrenzt. Allerdings besteht die – wenn auch grundsätzlich nicht in der Herrschaftssphäre der Gesellschaft liegende – Möglichkeit, über die Weiterveräußerung von Aktien, die Aktionäre auf der Dritt Ebene vornehmen, weitere Gelder zu generieren (z.B. Erzielung von Veräußerungserlösen zugunsten der Gesellschaft, siehe dazu oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (5)).⁹⁴⁹ Bei weiterem Kapitalbedarf verbleibt der Aktiengesellschaft – sofern in der Satzung vorgesehen – die Möglichkeit der Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital sowie die regelmäßig (zeit)aufwendigeren, übrigen Kapitalerhöhungsmöglichkeiten⁹⁵⁰, die jedoch – bei Ausschluss oder Nichtausübung von Bezugsrechten⁹⁵¹, vgl. (§ 203 Abs. 1 S. 1 AktG) iVm. § 186 AktG – die Verwässerung der jeweiligen Anteilsrechte zur Folge haben können⁹⁵². Eine wiederkehrende Leistungsverpflichtung im Sinne einer wiederkehrenden Einlage- und Agioleistungsverpflichtung kann den Aktionären einer Aktiengesellschaft nicht auferlegt werden.

Im Unterschied zum eingetragenen Verein bietet die Rechtsform der Aktiengesellschaft jedoch kapitalmäßig eine gewisse Planungssicherheit. So ist die Kapitaleinnahme durch Ausgabe von Aktien konkret bezifferbar. Bei Ausscheiden eines Aktionärs bleibt die geleistete Einlage sowie das ggf. geleistete Agio (oder dessen Surrogat) regelmäßig im Vermögen der Gesellschaft. Ein Einnahmedefizit entsteht nicht. Erfolgt das Ausscheiden durch Veräußerung des Anteils auf einen Dritten, der nicht die Gesellschaft selbst oder eine Körperschaft/juristische Person des öffentlichen Rechts im Sinne des § 58 Nr. 2 AO ist, so besteht – im Gegenteil – die Möglichkeit der Generierung weiterer Finanzmittel.⁹⁵³

⁹⁴⁷ Sprengel, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?, in: Maecenata Institut (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 10.

⁹⁴⁸ Vgl. u.a. Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 58, Rn. 2.

⁹⁴⁹ Siehe dazu oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (5).

⁹⁵⁰ Siehe oben 2. Teil B. I. 1. a).

⁹⁵¹ Hüffer, Kommentar zum AktG, § 186, Rn. 3.

⁹⁵² Vgl. Hüffer, Kommentar zum AktG, § 186, Rn. 2.

⁹⁵³ Siehe oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (5).

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Beim eingetragenen Verein hingegen wird die Höhe des Kapitalzuflusses durch die Anzahl der Mitglieder im jeweiligen Geschäftsjahr bestimmt und kann damit (erheblichen) Schwankungen durch Mitgliederzuwachs bzw. Mitgliederverlusten unterliegen; wobei das daraus resultierende Planungsrisiko – je nach satzungsmäßiger Beitragsregelung – von unterschiedlicher Intensität sein kann. Sind lediglich einmalige Beiträge wie z.B. eine Aufnahmegerühr in der Satzung vorgesehen, so erhöht sich das Vereinsvermögen mit jedem Eintritt; der Verein ist in diesem Fall – mit Ausnahme etwaig zu erhebender (Sonder-)Umlagen – vermögensmäßig von der Dauer der Mitgliedschaft des jeweiligen Mitglieds unabhängig. Bei Austritt des Mitglieds bleibt der geleistete Beitrag dem Vereinsvermögen wertmäßig erhalten; ein zukünftiges Einnahmedefizit wird nicht begründet (Ausnahme: bei Sonderumlagen). Das kapitalmäßige Planungsrisiko ist gen Null reduziert, sofern vermögensmäßig vom status quo ausgegangen wird. Sieht die Satzung hingegen (darüber hinaus) eine wiederkehrende Beitragspflicht vor, wie beispielsweise eine monatliche oder jährliche, besteht grundsätzlich ein Einnahmeverlust- und Planungsrisiko durch die Möglichkeit des Austritts von Mitgliedern.

Was die Partizipationsmöglichkeiten anbetrifft, so bedarf der Ein- und Austritt von Mitgliedern von Gesetzes wegen keiner besonderen Form und ist damit – wie bei der Aktiengesellschaft⁹⁵⁴ – ohne Kostenaufwand möglich⁹⁵⁵. Im Unterschied zum Austritt aus der Aktiengesellschaft bedarf es zum Austritt aus dem eingetragenen Verein jedoch keines erwerbswilligen Dritten; der Austritt ist jederzeit bzw. – sofern in der Satzung vorgesehen – am Schluss des Geschäftsjahrs oder mit Ablauf der Kündigungsfrist möglich (vgl. § 39 BGB).

Was die Organisationsstruktur des Vereins anbetrifft, so sieht das Gesetz einen zweigliedrigen und damit einen grundsätzlich verwaltungs(kosten)unaufwendigeren Aufbau als der zwingend dreigliedrige Organisationsaufbau der Aktiengesellschaft⁹⁵⁶ vor. Zwingende Organe des Vereins sind der Vorstand und die Mitgliederversammlung (vgl. § 26 Abs. 1 sowie § 32 BGB). Darüber hinaus kann die Satzung die Bildung weiterer Organe wie einen Beirat oder Aufsichtsrat vorsehen.⁹⁵⁷

Dem Vorstand obliegt gemäß § 26 Abs. 2 BGB die Vertretung des Vereins; im Übrigen auch – nach Maßgabe der § 27 Abs. 3 iVm. §§ 664 bis 670 BGB – die Geschäftsführung.

Wie bei der GmbH und im Gegensatz zur Aktiengesellschaft sind nach dem gesetzlichen Leitbild die maßgebliche Entscheidungsebene und die Geschäftsführungsebene getrennt. So übt die Mitgliederversammlung als oberstes Organ des Vereins⁹⁵⁸ im gesetzestypischen Normalfall über ihr Weisungsrecht (vgl. § 32; § 27 Abs. 3 iVm. § 665 BGB) und die Befugnis, den Vorstand zu bestellen (vgl. § 27 Abs. 1 BGB) und auch wieder abzuberufen (vgl. § 27 Abs. 2 BGB), einen erheblichen Einfluss auf die Geschäftsführung des Vereins

⁹⁵⁴ Siehe oben 2. Teil B. I. 1. a).

⁹⁵⁵ Vgl. auch Reuter, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, § 39, Rn. 4.

⁹⁵⁶ Siehe oben 2. Teil B. I. 2. a).

⁹⁵⁷ Van Randenborgh, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 15; vgl. auch § 30 BGB (Zulässigkeit der satzungsmäßigen Bestimmung eines sog. besonderen Vertreters, d.h. eines „Vereinsorgan[s] mit beschränkter Zuständigkeit“, so Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 30, Rn. 1; im Übrigen vgl. Wortlaut des § 32 Abs. 1 S. 1 BGB: „[...] von dem Vorstand oder einem anderen Vereinsorgan [...]“).

⁹⁵⁸ Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 32, Rn. 1.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

durch den Vorstand aus. Allerdings können – wie bei der GmbH⁹⁵⁹ – die Rechte der Mitgliederversammlung durch entsprechende Satzungsbestimmungen verstärkt, aber auch eingeschränkt werden⁹⁶⁰ und die Stellung des Vorstands durch den letzten Fall gestärkt werden. Die „Letztzuständigkeit“ für grundlegende Angelegenheiten darf der Mitgliederversammlung dabei aber nicht genommen werden.⁹⁶¹ Soweit ihr das Recht zur Satzungsänderung zusteht, besteht für sie die Möglichkeit, Kompetenzen und damit Weisungsrechte wieder an sich zu ziehen.⁹⁶² Von Gesetzes wegen ist der eingetragene Verein demzufolge nicht – wie die Aktiengesellschaft – als manageriales Steuerungsinstrument konzipiert.

Die Vorteile, die die Kompetenzbündelung auf Ebene des Vorstands bei der Aktiengesellschaft im Vergleich zur grundsätzlichen Kompetenztrennung (wie bei der GmbH) bieten kann,⁹⁶³ gelten gegenüber dem Verein in besonderem Maße. Aufgrund der – im Vergleich zum Gesellschafterkreis einer GmbH – regelmäßiger höheren Anzahl von Mitgliedern im Verein, was u.a. in der verhältnismäßig (kosten)unaufwendigen Ein- und Austrittsmöglichkeit begründet liegen wird, sowie dem Umstand, dass – im Unterschied zur GmbH, bei der die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Geschäftsführung in der Regel von der Höhe der jeweiligen Kapitalbeteiligung an der GmbH abhängt (vgl. § 47 Abs. 2 GmbHG) – jedem Vereinsmitglied gleichermaßen eine Stimme zufällt (Prinzip der Stimmengleichheit), ist die Beschlussfassung im Verein und damit die Reaktions- und Handlungsmöglichkeit des Vorstandes regelmäßig schwerfälliger.⁹⁶⁴ In der gemeinnützigen Praxis ist der Vorteil der Kompetenzbündelung bereits erkannt worden. So sollen die autonomen Handlungsmöglichkeiten des Vorstands einer Aktiengesellschaft maßgeblicher Faktor für die Europäische Stiftung für innovative Bildung (EuSiB) gAG für die Wahl der Rechtsform der Aktiengesellschaft anstelle des Vereins gewesen sein.⁹⁶⁵

Was Marketing- und Organisationsgesichtspunkte anbetrifft, so ist die Nutzung des eingetragenen Vereins als Organisationsplattform aufgrund der (kosten)unaufwendigen Partizipationsmöglichkeiten, die diese Rechtsform bietet, durchaus gut geeignet. Als Marketingplattform dürfte sich der eingetragene Verein – im Gegensatz zur Aktiengesellschaft⁹⁶⁶ – aber schon aufgrund der ihm (teilweise) anhaftenden Konnotation der Vereinsmeierei, die ihre Ursache in der fehlenden Leitungskompetenz des Vorstandes bei Querelen in der Mitgliederversammlung haben dürfte, nur eingeschränkt eignen.

⁹⁵⁹ Siehe oben 2. Teil B. II. 1. a).

⁹⁶⁰ Vgl. OLG Celle vom 18. Oktober 1994, 20 W 20/94, NJW-RR 1995, S. 1273, 1273; *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rnrrn. 155 und 156

⁹⁶¹ Vgl. OLG Celle vom 18. Oktober 1994, 20 W 20/94, NJW-RR 1995, S. 1273, 1273; *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rnrrn. 155 und 156.

⁹⁶² Zur grundsätzlichen Satzungsänderungskompetenz der Mitgliederversammlung siehe nachfolgend 2. Teil B. II. 6. a).

⁹⁶³ Siehe oben 2. Teil B. I. 2. a) und 2. Teil B. II. 1. a).

⁹⁶⁴ Vgl. *van Randenborgh*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 15.

⁹⁶⁵ Vgl. „brand eins“-Artikel „Was ist eigentlich - ...EINE gAG?“, brand eins 10/2006, <http://www.brand eins.de/archiv/2006/erfolg/was-ist-eigentlich-eine-gag.html>, abgerufen: Oktober 2013.

⁹⁶⁶ Siehe oben 2. Teil B. I. 3.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

b. Zwischenzusammenfassung und -ergebnis

Sowohl die Aktiengesellschaft als auch der eingetragene Verein bieten (gemeinnützigen) Einrichtungen die Möglichkeit, von einer Vielzahl von Personen Kapital zu generieren und ihre Kapitalgeber in die Gesellschafts- bzw. Vereinsorganisation einzubinden. Beide Rechtsformen können somit als Fundraising- und Partizipationsinstrument genutzt werden, wenn auch in unterschiedlicher Ausgestaltung:

Während die Aktiengesellschaft grundsätzlich nur durch Ausgabe von Aktien Grundkapital und in Höhe des jeweiligen Agios ein über das Grundkapital hinausgehendes Kapital zur Sicherstellung der Zweckverwirklichung generieren kann und die Anzahl der auszugebenden Aktien aufgrund des gesetzlich normierten Mindestnennwertes (bzw. des auf die einzelne Aktie entfallenden Mindestbetrages) in Höhe von 1 Euro begrenzt ist (vgl. § 8 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 3 AktG), besteht bei dem eingetragenen Verein die Möglichkeit, kontinuierlich Gelder, und zwar über eine satzungsmäßige Erhebung von wiederkehrenden Beiträgen, von seinen Mitgliedern zu generieren. Auch kann der eingetragene Verein bei konkret veranlasstem Sonderbedarf eine Umlage erheben.

Der Aktiengesellschaft verbleiben bei weiterem Mittelbedarf Kapitalerhöhungsmaßnahmen, die mit Ausnahme der in der Satzung zu regelnden Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital stets von der Zustimmung der Hauptversammlung abhängen und einer (zeit)aufwendigeren Durchführung bedürfen.

Unter Fundraisinggesichtspunkten kann die gemeinnützige Aktiengesellschaft Kapitalgebern aber den besonderen (psychologischen) Anreiz bieten, diese an der Gesellschaft zu beteiligen; sie somit zu wirtschaftlichen Eigentümern „ihrer“ gemeinnützigen Einrichtung zu machen. Auch wenn der Anteil aufgrund des ausgeschlossenen Gewinnbezugsrechts wertmäßig ideeller Natur ist, bleibt jedoch im Fall der satzungsmäßigen Einlagenrückgewährbeschränkung im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO betragsmäßig die Höhe des Nennwerts der erworbenen Aktie im Vermögen des Aktieninhabers, im Falle seines Todes im Vermögen eines Dritten, erhalten. So besteht für den Aktionär einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft die Möglichkeit, den Anteil in Höhe des Nennwerts der Aktie an einen Dritten zu veräußern und damit seine geleistete Einlage wiederzuerlangen, ohne dabei das Gesellschaftsvermögen der gemeinnützigen Einrichtung zu schmälern. Wird der Rückgewähranspruch gänzlich ausgeschlossen, besteht die Möglichkeit zwar nicht. Vielmehr ist die geleistete Einlage sonderabzugsfähig. Für die Dauer der Aktionärszugehörigkeit wird man ihm aber dennoch einen Anteil am Gesellschaftsvermögen zusprechen müssen, auch wenn er diesen wertmäßig nicht realisieren kann.

Die Mitglieder eines eingetragenen Vereins hingegen leisten (regelmäßig) Beiträge, ohne im Gegenzug am Vereinsvermögen wertmäßig beteiligt zu werden. Die Beiträge sind jedoch im gewissen Umfang als Sonderausgabe steuerlich abziehbar. Das erworbene Mitgliedschaftsrecht ist grundsätzlich höchstpersönlicher Natur, folglich nicht übertragbar und nicht vererbbar. Allerdings können hiervon in der Satzung abweichende Regelungen getroffen werden. Ausgehend vom gesetzlichen Normalfall sind die geleisteten Beiträge jedoch wertmäßig verloren.

Im Unterschied zur Aktiengesellschaft, die in der zahlenmäßigen Ausgabe von Aktien beschränkt ist, besteht beim eingetragenen Verein allerdings die Möglichkeit, theoretisch unbegrenzt Mitglieder aufzunehmen und damit Finanzmittel zu generieren. Darüber hinaus

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

können nicht nur einmalige Leistungen (wie bei der Aktiengesellschaft), sondern wiederkehrende Beiträge und (Sonder-)Umlagen erhoben werden.

Sowohl die Aktiengesellschaft als auch der eingetragene Verein bieten den Kapitalgebern Partizipationsmöglichkeiten. Im Unterschied zu den Aktionären einer Aktiengesellschaft können die Mitglieder eines eingetragenen Vereins allerdings jederzeit am Schluss des Geschäftsjahres bzw. mit Ablauf der Kündigungsfrist ausscheiden; wohingegen den Aktionären dies zu Lebzeiten grundsätzlich nur durch Übertragung der Aktie möglich ist. Regelmäßig wird ein erwerbswilliger Dritter hierzu erforderlich sein. Aufgrund der jederzeitigen Austrittsmöglichkeit kombiniert mit der unbegrenzten Möglichkeit der Aufnahme von Mitgliedern kann aus Sicht des eingetragenen Vereins jedoch ein Planungsrisiko bestehen.

Auch erlangen die Mitglieder, zumindest im gesetzestypischen Normalfall über ihr Weisungsrecht unmittelbare Einflussnahmemöglichkeiten auf die Geschäftsleitung und damit auch in Bezug auf die konkrete Ausrichtung der Gesellschaft. Sie können sich somit grundsätzlich weiter gehend in die Geschäftstätigkeit einbringen. Aus Sicht der gemeinnützigen Einrichtung birgt dies jedoch die Gefahr langwieriger Entscheidungsprozesse und eine verminderte Handlungs- und Reaktionsfähigkeit insbesondere auf sich verändernde Verhältnisse. Zwar kann die Entscheidungskompetenz durch entsprechende Satzungsbestimmungen eingeschränkt werden; eine gewisse Letztzuständigkeit der Mitglieder muss aber verbleiben.

Im Unterschied dazu besteht bei der Aktiengesellschaft schon qua Gesetz nicht die Gefahr langwieriger Prozesse (u.a.). Sie kann somit aus Sicht einer gemeinnützigen Einrichtung den Vorteil bieten, eine breite Masse kapitalmäßig zu generieren und einzubinden (auch generationsübergreifend), ohne dabei aufgrund der Komptenzbündelung auf Ebene des Vorstands an Handlungs- und Reaktionsfähigkeit einzubüßen.

Was den Organisationsaufbau anbetrifft, so ist der dreigliedrige Aufbau der Aktiengesellschaft regelmäßig (kosten- und verwaltungs-)aufwendiger als der grundsätzlich zweigliedrig organisierte Verein. Diesem bleibt es aber unbenommen, weitere Organe in die Vereinsorganisation einzugliedern; verpflichtet ist er hierzu jedoch nicht.

Als Organisationsplattform können beide Rechtsformen aufgrund der einfachen Partizipationsmöglichkeiten dienen; als Marketinginstrument dürfte der Verein aufgrund der ihm anhaftenden Konnotation der „Vereinsmeierei“ regelmäßig nicht dienen.

3. Die (gemeinnützige) Aktiengesellschaft im Verhältnis zur (gemeinnützigen) rechtsfähigen Stiftung

a. Die Stiftung im klassischen Sinne

Eine Stiftung im Sinne der §§ 80 ff BGB ist eine selbständige, nicht verbandsmäßig organisierte Einrichtung, die einen vom Stifter oder von einer Mehrzahl von Stiftern festgelegten Zweck mithilfe eines dazu gewidmeten Vermögens dauernd fördern soll.⁹⁶⁷ Zur Errichtung

⁹⁶⁷ BVerwG vom 12. Februar 1998, 3 C 55/96, NJW 1998, S. 2545, 2546; BayObLG vom 25. Oktober 1972, Breg. 2Z 56/72, NJW 1973, S. 249, 249; vgl. auch *Hüttemann/Rawert*, in:

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

einer jeden Stiftung bedarf es eines formbedürftigen Stiftungsgeschäftes (vgl. § 81 Abs. 1 S. 1 iVm. §§ 126, 126 a BGB), in dem der Stifter (oder die Stifter) den auf Dauer zu verwirklichenden Zweck festlegt und verbindlich erklärt, die Stiftung mit einem zur Erfüllung dieses Zwecks erforderlichen Teil seines Vermögens auszustatten (vgl. § 81 Abs. 1 S. 2 BGB)⁹⁶⁸. Bei der Stiftung von Todes wegen hat hingegen bereits das Stiftungsgeschäft selbst die Vermögenszuwendung zu enthalten.⁹⁶⁹ Die Stiftungssatzung als organisationsrechtlicher Teil⁹⁷⁰ des Stiftungsgeschäfts muss die im Stiftungsgeschäft grundsätzlich festgelegte Zweckbestimmung konkretisieren (vgl. § 81 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 BGB)⁹⁷¹. Lediglich für den Fall des Versterbens des Stifters nach Abgabe der Stiftungserklärung mit Zweckvorgabe und fehlender satzungsmäßiger Zweckregelungen besteht gemäß § 81 Abs. 1 S. 4 iVm. § 83 S. 3 BGB eine Ergänzungsbefugnis und -pflicht der zuständigen Stiftungsbehörde. Für den Erwerb der Rechtsfähigkeit bedarf es ferner der Anerkennung⁹⁷² durch die zuständige Landesbehörde (vgl. § 80 Abs. 1 BGB).

Im Gegensatz zu den anderen juristischen Personen des Privatrechts ist die Stiftung eine reine Verwaltungsorganisation.⁹⁷³ Sie hat keine Mitglieder⁹⁷⁴ und keine Eigentümer (Gesellschafter),⁹⁷⁵ sondern gehört und verwaltet sich selbst⁹⁷⁶.

Aufgrund der fehlenden Möglichkeit, sich an einer Stiftung – wie an einer GmbH oder Aktiengesellschaft – zu beteiligen oder aber über eine Mitgliedschaft – wie im Verein – an ihr teilzuhaben, ist die (gemeinnützige) selbständige Stiftung bei Außerachtlassung anderer Ertragsquellen (z.B. Erträge aus Vermögensverwaltung) auf gänzlich altruistische Zuwendungen Dritter (z.B. Zustiftungen, Spenden, Schenkungen, Vermächtnisse) angewiesen. So erhalten diese weder einen Gegen(teilhabe)wert in Form einer Beteiligung (oder Mitgliedschaft) noch ist der zugewendete Betrag – wie bei der Aktiengesellschaft im Fall der Einlagenrückgewährbeschränkung (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 AO) in Höhe der geleisteten Einlage durch Veräußerung der Beteiligung⁹⁷⁷ – rückholbar⁹⁷⁸. Ist die Stiftung gemeinnützig im Sinne der

968 Staudinger, Kommentar zum BGB, Vorb. zu §§ 80 ff, Rn. 1; *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, Vorb. v. § 80, Rn. 5.

969 *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, §§ 80, 81, Rn. 12.

970 *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 81 BGB, Rn. 4.

971 *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, §§ 80, 81, Bd. 1, AT, Rnrr. 3 und 25.

972 *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 81, Rn. 7.

973 *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, §§ 80, 81, Rn. 1.

974 BGH vom 22. Januar 1987, III ZR 26/85, BGHZ 99, S. 344, 350; *van Randenborgh*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1 Rn. 13; *Rawert*, Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale – Stiftungszweck, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation –, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, S. 109, 110; v. *Campenhausen*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 1, Rn. 7; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 43; a.A. *Hof*, in: Seifart/Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 8, Rn. 2, der die Einordnung der Stiftung als reine Verwaltungsorganisation als zu eng empfindet.

975 BGH vom 22. Januar 1987, III ZR 26/85, BGHZ 99, S. 344, 349; *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, Vorb. v. § 80, Rn. 8; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 43.

976 Vgl. *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 5.

977 *Van Randenborgh*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 13.

978 Siehe dazu oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (5) (a).

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

§§ 51 ff AO, so steht ihr allerdings – wie im Übrigen aber sämtlichen nach (§ 10 b Abs. 1 S. 1 EStG iVm. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG steuerbefreiten Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen (damit auch der gemeinnützigen Aktiengesellschaft) – die unter Fundraisinggesichtspunkten durchaus attraktive Berechtigung zur Ausstellung von Spenden- (bzw. Zuwendungs-)Bestätigungen gemäß § 10 b EStG iVm. § 50 Einkommensteuer-Durchführungsverordnung zu mit der Folge, dass die Spenden für die zuwendenden Dritten bis zu einer festgelegten Höchstgrenze als Sonderausgaben steuerlich abzugänglich sind (vgl. § 10 b Abs. 1 EStG iVm. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG). Losgelöst von Spenden kommt der Aktiengesellschaft dieses Privileg auch im Fall des Einlagenrückgewährausschlusses im Hinblick auf die geleistete Einlage zu⁹⁷⁹. Das Privileg der – wenn auch zeitlich und betragsmäßig begrenzten – steuerlichen Abzugsfähigkeit von Spenden in den Vermögensstock neugegründeter Stiftungen nach § 10 b Abs. 1 a EStG kann hingegen nur die Stiftung ihren Spendern bieten.⁹⁸⁰

Was die Partizipationsmöglichkeiten an einer Stiftung anbetrifft, bietet die Stiftung keine – weder als Gesellschafter noch als Mitglied⁹⁸¹. Selbst der Stifter erlangt trotz Übertragung eines zur Zweckverwirklichung erforderlichen Teils seines Vermögens keine – wie auch immer geartete – Eigentümerstellung oder eigentumsähnliche Position⁹⁸².

Einen besonderen Anreiz für potenzielle Kapitalgeber, gerade ein gemeinnütziges Projekt einer Stiftung im Vergleich zur Aktiengesellschaft⁹⁸³ mit Kapital zu unterstützen, bietet diese Rechtsform bei isolierter Betrachtung der Fundraising- und Partizipationsmöglichkeiten – mit Ausnahme des Stiftungsprivilegs gemäß § 10 b Abs. 1 a EStG auf Spendenebene – folglich nicht. Vielmehr kann die Rechtsform der Aktiengesellschaft insbesondere aufgrund der Gewährung einer Beteiligung an der Gesellschaft und der damit korrespondierenden Mitsprache- und Teilhaberechten als Gegenwert für die Zur-Verfügung-Stellung von Kapital unter Finanzierungsgesichtspunkten von Vorteil sein. Davon unabhängige Gründe für den Stifter, die Rechtsform der Stiftung und nicht der Aktiengesellschaft zu wählen, wie beispielsweise das Streben nach persönlicher Anerkennung, der Wunsch, sich über den Tod hinaus ein Stück weit unsterblich zu machen oder aber die Stiftung als Instrument der Nachfolgeregelung einzusetzen⁹⁸⁴, bleiben hier außer Betracht.

⁹⁷⁸ Vgl. *Sprengel*, in: *Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?*, in: *Maecenata Institut* (Hrsg.), *Opusculum* Nr. 15, S. 1, 16, der allerdings keine Differenzierung zwischen Einlagenrückgewährbeschränkung und Anspruchsausschluss trifft.

⁹⁷⁹ Siehe dazu oben 2. Teil A. I. 3. b) ff) (4).

⁹⁸⁰ Vgl. *Weitemeyer*, in: *Die Bürgerstiftung – Rechtsform und Reformbedarf?*, in: *Hoyer/Hattenhauer/Meyer-Pritzl/Schubert* (Hrsg.), *GS Eckert*, S. 967, 977. Seit Inkrafttreten der rechtsformspezifischen Privilegierung besteht eine steigende Tendenz zu Stiftungsgründungen, *Hüttemann/Rawert*, in: *Staudinger, Kommentar zum BGB*, Vorb. zu §§ 80 ff, Rn. 190.

⁹⁸¹ Vgl. *Hof*, in: *Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch*, § 8 Rn. 5.

⁹⁸² Vgl. *van Randenborgh*, in: *Schauhoff* (Hrsg.), *Handbuch der Gemeinnützigkeit*, § 1, Rn. 13.

⁹⁸³ auch nicht im Vergleich zur GmbH und zum Verein –; vgl. zum besonderen Reiz der Aktiengesellschaft als Fundraisinginstrument, *Sprengel*, in: *Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?*, in: *Maecenata Institut* (Hrsg.), *Opusculum* Nr. 15, S. 1, 16.

⁹⁸⁴ Vgl. zu den Motiven: *Hüttemann/Rawert*, in: *Staudinger, Kommentar zum BGB*, Vorb. zu §§ 80 ff, Rn. 6; *van Randenborgh*, in: *Schauhoff* (Hrsg.), *Handbuch der Gemeinnützigkeit*, § 1, Rn. 17.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Was die Organisationsstruktur der Stiftung anbetrifft, so sieht das Gesetz als zwingendes Organ den Vorstand⁹⁸⁵ (vgl. § 86 iVm. § 26 Abs. 1 BGB) und damit grundsätzlich eine eingliedrige, somit verwaltungs(kosten)unaufwendigere Organisationsstruktur als bei der Aktiengesellschaft vor. Der Stiftungsvorstand trifft – wie der Vorstand einer Aktiengesellschaft – sämtliche Entscheidungen in eigener Verantwortung⁹⁸⁶. Er ist jedoch an den in der Stiftungsverfassung normierten – regelmäßig statischen⁹⁸⁷ – Willen des Stifters gebunden, und zwar so, wie er dort niedergelegt ist⁹⁸⁸. Eine über die Stiftungsverfassung hinausgehende, körperschaftliche Willensbildung – wie bei der Aktiengesellschaft durch die Hauptversammlung – findet nicht statt⁹⁸⁹; auch nicht durch den Stifter. Der Stifter kann sich allerdings in die Stiftungsarbeit dergestalt einbringen, als er sich zum einen selbst durch das Stiftungsgeschäft zum Alleinvorstand⁹⁹⁰ oder Vorstandsmitglied bestellt⁹⁹¹, wobei auch er bei der Stiftungsleitung der Stiftung an seinen im Stiftungsgeschäft niedergelegten, objektivierten Willen gebunden ist⁹⁹². Zum anderen besteht die Möglichkeit der mittelbaren Einflussnahme, wonach er sich für die Dauer seiner Lebenszeit das Recht zur Bestellung und Abberufung der Vorstandmitglieder vorbehält⁹⁹³.

Die Leitung der Stiftung durch den Vorstand – sei es in der Person des Stifters und/oder Dritter – unterliegt im Gegensatz zum Vorstand der Aktiengesellschaft keiner gesetzlich zwingenden internen Kontrolle⁹⁹⁴. Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft unterliegt die rechtsfähige Stiftung zwar der staatlichen Kontrolle⁹⁹⁵. Doch ist die Stiftungsaufsichtsbehörde eine reine Rechtsaufsicht; eigene Zweckmäßigkeitserwägungen trifft sie nicht.⁹⁹⁶ Sie ist darauf beschränkt, die Beachtung des Stiftungszwecks, der Satzung und der gesetzlichen

⁹⁸⁵ Vgl. *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Vorb. zu §§ 80 ff, Rn. 11; *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 7.

⁹⁸⁶ Vgl. *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 9.

⁹⁸⁷ Zu den Satzungs- und Zweckänderungsmöglichkeiten bei der Stiftung siehe nachfolgend 2. Teil B, II, 6.

⁹⁸⁸ Van Randenborgh, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 16.

⁹⁸⁹ Vgl. *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 227, 228.

⁹⁹⁰ Vgl. *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 86, Rn. 8; *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 97; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 69, 208.

⁹⁹¹ *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 97; vgl. auch *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 69, 208.

⁹⁹² Vgl. *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Vorb. zu §§ 80 ff, Rn. 5 sowie § 86, Rn. 8; *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 97; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 210.

⁹⁹³ *Jess*, Das Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, 131. Er kann dieses Recht auch einem vorhandenen weiteren Stiftungsorgan zuweisen, *Lunk/Rawert*, in: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2001, S. 91, 94 und 96; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 225; im Einzelfall sogar einer stiftungsexternen Person bzw. Institution, umstr., so *Lunk/Rawert*, in: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2001, S. 91, 94, 96 ff.; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 73 ff.

⁹⁹⁴ Vgl. *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 95.

⁹⁹⁵ Zur Kontroll-, aber auch Schutz- und Garantiefunktion, vgl. *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Vorb. zu §§ 80 ff, Rn. 84.

⁹⁹⁶ BGH vom 22. Januar 1987, III ZR 26/85, BGHZ 99, S. 344, 349; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Vorb. zu §§ 80 ff, Rn. 88; *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 48; von *Hippel*, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, S. 284.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

Bestimmungen zu überwachen.⁹⁹⁷ Eine Überprüfung beispielsweise dahingehend, ob der Vorstand das Vermögen der Stiftung vernünftig und sinnvoll für die Zweckverfolgung einsetzt, erfolgt nicht.⁹⁹⁸ Bei der Aktiengesellschaft hingegen wird durch den – wenn auch verwaltungs- und kostenaufwendigeren – dreigliedrigen Organisationsaufbau und die aktiengesetzliche strikte Aufgaben- und Funktionstrennung bei gleichzeitiger gegenseitiger Kontrolle ein internes Check and Balance-System geschaffen.⁹⁹⁹ Durch dieses aktiengesetzliche, nicht abdingbare System werden unter anderem die Entscheidungen und die Geschäftspolitik des Vorstands einer (nachträglichen) kritischen Würdigung unterzogen.¹⁰⁰⁰

Ist ein weitergehendes, stiftungsinternes Kontrollsysteum gewünscht, so ist dies die Regelungsaufgabe des Stifters. Hierzu muss er bereits im Stiftungsgeschäft explizit Bestimmungen treffen, ob und inwieweit die eigenverantwortliche Leitung durch den Vorstand einer stiftungsinternen, nicht auf die Rechtsaufsicht beschränkten Kontrolle unterliegt. So können beispielsweise durch entsprechende Satzungsregelungen weitere Organe wie Kuratorien, Aufsichtsräte oder Beiräte in die Stiftungsorganisation eingegliedert¹⁰⁰¹ (vgl. §§ 86, 30 BGB) und diese u.a. mit Kontroll-, aber auch Beratungs- und gewissen Mitwirkungskompetenzen ausgestattet werden.¹⁰⁰²¹⁰⁰³ Durch die Eingliederung eines Kontrollorgans kann beispielsweise – je nach Ausgestaltung durch den Stifter im Stiftungsgeschäft – verhindert werden, dass die gemäß §§ 86, 27 Abs. 3, 666 BGB gegenüber der Stiftung vorgeschriebene Rechnungslegungspflicht des Stiftungsvorstandes ins Leere läuft, indem das weitere Organ im Stiftungsgeschäft zum Empfangsorgan der internen Rechnungslegung bestimmt wird.¹⁰⁰⁴ Wird dem Vorstand darüber hinaus nicht die Möglichkeit eingeräumt, die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern im Wege der Kooptation durchzuführen, sondern vielmehr dem Kontrollorgan das Recht zur Bestellung und Abberufung durch das Stiftungsgeschäft zugewiesen, kann dieses Organ – ähnlich wie bei der Aktiengesellschaft der Aufsichtsrat (vgl. § 84 AktG) – mittelbar, und zwar über die Befugnis der personellen Zusammensetzung, auf die Stiftungsleitung Einfluss nehmen.¹⁰⁰⁵

⁹⁹⁷ *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 48.

⁹⁹⁸ *Van Randenborgh*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 17.

⁹⁹⁹ Siehe auch oben 2. Teil B. I. 2. a).

¹⁰⁰⁰ Siehe auch oben 2. Teil B. I. 2. a).

¹⁰⁰¹ *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Vorb. zu §§ 80 ff, Rn. 11 sowie § 86, Rn. 3; *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 81, Rn. 10.

¹⁰⁰² Vgl. v. *Campenhausen*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 1, Rn. 13.

¹⁰⁰³ Vgl. *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 77, 81 und 82; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 382.

¹⁰⁰⁴ So kommt der internen Rechnungspflicht nur dann Bedeutung zu, wenn ein weiteres Organ mit Aufsichts- bzw. Kontrollfunktion in der Stiftungsorganisation vorgesehen ist, *Orth*, Rechnungslegung und Transparenz – eine Übersicht über die geltende stiftungsrechtliche Rechtslage, insbesondere nach den Landesstiftungsgesetzen, in: Walz (Hrsg.), Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor, S. 27, 32.

¹⁰⁰⁵ Der Stifter kann das Recht zur Bestellung und Abberufung einem neben dem Stiftungsvorstand vorhandenen, weiteren Organ zuweisen, *Lunk/Rawert*, in: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2001, S. 91, 94, 96 ff.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Soll eine Stiftung zumindest eine zweigliedrige Struktur erhalten, was ihr aus den genannten (Kontroll-)Erwägungen anzuraten ist¹⁰⁰⁶, bedarf die gesamte Binnenorganisation im Unterschied zur Aktiengesellschaft einer detaillierten Regelung. Die Möglichkeit der flexiblen Satzungsgestaltung vermag zwar grundsätzlich aus Praktikabilitätsgründen vorzugswürdig zu sein. Bei der Festschreibung eines ausgewogenen Leitungs- und Kontrollsysteams wie einer persönlichen und sachlichen Trennung zwischen dem Vorstand als Leitungsorgan und einem Kontrollorgan kann jedoch aus Effektivitätsgründen ein gesetzlich vorgeschriebenes System, wie es das Aktiengesetz vorgibt, von Vorteil sein.

Allerdings birgt auch ein noch so detailliert geregeltes Kontrollsysteem einer Stiftung Risiken dergestalt, als es – im Unterschied zur Aktiengesellschaft – grundsätzlich kein Organ gibt, dessen Mitglieder durch einen finanziellen Beitrag vermögensmäßig in die Stiftung involviert sind und das damit nicht bereits aus einem gewissen Eigeninteresse heraus Maßnahmen und Tätigkeiten kritisch hinterfragt. Zwar sollte grundsätzlich jede Stiftung bemüht sein, das Kontrollorgan mit „Stiftungsinteressierten“¹⁰⁰⁷ zu besetzen, da diese am ehesten gesetzes- und/oder satzungswidrigem Verhalten des Stiftungsvorstandes energisch entgegentreten werden¹⁰⁰⁸. Nichtsdestotrotz besteht die Gefahr, dass kritische Anmerkungen nicht mit dem Nachdruck erfolgen wie bei den anderen juristischen Personen des Privatrechts, in denen bereits die jeweiligen – durch ihre vermögensmäßig an dem Schicksal des jeweiligen Verbands interessierten – Willenbildungsorgane eine selbstregulierende Wirkung entfalten¹⁰⁰⁹. Die Rechtsform der Stiftung sieht sich demzufolge Schutzdefiziten ausgesetzt¹⁰¹⁰, die zwar durch entsprechende Regelungen im Stiftungsgeschäft zu Kontrollmechanismen und -kompetenzen reduziert¹⁰¹¹, im Vergleich zur gesetzlich normierten Binnenorganisation der Aktiengesellschaft aber nicht gänzlich kompensiert werden können. Ein – wie im Aktiengesetz umfänglich enthaltener – Regelungskomplex existiert für die Stiftung nicht. Aus Sicht des Stifters, aber insbesondere zuwendender Dritter, kann die Rechtsform der Stiftung daher die Gefahr bergen, dass die gestifteten und/oder sonstigen zugewendeten Mittel mangels eines effizienten Kontrollsysteams zwar im Rahmen des Stiftungszwecks, nicht aber zwingend vernünftig eingesetzt werden.

Was die manageriale Steuerung der Stiftung als solche anbetrifft, bietet die Stiftung – wie die Aktiengesellschaft¹⁰¹² – aus dem Blickwinkel der Einrichtung den Vorteil der Kompetenzbündelung; auf veränderte gesellschaftliche, politische oder wirtschaftliche Rahmenbedingungen kann der Stiftungsvorstand aber aufgrund der grundsätzlichen Statik der Stiftungsverfassung¹⁰¹³ nicht im gleichen Maße wie der Vorstand einer Aktiengesellschaft reagieren.

¹⁰⁰⁶ Vgl. auch *Falk/Kramer/Zeidler*, in: Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. (Hrsg.), *Stiftungsstudie – Führung, Steuerung und Kontrolle in der Stiftungspraxis*, S. 15 zur siftingsinternen Doppelstruktur.

¹⁰⁰⁷ So *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 1, AT, § 85, Rn. 13.

¹⁰⁰⁸ *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 1, AT, § 85, Rn. 13.

¹⁰⁰⁹ Vgl. auch *Jakob*, *Schutz der Stiftung*, S. 6 und 95.

¹⁰¹⁰ *Jakob*, *Schutz der Stiftung*, S. 95 ff.

¹⁰¹¹ Vgl. zur Rolle der Stiftungssatzung *Jakob*, *Schutz der Stiftung*, S. 101.

¹⁰¹² Siehe oben 2. Teil B. I. 2. a).

¹⁰¹³ Zu Satzungs- und Zweckänderungsmöglichkeiten siehe nachfolgend 2. Teil B. II. 6.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

Was Marketing- und Organisationsgesichtspunkte anbetrifft, so kann die Stiftung – im Gegensatz zur Aktiengesellschaft¹⁰¹⁴ – aufgrund ihres fehlenden Verbandcharakters und der daraus resultierenden mangelnden Partizipationsmöglichkeiten keine Organisationsplattform im engeren (Teilhabe-)Sinne bieten. Allerdings kann eine gemeinnützige Einrichtung unter Marketinggesichtspunkten von der Rechtsform der Stiftung insoweit nachhaltig profitieren, als eine in der Allgemeinheit prominente Persönlichkeit oder renommiertes Unternehmen Stifter und/oder Namensgeber der Stiftung ist.¹⁰¹⁵ Das gemeinnützige Projekt erreicht somit ggf. unmittelbar über die Plattform der Stiftung Medienaufmerksamkeit, eine erhöhte Popularität sowie einen Vertrauensvorschuss mit der damit verbundenen Möglichkeit, einen größeren Kreis von Zuwendungswilligen zu erreichen; nicht zuletzt aber auch aufgrund der positiven Konnotation, die der Stiftung beim Bürgertum regelmäßig dergestalt anhaftet, als sie für den Inbegriff gemeinnütziger Tätigkeit steht¹⁰¹⁶ (wenn auch der positive Ruf möglicherweise durch einzelne Spendenskandale in jüngerer Vergangenheit, ob berechtigt oder unberechtigt, gelitten haben mag¹⁰¹⁷). Bei der Aktiengesellschaft schwingt schon begrifflich keine Gemeinwohlkonnotation mit.¹⁰¹⁸

b. Die Gemeinschafts- bzw. Bürgerstiftung

Die Stiftung hat viele Erscheinungsformen bzw. (Real-)Typen,¹⁰¹⁹ und zwar u.a. je nach Stiftungszweck, Vermögensausstattung, Art ihrer Aufgabenstellung.¹⁰²⁰ So tritt sie beispielsweise in Form der öffentlichen, aber auch privaten Stiftung¹⁰²¹, der Kapital- und der Anstaltsstiftung¹⁰²² sowie der Förder- und operativen Stiftung¹⁰²³ im Rechtsleben auf. In

¹⁰¹⁴ Siehe bereits oben 2. Teil B. I. 2. a).

¹⁰¹⁵ Vgl. *Sacks*, Geschichte, Entwicklung und Merkmale von Bürgerstiftungen im internationalen Vergleich, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, S. 27, 37 bezüglich der Ansehens- und Vertrauenssteigerung durch die finanzielle Unterstützung prominenter Geldgeber bei Bürgerstiftungen.

¹⁰¹⁶ Zur Gemeinwohlkonnotation der Stiftung *van Randenborgh*, in Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 5; vgl. auch *Weitemeyer*, in: Die Bürgerstiftung – Rechtsform und Reformbedarf?, in: Hoyer/Hattenhauer/Meyer-Pritzel/Schubert (Hrsg.), GS Eckert, S. 967, 972.

¹⁰¹⁷ Siehe in dem Zusammenhang nachfolgend auch 2. Teil B. II. 5. a) cc).

¹⁰¹⁸ *Sprengel*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement, in: Maecenata Institut (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 22 ff; *Bayer/Hoffmann*, AG-Report 2007, R 347, 347; *Ullrich*, Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit, S. 53.

¹⁰¹⁹ Vgl. *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 72 und S. 84.

¹⁰²⁰ Vgl. dazu ausführlich *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Vorb. zu §§ 80 ff, Rn. 116 ff; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 72 ff, 84 ff; *Rawert*, Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale – Stiftungszweck, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation –, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, S. 109, 110 ff.

¹⁰²¹ Vgl. *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Vorb. zu §§ 80 ff, Rn. 117 ff; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 73 ff; *Rawert*, Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale – Stiftungszweck, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation –, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, S. 109, 111.

¹⁰²² Vgl. *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Vorb. zu §§ 80 ff, Rn. 125; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 87; *Rawert*, Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale – Stiftungszweck, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation –, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, S. 109, 111; *Rawert*, Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale – Stiftungszweck, Stif-

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

jüngerer Zeit sind – nach dem Vorbild der US-amerikanischen „community foundations“¹⁰²⁴ – in Deutschland vermehrt Gründungen sog. Gemeinschafts-, insbesondere aber Bürgerstiftungen als Sondertypen der Stiftung¹⁰²⁵ zu verzeichnen¹⁰²⁶. Gemeinschaftsstiftungen sind dabei Stiftungen, bei der eine Vielzahl von Stiftern das notwendige Dotationskapital zusammenträgt, um gemeinsam mittels der Stiftung einen bestimmten Zweck zu fördern.¹⁰²⁷ Bei der Bürgerstiftung handelt es sich regelmäßig um eine Gemeinschaftsstiftung¹⁰²⁸ mit dem Spezifikum, dass die (Zu-)Stifter Bürger einer bestimmten Stadt oder bestimmten Region sind, die mittels der Stiftung regelmäßig einen der Allgemeinheit dienenden weitgefassten Zweck innerhalb der Stadt bzw. Region fördern wollen,¹⁰²⁹ indem sie langfristig Kapital aufbauen¹⁰³⁰ und hierzu Werbung für Zustiftungen und Spenden betreiben, aber auch die Verwaltung von unselbständigen Stiftungen übernehmen¹⁰³¹.¹⁰³²

tungsvermögen, Stiftungsorganisation –, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa*, S. 109, 111.

¹⁰²³ Vgl. *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Vorb. zu §§ 80 ff, Rn. 128; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 84.

¹⁰²⁴ *Weitemeyer*, in: Die Bürgerstiftung – Rechtsform und Reformbedarf?, in: Hooyer/Hattenhauer/Meyer-Pritzl/Schubert (Hrsg.), GS Eckert, S. 967, 977; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Vorb. zu §§ 80 ff, Rn. 133.

¹⁰²⁵ So in Bezug auf die Bürgerstiftung *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Vorb. zu §§ 80 ff, Rn. 131.

¹⁰²⁶ *Meyn*, in: Meyn/Richter/Koss/Gollan, Die Stiftung, Rnrr. 52 und 53; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Vorb. zu §§ 80 ff, Rn. 133; zum Zuwachs von Bürgerstiftungen siehe auch http://www.die-deutschen-buergerstiftungen.de/fileadmin/ibs/de/8_Presse/2_Pressematerial/IBS_Faktenblatt_2013_03.pdf, abgerufen: Oktober 2013; *Sacks*, Geschichte, Entwicklung und Merkmale von Bürgerstiftungen im internationalen Vergleich, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, S. 27, 39 ff, 47; *Walkenhorst*, Innovation und Tradition: zur Entwicklung von Bürgerstiftungen in Deutschland, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, S. 61, 63 und 69.

¹⁰²⁷ Vgl. *Meyn*, in: Meyn/Richter/Koss/Gollan, Die Stiftung, Rn. 52.

¹⁰²⁸ Vgl. *Walkenhorst*, Bürgerstiftungen als neue Organisationsform zivilgesellschaftlichen Engagements, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, S. 11, 15 (Bürgerstiftung als Sonderform der Gemeinschaftsstiftung).

¹⁰²⁹ Vgl. *Weitemeyer*, in: Die Bürgerstiftung – Rechtsform und Reformbedarf?, in: Hooyer/Hattenhauer/Meyer-Pritzl/Schubert (Hrsg.), GS Eckert, S. 967, 976; *Meyn*, in: Meyn/Richter/Koss/Gollan, Die Stiftung, Rn. 53; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Vorb. zu §§ 80 ff, Rn. 133; *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 14, Rn. 3; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 76.

¹⁰³⁰ *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 14, Rn. 3; *Walkenhorst*, Bürgerstiftungen als neue Organisationsform zivilgesellschaftlichen Engagements, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, S. 11, 15.

¹⁰³¹ *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Vorb. zu §§ 80 ff, Rnrr. 133 und 192; *Rawert*, Bürgerstiftungen – Ausgewählte Rechts- und Gestaltungsfragen, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, S. 151, 155; *Schmied*, Der strategische Vermögensaufbau von Bürgerstiftungen, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, S. 215, 222.

¹⁰³² Siehe auch die zehn vom Arbeitskreis Bürgerstiftungen des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen e.V. verabschiedeten „Merkmale der Bürgerstiftung“ unter: <http://www.die-deutschen-buergerstiftungen.de/de/informieren/die-10-merkmale.html>, abgerufen: Oktober 2013; ferner ab-

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

aa. Die Bürgerstiftung im Vergleich zur klassischen Stiftung

Im Unterschied zur Stiftung im klassischen Sinne ist die Bürgerstiftung vom Gedanken der Stifterpartizipation¹⁰³³ und damit von einem „eher verbandszytischen Anliegen“¹⁰³⁴ geprägt. Bürgerstiftungen weisen daher regelmäßig Besonderheiten in Bezug auf die Stiftungsorganisation auf.¹⁰³⁵ So sind sie insbesondere aufgrund der für sie typischen Vielzahl von Stiftern und des Partizipationsgedankens in der Regel mitgliedschaftsähnlich strukturiert,¹⁰³⁶ indem sie – neben der Eingliederung von weiteren (Kontroll-)Organen wie Stiftungsräten oder Kuratorien – eine je nach Bürgerstiftung unterschiedlich ausgestaltete Mitwirkung der (Zu-)Stifter in Gremien (wie einer Stiftungsversammlung) vorsehen¹⁰³⁷.

Dogmatisch ist die Mitwirkung der Stifter allerdings Bedenken ausgesetzt.¹⁰³⁸ So sieht sie sich mit dem Vorwurf der Grenzverwischung zwischen Verein und Stiftung¹⁰³⁹ bzw. – je nach Art und Umfang der vorgesehenen Mitwirkungsbefugnisse – der Überschreitung zwingender Grenzen der Rechtsform der Stiftung konfrontiert¹⁰⁴⁰. Während einige die Grenzen eng ziehen und mitgliedschaftsähnliche Elemente gänzlich mit der Rechtsform der Stiftung für unvereinbar erachten, werden verschiedentlich zumindest bestimmte Mitverwaltungsrechte (wie Informations-, Mitberatungs-, Vorschlags- und/oder Kontrollrechte) auch gewisse Entscheidungsbefugnisse (wie die Befugnis zu Satzungs- und/oder Zweckänderungen) anerkannt.¹⁰⁴¹ Was die Reichweite der Entscheidungsbefugnisse anbetrifft, so reicht die Spannbreite der vertretenen Ansichten beispielhaft von dem Recht zur Wahl der Mitglieder des Kontrollorgans¹⁰⁴² bzw. des Vorstands¹⁰⁴³, zur Entlastung des Vorstands¹⁰⁴⁴,

gedruckt, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, S. 465 und 466; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Vorb. zu §§ 80 ff, Rn. 192.

¹⁰³³ Siehe die vom Arbeitskreis des Bundesverbands Deutscher Stiftungen e.V. verabschiedeten „Merkmale einer Bürgerstiftung“ unter <http://www.die-deutschen-buergerstiftungen.de/de/informieren/die-10-merkmale.html>, abgerufen: Oktober 2013; ferner abgedruckt in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, S. 465 und 466; *Sprengel*, in: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?, in: Maecenata Institut (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 15.

¹⁰³⁴ So *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Vorb. zu §§ 80 ff, Rn. 191; vgl. auch *Rawert*, Bürgerstiftungen – Ausgewählte Rechts- und Gestaltungsfragen, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, S. 151, 154.

¹⁰³⁵ *Hof*, in: Seifert/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 8, Rnrr. 5 und 98.

¹⁰³⁶ Vgl. *Weitemeyer*, Die Bürgerstiftung – Rechtsform und Reformbedarf?, in: Hoyer/Hattenhauer/Meyer-Pritzl/Schubert (Hrsg.), GS Eckert, S. 967, 968.

¹⁰³⁷ *Weitemeyer*, Die Bürgerstiftung – Rechtsform und Reformbedarf?, in: Hoyer/Hattenhauer/Meyer-Pritzl/Schubert (Hrsg.), GS Eckert, S. 967, 978.

¹⁰³⁸ Vgl. *Hof*, in: Seifert/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 14, Rnrr. 2 und 3; zu den dogmatischen Grundlagen: von *Hippel*, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, S. 392 ff.

¹⁰³⁹ Vgl. *Hof*, in: Seifert/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 14, Rn. 3; *Sprengel*, in: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?, in: Maecenata Institut (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 15.

¹⁰⁴⁰ Vgl. dazu ausführlich *Weitemeyer*, Die Bürgerstiftung – Rechtsform und Reformbedarf?, in: Hoyer/Hattenhauer/Meyer-Pritzl/Schubert (Hrsg.), GS Eckert, S. 967, 978 ff, 980 ff.

¹⁰⁴¹ Zum Streitstand siehe u.a. *Weitemeyer*, Die Bürgerstiftung – Rechtsform und Reformbedarf?, in: Hoyer/Hattenhauer/Meyer-Pritzl/Schubert (Hrsg.), GS Eckert, S. 967, 979, 980; von *Hippel*, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, S. 396.

¹⁰⁴² *Hof*, in: Seifert/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 14, Rn. 51.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

der Festlegung der (Zu-)Stiftungs-Mindestbeiträge¹⁰⁴⁵ über Weisungsrechte und Genehmigungsvorbehalte in Geschäftsführungsangelegenheiten¹⁰⁴⁶ bis hin zur Beschlussfassungsbefugnis über Satzungs- und Zweckänderungen¹⁰⁴⁷. Unabhängig davon, wo im Einzelnen konkret die Grenze zu ziehen sein wird, wird jedoch berücksichtigt werden müssen, dass sich auch die Bürgerstiftung mangels existierender Sonderregelungen den zwingenden Grenzen des Stiftungsrechts zu unterwerfen hat¹⁰⁴⁸, die sich letztlich primär am Zweck der Rechtsform ausrichten¹⁰⁴⁹.

Sofern man mitgliedschaftliche Elemente nicht vollumfänglich ablehnt, eröffnet die Bürgerstiftung dennoch – im Unterschied zur Stiftung im klassischen Sinne – einer breiten Masse in der Bevölkerung die unter Fundraisingaspekten nicht unattraktive Möglichkeit, sich – im Unterschied zur Spende – mit einem geringen Betrag ideell an einer Stiftung zu „beteiligen“ und in die Stiftungsorganisation eingebunden zu werden.¹⁰⁵⁰ Im Unterschied zur Stiftung im klassischen Sinne weisen die Bürgerstiftungen in der Praxis somit regelmäßig einen körperschaftsähnlichen Organisationsaufbau auf: dem Vorstand als Leitungsorgan, einem weiteren Organ als Kontroll- bzw. Beratungsorgan sowie der Stifterversammlung als einem mit bestimmten Mitwirkungsbefugnissen ausgestatteten Gremium. Über die Eingliederung der Stifterversammlung in die Organisationsstruktur kann gleichzeitig eine Art Organisationsplattform engagierter Bürger geschaffen, zumindest aber hierüber die (Zu-)Stifter nachhaltig an die Stiftungsidee gebunden werden. Aus Marketinggesichtspunkten wird damit jeder einzelne (Zu-)Stifter zum potentiellen Vermarktungsträger des Stiftungszwecks und zum potentiellen Fundraiser.

¹⁰⁴³ *Rawert*, Bürgerstiftungen – Ausgewählte Rechts- und Gestaltungsfragen, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, S. 151, 173.

¹⁰⁴⁴ *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 14, Rn. 51.

¹⁰⁴⁵ *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 14, Rn. 51.

¹⁰⁴⁶ Sofern tatbestandsmäßig hinreichend bestimmt, *Rawert*, Bürgerstiftungen – Ausgewählte Rechts- und Gestaltungsfragen, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, S. 151, 173; *Hopt/Reuter*, Stiftungsrecht in Europa: Eine Einführung, in: *Hopt/Reuter* (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, S. 1, 12.

¹⁰⁴⁷ Sofern tatbestandsmäßig hinreichend bestimmt bzw. Satzungs- und Zweckänderungen tatbestandlich im Einzelnen definiert sind, *Rawert*, Bürgerstiftungen – Ausgewählte Rechts- und Gestaltungsfragen, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, S. 151, 173.

¹⁰⁴⁸ Vgl. *Strachwitz*, Gründung, Aufbau und Organisation von Bürgerstiftungen, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, S. 125, 127.

¹⁰⁴⁹ So ausführlich *Weitemeyer*, Die Bürgerstiftung – Rechtsform und Reformbedarf?, in: *Hoyer/Hattenhauer/Meyer-Pritzl/Schubert* (Hrsg.), GS Eckert, S. 967, 979, 980.

¹⁰⁵⁰ Wenn auch teilweise die Mitwirkung in der Stifterversammlung von einem gewissen zu stiftenden Mindestbetrag abhängig gemacht wird, *Weitemeyer*, Die Bürgerstiftung – Rechtsform und Reformbedarf?, in: *Hoyer/Hattenhauer/Meyer-Pritzl/Schubert* (Hrsg.), GS Eckert, S. 967, 978; *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 14, Rn. 43 und 44.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

bb. Bürgerstiftung im Vergleich zur (gemeinnützigen) Aktiengesellschaft

Aufgrund der vorgenannten Besonderheiten der Bürgerstiftung im Vergleich zur Stiftung im klassischen Sinne ergeben sich auch im Verhältnis zur Aktiengesellschaft gewisse Besonderheiten, auf die nachfolgend eingegangen werden soll.¹⁰⁵¹

Das grundsätzliche Anliegen der Bürgerstiftung, Gelder bzw. Mittel einer Vielzahl von (Zu-)Stiftern für einen gemeinsamen Zweck zu generieren, den ein Einzelner regelmäßig nicht in der Lage ist, finanziell aufzubringen, verbunden mit dem besonderen Anreiz, (Zu-)Stiftern eine gewisse Mitwirkung zu gewähren,¹⁰⁵² ist auch der Aktiengesellschaft nicht fremd, sondern ihr über ihre Kapitalsammel- und -bindungsfunktion geradezu wesenssimmenant¹⁰⁵³.

Die exponierte Stellung des Vorstands im Sinne einer eigenverantwortlichen Leitung und einem weiten Handlungsspielraum ist beiden Rechtsformen ebenfalls eigen. Auch der regelmäßig in der Praxis gewählte dreigliedrige Organisationsaufbau (Vorstand, Kontrollorgan, Stifterversammlung)¹⁰⁵⁴ erinnert zumindest in Grundzügen an den der Aktiengesellschaft (Vorstand, Aufsichtsrat, Hauptversammlung), jedenfalls dann, wenn der Stifterversammlung gewisse Entscheidungskompetenzen zugebilligt werden.¹⁰⁵⁵ Wird der Stifterversammlung im Stiftungsgeschäft (noch dazu) ein Bestellungsrecht hinsichtlich der Mitglieder des Kontrollorgans eingeräumt und steht diesen Mitgliedern wiederum das Recht zur Bestellung der Vorstandsmitglieder zu, so kann sie im Übrigen – ähnlich wie die Hauptversammlung bei der Aktiengesellschaft – mittelbar über die personelle Besetzung auch auf die des Vorstands und damit indirekt auf die Geschäftsleitung Einfluss nehmen.¹⁰⁵⁶ Die Bürgerstiftung und die Aktiengesellschaft weisen somit in ihrer Grundausrichtung – bei der Bürgerstiftung durch entsprechende Satzungsregelungen herbeigeführt, bei der Aktiengesellschaft auf Grundlage des Aktiengesetzes – Gemeinsamkeiten, zumindest aber Parallelen auf.¹⁰⁵⁷

Im Unterschied zur Bürgerstiftung kann die Rechtsform der Aktiengesellschaft aber den – unter Fundraising- und Partizipationsgesichtspunkten – Vorteil bieten, dass sich ihre Aktionäre im Rahmen der gesetzlich bzw. satzungsmäßig normierten Teilhabe- und Mitspracherechte sowie Beschlusskompetenzen aktiv einbringen können und ihnen damit „echte“ Parti-

¹⁰⁵¹ Im Übrigen ist auf die obigen Ausführungen unter 2. Teil B. II. 3. a) zur Aktiengesellschaft im Vergleich zur Stiftung im klassischen Sinne zu verweisen.

¹⁰⁵² Vgl. *Walkenhorst*, Innovation und Tradition: zur Entwicklung von Bürgerstiftungen in Deutschland, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), *Handbuch Bürgerstiftungen*, S. 61, 67.

¹⁰⁵³ Siehe oben 2. Teil B. I. 1. a).

¹⁰⁵⁴ Vgl. *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, *Stiftungsrechts-Handbuch*, § 14, Rn. 35.

¹⁰⁵⁵ Wird hingegen ein zweigliedriger Aufbau gewählt (Vorstand, Stifterversammlung), erinnert dies eher an das gesetzliche Leitbild des Vereins (Vorstand, Mitgliederversammlung).

¹⁰⁵⁶ Vgl. *Weitemeyer*, in: Die Bürgerstiftung – Rechtsform und Reformbedarf?, in: Hooyer/Hattenhauer/Meyer-Pritzl/Schubert (Hrsg.), *GS Eckert*, S. 967, 979.

¹⁰⁵⁷ So kommt auch *Sprengel*, in: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?, in: *Maecenata Institut* (Hrsg.), *Opusculum* Nr. 15, S. 1, 15 zu dem Schluss, dass die Würzburg AG und die seinerzeit in Gründung befindliche Bürgerstiftung Duisburg „erhebliche Schnittmengen“ aufweisen.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

zipationsmöglichkeiten eröffnet werden¹⁰⁵⁸. Diese sind auch nicht mit rechtlichen Unsicherheiten behaftet, sie ergeben sich aus dem Gesetz; ebenfalls, ob und bejahendenfalls, inwieweit sie abbedungen oder auch erweitert werden können. Auch die Beteiligung an der gemeinnützigen Einrichtung durch Erwerb einer Aktie kann unter Fundraisingaspekten zumindest einen psychologischen Vorteil begründen („Eigentümer der Gesellschaft“), ebenso die Rückholbarkeit der geleisteten Einlage (jedenfalls für den Fall der Einlagenrückgewährbeschränkung im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO), ohne dass dadurch bei der gemeinnützigen Einrichtung ein finanzielles Defizit entsteht.¹⁰⁵⁹

Im Unterschied zur (Bürger-)Stiftung, bei der theoretisch unendlich Zustiftungen erfolgen können – und zwar je nach Bestimmung entweder in das Grundstockvermögen oder aber in die freie Rücklage¹⁰⁶⁰ –, ist die Ausgabe von Aktien allerdings zahlenmäßig beschränkt. So beträgt der Mindestnennwert einer Aktie (bzw. der auf die einzelne Aktie anteilig entfallende Mindestbetrag) einen Euro (vgl. § 8 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 3 AktG). Es besteht jedoch die – wenn auch (kosten- und verwaltungs)aufwendigere – Möglichkeit zur Kapitalerhöhung und der damit verbundenen Ausgabe neuer Aktien.

Was die interne Organisation anbetrifft, so sei hier auf die Ausführungen zur Stiftung im klassischen Sinne verwiesen mit der Einschränkung, dass mit der Stifterversammlung ein Gremium innerhalb der Stiftung vorhanden ist, dessen Mitglieder vermögensmäßig in die Stiftung involviert sind und die dadurch regelmäßig ein gesteigertes Interesse hinsichtlich der zweckmäßigen Verwendung – wenn auch nicht für eigene, sondern fremdnützige Zwecke – haben werden. Demzufolge wird bei der Bürgerstiftung regelmäßig eine kritischere Grundhaltung und somit ein effizienteres Kontrollsysteem bestehen. Nichtsdestotrotz bedarf dieses auch bei der Bürgerstiftung der sorgfältigen und detaillierten Regelung im Stiftungsgeschäft, wohingegen dieses bei der Aktiengesellschaft bereits durch die gesetzlichen Regelungen vorgegeben ist.

Im Gegensatz zur Rechtsform der (Bürger-)Stiftung bietet die Rechtsform der Aktiengesellschaft jedoch nicht die Möglichkeit, den Zweck der Gesellschaft auf Dauer nach dem Willen der (Gründer-)Stifter zu perpetuieren. So stehen die Satzungsregelungen, einschließlich der Zweckbestimmung, stets zur Disposition der Aktionäre¹⁰⁶¹. Diese Perpetuierungsmöglichkeit bietet nur die Rechtsform der (Bürger-) Stiftung,¹⁰⁶² ebenso wie das Spendensoriginärprivileg gemäß § 10 b Abs. 1 a EStG.

In der Praxis hat die Rechtsform der Aktiengesellschaft bereits Einzug in die Bürgerstiftungssidee gefunden – so wurde im Jahre 2004 die Bürgerstiftung Duisburg als gemeinnützige Aktiengesellschaft gegründet, deren Gründung bzw. die seinerzeit bevorstehende Gründung im Übrigen Anlass für den eingangs (siehe oben 2. Teil B. I.) erwähnten wissen-

¹⁰⁵⁸ Siehe oben zur klassischen Stiftung 2. Teil B. II. 3. a); vgl. auch *Sprengel*, in: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?, in: *Maezenata Institut* (Hrsg.), *Opusculum* Nr. 15, S. 1, 15, der konstatiert, dass sich die Patizipationsidee „unter Umständen über eine AG viel galanter darstellen“ lasse.

¹⁰⁵⁹ Siehe oben zur klassischen Stiftung 2. Teil B. II. 3. a).

¹⁰⁶⁰ *Meyn*, in: *Meyn/Richter/Koss/Gollan*, *Die Stiftung*, Rn. 154.

¹⁰⁶¹ Siehe dazu nachfolgend 2. Teil B. II. 6.

¹⁰⁶² *Weitemeyer*, in: *Die Bürgerstiftung – Rechtsform und Reformbedarf?*, in: *Hoyer/Hattenhauer/Meyer-Pritzl/Schubert* (Hrsg.), *Hoyer/Hattenhauer/Meyer-Pritzl/Schubert* (Hrsg.), *GS Eckert*, S. 967, 973; vgl. auch *von Hippel*, *Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen*, S. 182.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

schaftlichen Beitrag *Sprengels* zu der Tauglichkeit gemeinnütziger Aktiengesellschaften für zivilgesellschaftliche Untersuchungen auf soziologischem und sozialpsychologischem Gebiet gegeben hat.¹⁰⁶³ Aufgrund des Umstandes, dass der Begriff „Bürgerstiftung“ nicht geschützt ist¹⁰⁶⁴, dieser also auch von anderen Rechtsformen als Namensbestandteil genutzt werden kann, profitiert diese zum einen von dem positiven Image der Rechtsform der Stiftung¹⁰⁶⁵, zum anderen von den Fundraising- und echten Partizipationsmöglichkeiten der Rechtsform der Aktiengesellschaft¹⁰⁶⁶.

c. Zwischenzusammenfassung und -ergebnis

Aufgrund des fehlenden Verbandcharakters einer Stiftung unterscheiden sich Aktiengesellschaft und Stiftung grundlegend, insbesondere ist die Stiftung klassischerweise nicht als Partizipationsinstrument konzipiert. So bestehen bei der Stiftung im klassischen Sinne keine Beteiligungs- oder sonstigen Teilhabemöglichkeiten für die (Zu-)Stifter. Die (Zu-)Stifter erhalten im Unterschied zur Aktiengesellschaft keinen Gegenwert in Form eines Anteils am Gesellschaftsvermögens nebst damit korrespondierender Mitsprache- und Teilhaberechte (oder in Form einer Mitgliedschaft wie beim eingetragenen Verein) und damit auch nicht die Möglichkeit der Rückholbarkeit der geleisteten Einlage durch Veräußerung eines Anteils (wie bei der Aktiengesellschaft im Fall der Einlagenrückgewährbeschränkung im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO).

Losgelöst von der internen Möglichkeit der Finanzierung aus Vermögenserträgen ist die Stiftung zur Deckung des (laufenden) Finanzbedarfs bzw. zur Vermögensaufstockung damit grundsätzlich auf altruistische Zuwendungen Dritter, und zwar auf Zustiftungen und Spenden, angewiesen. Die unter Fundraisinggesichtspunkten attraktive Möglichkeit zur steuerlichen Abzusfähigkeit von Spenden bieten sämtliche nach (§ 10 b Abs. 1 S. 1 EStG iVm.) § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG steuerbefreiten Körperschaften und damit die Stiftung und die gemeinnützige Aktiengesellschaft gleichermaßen. Das Privileg der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Spenden in den Vermögensstock neugegründeter Stiftungen bietet hingegen nur die Stiftung.

Was die Organisationsstruktur anbetrifft, so bedarf der dreigliedrige Aufbau einer Aktiengesellschaft regelmäßig eines größeren Verwaltungsaufwands als der einer eingliedrigen Stiftung. Allerdings wird durch den dreigliedrigen Organisationsaufbau ein internes Kontrollsysteem geschaffen, durch das unter anderem die Entscheidungen und die Geschäftspolitik des Vorstandes einer (nachträglichen) kritischen Würdigung unterzogen werden; ohne

¹⁰⁶³ Vgl. *Sprengel*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?, in: Reihe der Opuscula des Maecenata Instituts (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 1 und 14 ff.

¹⁰⁶⁴ *Strachwitz*, Gründung, Aufbau und Organisation von Bürgerstiftungen, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, S. 125, 137.

¹⁰⁶⁵ Zum positiven Image der Stiftung siehe oben zur klassischen Stiftung 2. Teil B. II. 3. a).

¹⁰⁶⁶ Siehe oben 2. Teil B. I. 1. a). Vgl. auch *Sprengel*, in: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG): Renaissance einer Organisationsform für bürgerschaftliches Engagement?, in: Maecenata Institut (Hrsg.), Opusculum Nr. 15, S. 1, 15 und 16.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

hierbei die Durchgriffsmacht des Vorstandes und damit die Reaktionsmöglichkeit zu schwächen¹⁰⁶⁷.

Ein derartiges internes Kontrollsysteem ist gesetzlich für die Stiftung nicht vorgesehen. Sie unterliegt zwar der staatlichen Kontrolle des Staates, doch ist die jeweils zuständige Stiftungsaufsichtsbehörde auf die Rechtsaufsicht beschränkt. Zweckmäßigkeitserwägungen trifft sie nicht. Das hieraus resultierende Schutzdefizit kann durch die Regelung eines stiftungsinternen Kontrollsysteems im Stiftungsgeschäft durch den Stifter reduziert werden. Mangels echter körperschaftlicher Willensbildung und der damit verbundenen Möglichkeit einer „kritischen Selbstreinigung“¹⁰⁶⁸ wird dieses jedoch regelmäßig nicht gänzlich kompensiert werden können. Aus Sicht des Stifters, aber insbesondere zuwendender Dritter, kann die Rechtsform der Stiftung daher die Gefahr bergen, dass die gestifteten und/oder sonstigen zugewendeten Mittel mangels eines effizienten Kontrollsysteems zwar im Rahmen des Stiftungszwecks, nicht aber zwingend vernünftig eingesetzt werden.

Auch bei Regelung eines Kontrollsysteems und der damit regelmäßig einhergehenden Eingliederung von weiteren Organen in die Stiftungsorganisation trifft der Stiftungsvorstand sämtliche Entscheidungen in eigener Verantwortung, wenn auch nach Maßgabe des in der Satzung niedergelegten Willens des Stifters. Die Stiftung eignet sich aufgrund der Kompetenzbündelung auf Vorstandsebene – wie die Aktiengesellschaft – als manageriales Steuerungsinstrument; auf sich verändernde gesellschaftliche, politische oder wirtschaftliche Rahmenbedingungen kann der Stiftungsvorstand jedoch aufgrund der grundsätzlichen Statik der Stiftungsverfassung nicht in gleichem Maße wie der Vorstand einer Aktiengesellschaft reagieren.

Eine Organisationsplattform im engeren (Teilhabe-)Sinne bietet die Stiftung im klassischen Sinne aufgrund ihres fehlenden Verbandcharakters und der daraus resultierenden mangelnden Partizipationsmöglichkeiten – im Gegensatz zur Aktiengesellschaft – nicht.

Als Marketinginstrument kann sie u.a. insoweit dienen, als eine in der Allgemeinheit prominente Persönlichkeit oder ein renommiertes Unternehmen Stifter und/oder Namensgeber der Stiftung ist und der gemeinnützige Zweck dadurch unter Umständen eine gewisse Medienaufmerksamkeit bzw. eine erhöhte Popularität sowie einen Vertrauensvorschuss erlangt. Nicht zuletzt kann die Stiftung auch davon profitieren, dass sie in der Allgemeinheit – im Unterschied zur Aktiengesellschaft – grundsätzlich für den Inbegriff der Gemeinnützigkeit, also altruistischen Handelns steht.

Im Unterschied zur Stiftung im klassischen Sinne ist die (Gemeinschafts-) bzw. Bürgerstiftung regelmäßig mitgliedschaftsähnlich organisiert. Die vorgenannten möglichen Nachteile einer Stiftung im Verhältnis zur Aktiengesellschaft, die auf mangelnden Partizipationsmöglichkeiten beruhen, werden bei der Bürgerstiftung regelmäßig durch Eingliederung einer Stifterversammlung in die Stiftungsorganisation abgeschwächt. So kann durch die Partizipationsmöglichkeiten ein gewisser Anreiz für Kapitalgeber geschaffen werden und somit ein effektiveres Fundraising ermöglicht werden. Das interne Kontrollsysteem kann durch die Existenz einer Stifterversammlung gestärkt werden. Auch kann die Bürgerstiftung bei Eingliederung der Stifterversammlung in die Organisationsstruktur eine Organisationsplattform für engagierte Bürger bilden und diese nachhaltig an die Stiftungsidee binden. Die Bürger-

¹⁰⁶⁷ Siehe dazu oben 2. Teil B. I. 2. a).

¹⁰⁶⁸ So van Randenborgh, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 17.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

stiftung ermöglicht damit – bei Aufrechterhaltung der Perpetuierung des Stifterwillens (je nach Grenzziehung) – die Einbindung einer Vielzahl von (Zu-)Stiftern. Allerdings sind die Rechte der (Zu-)Stifter im Rahmen der Stifterversammlung – im Unterschied zu denen der Aktionäre und der Hauptversammlung, deren Teilhabe- und Mitspracherechte sowie Beschlusskompetenzen gesetzlich festgeschrieben sind – mit rechtlichen Unsicherheiten behaftet. So besteht bei der Bürgerstiftung Unsicherheit darüber, ob und inwieweit mitgliedschaftliche Rechte mit der Rechtsform der Stiftung vereinbar sind. Auch einen Anteil am Gesellschaftsvermögen mit der Folge, dass die geleistete Einlage durch Veräußerung des Anteils in Höhe des Nennwertbetrages rückholbar ist (im Fall der Einlagenrückgewährbeschränkung), erwerben die (Zu-)Stifter bei der Bürgerstiftung nicht. Bei der Bürgerstiftung wird jedoch – im Unterschied zur klassischen Stiftung – durch Eingliederung der Stifterversammlung in die Organisationsstruktur eine Organisationsplattform engagierter Bürger geschaffen, durch die die (Zu-)Stifter – wie entsprechend bei der Aktiengesellschaft – nachhaltig an die Stiftungsidee gebunden werden.

4. Gründungsaufwand und Kapitalausstattung

Entscheidende Kriterien für die Rechtsformwahl sind – losgelöst von den bereits genannten Gesichtspunkten – regelmäßig auch der erforderliche Gründungsaufwand und die Kapitalausstattung. Diese sollen nachfolgend für die Aktiengesellschaft, die GmbH, den eingetragenen Verein und die Stiftung dargestellt und miteinander verglichen werden.

a. Aktiengesellschaft, GmbH, eingetragener Verein und Stiftung im Vergleich

Der Gründungsaufwand sowie das Erfordernis und die Höhe der Kapitalausstattung sind bei den genannten juristischen Personen des Privatrechts gesetzlich unterschiedlich ausgestaltet – auch wenn zumindest die Grundkonzeption der Entstehung einer Aktiengesellschaft, einer GmbH und eines eingetragenen Vereins dieselbe ist¹⁰⁶⁹. So vollzieht sie sich – im Gegensatz zur Stiftung – bei den vorgenannten Körperschaften heutzutage nach dem System der Normativbedingungen in drei Gründungsphasen.¹⁰⁷⁰ Die drei Phasen vollziehen sich bei der Aktiengesellschaft und bei der GmbH als Kapitalgesellschaften im Grundsatz wie folgt: Ausgangspunkt ist der verbindliche Wille, eine Gesellschaft zu gründen (1. Phase).¹⁰⁷¹ Sodann bedarf es der Feststellung der Satzung (vgl. §§ 23, 2 AktG) und der Aktienübernahme (vgl. § 23 Abs. 2 Nr. 2, §§ 29, 2 AktG)¹⁰⁷² bzw. des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages (vgl. §§ 2, 3 GmbHG) und der Übernahme der Geschäftsanteile (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG) seitens des Gründers/der Gründer durch notarielle Beurkundung (vgl. § 23 Abs. 1 S. 1 AktG, § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG) (2. Phase) – die Gesellschaft ist damit

¹⁰⁶⁹ Vgl. Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, § 2, Rn. 2.2.

¹⁰⁷⁰ Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, § 2, Rn. 2.2.

¹⁰⁷¹ Hierdurch entsteht, sofern es sich nicht um eine Einpersonen-Gründung handelt, eine sog. Vorgründungsgesellschaft, Lutter, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 1, Rn. 4; Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, § 2, Rn. 2.2.

¹⁰⁷² Zum Streitstand betreffend die Satzungsfeststellung und die Aktienübernahme als einheitlichem bzw. voneinander zu unterscheidendem Rechtsgeschäft: Lutter, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 2, Rn. 9.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

errichtet¹⁰⁷³ (vgl. bei der Aktiengesellschaft § 29 AktG). Zur Entstehung der Gesellschaft als juristische Person bedarf es abschließend der Eintragung in das Handelsregister, vgl. § 41 Abs. 1 S. 1 AktG sowie § 11 Abs. 1 GmbHG (3. Phase).

Unterschiede im Gründungsaufwand ergeben sich im Detail:

Bei der Aktiengesellschaft hat nach der Errichtung (2. Phase) die notariell beurkundungspflichtige Bestellung des ersten Aufsichtsrates durch die Gründer zu erfolgen (vgl. § 30 Abs. 1, § 31 AktG). Die ebenfalls bereits für diesen Zeitpunkt in § 30 Abs. 1 S. 1 AktG vorgesehene notariell beurkundungspflichtige Bestellung des Abschlussprüfers für das erste Voll- oder Rumpfgeschäftsjahr ist keine zwingende Gründungsvoraussetzung.¹⁰⁷⁴ Der erste Vorstand wird sodann vom Aufsichtsrat bestellt (vgl. § 30 Abs. 4 AktG). Im Übrigen bedarf es eines schriftlichen Gründungsberichtes der Gründer (vgl. § 32 AktG) sowie einer internen Gründungsprüfung durch die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats (vgl. § 33 Abs. 1, § 34 AktG), gegebenenfalls auch einer qualifizierten Gründungsprüfung durch externe Gründungsprüfer (vgl. § 33 Absätze 2 bis 5, § 34 AktG). Im Gegensatz hierzu bedarf es bei der GmbH¹⁰⁷⁵ in der Regel lediglich der – nicht beurkundungspflichtigen – Bestellung des oder der Geschäftsführer(s) (vgl. § 46 Nr. 5 GmbHG), sofern die Bestellung nicht bereits im Gesellschaftsvertrag erfolgt ist.¹⁰⁷⁶ Die Bestellung von Abschlussprüfern bereits nach Errichtung, aber vor Eintragung der Gesellschaft ist gesetzlich nicht vorgesehen, hat aber – wie letztlich bei der Aktiengesellschaft – spätestens dann zu erfolgen, wenn die GmbH prüfungspflichtig ist (arg. § 318 Abs. 1 S. 3 HGB)¹⁰⁷⁷. Einen Gründungsbericht verlangt das GmbH-Recht nur bei einer Gründung mit Sacheinlagen¹⁰⁷⁸ (vgl. § 5 Abs. 4 S. 2 GmbHG), eine dem Aktienrecht entsprechende interne oder qualifizierte Gründungsprüfung ist gesetzlich nicht vorgesehen. Anschließend sind sowohl bei der Aktiengesellschaft als auch bei der GmbH die jeweiligen Einlagen durch die Gründer zu leisten (vgl. §§ 36 Abs. 2, § 36 a, § 54 Abs. 3 AktG; § 7 Abs. 2 GmbHG). Erst dann können und müssen Aktiengesellschaft sowie GmbH zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet werden – die Aktiengesellschaft von sämtlichen Gründern, Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, die GmbH von sämtlichen Geschäftsführern (vgl. §§ 36, 37 AktG; §§ 7, 8, 78 GmbHG). Der Anmeldung einer GmbH ist u.a. – im Unterschied zu der Anmeldung einer Aktiengesellschaft – gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG eine Gesellschafterliste beizufügen, die gemäß § 40 GmbHG der stetigen Aktualisierung bedarf¹⁰⁷⁹. Nach Überprüfung der ordnungsgemäßen Errichtung und Anmeldung durch das Gericht erfolgt die Eintragung ins Handelsregister (vgl. §§ 38, 39 AktG; §§ 9 c, 10 GmbHG), die gemäß § 10 HGB bekanntgemacht wird.

¹⁰⁷³ Zur Aktiengesellschaft: *Bayer*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 29, Rn. 2; zur GmbH: *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, § 2 Rn. 4 sowie § 1 Rn. 2.

¹⁰⁷⁴ *Bayer*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 30, Rn. 26; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 30, Rn. 10.

¹⁰⁷⁵ Auf die Gründung einer GmbH im vereinfachten Verfahren gemäß § 2 Abs. 1a GmbHG soll nicht eingegangen werden.

¹⁰⁷⁶ *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 2, Rn. 2.10.

¹⁰⁷⁷ Vgl. *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 2, Rn. 2.10; zur Prüfungspflichtigkeit von Kapitalgesellschaften: *Hopt/Merk*, in: Baumbach/Hopt, HGB-Kommentar, § 316, Rn. 1.

¹⁰⁷⁸ *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 2, Rn. 2.11.

¹⁰⁷⁹ *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 40, Rn. 1.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

Bei beiden Gesellschaften fallen bei der Gründung u.a. Beurkundungs-, Eintragungs- sowie Bekanntmachungskosten (Registergerichtsgebühren) an – wenn auch in unterschiedlichem Umfang. So werden bei der Aktiengesellschaft in der Regel insbesondere höhere Beurkundungskosten anfallen,¹⁰⁸⁰ auch kommen Gründungsprüfungskosten hinzu.

Im Übrigen sind sowohl bei der Aktiengesellschaft als auch der GmbH sog. Vorratsgründungen mit der Folge zulässig, dass statt der Neugründung alle Anteile der bereits bestehenden Gesellschaft gekauft und auf den Erwerber übertragen werden können¹⁰⁸¹ – sodass der Gründungsaufwand, zumindest in zeitlicher Hinsicht, entfällt. Die Gründung beider Kapitalgesellschaften kann sich ferner durch eine – in der Praxis nicht seltene – Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz, konkret durch Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel (vgl. § 1, § 3 Abs. 1 Nr. 2, § 124 Abs. 1, § 191 Abs. 2 Nr. 3 UmwG), vollziehen.¹⁰⁸²

Bei dem eingetragenen Verein hingegen ist der Gründungsaufwand trotz 3-Phasen-Gründung (vergleichsweise) gering,¹⁰⁸³ auch wenn für die Gründung nicht nur eine, sondern mindestens sieben (natürliche und/oder juristische) Personen (vgl. § 56 BGB) erforderlich sind. So bedarf es lediglich einer Gründerversammlung, die über die Satzung zu beschließen hat und sich einig ist, dass die Satzung verbindlich sein und der Verein ins Leben treten soll (1. Phase: Wille zur Vereinsgründung; 2. Phase: Entstehung des Vor-Vereins durch Gründung).¹⁰⁸⁴ Die Satzung ist von mindestens sieben Gründungsmitgliedern zu unterzeichnen (vgl. § 59 Abs. 3 BGB). Sodann ist der Vorstand zu wählen.¹⁰⁸⁵ Der Vorstand hat den Verein gemäß § 59 Abs. 1 iVm. § 55 BGB beim zuständigen Amtsgericht zur Eintragung ins Vereinsregister anzumelden, wobei die Anmeldung öffentlich (notariell) beglaubigt sein muss (vgl. § 77 iVm. § 129 BGB). Nach registergerichtlicher Prüfung, ob die Anforderungen an die Anmeldung erfüllt sind, nimmt das Gericht – sofern keine sonstigen erheblichen Bedenken bestehen – bei Erfüllung regelmäßig die Eintragung des Vereins ins Vereinsregister vor¹⁰⁸⁶ – der Verein erlangt Rechtsfähigkeit¹⁰⁸⁷ (3. Phase).¹⁰⁸⁸ Die Eintragung wird gemäß § 66 Abs. 1 BGB durch Veröffentlichung des Gerichts in dem vom der Landesjustizverwaltung bestimmten elektronischen Informations- und Kommunikationssystem bekanntgemacht.

¹⁰⁸⁰ Zumindest unter der Prämisse, dass beide Gesellschaften mit dem jeweilig gesetzlich vorgeschriebenen Mindestkapital ausgestattet werden, das bei der Aktiengesellschaft betragsmäßig doppelt so hoch ist. Auch hat die Bestellung des erstens Aufsichtsrates und der ersten Abschlussprüfer im Wege der notariellen Beurkundung zu erfolgen.

¹⁰⁸¹ Zur Aktiengesellschaft: BGH vom 16. März 1992, II ZB 17/91, BGHZ 117, S. 323, 323 (2. Leitsatz); zur GmbH: BGH vom 9. Dezember 2002, II ZB 12/02, BGHZ 153, S. 158, 161.

¹⁰⁸² Vgl. Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, § 2, Rn. 2.3.

¹⁰⁸³ Van Randenborgh, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 10.

¹⁰⁸⁴ Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 21, Rn. 11; vgl. auch van Randenborgh, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 2, Rn. 6.

¹⁰⁸⁵ Vgl. van Randenborgh, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 2, Rn. 123.

¹⁰⁸⁶ Zum Prüfungsrecht des Registergerichts ausführlich u.a. Reuter, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, § 60, Rnrrn. 1 ff.

¹⁰⁸⁷ Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, Vorb. v. § 55, Rn. 1; Reuter, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, §§ 21, 22, Rn. 53; van Randenborgh, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 2, Rn. 23.

¹⁰⁸⁸ Reuter, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, §§ 21, 22, Rn. 59.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Die Gründung eines eingetragenen Vereins kann auch durch Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz erfolgen (vgl. § 1, § 3 Abs. 1 Nr. 4, § 124 Abs. 1 UmwG), im Unterschied zur Aktiengesellschaft und der GmbH aber nicht durch Formwechsel. So ist der eingetragene Verein kein zulässiger Rechtsträger neuer Rechtsform (Umkehrschluss des § 191 Abs. 2 UmwG).

Die Stiftungsgründung erfolgt nicht nach der für die Aktiengesellschaft, die GmbH und den eingetragenen Verein geltenden Grundkonzeption. Zur Entstehung einer selbständigen (rechtsfähigen) Stiftung bedarf es eines schriftformbedürftigen Stiftungsgeschäftes, wobei das Stiftungsgeschäft auch in einer Verfügung von Todes wegen bestehen kann, sowie der Anerkennung durch die zuständige Landesbehörde (vgl. § 80 Abs. 1, § 81 Abs. 1 S. 1, § 83 BGB).¹⁰⁸⁹ Stifter können eine, aber auch mehrere (natürliche und/oder juristische) Personen sein.¹⁰⁹⁰ Das Stiftungsgeschäft muss die verbindliche Erklärung des Stifters bzw. der Stifter enthalten, einen Teil des (jeweiligen) Vermögens der Erfüllung des selbst vorgegebenen Zwecks zu widmen (vgl. § 81 Abs. 1 S. 2 BGB). Bei der Stiftung von Todes wegen muss die Vermögenszuwendung hingegen bereits direkt im Stiftungsgeschäft enthalten sein.¹⁰⁹¹ Das Stiftungsgeschäft, insbesondere aber die Satzung als ihr organisationsrechtlicher Bestandteil¹⁰⁹², bedarf – im Unterschied zu den Satzungen der Aktiengesellschaft und des eingetragenen Vereins sowie des Gesellschaftsvertrags der GmbH, die (zunächst auch) nur den jeweils gesetzlich geforderten Mindestinhalt enthalten und jederzeit nachgebessert werden können¹⁰⁹³ – aufgrund der grundsätzlichen Statik der Stiftungsverfassung nach Anerkennung¹⁰⁹⁴ der beratungs- und damit regelmäßig zeitintensiven sowie sorgfältigen Vorbereitung. Insbesondere, wenn die Stiftung aufgrund gemeinnütziger Zweckverfolgung in den Genuss der steuerlichen Privilegierungen für gemeinnützige Körperschaften kommen soll, ist besondere Sorgfalt, regelmäßig auch die rechtzeitige Abstimmung mit der zuständigen Finanzbehörde geboten¹⁰⁹⁵. So müssen gemäß § 60 Abs. 1 S. 1 AO „die Satzungszwecke und die Art ihrer Verwirklichung [...] so genau bestimmt sein, dass auf Grund der Satzung geprüft werden kann, ob die satzungsmäßigen Voraussetzungen für Steuervergünstigungen geben sind.“ Gemäß § 60 Abs. 1 S. 2 AO muss die Satzung die Festlegungen der als Anlage 1 der AO beigefügten Mustersatzung enthalten. Zur Erlangung der Rechtsfähigkeit ist die staatliche Anerkennung der Stiftung bei der zuständigen Landesbehörde zu beantragen (vgl. § 81 Abs. 2 S. 2, 1. HS. BGB). Kommt die Behörde nach Prüfung zu dem Ergebnis, dass das Stiftungsgeschäft den gesetzlichen Mindestanforderungen genügt, die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint und der Stiftungszweck nicht das Gemeinwohl gefährdet, ist die Anerkennung zu erteilen (vgl. § 80 Abs. 2 BGB).

Die Gründung einer Stiftung durch Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz ist rechtlich nicht möglich. So ist die Stiftung kein zulässiger neuer Rechtsträger (Umkehrschluss

¹⁰⁸⁹ BGH vom 9. Februar 1978, III ZR 59/76, BGHZ 70, S. 313, 321; *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, *Stiftungsrechts-Handbuch*, § 6, Rnrr. 1 und 16.

¹⁰⁹⁰ Vgl. *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, *Kommentar zum BGB*, § 81, Rnrr. 5, 6 und 7.

¹⁰⁹¹ *Ellenberger*, in: Palandt, *Kommentar zum BGB*, § 81, Rn. 4.

¹⁰⁹² *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 1, AT, §§ 80, 81, Rnrr. 3 und 25.

¹⁰⁹³ Vgl. *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, *Stiftungsrecht-Handbuch*, § 7, Rn. 13.

¹⁰⁹⁴ Siehe dazu nachfolgend 2. Teil B. II. 6.

¹⁰⁹⁵ *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, *Stiftungsrecht-Handbuch*, § 7, Rn. 101.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

aus §§ 1, 3, 124, 175, 191 Abs. 2 UmwG). Zulässig – und gerade für Bürger- bzw. Gemeinschaftsstiftungen im Allgemeinen praktisch relevant – ist die „Umwandlung“ der rechtlich unselbständigen Stiftung in eine selbständige (rechtsfähige) Stiftung. So können (Bürger- bzw. Gemeinschafts-)Stiftungen aufgrund des Erfordernisses eines lediglich sehr geringen Anfangskapitalgrundstocks als rechtlich unselbständige Stiftung gegründet werden mit der Zielsetzung, diese bei Innehaben eines für die Anerkennung genügenden Kapitalgrundstocks im Wege der Einzelrechtsnachfolge in eine selbständige (rechtsfähige) Stiftung „umzuwandeln“.¹⁰⁹⁶

Was die jeweilige Kapitalausstattung anbetrifft, so bedürfen die Aktiengesellschaft, GmbH und die Stiftung – im Gegensatz zum eingetragenen Verein¹⁰⁹⁷ – qua gesetzlicher Bestimmungen jeweils eines Kapitalgrundstocks. Während der Mindestkapitalgrundstock bei der Aktiengesellschaft (50.000 Euro, vgl. § 7 AktG) und der GmbH (25.000 Euro, vgl. § 5 Abs. 1 GmbHG¹⁰⁹⁸) gesetzlich festgelegt ist, ist das so genannte Dotationskapital einer Stiftung gesetzlich nicht vorgegeben¹⁰⁹⁹. Für die selbständige Stiftung wird zur Gewährleistung einer dauernden und nachhaltigen Erfüllung des Stiftungszwecks im Sinne des § 80 Abs. 2 BGB in der Regel – je nach Bundesland und Zweckrichtung der Stiftung – von der jeweiligen Genehmigungsbehörde ein Dotationskapital von mindestens 100.000 bis 300.000 Euro verlangt.¹¹⁰⁰ Der Verein hingegen bedarf keines gesetzlichen Kapitalgrundstocks.¹¹⁰¹

b. Zwischenzusammenfassung und -ergebnis

Die Gründung einer Aktiengesellschaft, einer GmbH und eines eingetragenen Vereins vollzieht sich im Unterschied zur Gründung einer selbständigen Stiftung, die u.a. von der staatlichen Anerkennung abhängig ist, nach dem System der Normativbedingungen in drei Phasen. Diese Gründungsphasen sind je nach Rechtsform gesetzlich unterschiedlich ausgestaltet. Die Gründung einer Aktiengesellschaft ist dabei im Vergleich zur GmbH und insbesondere zum eingetragenen Verein regelmäßig mit einem höheren Gründungsaufwand und höheren Gründungskosten verbunden. In zeitlicher Hinsicht kann sich jedoch der zu leistende Gründungsaufwand bei der Aktiengesellschaft, auch bei der GmbH durch Übernahme sämtlicher Anteile an einer bereits bestehenden (Vorrats-)Gesellschaft gespart werden. Aktiengesellschaft, GmbH und eingetragener Verein können im Unterschied zur selbständigen Stiftung auch durch Umwandlung nach dem Unwandlungsgesetz gegründet werden; der eingetragene Verein jedoch nicht durch Formwechsel.

¹⁰⁹⁶ Grünhaupt, in: Fundraising Akademie (Hrsg.), Fundraising – Handbuch für Grundlagen, Strategien und Methoden, Stiftungsrecht, S. 673, 676; vgl. auch Strachwitz, Gründung, Aufbau und Organisation von Bürgerstiftungen, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, S. 125, 135.

¹⁰⁹⁷ Van Randenborgh, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 19.

¹⁰⁹⁸ Ausnahme: Sonderregelung des § 5 a GmbHG für die Unternehmergeellschaft (UG), das für die UG erforderliche Mindeststammkapital in Höhe von 1 Euro ergibt sich aus § 5 Abs. 2 GmbHG, Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 5a, Rn. 10.

¹⁰⁹⁹ Van Randenborgh, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 19.

¹¹⁰⁰ So van Randenborgh, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 19.

¹¹⁰¹ Van Randenborgh, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 19.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Die selbständige Stifung bedarf zu ihrer Gründung zu Lebzeiten und als Voraussetzung ihrer Anerkennung durch die zuständige Landesbehörde (lediglich) eines schriftformbedürftigen Stiftungsgeschäftes, welches unter anderem die Stiftungssatzung zu enthalten hat. Die inhaltliche Ausgestaltung der Stiftungssatzung bedarf aufgrund der grundsätzlichen Statik ihrer Regelungen eines regelmäßig hohen Beratungs- und Gestaltungsaufwandes.

Trotz des gesetzlich nicht vorgeschriebenen Mindestdotationskapitals bedarf die Errichtung einer selbständigen Stiftung im Vergleich zu den vorgenannten übrigen juristischen Personen des Privatrechts regelmäßig der betragsmäßig höchsten Kapitalausstattung. Der für die Gründung einer Aktiengesellschaft erforderliche Mindestkapitalgrundstock der Aktiengesellschaft ist doppelt so hoch wie der für die GmbH; der eingetragene Verein bedarf hingegen von Gesetzes wegen keines Kapitalgrundstocks.

Die Gründung eines eingetragenen Vereins ist somit vergleichsweise am gründungs- und kostenunaufwendigsten. Allerdings sind für die Gründung stets mindestens sieben Personen erforderlich; eine Ein-Personen-Gründung – wie sie bei der Aktiengesellschaft, der GmbH und der selbständigen Stiftung zulässig ist – ist ausgeschlossen.

5. Buchführungs-, Rechnungslegungs-, Prüfungs- sowie Offenlegungspflichten

Für die Wahl der geeigneten Rechtsform ist es nicht unerheblich, ob und inwieweit (rechtsformabhängige) Buchführungs-, Rechnungslegungs-, Prüfungs- sowie Offenlegungspflichten bestehen. So wirken sich diese auf den zu leistenden Verwaltungs- und Kostenaufwand aus und nehmen Einfluss auf die Transparenz der Finanzen für die Öffentlichkeit. Rechtsgrundlagen für die genannten Pflichten können sich insbesondere aus dem Handelsrecht, aber auch aus sonstigen außersteuerlichen Gesetzen und Rechtsnormen¹¹⁰² sowie aus dem Steuerrecht¹¹⁰³ ergeben.

a. Außersteuergesetzliche Buchführungs-, Rechnungslegungs-, Prüfungs- sowie Offenlegungspflichten

Außersteuergesetzliche Buchführungs-, Rechnungslegungs-, Prüfungs- sowie Offenlegungspflichten sind insbesondere im Handelsgesetzbuch, den §§ 238 ff HGB, sowie in handelsrechtlichen Nebengesetzen – wie dem Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen (Publizitätsgesetz) – normiert. Darüber hinaus sind sie im Bürgerlichen Gesetzbuch (vgl. §§ 666, 259, 260 BGB), in Landes(stiftungs)gesetzen (vgl. z.B. § 4 Abs. 4 Hamburgisches Stiftungsgesetz) sowie nicht-gesetzlichen Regelwerken wie Verordnungen (vgl. z.B. § 3 der Verordnung über die Rechnungs- und Buchführungs-pflichten von Krankenhäusern) zu finden.

¹¹⁰² Siehe nachfolgend 2. Teil B. II. 5. a).

¹¹⁰³ Siehe nachfolgend unter 2. Teil B. II. 5. b).

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

aa. GmbH und Aktiengesellschaft

Im Unterschied zu nicht-handelsgewerbetreibenden Vereinen und Stiftungen unterliegen die Aktiengesellschaft und die GmbH als Handelsgesellschaften – unabhängig davon, ob sie ein Handelsgewerbe oder überhaupt ein Gewerbe betreiben¹¹⁰⁴ – der allgemeinen kaufmännischen Verpflichtung, nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung Bücher zu führen (vgl. §§ 238 Abs. 1, 6 Abs. 1 HGB iVm. § 3 Abs. 1 AktG, § 13 Abs. 3 GmbHG) sowie aufgrund der handelsrechtlichen Sondervorschriften für Kapitalgesellschaften (vgl. §§ 264 ff HGB) einer grundsätzlichen Prüfungs- und Offenlegungspflicht (vgl. § 316 Abs. 1, § 325 HGB).

Was die inhaltlichen Anforderungen an die Erfüllung dieser Pflichten sowie deren Umfang anbetrifft, bestehen zwischen der nicht-börsennotierten Aktiengesellschaft und der GmbH handelsrechtlich keine Unterschiede. Losgelöst von der Rechtsform richten sich die Anforderungen danach, ob es sich um eine kleine (vgl. § 267 Abs. 1 HGB), mittelgroße (vgl. § 267 Abs. 2 HGB) oder aber große (vgl. § 267 Abs. 3 HGB) Kapitalgesellschaft handelt¹¹⁰⁵. So unterliegen die Aktiengesellschaft und die GmbH – neben den allgemeinen Vorschriften der §§ 238 ff HGB – als Kapitalgesellschaften gleichermaßen den ergänzenden Vorschriften der §§ 264 ff HGB.

Die Verpflichtung zur Buchführung, die bei der Aktiengesellschaft den Vorstand, bei der GmbH die Geschäftsführer trifft (vgl. § 91 Abs. 1 AktG; § 41 GmbHG), umfasst dabei die Aufstellung eines (jedenfalls um einen Anhang erweiterten) Jahresabschlusses sowie – sofern es sich nicht um eine kleine Kapitalgesellschaft im Sinne des § 267 Abs. 1 HGB handelt (vgl. § 264 Abs. 1 Satz 4 HGB)¹¹⁰⁶ – die Erstellung eines Lageberichtes (vgl. §§ 242 ff, 264 Abs. 1 HGB).¹¹⁰⁷ Bei kleinen Aktiengesellschaften und kleinen GmbHs im Sinne von § 267 Abs. 1 HGB bedarf die Bilanz als Teil des Jahresabschlusses (vgl. § 242 Abs. 3 HGB) nach § 266 Abs. 1 S. 3 HGB lediglich der verkürzten Aufstellung, ebenso wie der Anhang (vgl. § 288 Abs. 1 HGB). Der Jahresabschluss und der Lagebericht bedürfen bei mittelgroßen und großen Kapitalgesellschaften nach Maßgabe der §§ 316 ff HGB der Abschlussprüfung (vgl. § 316 Abs. 1 S. 1 HGB). Kleine Kapitalgesellschaften sind von der Verpflichtung zur Abschlussprüfung gemäß § 316 Abs. 1 S. 1 HGB ausgenommen.

Im Übrigen sind sämtliche Aktiengesellschaften und GmbHs, unabhängig von deren jeweiliger Größe, publizitätspflichtig (vgl. § 325 Abs. 1 S. 1 HGB). So sind gemäß § 325 Absätze 1 und 2 HGB grundsätzlich der Jahresabschluss und die in § 325 Abs. 1 HGB näher bezeichneten Unterlagen wie der Lagebericht, der Bericht des Aufsichtsrats sowie die Erklärung gemäß § 161 AktG (sofern vorhanden) – beim Betreiber

¹¹⁰⁴ In Bezug auf die Kaufmannseigenschaft: *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB-Kommentar, § 6, Rn. 3.

¹¹⁰⁵ *Merkt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB-Kommentar, § 267, Rn. 1.

¹¹⁰⁶ Es sei denn, die Erstellung eines Lageberichtes ist in der Satzung vorgesehen, BGH DStR 2008, S. 629, 629.

¹¹⁰⁷ Auf die Aufstellungspflicht von Konzernabschlüssen und Konzernlageberichten (Konzernrechnungslegung) gemäß §§ 290 ff HGB, die für Aktiengesellschaft und GmbH gleichermaßen gilt, bzw. nach den internationalen Rechnungslegungsstandards (International Accounting Standards –IAS/ International Financial Reporting Standards – IFRS-) soll nicht eingegangen werden.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

des elektronischen Bundesanzeiger einzureichen und im elektronischen Bundesanzeiger bekanntzumachen. Für kleine und mittelgroße Kapitalgesellschaften sieht das Gesetz allerdings Erleichterungen vor (vgl. §§ 326, 327 HGB). Kleine Aktiengesellschaften und kleine GmbHs im Sinne des § 267 Abs. 1 HGB haben (lediglich) die – nach § 266 Abs. 1 S. 3, §§ 284, 288 Abs. 1 HGB in verkürzter Form aufzustellende – Bilanz und Anhang nach § 325 HGB offenzulegen (vgl. § 326 HGB).

Die Daten zur Rechnungslegung sind für die Öffentlichkeit frei und kostenlos zugänglich.¹¹⁰⁸

Im Unterschied zur GmbH hat bei der Aktiengesellschaft der Vorstand – wie bereits unter 2. Teil B. I. 2. a) angeführt – von Gesetzes wegen geeignete Maßnahmen zur Früherkennung bestandsgefährdender Entwicklungen zu treffen¹¹⁰⁹ (vgl. § 91 Abs. 2 AktG). Hierzu ist regelmäßig unter anderem eine interne Revision und ein sachgerechtes Controlling einzurichten,¹¹¹⁰ ferner ein Überwachungssystem (vgl. § 91 Abs. 2 AktG). Diese Verpflichtung gilt grundsätzlich für nichtbörsennotierte und börsennotierte Aktiengesellschaften gleichermaßen.¹¹¹¹ Ein weitergehender Prüfungsaufwand entsteht hierdurch für nichtbörsennotierte Aktiengesellschaften jedoch nicht. Nur bei börsennotierten Aktiengesellschaften bedarf die Geeignetheit der Maßnahmen sowie das Überwachungssystem im Rahmen der Abschlussprüfung einer gesonderten Prüfung (vgl. § 317 Abs. 4 AktG) sowie das Prüfungsergebnis der Darstellung in einem besonderen Teil des Prüfungsberichts (vgl. § 321 Abs. 4 AktG).

Darüber hinaus können sich für beide Gesellschaften weitere Pflichten aus gesetzlichen, aber auch nichtgesetzlichen Sonderbestimmungen ergeben – wie beispielsweise besondere Buchführungs- und Rechnungslegungspflichten für bestimmte Branchen bzw. Einrichtungen (beispielsweise bei Krankenhäusern; vgl. §§ 3 ff der Verordnung über die Rechnungs- und Buchführungspflichten von Krankenhäusern). Für gemeinnützige Einrichtungen ist die vom Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland (e.V.) veröffentlichte Stellungnahme zu den Besonderheiten der Rechnungslegung Spenden sammelnder Organisationen von besonderer Relevanz.¹¹¹²

¹¹⁰⁸ *Fehrenbacher*, in: Schmidt/Ebke (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 4, § 325, Rnrr. 7, 75.

¹¹⁰⁹ *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 3, Rn. 3.52.

¹¹¹⁰ *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 91, Rn. 8; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, § 91, Bd. 1, Rn. 13.

¹¹¹¹ Vgl. *Bommeri*, in: Seibert/Kiem/Schüppen (Hrsg.), Handbuch der kleinen AG, Rn. 4.107, der grundsätzlich auch für die kleine Aktiengesellschaft zumindest das Erfordernis der Einrichtung eines internen Controllings und einer kurzfristigen Erfolgs- und Risikobeurteilung sowie deren Organisation bejaht.

¹¹¹² Vgl. IDW RS HFA 21, veröffentlicht in: WPg Supplement 2010, S. 50 ff; der zwar mangels Gesetzeskraft keine unmittelbare Bindungswirkung zukommt, jedoch über die berufliche Verpflichtung der Wirtschaftsprüfer, fachliche Verlautbarungen des IDW grundsätzlich bei der Prüfung zu beachten, faktische Bindungskraft haben kann; kritisch in Bezug auf die faktische Bindungswirkung der IDW RS HFA 21 im speziellen: *Lehmann*, DB 2010, S. 2513, 2517; ausführlich zu den Grundsätzen der Rechnungslegung von Spenden sammelnden Organisationen *Doll*, npoR 2011, S. 118, 118 ff.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

bb. Eingetragener Verein und rechtsfähige Stiftung

Der eingetragene Verein und die rechtsfähige Stiftung als regelmäßige Nicht-Kaufleute sind hingegen nach dem Handelsgesetzbuch weder buchführungs- und prüfungspflichtig noch offenlegungs- bzw. publizitätspflichtig.¹¹¹³ Ihnen bleibt es überlassen, freiwillig ihre Bücher zu führen und diese im Sinne des Handelsgesetzbuchs prüfen zu lassen mit der Möglichkeit, einen nach § 322 Abs. 1 HGB nachgebildeten Bestätigungsvermerk, zumindest eine Prüfungsbescheinigung zu erhalten. Eine freiwillige Offenlegung im elektronischen Bundesanzeiger ist ihnen jedoch nicht möglich.

Eine (den handelsrechtlichen Vorschriften für Kapitalgesellschaften weitgehend entsprechende) Buchführungspflicht mit einhergehender Prüfungspflicht und auch Offenlegungspflicht im elektronischen Bundesanzeiger¹¹¹⁴ besteht nach dem Publizitätsgesetz lediglich für einen Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist bzw. für eine rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts, wenn sie ein Gewerbe betreibt und als Unternehmen im Sinne des § 1 Abs. 1 PublG zu qualifizieren ist (vgl. § 1, § 3 Abs. 1 Nrn. 3 und 4, §§ 5, 6 und 9 PublG). Das ist der Fall, wenn für den Tag des Abschlusses eines Geschäftsjahrs (Abschlussstichtag) und für die zwei darauf folgenden Abschlussstichtage jeweils mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale zutreffen:

- (1) Bilanzsumme über 65 Millionen Euro,
- (2) Umsatzerlöse übersteigen zwölf Monate vor dem Abschlussstichtag 130 Millionen Euro,
- (3) Beschäftigung von durchschnittlich mehr als fünftausend Arbeitnehmern zwölf Monate vor dem Abschlussstichtag (vgl. § 1 Abs. 1 PublG).

Diese Schwellenwerte werden von Vereinen und Stiftungen in der Regel nicht erreicht¹¹¹⁵ und für auf die Verfolgung ideeller Zwecke ausgerichtete Vereine und Stiftungen bereits keine Anwendung finden.

Der eingetragene Verein und die rechtsfähige Stiftung sind allerdings, unabhängig vom Gegenstand ihres in der Satzung festgelegten Zwecks, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zur internen periodischen Rechnungslegung und zur Auskunft verpflichtet, die eine (laufende) Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben sowie der Führung eines Bestands-

¹¹¹³ Es sei denn, sie sind aufgrund ihres Unternehmensgegenstandes oder aufgrund beantragter Eintragung in das Handelsregister Kaufleute (§§ 238 – 263, §§ 33 iVm. 1, 2 und 3 HGB). In dem Fall unterliegen sie mit dem gewerblichen Unternehmen oder ihres Land- und Forstwirtschaftsbetriebes den handelsrechtlichen Rechnungslegungspflichten, nicht aber den ergänzenden Vorschriften für Kapitalgesellschaften (§§ 264 – 335) und damit keinen entsprechenden Prüfungs- und Offenlegungspflichten (Ausnahme: bei Anwendbarkeit des Publizitätsgesetzes); zu den handelsrechtlichen Rechnungslegungspflichten der Stiftungen: *Orth*, Rechnungslegung und Transparenz – eine Übersicht über die geltende stiftungsrechtliche Rechtslage, insbesondere nach den Landesstiftungsgesetzen, in: *Walz* (Hrsg.) Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor, S. 27, 67 ff; *Orth*, in: *Seifart/v. Campenhausen*, Stiftungsrechts-Handbuch, § 37, Rnrr. 315 ff.

¹¹¹⁴ Vgl. IDW-Stellungnahme zur Rechnungslegung von Vereinen (IDW RS HFA 14) vom 1. März 2006, veröffentlicht in: *WPg* 10/2006, S. 692, 693, Rn. 8 sowie S. 698, Rn. 62.

¹¹¹⁵ *Orth*, Rechnungslegung und Transparenz – eine Übersicht über die geltende stiftungsrechtliche Rechtslage, insbesondere nach den Landesstiftungsgesetzen, in: *Walz* (Hrsg.) Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor, S. 27, 68.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

verzeichnisses erfordern, vgl. §§ 666, 259, 260, 27 Abs. 3 (sowie § 86) BGB.¹¹¹⁶ Diese (interne) Rechnungslegungspflicht des Vorstands läuft bei der Stiftung jedoch ins Leere, sofern kein weiteres Stiftungsorgan, dem gegenüber Rechenschaft abzulegen ist, existiert. Eine externe Rechnungslegungspflicht normiert das Bürgerliche Gesetzbuch nicht.¹¹¹⁷ Zwingende Buchführungs- und Rechnungslegungs-, aber auch Prüfungspflichten, können sich – wie bei der Aktiengesellschaft und der GmbH – allerdings aus spezialgesetzlichen sowie nicht-gesetzlichen Bestimmungen ergeben¹¹¹⁸ –, für die Stiftung ferner aus den Landesstiftungsgesetzen,¹¹¹⁹ deren Vorschriften insoweit den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches vorgehen¹¹²⁰. So verweisen einige Landesstiftungsgesetze dabei auf die Grundsätze der ordnungsgemäßen Buchführung, die jedoch nicht zu einer Rechnungslegung entsprechend den handelsrechtlichen Vorschriften verpflichten.¹¹²¹ So lautet beispielsweise § 5 Abs. 1 S. 3 Saarländisches StiftG vom 9. August 2004, zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. Februar 2006:

„Für jedes Jahr ist nach den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Buchführung eine Jahresrechnung aufzustellen.“;

§ 4 Abs. 2 Nr. 2 StiftG Mecklenburg-Vorpommern vom 7. Juni 2006:

„Die Stiftung ist verpflichtet, [...] eine nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung zu erstellende Jahresübersicht mit einer Vermögensübersicht [...] vorzulegen.“;

§ 4 Abs. 4 Hamburgisches StiftG vom 14. Dezember 2005:

„Die Stiftung hat jährlich eine Jahresrechnung mit einer Vermögensübersicht und einem Bericht über die Erfüllung des Stiftungszwecks zu erstellen; die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung sind entsprechend anzuwenden.“

In der Wahl der Rechnungslegungsmethodik – der einfachen Buchführung (Einnahmen-/Ausgaben-Rechnung), der (kaufmännischen) doppelten Buchführung oder der kameralistischen Buchführung (Haushalt) – sind sie regelmäßig frei;¹¹²² an entsprechende Empfehlun-

¹¹¹⁶ Die allgemeine Lehre sieht die Pflicht, Rechenschaft abzulegen als Pflicht zur periodischen Rechenschaftslegung an; zur Rechenschaftspflicht: *Hoppen*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 18, Rn. 2, im Übrigen vgl. IDW-Stellungnahme zur Rechnungslegung von Vereinen (IDW RS HFA 14) vom 1. März 2006, veröffentlicht in: WPg 2006, S. 692, 693, Rn. 7. Zum Umfang der Rechenschaftspflicht: von *Hippel*, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, S. 329 ff.

¹¹¹⁷ Vgl. IDW RS HFA 5, veröffentlicht in: WPg 2000, S. 391, 392, Rn. 14; a.A. *Orth*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 37, Rn. 309.

¹¹¹⁸ *Hoppen*, in: Schauhoff ((Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 18, Rn. 2; *Orth*, Rechnungslegung und Transparenz – eine Übersicht über die geltende stiftungsrechtliche Rechtslage, insbesondere nach den Landesstiftungsgesetzen: *Walz* (Hrsg.) Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor, S. 27, 39; vgl. auch IDW-Stellungnahme zur Rechnungslegung von Vereinen (IDW RS HFA 14) vom 1. März 2006, veröffentlicht in: WPg 2006, S. 692, 693, Rn. 9.

¹¹¹⁹ Dazu *Hoppen*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 18, Rn. 1, 3 ff.
¹¹²⁰ *Orth*, in: Seifart/v. Campenhausen, Handbuch des Stiftungsrechts, § 37, Rn. 5.

¹¹²¹ *Kley*, Stiftungsmanagement und Rechnungslegung – Probleme aus der Praxis der Stiftungsverwaltung, in: *Walz* (Hrsg.), Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor, S. 15, 16.

¹¹²² *Kley*, Stiftungsmanagement und Rechnungslegung – Probleme aus der Praxis der Stiftungsverwaltung, in: *Walz* (Hrsg.), Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor, S. 15, 16 ff; *Orth*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 37, Rn. 64.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

gen des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. nicht gebunden¹¹²³ (vgl. IDW RS HFA 5 vom 25. Februar 2000¹¹²⁴). Sehen die Landesstiftungsgesetze eine Prüfung der Rechnungslegung durch Wirtschaftsprüfer vor, für die die Beachtung der fachlichen Verlautbarungen des IDW eine Berufspflicht darstellt¹¹²⁵, ist die Berücksichtigung der IDW-Stellungnahme zur Rechnungslegung von Stiftungen¹¹²⁶ jedoch faktisch geboten¹¹²⁷. So wird der Wirtschaftsprüfer die Erteilung des Bestätigungsvermerks bzw. einer Bescheinigung bei Nicht-Beachtung der IDW RS HFA 5 regelmäßig versagen, vgl. Rn. 50 der IDW PS 740 (vom 25. Februar 2000)¹¹²⁸.

Der Verein unterliegt keinen den Landesstiftungsgesetzen entsprechenden Prüfungspflichten. Er ist an die Einhaltung der IDW-Stellungnahme zur Rechnungslegung von Vereinen¹¹²⁹ nur insoweit faktisch gebunden, als er sich freiwillig – durch entsprechende Satzungsregelungen – der Abschlussprüfung unterworfen hat oder ausnahmsweise eine Prüfungspflicht durch spezialgesetzliche bzw. nicht-gesetzliche Bestimmungen begründet wird¹¹³⁰.

Im Übrigen kommt sowohl für den Verein als auch für die Stiftung – wie bei der Aktiengesellschaft und der GmbH – die Anwendung der IDW-Stellungnahme zu den Besonderheiten der Rechnungslegung Spenden sammelnder Organisationen in Betracht.¹¹³¹

cc. Zwischenbewertung

Auf den ersten Blick vermag die Wahl der Rechtsform der Aktiengesellschaft – ebenso der GmbH – aufgrund der zweckunabhängigen vollkaufmännischen doppelten Buchführungs-pflicht und der zumindest bei mittelgroßen und großen Kapitalgesellschaften bestehenden Abschlussprüfungspflicht unter Verwaltungsaufwands- und Kostengesichtspunkten nachteilig zu sein. Auch die Verpflichtung zur Offenlegung der Finanzen im – für jedermann einsehbaren – elektronischen Bundesanzeiger erscheint aus Sicht einer gemeinnützigen Einrichtung zunächst nicht attraktiv.

¹¹²³ Vgl. *Kley, Stiftungsmanagement und Rechnungslegung – Probleme aus der Praxis der Stiftungsverwaltung*, in: Walz (Hrsg.), *Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor*, S. 15, 18.

¹¹²⁴ Veröffentlicht in: WPg, 2000, S. 391, 391 ff (der Empfehlungscharakter ist insbesondere in den Rnrm. 33, 35, 37, 44 niedergelegt).

¹¹²⁵ *Orth*, in: *Rechnungslegung und Transparenz – eine Übersicht über die geltende stiftungsrechtliche Rechtslage, insbesondere nach den Landesstiftungsgesetzen*, in: Walz (Hrsg.), *Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor*, S. 27, 43.

¹¹²⁶ IDW RS HFA 5, veröffentlicht in: WPg 2000, S. 391 ff.

¹¹²⁷ Vgl. *Kley, Stiftungsmanagement und Rechnungslegung – Probleme aus der Praxis der Stiftungsverwaltung*, in: Walz (Hrsg.), *Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor*, S. 15, 18.

¹¹²⁸ Veröffentlicht in: WPg 2000, S. 385, 390, Rn. 50.

¹¹²⁹ IDW RS HFA 14, veröffentlicht in: WPg 2006, S. 692 ff.

¹¹³⁰ So wird der Wirtschaftsprüfer die Erteilung des Bestätigungsvermerks bzw. einer Bescheinigung bei Nicht-Beachtung der IDW RS HFA 14 regelmäßig versagen, siehe IDW PS 750, veröffentlicht in: WPg 2006, S. 646 ff.

¹¹³¹ Kritisch in Bezug auf die faktische Bindungswirkung der IDW RS HFA 21 im speziellen: *Lehmann*, DB 2010, S. 2513, 2517; ausführlich zu den Grundsätzen der Rechnungslegung von Spenden sammelnden Organisationen *Doll*, npoR 2011, S. 118, 118 ff.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Doch gerade im Gemeinnützigkeitssektor kann den genannten, gesetzlich klar normierten Pflichten ein nicht unerheblicher Wert zukommen, die den zu leistenden Verwaltungs- und Kostenaufwand in den Hintergrund rücken und die Offenlegung der Finanzen in einem öffentlichen Register als vorteilhaft erscheinen lassen. Durch eine vergleichbare, von einer externen Stelle obligatorisch (oder fakultativ) überprüfte sowie transparente Rechnungslegung wird in der Öffentlichkeit ein Vertrauenstatbestand der gestützt begründet, als diese sich jederzeit einen aussagekräftigen Einblick in die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage verschaffen kann: So wird durch die konkreten gesetzlichen Anforderungen, die das Handelsgesetzbuch an die ordnungsgemäße Buchführung von Kapitalgesellschaften stellt, eine inhaltliche Vergleichbarkeit der Jahresabschlüsse hergestellt. Wird der Jahresabschluss nach freiwilliger bzw. obligatorischer Prüfung durch einen Abschlussprüfer mit einem uneingeschränkten Bestätigungsvermerk versehen, wird die inhaltliche Richtigkeit als Voraussetzung für die Vergleichbarkeit durch eine von der Gesellschaft unabhängige Stelle bestätigt. Durch die Veröffentlichungspflicht im elektronischen Bundesanzeiger wird eine vergleichbare Transparenz und damit die Grundlage für eine nachhaltige Vertrauensebene zwischen (potenziellen) Förderern und gemeinnütziger Einrichtung geschaffen.

Die Herstellung einer vergleichbaren Transparenz ist den in der Rechtsform des Vereins und der Stiftung organisierten gemeinnützigen Einrichtungen nicht möglich.¹¹³² Zwar können Vereine und Stiftungen eine vollkaufmännische doppelte Buchführung sowie eine Abschlussprüfung auf freiwilliger Basis durchführen (lassen) mit der Möglichkeit, einen § 322 HGB entsprechenden Bestätigungsvermerk zu erhalten. Doch ist eine Vergleichbarkeit der Rechnungslegung mit anderen in der Rechtsform des Vereins und der Stiftung organisierten gemeinnützigen Einrichtungen mangels gesetzlicher Verpflichtung zu einer vollkaufmännischen doppelten Buchführung nicht gegeben.¹¹³³ Auch eine Offenlegung der Finanzen im elektronischen Bundesanzeiger ist selbst bei Erfüllung der handelsrechtlichen Anforderungen, das heißt bei Vorliegen eines geprüften und mit einem § 322 HGB entsprechenden Bestätigungsvermerk versehenen Jahresabschlusses nicht möglich. Sofern Vereine und Stiftungen öffentliche Transparenz in Bezug auf ihre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage schaffen wollen, sind sie darauf verwiesen, ihre (geprüften) Jahresabschlüsse beispielsweise auf den vereins-/stiftungseigenen Websites zu veröffentlichen – ob dadurch jedoch ein vergleichbares Vertrauen wie in die Daten öffentlicher Register bei der Allgemeinheit begründet werden kann, sei zumindest dahingestellt.

Dass die Schaffung von Transparenz gerade im Gemeinnützigkeitssektor wichtig ist, lässt sich der vom Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. herausgegebenen Stiftungsstudie entnehmen. So betont diese – wenn auch nur bezogen auf Stiftungen –, dass für Spenden sammelnde Stiftungen „die offene Kommunikation im originären Eigeninteresse [liege], da

¹¹³² Zu dem Problemkreis einer fehlenden vergleichbaren Transparenz (Rechnungslegung und Publizität) ausführlich *Walz*, in: *Walz* (Hrsg.), *Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor*, S. 1, 1 ff, zur Ungenügenheit der deutschen Vorschriften zur Rechnungslegung und zur Publizität für Vereine und Stiftungen, von *Hippel*, *Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen*, S. 362 ff.

¹¹³³ Vgl. auch *Walz*, in: *Walz* (Hrsg.), *Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor*, S. 1, 2.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

nur auf diese Weise eine langfristige stabile Vertrauensebene zu den Förderern und damit ein nachhaltiger Akquisitionserfolg geschaffen werden kann“¹¹³⁴. Weiter heißt es dort:

„Aber auch für eine typische Kapitalstiftung wird sich die Transparenz lohnen, da Förderpartner und die Öffentlichkeit zunehmend ein Informationsinteresse geltend machen und sich der Stiftungszweck in der Regel nur im Zusammenwirken mit diesen verwirklichen lässt. Für alle Stiftungen gilt im Übrigen: Eine mangelnde Transparenz schon einer einzigen Stiftung gefährdet das hohe Ansehen aller deutschen Stiftungen, sodass jede einzelne Stiftung sich auch in Verpflichtung gegenüber den anderen Stiftungen zur Transparenz veranlasst sehen sollte.“¹¹³⁵

In der Tat belegen die in der Vergangenheit gegen einzelne in der Rechtsform der Stiftung oder des Vereins organisierte gemeinnützige Einrichtungen erhobenen Vorwürfe in Bezug auf einen undurchsichtigen Umgang mit Finanzmitteln (insbesondere Spendengeldern)¹¹³⁶, und zwar unabhängig davon, ob diese berechtigt oder unberechtigt waren, die Werthaltigkeit des Faktors Transparenz im Gemeinnützige sektor.¹¹³⁷

Transparenz im Sinne einer auf einer einheitlichen Rechnungslegungsmethodik sowie einer gesetzlich – zumindest für mittlere und große Gesellschaften – vorgeschriebenen Abschlussprüfung beruhenden Offenlegung in einem öffentlichen Register und der damit möglichen Vergleichbarkeit der Vermögens-, Finanz- und Ertragslagen kann derzeit lediglich durch die Wahl der Rechtsform der Aktiengesellschaft und der GmbH erreicht werden.

b. Steuerrechtliche Buchführungs-, Rechnungslegungs- und Aufzeichnungspflichten nach der Abgabenordnung

Steuerrechtliche Buchführungs-, Rechnungslegungs- und Aufzeichnungspflichten können abgeleitete, aber auch originäre Pflichten sein.¹¹³⁸ Sie dienen der steuerlichen Veranlagung und sind regelmäßig rechtsformunabhängig.

¹¹³⁴ So Falk/Kramer/Zeidler, in: Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. (Hrsg.), Stiftungsstudie – Führung, Steuerung und Kontrolle in der Stiftungspraxis, S. 27.

¹¹³⁵ So Falk/Kramer/Zeidler, in: Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. (Hrsg.), Stiftungsstudie – Führung, Steuerung und Kontrolle in der Stiftungspraxis, S. 27.

¹¹³⁶ Wie beispielsweise gegen: UNICEF, siehe Stern-Artikel „Unicef verliert Tausende Dauerspender“ vom 5. Februar 2008; Tagesspiegel-Artikel „Spendenskandal bei Unicef weitet sich aus“ vom 20. Dezember 2007; Deutsche Kinderhilfe, siehe RP-Online-Artikel „Undurchsichtige Finanzen bei der Kinderhilfe“ vom 26. März 2008; Frauennothilfe-Verein Hatun & Can, siehe WELT-Artikel „Verteidiger nennt Alice Schwarzers Vorwürfe boshaf“ vom 29. Oktober 2010; Innocence in Danger, siehe Focus-Artikel „Kritik an Guttenbergs Kinderschutz-Organisation“, vom 27. November 2010, und Frankfurter-Rundschau-Artikel „Vorwürfe gegen >Innocence in Danger<“ vom 29. November 2010.

¹¹³⁷ Zur Werthaltigkeit von Publizität und Transparenz mit Lösungsvorschlägen für die Stiftung und den Verein von Hippel, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, S. 362 ff.

¹¹³⁸ Orth, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 37, Rn. 348.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

aa. Abgeleitete und originäre Buchführungs- und Aufzeichnungspflichten nach §§ 140, 141 AO

Abgeleitete Buchführungs- und Aufzeichnungspflichten bestehen nach § 140 (iVm. § 4) AO dann, wenn aufgrund außersteuerlicher Rechtsnormen Bücher und Aufzeichnungen zu führen sind, die für die Besteuerung von Bedeutung sind. Diese abgeleitete Pflicht resultiert für die Aktiengesellschaft und die GmbH stets aus der handelsrechtlichen Buchführungs-pflicht gemäß §§ 238 ff, 264 ff HGB. Bei dem eingetragenen Verein und der rechtfähigen Stiftung hängt die Verpflichtung von den Verhältnissen im Einzelfall ab, davon also, ob bzw. in welchem Umfang im konkreten Einzelfall eine außersteuerliche Buchführungs- und Aufzeichnungspflicht besteht oder nicht (zur außensteuerlichen Buchführungs- und Aufzeichnungspflicht oben 2. Teil B. II. 5. a) bb)).

Eine originäre Buchführungspflicht nach § 141 AO für bestimmte gewerbliche Unternehmer sowie Land- und Forstwirte besteht für die Aktiengesellschaft und GmbH aufgrund der Subsidiarität dieser Vorschrift gegenüber § 140 AO nicht.¹¹³⁹ Bei Stiftungen und Vereinen hängt dies wiederum vom Einzelfall ab; sind sie ausschließlich im ideellen Bereich tätig und unterhalten sie insbesondere keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, wird eine Verpflichtung nach § 141 AO – unabhängig vom Subsidiaritätsgesichtspunkt – schon tatbestandlich nicht begründet.

bb. Originäre gemeinnützige Aufzeichnungspflichten

Gemäß § 63 Abs. 3 iVm. Abs. 1 AO haben Körperschaften im Sinne der § 51 Abs. 1 Sätze 1 und 2 AO iVm. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 4 KStG, und damit die Aktiengesellschaft, die GmbH, der eingetragene Verein und die Stiftung gleichermaßen, zur Erlangung und zum Erhalt der gemeinnützigeitsrechtlichen Steuerbefreiungen und -vergünstigungen den Nachweis zu erbringen, dass ihre tatsächliche Geschäftsführung auf die ausschließliche und unmittelbare Erfüllung der steuerbegünstigten Zwecke gerichtet ist und den Bestimmungen entspricht, die die Satzung über die Voraussetzungen für Steuervergünstigungen enthält. Zur Erbringung des Nachweises sind die Körperschaften gemäß § 63 Abs. 3 AO verpflichtet, ordnungsgemäße Aufzeichnungen über ihre Einnahmen und Ausgaben zu führen. Nach welcher Methodik diese konkret zu erfolgen haben (z.B. durch eine doppelte Buchführung wie im Handelsrecht), wird von den gemeinnützigeitsrechtlichen Vorschriften nicht vorgeschrieben.¹¹⁴⁰ Der Anwendungserlass zur Abgabenordnung sieht zwar insoweit eine konkrete Regelung vor, als die zeitnahe Mittelverwendung durch eine Mittelverwendungsrechnung nachzuweisen ist (vgl. AEAO Nr. 27 S. 3 zu § 55 Abs. 1 Nr. 5 AO). Anforderungen an den konkreten Inhalt dieser Rechnung werden jedoch nicht getroffen.¹¹⁴¹ Die Rechnungslegung bedarf allerdings der Untergliederung in

¹¹³⁹ Zur Subsidiarität des § 141 AO im Verhältnis zu § 140 AO *Cöster*, in: Pahlke/Koenig (Hrsg.), AO Kommentar, § 141, Rn. 1.

¹¹⁴⁰ *Hoppen*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 18, Rn. 53. Lediglich allgemeine Anforderungen an Aufzeichnungspflichten finden sich in den §§ 145 ff AO.

¹¹⁴¹ IDW-Stellungnahme zur Rechnungslegung von Vereinen (IDW RS HFA 14) vom 1. März 2006, veröffentlicht in: WPg 10/2006, S. 692, 694, Rn. 12; *Koss*, Das Rechnungswesen der Bürgerstiftung, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, S. 297, 306.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

sog. Bereichsrechnungen,¹¹⁴² das heißt der getrennten Aufzeichnung ihrer folgenden vier möglichen Tätigkeitssphären: dem (steuerbegünstigten) ideellen Bereich, dem (steuerbefreiten) Bereich der Vermögensverwaltung, dem (steuerbegünstigten) Zweckbetrieb und dem (steuerpflichtigen) wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb¹¹⁴³. So ist im Veranlagungsverfahren zum einen über die Gemeinnützigkeit der Körperschaft, zum anderen über die steuerliche Behandlung einer – sofern vorhanden – wirtschaftlichen Betätigung zu entscheiden (vgl. AEAO zu § 64 AO).

c. Zwischenzusammenfassung und -ergebnis

Im Unterschied zum Verein und der Stiftung sind sowohl die Aktiengesellschaft als auch die GmbH als Handels- und Kapitalgesellschaften unabhängig von ihrem satzungsmäßigen Zweck zur kaufmännischen (doppelten) Buchführung verpflichtet. Für kleine Aktiengesellschaften und kleine GmbHs im Sinne des § 267 Abs. 1 HGB bestehen Erleichterungen, insbesondere in Bezug auf die Möglichkeit der Aufstellung und des Anhangs in verkürzter Form. Auch unterliegen sie – im Gegensatz zu mittelgroßen und großen Kapitalgesellschaften – nicht der Prüfungspflicht. Zur Offenlegung sind, wenn auch in unterschiedlichem Umfang, sämtliche Kapitalgesellschaften verpflichtet. Unterschiede in der Rechnungslegung zwischen (nicht-börsennotierten) Aktiengesellschaften und GmbHs ergeben sich nach dem Handelsgesetzbuch im Grundsatz nicht. Ein Mehraufwand kann sich bei der Aktiengesellschaft durch die Einführung und Unterhaltung einer internen Revision und eines Controllings ergeben.

Die gesetzlichen Mindestanforderungen an die Rechnungslegung eines Vereins und einer Stiftung sehen lediglich eine laufende Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben sowie die Führung eines Bestandsverzeichnisses vor – aus Spezialgesetzen können sich hier weitere Anforderungen ergeben, insbesondere für die Stiftung nach den Landesstiftungsgesetzen. Eine doppelte Buchführungsverpflichtung wird jedoch in der Regel nicht begründet.

Gemeinnützige Aufzeichnungspflichten bestehen für die genannten Körperschaften gleichermaßen.

Aufgrund der bei der Aktiengesellschaft und der GmbH bestehenden gesetzlichen Verpflichtung zur vollkäufmännischen doppelten Buchführung sowie einer (freiwilligen bzw. obligatorischen) Überprüfung des Jahresabschlusses durch (externe) Abschlussprüfer auf Grundlage gesetzlicher Vorschriften sowie der Pflicht zur Offenlegung im elektronischen Bundesanzeiger wird im Unterschied zum Verein und der Stiftung eine vergleichbare Transparenz der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage geschaffen. Die Schaffung einer vergleichbaren und transparenten Finanzstruktur stellt im Gemeinnützige Sektor, der

¹¹⁴² Orth, in: Rechnungslegung und Transparenz – eine Übersicht über die geltende stiftungsrechtliche Rechtslage, insbesondere nach den Landesstiftungsgesetzen, in: Walz (Hrsg.), Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor, S. 27, 71.

¹¹⁴³ Vgl. Koenig, in: Pahlke/Koenig (Hrsg.), AO Kommentar, § 64, Rn. 9; Orth, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, § 37, Rnrr. 363 ff; Koss, Das Rechnungswesen der Bürgerstiftung, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, S. 297, 308; Buchna/Seeger/Brox, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 2.13.7, S. 279 und 280; von Hippel, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, S. 334.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

regelmäßig auf Mittel Dritter und damit auf deren Vertrauen angewiesen ist¹¹⁴⁴, einen Wert dar,¹¹⁴⁵ der insbesondere den aus der Erfüllung der genannten gesetzlichen Verpflichtungen entstehenden Verwaltungs- und Kostenaufwand in den Hintergrund rücken lassen kann. So wird eine nachhaltige Vertrauensebene zwischen (potenziellen) Förderern und gemeinnütziger Einrichtung geschaffen, durch die – wie die vom Bundesverband deutscher Stiftungen e.V. herausgegebene Stiftungsstudie bezogen auf Spenden sammelnde Stiftungen betont – „ein nachhaltiger Akquisitionserfolg geschaffen werden kann“¹¹⁴⁶. Die Herstellung einer vergleichbaren Transparenzlage wie bei Kapitalgesellschaften ist Vereinen und Stiftungen nicht möglich.

6. „Bestandsschutz“

Gemeinnützige Einrichtungen sind darauf angewiesen, dass insbesondere solche Bestimmungen in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag, die der Erfüllung der Anforderungen an die steuerliche Privilegierung dienen,¹¹⁴⁷ nicht (willkürlich) modifiziert oder beseitigt werden können. Aber auch aus Sicht derer, die die Zweckverfolgung (mittelbar) durch Leistung von (finanziellen) Beiträgen sicherstellen – sei es durch Erwerb einer Aktie bzw. eines Geschäftsanteils, Zahlung von Mitgliedsbeiträgen, Übertragung von Vermögen(teilen) oder aber durch Spenden – kann es von Interesse sein, dass die in der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag niedergelegten Grundparameter keinen (willkürlichen) Änderungen unterliegen. Dementsprechend ist zu untersuchen, ob und inwiefern bei den einzelnen Rechtsformen die satzungs- und gesellschaftsvertraglichen Regelungen, abänderbar sind. Hierzu wird nachfolgend zwischen der Änderbarkeit der Satzungs- bzw. gesellschaftsvertraglichen Regelungen im Allgemeinen und in Bezug auf den Zweck sowie den Vereins-, Stiftungs- und Unternehmensgegenstand unterschieden. So kommt dem Zweck und der Art seiner Zweckverwirklichung bei gemeinnützigen Einrichtungen besondere Bedeutung zu.

a. Satzungs- bzw. gesellschaftsvertragliche Regelungen und ihre Änderbarkeit im Allgemeinen

Die Satzung der Aktiengesellschaft und des eingetragenen Vereins sowie der Gesellschaftsvertrag bei der GmbH sind nicht statisch. Als ein zunächst von den Gründern geschlossener Vertrag, der gewisse Mindestbestimmungen enthalten muss (vgl. u.a. § 23 Absätze 3 und 4 AktG; § 3 Abs. 1 GmbHG, § 57 Abs. 1 BGB), unterliegt er nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister der Willensbildung der Hauptversammlung bzw. der Gesellschafterversammlung, nach Eintragung des Vereins in das Vereinsregister der Willensbildung der Mitgliederversammlung. Diese können durch Beschluss die Satzung grundsätzlich

¹¹⁴⁴ Von Hippel, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, S. 365.

¹¹⁴⁵ Vgl. ausführlich Walz, in: Walz (Hrsg.), Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor, S. 1, 1 ff.

¹¹⁴⁶ So Falk/Kramer/Zeidler, in: Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. (Hrsg.), Stiftungsstudie – Führung, Steuerung und Kontrolle in der Stiftungspraxis, S. 27.

¹¹⁴⁷ Zu den steuerlichen Anforderungen siehe oben 2. Teil A.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

jederzeit¹¹⁴⁸ abändern, vgl. § 179 Abs. 1 Satz 1 AktG, § 53 Abs. 1 GmbHG, § 33 Abs. 1 BGB.

Die Möglichkeit der Satzungsänderung ist weder bei der Aktiengesellschaft und der GmbH noch beim eingetragenen Verein abdingbar.¹¹⁴⁹ Während die Zuständigkeit der Hauptversammlung und der Gesellschafterversammlung grundsätzlich jedoch eine ausschließliche ist¹¹⁵⁰ und nicht übertragen werden kann (Delegationsverbot)¹¹⁵¹ ¹¹⁵², und zwar weder auf ein anderes Gesellschaftsorgan¹¹⁵³ noch auf einen verbandsfremden Dritten¹¹⁵⁴, verhält sich

¹¹⁴⁸ Zur Aktiengesellschaft: *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 1; *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rn. 3; zur GmbH: vgl. *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 3.

¹¹⁴⁹ Zur Aktiengesellschaft: *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 5; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 3; *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rn. 3, *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 5; *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rnrrn. 55 und 56; *Zöllner*, in: *Zöllner* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/1, § 179, Rn. 2; *Haberstock/Greitemann*, in: Hölters (Hrsg.) Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 5; zur GmbH: vgl. *Ulmer*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rnrrn. 2 und 93; *Priester/Veil*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rnrrn. 2 und 39; zum eingetragenen Verein: vgl. *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, § 33, Rn. 17; von *Hippel*, Grundprobleme von Non-profit-Organisationen, S. 194.

¹¹⁵⁰ Zur Aktiengesellschaft: *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 22; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 10; *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rnrrn. 5, 6 und 102; *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rnrrn. 2 und 96; *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rn. 77; *Zöllner*, in: *Zöllner* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/1, § 179, Rn. 143; zur GmbH: vgl. RG vom 30. März 1942, II 96/41, RGZ 169, S. 65, 80 und 81; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 3; vgl. *Priester/Veil*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 62; *Hoffmann*, in: Michalski (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 53, Rn. 57.

¹¹⁵¹ Zur Aktiengesellschaft: vgl. LG Frankfurt am Main vom 29. Januar 1990, AG 1990, S. 169, 170; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 22; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 10; *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rnrrn. 7 und 102; *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 103; *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rn. 77; von *Hippel*, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, S. 384; zur GmbH: *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 55; *Ulmer*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 2; *Priester/Veil*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 62; *Hoffmann*, in: Michalski (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 53, Rn. 57; von *Hippel*, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, S. 384.

¹¹⁵² Zu den Ausnahmen von dem Grundsatz des Delegationsverbotes bei der Aktiengesellschaft (wie z.B. der Übertragung von reinen Fassungsänderungen auf den Aufsichtsrat, § 179 Abs. 1 S. 2 AktG) siehe u.a. *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 22 sowie *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 4.

¹¹⁵³ Zur Aktiengesellschaft: *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rn. 102; *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 2; *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rn. 77; zur GmbH: vgl. RG vom 11. Oktober 1932, II 482/31, RGZ 137, S. 305, 308; BGH vom 25. Februar 1965, II ZR 287/63, BGHZ 43, S. 261, 264; *Ulmer*, in: Ulmer/Habersack/Winter

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

dies beim eingetragenen Verein anders. Durch eine entsprechende Satzungsregelung kann ein anderes Vereinsorgan als die Mitgliederversammlung für Satzungsänderungen für zuständig erklärt werden (vgl. auch §§ 40, 32, 33 BGB).¹¹⁵⁵ Die vollständige Übertragung der Befugnis auf einen (außerhalb des Vereins stehenden) Dritten wird hingegen grundsätzlich für unzulässig erachtet.¹¹⁵⁶

Das Gesetz stellt gewisse Mindestanforderungen an die sog. echten Satzungsänderungen, das heißt konkret: an die Änderung materieller Satzungsbestandteile¹¹⁵⁷. Die zentralen Grundvorschriften (einschließlich derer zur Zweckänderung sowie zur Änderung des Unternehmensgegenstandes) sollen nachfolgend in Bezug auf die erforderlichen Mehrheiten dargestellt, Sondervorschriften für bestimmte Satzungsänderungen (wie z.B. zur Kapitalerhöhung bzw. -herabsetzung) hingegen außer Betracht gelassen werden:

Der satzungsändernde Beschluss der Mitgliederversammlung (als gesetzlicher Normalfall) eines eingetragenen Vereins bedarf gemäß § 33 Abs. 1 Satz 1 BGB einer Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen. Gemäß § 40 BGB ist § 33 Abs. 1 BGB jedoch insofern abdingbar, als die Möglichkeit der Satzungsänderung (allgemein oder für einzelne Beschlussgegenstände) durch entsprechende Bestimmungen sowohl erleichtert als auch erschwert werden kann¹¹⁵⁸. So kann in der Satzung beispielsweise eine kleinere¹¹⁵⁹ (bis hin zur einfachen Mehrheit¹¹⁶⁰), aber auch eine größere Mehrheit¹¹⁶¹ (bis hin zur Einstimmigkeit¹¹⁶²) vorgesehen werden, wie auch die Wirksamkeit des Beschlusses von der Zustim-

(Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 2; *Priester/Veil*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 62; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 55; *Hoffmann*, in: Michalski (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 53, Rn. 57.

¹¹⁵⁴ Zur Aktiengesellschaft: *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 2; zur GmbHG: *Ulmer*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 2; *Priester/Veil*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 62; *Hoffmann*, in: Michalski (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 53, Rn. 57; *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rn. 77.

¹¹⁵⁵ *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 33, Rn. 2; *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 135; *Steffen*, in: BGB-RGRK, Bd. 1, § 33, Rn. 2.

¹¹⁵⁶ Vgl. *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 33, Rn. 2; *Hadding*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 1, § 33, Rn. 7; *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 912; *Steffen*, in: BGB-RGRK, Bd. 1, § 33, Rn. 2; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 556 (Unzulässigkeit der Übertragung auf einen vereinsfremden Dritten); von *Hippel*, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, S. 389.

¹¹⁵⁷ Zur Aktiengesellschaft: *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 7; zur GmbH: vgl. *Ulmer*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 2 und 8.

¹¹⁵⁸ *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, § 33, Rn. 15; *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 135; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 560.

¹¹⁵⁹ *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 130; *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 908.

¹¹⁶⁰ *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 560.

¹¹⁶¹ *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 130; *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 908.

¹¹⁶² *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 135; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 560.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

mung eines anderen Vereinsorgans¹¹⁶³ oder eines¹¹⁶⁴ bzw. mehrerer¹¹⁶⁵ (nach § 35 BGB sonderberechtigter), sogar sämtlicher¹¹⁶⁶ Mitglieder (zumindest für bestimmte Beschlussfassungen) abhängig gemacht werden. Ob die Wirksamkeit grundsätzlich auch von der Genehmigung (außerhalb des Vereins stehender) Dritter abhängig gemacht werden kann, ist umstritten;¹¹⁶⁷ wird aber jedenfalls dann verneint werden müssen, wenn der Fremdeinfluss derart überwiegt, dass der Verein sein Wesen als eigenständiger Personenverband verliert,

„weil er nicht mehr vornehmlich von der Willensbestimmung und -betätigung seiner Mitglieder getragen wird, sondern zur bloßen Verwaltungsstelle oder zu einem bloßen Sondervermögen des Außenstehenden wird, denen eigene Rechtspersönlichkeit nach der Rechtsordnung nicht zukommen soll“¹¹⁶⁸.

Eine Sonderstellung in Bezug auf diese Streitigkeit nehmen kirchliche und sonstige religiöse Vereine, die Teil eines kirchlichen Verbundes oder einer Religionsgemeinschaft darstellen bzw. eng mit diesen verbunden sind, ein. So wird eine Satzungsregelung, in der Beschlussgegenstände dem Genehmigungsvorbehalt des Bischofs bzw. einer übergeordneten kirchlichen Stelle unterworfen werden, überwiegend mit dem Hinweis auf Art. 4 iVm. Art. 140 GG, Art. 137 GG für zulässig erachtet¹¹⁶⁹.

Ein Gesellschafterbeschluss zur Abänderung des Gesellschaftsvertrags einer GmbH erfordert gemäß § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG – ebenfalls – eine Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen. Im Unterschied zum satzungsändernden Beschluss der Mitgliederversammlung eines eingetragenen Vereins ist eine Erleichterung der Änderung des Gesellschaftsvertrags durch Herabsetzung dieses Mehrheitserfordernisses nicht zulässig¹¹⁷⁰. Etwas anderes

¹¹⁶³ BayObLG vom 3. Dezember 1975, 2 Z 40/75, Rechtpfleger 1976, S. 56, 56; *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 135; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 560; *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 911.

¹¹⁶⁴ BayObLG vom 3. Dezember 1975, 2 Z 40/75, Rechtpfleger 1976, S. 56, 56; *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 33, Rn. 2; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 560; *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 911.

¹¹⁶⁵ *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 135.

¹¹⁶⁶ Vgl. *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 909; *Weick*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 33, Rn. 7.

¹¹⁶⁷ Zum Meinungsstand bezüglich der Grenzen der Satzungsänderung vgl. u.a. *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Kommentar zum BGB, § 33, Rn. 15 und 16.

¹¹⁶⁸ So KG vom 12. Oktober 1973, 1 W 1332/71, OLGZ 1974, S. 385, 390; vgl. im Übrigen auch BayObLG vom 23. August 1979, BReg. 2 Z 14/79, NJW 1980, S. 1756, 1757 (zum Auflösungsbeschluss); BVerfG vom 5. Februar 1991, 2 BvR 263/86, BVerfGE 83, S. 341, 360 = NJW 1991, S. 2623, 2626; LG Aachen vom 17. Mai 1976, 7 T 83/75, DVBl. 1976, S. 914, 914 und 915; *Hadding*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 1, § 33, Rn. 7; zum Fremdeinfluss im Vereinsrecht auch von *Hippel*, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, S. 384 ff.

¹¹⁶⁹ Vgl. BayObLG vom 23. August 1979, Breg. 2 Z 14/79, NJW 1980, S. 1756, 1757 (zum Auflösungsbeschluss), OLG Köln vom 20. September 1991, 2 Wx 64/90, NJW 1992, S. 1048, 1050; LG Oldenburg vom 22. August 1991, 5 T 374/91, JZ 1992, S. 250, 251; KG vom 12. Oktober 1973, 1 W 1332/71, OLGZ 1974, S. 385, 386 und 87 sowie LG Aachen vom 17. Mai 1976, 7 T 83/75, DVBl. 1976, S. 914, 914 (beide allerdings ohne Erörterung bzw. Berücksichtigung der Art. 4, 140 GG, Art. 137 WRV); *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 569; *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinrecht, Rn. 911.

¹¹⁷⁰ Vgl. *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 62; *Ulmer*, in: Ulmer, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 62; *Priester/Veil*, in: Scholz, Kommentar zum

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

kann jedoch für sog. mittelbare Erleichterungen gelten: So stellt das GmbH-Gesetz – wie § 33 Abs. 1 BGB zur Satzungsänderung beim eingetragenen Verein – auf die Stimmenmehrheit ab¹¹⁷¹. Wie beim eingetragenen Verein, bei dem von dem Grundsatz, dass jedem Mitglied gleichermaßen eine Stimme zukommt¹¹⁷², in der Satzung dergestalt abgewichen werden kann, als einem Mitglied oder mehreren Mitgliedern ein erhöhtes Stimmrecht für sämtliche oder bestimmte Angelegenheiten als Sonderrecht im Sinne des § 35 BGB eingeräumt wird¹¹⁷³, kann auch der Gesellschaftsvertrag einer GmbH eine abweichende Regelung von dem gesetzlichen Grundsatz treffen, dass jeder Euro eines Geschäftsanteils eine Stimme gewährt (§ 47 Abs. 2 GmbHG)¹¹⁷⁴. Die Stimmenmehrheit kann somit – je nach Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags – von der Kapitalmehrheit abweichen mit der Folge, dass mittelbar die Möglichkeit der Satzungsänderung erleichtert wird. Diese mittelbare Erleichterung, die daraus resultiert, dass die Satzung abweichende Regelungen zur gesetzlichen Stimmkraftregelung des § 47 Abs. 2 GmbHG enthält, ist – wie im Übrigen auch beim eingetragenen Verein durch die Begründung entsprechender Sonderrechte – zulässig¹¹⁷⁵. Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch die Änderungsmöglichkeit seiner Regelungen unmittelbar erschweren und weitere Erfordernisse aufstellen (§ 53 Abs. 2 S. 2 GmbHG), und zwar sowohl für sämtliche Satzungsänderungen als auch für bestimmte Beschlussgegenstände¹¹⁷⁶. So kann beispielsweise eine höhere Beschlussmehrheit¹¹⁷⁷ (bis hin zur Einstimmigkeit¹¹⁷⁸) oder aber neben der Stimmenmehrheit auch eine Kapitalmehrheit vorgesehen werden¹¹⁷⁹. Diese sog. doppelte Mehrheit kann einer mittelbaren Erleichterung durch Geschäftsanteile mit unterschiedlicher Stimmkraft vorbeugen bzw. die Satzungsänderung erschweren. Ferner kann die Wirksamkeit des Änderungsbeschlusses auch von der Zustimmung eines oder mehrerer (sonderberechtigter) Gesellschafter¹¹⁸⁰ sowie von der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter¹¹⁸¹ abhängig gemacht werden. Nicht zulässig ist es – im Gegensatz zur Satzungsänderung beim eingetragenen Verein –, die Änderungsmöglichkeit der Gesellschaftsverträge zu beschränken.

GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 86; Hoffmann, in: Michalski (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 53, Rn. 65.

¹¹⁷¹ Hoffmann, in: Michalski (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 53, Rn. 66.

¹¹⁷² Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 801.

¹¹⁷³ Vgl. Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 801.

¹¹⁷⁴ Zöllner, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 47, Rn. 67.

¹¹⁷⁵ Zöllner, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 62; Priester/Veil, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 86; vgl. Ulmer, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 3 und 62; Hoffmann, in: Michalski (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 66.

¹¹⁷⁶ Ulmer, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 93; Priester/Veil, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 86.

¹¹⁷⁷ Ulmer, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 93; Priester/Veil, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 88.

¹¹⁷⁸ Vgl. Ulmer, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 93; Priester/Veil, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 88; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 63.

¹¹⁷⁹ Ulmer, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 93; Priester/Veil, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 88; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 63.

¹¹⁸⁰ Vgl. RG vom 30. März 1942, II 96/41, RGZ 169, S. 65, S. 81; Ulmer, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 94; Priester/Veil, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 88.

¹¹⁸¹ Ulmer, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 93; Priester/Veil, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 88.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

zungsänderung beim eingetragenen Verein – jedoch, die Wirksamkeit des satzungsändernden Gesellschafterbeschlusses unter den Genehmigungsvorbehalt eines Nichtgeschafters (wie beispielsweise eines anderen Gesellschaftsorgans oder eines Dritten) zu stellen¹¹⁸².

Der satzungsändernde Beschluss der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft bedarf gemäß § 179 Abs. 2 S. 1 AktG einer Mehrheit, die mindestens 75 % des bei der Beschlussfassung vertretenen Kapitals umfasst.¹¹⁸³ Das Aktiengesetz stellt somit – im Unterschied zum satzungsändernden Beschluss der Mitgliederversammlung eines eingetragenen Vereins und zu dem den Gesellschaftsvertrag modifizierenden Beschluss der GmbH – das Erfordernis der sog. doppelten Mehrheit (einfache Stimmenmehrheit und 75 %ige Kapitalmehrheit) auf¹¹⁸⁴. Entspricht das Stimmengewicht nicht dem Nennbetrag der Aktie oder nicht der Zahl der Stückaktien, so wird hierdurch – anders als bei der GmbH und dem eingetragenen Verein – im gesetzlichen Normfall keine mittelbare Erleichterung der Satzungsänderungsmöglichkeit bewirkt. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass einer mittelbaren Erleichterungsmöglichkeit bereits auf vorgelagerter Ebene begegnet wird, indem das Aktiengesetz Mehrstimmrechte seit dem Inkrafttreten des KonTraG vom 27. April 1998 (durch Aufhebung der Ausnahmeregelung des § 12 Abs. 2 S. 2 AktG a.F.) per se verbietet (vgl. auch § 12 Abs. 2 AktG). Eine Verschiebung von Kapitaleinsatz zu Stimmrechtseinfluss kann bei nichtbörsennotierten Aktiengesellschaften nur durch Stimmrechtsbeschränkungen in der Satzung im Sinne des § 134 Abs. 1 S. 1 (iVm. § 23 Abs. 5 S. 1) AktG erfolgen (Höchststimmrechte, Abstufungen im Stimmrecht), die jedoch bei der Berechnung einer Kapitalmehrheit außer Betracht bleiben (vgl. § 134 Abs. 1 S. 6 AktG). Allerdings kann die Satzung gemäß § 179 Abs. 2 S. 2 AktG eine andere Kapitalmehrheit bestimmen, und zwar grundsätzlich sowohl für sämtliche Beschlussgegenstände als auch für einzelne¹¹⁸⁵. Die Kapitalmehrheit kann herabgesetzt (bis zur einfachen Kapitalmehrheit¹¹⁸⁶) sowie heraufgesetzt

¹¹⁸² Vgl. RG vom 30. März 1942, II 96/41, RGZ 169, S. 65, 80 und 81; *Ulmer*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rnrs. 2 und 95; *Priester/Veil*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 63; *Zöllner*, in: Baum-bach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 53, Rnrs. 79 und 80; *Hoffmann*, in: Michalski (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 53, Rn. 57; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 7.

¹¹⁸³ Daneben bestehende Sondervorschriften für bestimmte Satzungsänderungen bleiben außer Be-tracht.

¹¹⁸⁴ Vgl. RG vom 24. September 1929, II 26/29, RGZ 125, S. 356, 359 (zu § 275 Abs. 1 HGB); BGH vom 28. November 1974, II ZR 176/72, NJW 1975, S. 212, 212 und 213; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 27; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 14; *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rnrs. 112 und 114; *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rnrs. 16 und 114; *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rn. 85; *Zöllner*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/1, § 179, Rn. 152.

¹¹⁸⁵ Vgl. *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 29; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 17; *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommen-tar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rn. 116; *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rn. 88; *Witt*, AG 2000, S. 345, 347.

¹¹⁸⁶ Vgl. BGH vom 28. November 1974, II ZR 176/72, NJW 1975, S. 212, 212 und 213; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 29; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 19; *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rn. 117; *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179,

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

werden (bis hin zur Einstimmigkeit¹¹⁸⁷, oder anders ausgedrückt: bis hin zu 100 % des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals und – sofern kein faktischer Ausschluss von Satzungsänderungen begründet wird – sogar des gesamten stimmberechtigen Grundkapitals¹¹⁸⁸). Auch kann die Satzung gemäß § 179 Abs. 2 S. 3 AktG – wiederum für grundsätzlich sämtliche, aber auch lediglich einzelne Beschlussgegenstände¹¹⁸⁹ – weitere Erfordernisse aufstellen. So kann beispielsweise die Wirksamkeit des satzungsändernden Beschlusses von der Zustimmung eines¹¹⁹⁰ oder mehrerer bestimmter¹¹⁹¹ sowie grundsätzlich auch sämtlicher¹¹⁹² Aktionäre abhängig gemacht oder aber Mehrfachabstimmungen¹¹⁹³ vorgesehen werden. Unzulässig ist es hingegen – wie bei der GmbH –, die Wirksamkeit von

Rnrs. 16 und 122; *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rn. 90; *Zöllner*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/1, § 179, Rn. 153.

¹¹⁸⁷ *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 29; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 20; *Haberstock/Greitemann*, in: Hölters (Hrsg.), Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 10; *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rn. 121; *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 124; *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rnrs. 95 ff.; *Zöllner*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/1, § 179, Rn. 156.

¹¹⁸⁸ *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rn. 89; *Zöllner*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/1, § 179, Rn. 153; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 17.

¹¹⁸⁹ *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 32; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 22; *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rn. 138.

¹¹⁹⁰ *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rn. 133.

¹¹⁹¹ *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 33; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 23; *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rn. 133; *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 17; *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rn. 142; *Zöllner*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/1, § 179, Rn. 169.

¹¹⁹² *Zöllner*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/1, § 179, Rn. 169; *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rn. 121; einschränkend dahingehend als dadurch im konkreten Fall Satzungsänderungen nicht faktisch ausgeschlossen werden: *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 33; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 23; *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rnrs. 143 und 144.

¹¹⁹³ *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 33; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 23; *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rn. 155.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

der Zustimmung eines anderen Gesellschaftsorgans¹¹⁹⁴ oder von verbandsfremden Dritten¹¹⁹⁵ abhängig zu machen.

Im Übrigen ist bei der Aktiengesellschaft – wie auch bei der GmbH und dem eingetragenen Verein – zu beachten, dass keine gesetzlichen Anforderungen an die Beschlussfähigkeit gestellt werden. Dies kann im Extremfall dazu führen, dass ein gültiger Änderungsbeschluss von einem einzelnen Aktionär, einem einzelnen Gesellschafter bzw. einem einzelnen Mitglied gefasst werden kann.¹¹⁹⁶ Die Regelung eines Quorums für satzungsändernde bzw. den Gesellschaftsvertrag ändernde Beschlüsse (bzw. Beschlussfassungen im Allgemeinen) ist allerdings sowohl bei der Rechtsform der Aktiengesellschaft als auch der GmbH und dem eingetragenen Verein grundsätzlich zulässig.¹¹⁹⁷

Anders sieht es hingegen bei der Stiftung aus. So findet bei der Stiftung keine echte Willensbildung statt.¹¹⁹⁸ Nach Anerkennung der Stiftung unterliegt der in der Satzung niedergelegte Wille des Stifters grundsätzlich keinen Änderungen. Etwas anderes gilt in der Regel jedoch zum einen dann, wenn sich die vom Stifter zugrundegelegten Verhältnisse wesentlich verändern und eine Änderung der Stiftungsverfassung vor diesem Hintergrund nicht

¹¹⁹⁴ *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 33; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 23; *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rn. 122 und 134; *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 17 und 152; *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rn. 147 und 148; *Zöllner*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/1, § 179, Rn. 171 und 172.

¹¹⁹⁵ *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 33; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 23; *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rn. 122 und 135; *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 17 und 153; *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rn. 149 ff.; *Zöllner*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/1, § 179, Rn. 170.

¹¹⁹⁶ Zur Aktiengesellschaft: vgl. RG vom 29. Dezember 1894, Rep. I 311/94, RGZ 34, S. 110, 116; RG vom 13. Juni 1913, Rep. II 197/13, RGZ 82, S. 386, 388; zur GmbH: vgl. RG vom 13. Juni 1913, Rep. II 197/13, RGZ 82, S. 386, 388; OLG Köln vom 21. Dezember 2001, 2 Wx 59/01, NZG 2002, S. 381, 382 und 383; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 47, Rn. 8 (in Bezug auf die Beschlussfassung allgemein); *Priester/Veil*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 83; *Hoffmann*, in: Michalski (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 66; *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 47, Rn. 5; zum eingetragenen Verein: vgl. RG vom 13. Juni 1913, Rep. II 197/13, RGZ 82, S. 386, 388 und 389.

¹¹⁹⁷ Zur Aktiengesellschaft: vgl. *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rn. 120; *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 125; zur GmbH: *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 47, Rn. 6; vgl. auch *Priester/Veil*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 87; zum eingetragenen Verein: vgl. *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, § 32, Rn. 46 (zu Beschlussfassungen der Mitgliederversammlung im allgemeinen).

¹¹⁹⁸ Vgl. *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 85, Rn. 2 und 11; *Schauhoff*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 3, Rn. 75.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

nur geboten erscheint, sondern auch dem mutmaßlichen Willen des Stifters entspricht¹¹⁹⁹ (wie eine Änderung zur dauernden und nachhaltigen Erfüllung des Stiftungszwecks¹²⁰⁰). Zum anderen, wenn in der Satzung konkrete Voraussetzungen für eine Änderung normiert und diese erfüllt sind¹²⁰¹. Je nach Landesstiftungsgesetz bedürfen Änderungen der Anzeige oder aber der Genehmigung durch die zuständige Genehmigungsbehörde.¹²⁰² Ob der Stifter darüber hinaus Stiftungsorgane zu autonomen Satzungsänderungen ermächtigen kann, ist umstritten.¹²⁰³ Losgelöst von der Zulässigkeit einer solchen Ermächtigungsklausel bietet die Stiftung als einzige Rechtsform die Möglichkeit (aber auch das Risiko), die Satzungsbestimmungen „auf Ewigkeit“ zu erhalten und den objektivierten Willen des Stifters und damit die Grundlage einer (gemeinnützigen) Einrichtung auf Dauer beizubehalten¹²⁰⁴.

b. Änderbarkeit der Satzungs- bzw. gesellschaftsvertraglichen Regelungen in Bezug auf den Zweck sowie den Vereins-, Stiftungs- und Unternehmensgegenstand

Während das Bürgerliche Gesetzbuch für den eingetragenen Verein und für die Stiftung die Angabe des „Zwecks“ in der Satzung vorschreibt, ist im Aktiengesetz und im GmbH-Gesetz vom „Gegenstand des Unternehmens“ die Rede (vgl. § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG, § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG). Die Begrifflichkeiten „Zweck“ und „Unternehmensgegenstand“ sind dabei keine Synonyme.¹²⁰⁵

aa. Zweck

Der Zweck ist beim eingetragenen Verein und bei der Stiftung zwingender Satzungsbestandteil (vgl. § 57 Abs. 1 1. Alt. und § 81 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 BGB). Er ist beim eingetragenen Verein der oberste Leitsatz für die Vereinstätigkeit, der den Charakter des Vereins prägt.¹²⁰⁶ Er spiegelt „das die Mitglieder verbindende grundlegende Interesse“¹²⁰⁷ wider und

¹¹⁹⁹ BGH vom 22. Januar 1987, III ZR 26/85, BGHZ 99, S. 344, 348 und 349; *Schauhoff*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 3, Rn. 75; *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 85, Rn. 3.

¹²⁰⁰ *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, § 85, Rn. 1; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 85, Rn. 19.

¹²⁰¹ Vgl. BAG vom 7. August 1990, 1 AZR 372/89, NJW 1991, S. 514, 516; *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 85, Rn. 3.

¹²⁰² Vgl. *Schauhoff*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 3, Rn. 75; *Grünhaupt*, in: Fundraising Akademie (Hrsg.), Fundraising – Handbuch für Grundlagen, Strategien und Methoden, Stiftungsrecht, S. 673, 678.

¹²⁰³ Vgl. ausführlich zum Streitstand *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 85, Rn. 9 ff.

¹²⁰⁴ Vgl. *Weitemeyer*, in: Die Bürgerstiftung – Rechtsform und Reformbedarf?, in: Hoyer/Hattenhauer/Meyer-Pritzl/Schubert (Hrsg.), GS Eckert, S. 967, 973.

¹²⁰⁵ *Brändel*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 1, § 3, Rn. 13; siehe auch oben zur Aktiengesellschaft 2. Teil A. I. 3. a).

¹²⁰⁶ Vgl. BGH vom 11. November 1985, II ZB 5/85, BGHZ 96, S. 245, 251 und 252; BayObLG vom 25. Januar 2001, 3Z BR 319/00, NJW-RR 2001, S. 1260, 1261; *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 42; *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, § 33, Rn. 3; *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 59.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

legt die Ausrichtung der Vereinstätigkeit fest¹²⁰⁸. Bei der Stiftung ist der Zweck Ausdruck des Stifterwillens, der die Identität der Stiftung bildet und die Leitlinien der Tätigkeit bestimmt¹²⁰⁹.

Bei der Aktiengesellschaft und der GmbH hingegen gehört die Zweckangabe nicht zum Mindestinhalt der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages (vgl. § 23 Absätze 3 und 4 AktG, § 3 GmbHG). So ist deren Ausrichtung – konkret: deren regelmäßig erwerbswirtschaftliche Ausrichtung – bereits im Gesetz vorgegeben.¹²¹⁰ Zwingender Satzungsbestandteil ist lediglich die Angabe des Unternehmensgegenstandes (vgl. § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG, § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG), das heißt die Art der Zweckverwirklichung oder anders ausgedrückt: die für die Zweckerreichung einzusetzenden Mittel¹²¹¹. Etwas anderes gilt aber dann, wenn die Ausrichtung der Gesellschaft ausnahmsweise eine nicht-erwerbswirtschaftliche sein soll. In diesem Fall hat eine autonome Zweckbestimmung in der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag zu erfolgen.¹²¹²

Der (nicht-erwerbswirtschaftlichen) Zweckbestimmung kommt insoweit grundlegende Bedeutung zu, und zwar sowohl beim eingetragenen Verein und der Stiftung als auch bei der Aktiengesellschaft und der GmbH, als bestimmte Zwecke (gemeinnützige, mildtätige und kirchliche Zwecke im Sinne der §§ 52 bis 54 AO) den Anwendungsbereich für steuerliche Vergünstigungen eröffnen. Werden steuerliche Vergünstigungen aufgrund gemeinnütziger, mildtätiger oder kirchlicher Zweckverfolgung gewährt, wird regelmäßig ein besonderes (steuerliches) Interesse an dem Fortbestand der Zweckregelung bestehen (zu den Folgen eines Wegfalls der Begünstigung siehe oben 2. Teil A. I. 2. a) und 2. Teil A. II.).

Allerdings ist der Vereins- bzw. Gesellschaftszweck grundsätzlich jederzeit abänderbar; so unterliegt er der Satzungs- bzw. gesellschaftsvertraglichen Änderungsbefugnis der Haupt-, Mitglieder- bzw. Gesellschafterversammlung.¹²¹³ Von Gesetzes wegen werden jedoch hohe Anforderungen an eine solche Beschlussfassung gestellt:

So bedarf die Änderung des Vereinszwecks gemäß § 33 Abs. 1 S. 2 1. HS. BGB zwingend der Zustimmung sämtlicher Mitglieder; wobei die Zustimmung der nicht erschienenen

¹²⁰⁷ So BGH vom 11. November 1985, II ZB 5/85, BGHZ 96, S. 245, 252, der wiederum *Stöber* Handbuch zum Vereinsrecht, 4. Auflage, Rn. 228 zitiert (in der aktuellen Auflage *Stöber/Otto*: siehe Rn. 59); vgl. auch *Waldner/Wörle-Himmel*, in: *Sauter/Schweyer/Waldner*, Der eingetragene Verein, Rn. 42.

¹²⁰⁸ Vgl. *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 59.

¹²⁰⁹ *Rawert*, Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale – Stiftungszweck, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation –, in: *Hopt/Reuter* (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa*, S. 109, 115.

¹²¹⁰ So *Reuter*, in: *Säcker/Riecker* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 1, AT, § 33, Rn. 3; *Reuter*, *ZGR* 1987, S. 475, 482; vgl. auch *Wiedemann*, in: *Hopt/Wiedemann* (Hrsg.), *Großkommentar zum AktG*, Bd. 6, § 179, Rn. 54; siehe zur Aktiengesellschaft auch oben 2. Teil A. I. 3. a).

¹²¹¹ Zur Aktiengesellschaft: siehe oben 2. Teil A. I. 3. a); zur GmbH (umstritten): *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Kommentar zum GmbHG, § 1, Rn. 3.

¹²¹² Zur Aktiengesellschaft: siehe oben 2. Teil A. I. 3. a); zur GmbH: *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Kommentar zum GmbHG, § 1, Rn. 4.

¹²¹³ Zum Verbot einer Ewigkeitsregelung beim eingetragenen Verein: von *Hippel*, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, S. 187 ff. (ausführlich auch zur Problematik dieses Verbots bei fremdnützigen, stiftungsartigen Vereinen, die über ein Grundstockvermögen verfügen, das ihnen von externen Personen zugewendet worden ist).

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Mitglieder schriftlich erfolgen muss (§ 33 Abs. 1 S. 2 2. HS. BGB). Allerdings ist nicht jedwede Abänderung der in der Satzung enthaltenen Zweckangabe eine qualifizierte Satzungsänderung im vorgenannten Sinne. Lediglich solche Änderungen, die den Charakter des Vereins und damit die Ausrichtung des Vereins grundlegend in ihrer Qualität modifizieren, unterfallen dem Anwendungsbereich des § 33 Abs. 1 S. 2 BGB¹²¹⁴ – wie Änderungen, die einen (gänzlichen oder teilweisen) Übergang von der erwerbswirtschaftlichen zur nicht-erwerbswirtschaftlichen Ausrichtung oder umgekehrt beinhalten¹²¹⁵. Die Verwirklichung des Zwecks – hier in Anlehnung an den Unternehmensgegenstand als „Vereinsgegenstand“ bezeichnet – wird von § 33 Abs. 1 S. 2 BGB nicht erfasst¹²¹⁶. Das Erfordernis der Zustimmung sämtlicher Mitglieder ist allerdings gemäß § 40 BGB abdingbar. So kann in der Satzung die Möglichkeit zur Zweckänderung bis hin zur einfachen Mehrheit erleichtert werden.¹²¹⁷ Die Zweckänderungsbefugnis kann durch eine entsprechende Regelung auch auf ein anderes Vereinsorgan übertragen werden.¹²¹⁸ Ist eine Abweichung von der Regelung des Zustimmungserfordernisses gemäß § 33 Abs. 1 S. 2 BGB nicht in der Gründungssatzung festgelegt, so bedarf deren nachträgliche Modifikation im Wege der Satzungsänderung ebenfalls der Zustimmung sämtlicher Mitglieder¹²¹⁹.

Das GmbH-Gesetz und das Aktiengesetz sehen hingegen keine spezifischen Regelungen zur Änderung des Gesellschaftszwecks vor. Für beide Gesellschaften ist jedoch in Bezug auf die Zweckänderung § 33 Abs. 1 S. 2 BGB (entsprechend) anzuwenden¹²²⁰ mit der Folge, dass die Änderung des Zwecks – neben einem entsprechenden Mehrheitsbeschluss – der

¹²¹⁴ Vgl. BGH vom 11. November 1985, II ZB 5/85, BGHZ 96, S. 245, 252; BayObLG vom 25. Januar 2001, 3Z BR 319/00, NJW-RR 2001, S. 1260, 1261; *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, § 33, Rn. 4; *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 33, Rn. 3; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 541 und 542; *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 926.

¹²¹⁵ Vgl. *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, § 33, Rn. 4, der der Zweckwahl für oder gegen eine erwerbswirtschaftliche Ausrichtung grundsätzliche Bedeutung beimisst; *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 928 (Aufgabe der Verfolgung eines gemeinnützigen Zwecks, der zum Verlust der Steuerbegünstigung nach §§ 51 ff AO führt, ist Zweckänderung).

¹²¹⁶ Vgl. BGH vom 11. November 1985, II ZB 5/85, BGHZ 96, S. 245, 252; BayObLG vom 25. Januar 2001, 3Z BR 319/00, NJW-RR 2001, S. 1260, 1261; *Weick*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 33, Rn. 7.

¹²¹⁷ *Weick*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 33, Rn. 7; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 567; *Hadding*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 1, § 33, Rn. 12; *Steffen*, in: BGB-RGRK, Bd. 1, § 33, Rn. 7.

¹²¹⁸ *Weick*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 33, Rn. 7; *Steffen*, in: BGB-RGRK, Bd. 1, § 33, Rn. 7.

¹²¹⁹ *Weick*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 33, Rn. 7.

¹²²⁰ Zur Aktiengesellschaft: *Reuter*, ZGR 1987, S. 475, 482 und 483; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 10; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 33; *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 60; *Zöllner*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/1, § 179, Rn. 113; zur GmbH: *Reuter*, ZGR 1987, S. 475, 482 und 483; *Ulmer*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 118; *Hoffmann*, in: Michalski (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 53, Rn. 91; vgl. auch *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 29; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 23.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

Zustimmung sämtlicher Gesellschafter/Aktionäre bedarf¹²²¹. Als Zweckänderungen sind bei der Aktiengesellschaft und der GmbH insbesondere solche zu qualifizieren, die einen gänzlichen oder teilweisen Übergang von einer erwerbswirtschaftlichen zu einer nichterwerbswirtschaftlichen Tätigkeit (und vice versa) beinhalten¹²²². Eine vom Zustimmungsbedürfnis abweichende Regelung ist zulässig.¹²²³ Die Untergrenze für eine Erleichterung bildet bei der GmbH die 75 %ige Stimmenmehrheit gemäß § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG, bei der Aktiengesellschaft die einfache Stimmenmehrheit und die qualifizierte Kapitalmehrheit im Sinne des § 179 Abs. 2 S. 1 AktG¹²²⁴. Soll das Zustimmungsbedürfnis im Wege der nachträglichen Satzungsänderung bzw. Änderung des Gesellschaftsvertrags beseitigt werden, um eine erleichterte Zweckänderungsmöglichkeit zu schaffen, so bedarf der abändernde Beschluss ebenfalls der Zustimmung sämtlicher Aktionäre/Gesellschafter¹²²⁵.

¹²²¹ Zur Aktiengesellschaft: *Reuter*, ZGR 1987, S. 475, 482 und 483; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 10; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 33; *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 60; *Kind*, NZG 2000, S. 567, 571; *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rn. 132; *Zöllner*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/1, § 179, Rn. 113; a.A. *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rn. 56 (qualifizierter Mehrheitsbeschluss ausreichend; Recht der überstimmten Aktionäre gegen Abfindung auszuscheiden); zur GmbH: *Reuter*, ZGR 1987, S. 475, 482 und 483; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 29; *Ulmer*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 1, § 1, Rn. 10; *Ulmer*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 118; *Priester/Veil*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 181; *Hoffmann*, in: Michalski (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 53, Rn. 91; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 23.

¹²²² Zur Aktiengesellschaft: *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 10; vgl. auch *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 33; *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 59; *Kind*, NZG 2000, S. 567, 571; *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rn. 131; *Zöllner*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/1, § 179, Rn. 114; zur GmbH: vgl. *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 29; *Ulmer*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 118; *Priester/Veil*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 182; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 1, Rn. 20; zu Kapitalgesellschaften allgemein: *Hüttemann*, Der Stiftungszweck nach dem BGB, in: Martinek/Rawert/Weitemeyer (Hrsg.), FS Reuter, S. 121, 123 und 124.

¹²²³ Zur Aktiengesellschaft: *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 10; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 33; *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 61; *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rn. 132; *Zöllner*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/1, § 179, Rn. 114;

zur GmbH: *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 29.

¹²²⁴ *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 10; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 33; *Haberstock/Greitemann*, in: Hölters (Hrsg.), Kommentar zum AktG, § 179, Rn. 19; *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rn. 132; *Zöllner*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/1, § 179, Rn. 114.

¹²²⁵ Zur Aktiengesellschaft: *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rn. 132.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Der Stiftungszweck als „Seele“¹²²⁶ der Stiftung ist mangels personalem Substrats nicht jederzeit durch entsprechende Beschlussfassungen frei abänderbar. Vorbehaltlich anderer Satzungsregelungen¹²²⁷ sowie anderer landesgesetzlicher Regelungen (sofern diese zulässig sind¹²²⁸) ist eine Zweckänderung lediglich unter den engen Voraussetzungen des § 87 BGB, das heißt konkret: im Fall des Unmöglichwerdens oder der Gemeinwohlgefährdung (vgl. § 87 Abs. 1 BGB), zulässig¹²²⁹ und wird regelmäßig der Genehmigung der Stiftungsaufsichtsbehörde bedürfen¹²³⁰.

bb. Vereins-, Stiftungs- und Unternehmensgegenstand

Der Vereins-, Stiftungs- bzw. Unternehmensgegenstand bestimmt die Art der Zweckverwirklichung.

Ist in der Satzung des eingetragenen Vereins eine Regelung zur Zweckverwirklichung enthalten, wie beispielsweise nach § 60 Abs. 1 AO für die steuerliche Vergünstigung aufgrund gemeinnütziger, mildtätiger oder kirchlicher Zweckverfolgung verlangt wird, ist deren Änderung wie eine einfache Satzungsänderung im Sinne des § 33 Abs. 1 S. 1 BGB zu handeln¹²³¹. Für die wirksame Beschlussfassung ist damit eine Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen erforderlich (vgl. § 33 Abs. 1 S. 1 BGB). Das Mehrheitserfordernis kann sowohl bis zur einfachen Mehrheit herabgesetzt als auch heraufgesetzt werden.¹²³²

Auch bei der Aktiengesellschaft und der GmbH unterliegt die Änderung des Unternehmensgegenstandes nicht dem Erfordernis der Zustimmung sämtlicher Aktionäre bzw. Gesellschafter, sondern schlicht den Anforderungen an eine einfache Satzungsänderung bzw. gesellschaftsvertragliche Änderung¹²³³. Sie bedarf somit bei der GmbH mindestens einer Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen (vgl. § 53 Abs. 2 Sätze 1 und 2 GmbHG). Bei der Aktiengesellschaft ist die doppelte Mehrheit im Sinne des § 179 Abs. 1 AktG erforderlich, die jedoch – im Unterschied zu der bei der einfachen Satzungsänderung grundsätz-

¹²²⁶ So u.a. *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 85, Rn. 19; *Hüttemann*, Der Stiftungszweck nach dem BGB, in: Martinek/Rawert/Weitemeyer (Hrsg.), FS Reuter, S. 121, 121.

¹²²⁷ Vgl. betr. die Zulässigkeit von Zweckänderungsregelungen in der Satzung *Schauhoff*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 3, Rn. 60.

¹²²⁸ Siehe dazu *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 87, Rn. 4.

¹²²⁹ Vgl. *Hüttemann*, Der Stiftungszweck nach dem BGB, in: Martinek/Rawert/Weitemeyer (Hrsg.), FS Reuter, S. 121, 122 und 123.

¹²³⁰ *Grünhaupt*, in: Fundraising Akademie (Hrsg.), Fundraising – Handbuch für Grundlagen, Strategien und Methoden, Stiftungsrecht, S. 673, 678.

¹²³¹ Vgl. BGH vom 11. November 1985, II ZB 5/85, BGHZ 96, S. 245, 251 und 252; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 529.

¹²³² Siehe dazu oben 2. Teil B. II. 6. a).

¹²³³ Zur Aktiengesellschaft: vgl. *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 63; *Zöllner*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/1, § 179, Rn. 116; zur GmbH: vgl. *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 30; *Priester/Veil*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 123; *Ulmer*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 116.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

lich zulässigen Herabsenkung des Kapitamehrheitserfordernisses – eine Mindestanforderung darstellt (vgl. § 179 Abs. 2 S. 2 AktG)¹²³⁴.

Bei der Stiftung besteht hingegen Uneinigkeit, ob die Änderung des Stiftungsgegenstands als Bestandteil des in § 81 Abs. S. 3 Nr. 3 BGB normierten Stiftungszwecks¹²³⁵ den engen Voraussetzungen des § 87 AktG unterliegt oder aber wie eine Satzungsänderung im Übrigen zu behandeln sei.¹²³⁶

c. Zwischenzusammenfassung und -ergebnis

Aufgrund der grundsätzlichen Statik der Stiftungsverfassung, die u.a. dadurch begründet wird, dass die Bestimmungen in der Stiftungsverfassung keiner echten Willensbildung unterliegen und Änderungen nur unter vergleichsweise restriktiven Voraussetzungen zulässig sind, bietet die Rechtsform der Stiftung den höchstmöglichen Schutz vor Satzungsänderungen. Insbesondere der Stiftungszweck ist nur unter sehr engen gesetzlichen Voraussetzungen änderbar.

Bei der Aktiengesellschaft und der GmbH besteht hingegen prinzipiell jederzeit die Gefahr der Abänderung von Satzungsbestimmungen durch entsprechende Beschlussfassungen ihrer Willensbildungsorgane.

Auch beim eingetragenen Verein ist diese Gefahr grundsätzlich gegeben. Ihr kann jedoch – im Unterschied zu den beiden genannten Gesellschaften – insoweit abgeholfen werden, als die Satzungsänderungskompetenz durch entsprechende Regelungen in der Satzung auf ein anderes Vereinsorgan, wie beispielsweise den Vorstand, übertragen wird. Entsprechende Regelungen sind weder bei der Aktiengesellschaft noch bei der GmbH zulässig.

Geht man allerdings vom gesetzlichen Normalfall der Satzungsänderungskompetenz der Mitgliederversammlung aus, so besteht, jeweils den Grundsatz des gleichen Stimmrechts unterstellt, im Ergebnis kein Unterschied zwischen den gesetzlichen Anforderungen an die Beschlussfassung einer Satzungs- bzw. gesellschaftsvertraglichen Änderung (bei dem eingetragenen Verein/der GmbH: 75 %ige Stimmenmehrheit, bei der Aktiengesellschaft: einfache Stimmenmehrheit und 75 %ige Kapitalmehrheit). Diese Anforderungen können für einzelne, aber auch sämtliche Beschlussgegenstände durch entsprechende Regelungen in der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag hochgesetzt werden, und zwar dergestalt, dass bereits in der Gründersatzung bzw. dem Gründungsgesellschaftsvertrag (oder auch später im Wege der Satzungs- bzw. gesellschaftsvertraglichen Änderung) beispielsweise das (Kapital-)Mehrheitserfordernis bis hin zur Einstimmigkeit hochgesetzt und/oder oder weitere Erfordernisse (z.B. Zustimmungserfordernisse bestimmter oder sämtlicher Mitglieder/Aktionäre/Gesellschafter) aufgestellt werden können. Zwar besteht bei der Aktiengesellschaft (ebenso wenig bei der GmbH) nicht die Möglichkeit wie beim eingetragenen

¹²³⁴ *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 11; *Stein*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 179, Rn. 100; *Zöllner*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/1, § 179, Rn. 116.

¹²³⁵ *Hüttmann*, Der Stiftungszweck nach dem BGB, in: Martinek/Rawert/Weitemeyer (Hrsg.), FS Reuter, S. 121, 133 und 134.

¹²³⁶ Siehe hierzu bei *Hüttmann*, Der Stiftungszweck nach dem BGB, in: Martinek/Rawert/Weitemeyer (Hrsg.), FS Reuter, S. 121, 137 ff.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Verein, die Satzungsänderung von der Zustimmung anderer Organe, wie der des Vorstandes, abhängig zu machen und damit an die Mitwirkung einer Instanz zu koppeln, der kein Mitgliedschaftsrecht zukommt. Doch kann bei der Aktiengesellschaft (und der GmbH) die Satzungsänderungsmöglichkeit bereits durch die genannten zulässigen Erschwerungsmöglichkeiten stark eingeschränkt, wenn auch nicht faktisch ausgeschlossen werden und damit der Statik der Stiftungsverfassung angenähert werden.

Dieser verstärkte Schutz vor (willkürlichen) Satzungsänderungen wird im Übrigen dadurch gewährleistet, dass für die Änderung einer satzungsmäßigen Erschwerung ein entsprechender Beschluss ebenfalls den erschwerten Anforderungen genügen muss; dies gilt für alle drei Körperschaften gleichermaßen¹²³⁷.

Der Gefahr der faktischen Aushebelung der Satzungsänderungsregelungen durch Anwesenheit und Beschlussfassung eines Aktionärs, Mitglieds, Gesellschafters kann im Übrigen bei allen drei Körperschaften durch eine entsprechende Regelung zur Beschlussfähigkeit begegnet werden.

Einen im Vergleich zum eingetragenen Verein und der GmbH besonderen Schutz bietet das gesetzliche Regelungskorsett der Aktiengesellschaft allerdings in Bezug auf mittelbare Erleichterungen, die durch Abweichungen der Stimm(kraft)regelungen entstehen können. Zum einen resultiert dieser Schutz bereits schlicht aus dem Umstand, dass das Aktiengesetz – im Unterschied zum GmbH-Gesetz und auch zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Mehrstimmrechte per se verbietet. Eine Verschiebung von Kapitaleinsatz zu Stimmrechtseinfluss kann bei nicht-börsennotierten Aktiengesellschaften nur durch Stimmrechtsbeschränkungen in der Satzung erfolgen, die jedoch bei der Berechnung einer Kapitalmehrheit unberücksichtigt bleiben. Zum anderen daraus, dass das Aktiengesetz für eine wirksame Beschlussfassung – im Unterschied zum eingetragenen Verein und der GmbH – neben der (einfachen) Stimmenmehrheit eine qualifizierte Kapitalmehrheit erfordert.

Ein dem Aktiengesetz vergleichbarer Schutz kann bei der GmbH durch die Beibehaltung der gesetzlichen Stimmkraftregelegung des § 47 Abs. 2 GmbHG und/oder die Aufnahme eines Kapitalmehrheitserfordernisses, erreicht werden. Bei dem eingetragenen Verein durch die Nicht-Einräumung von erhöhten Stimmrechten.

Qualifizierte Anforderungen an die Abänderbarkeit des Zwecks, der gerade aus Sicht gemeinnütziger Einrichtungen vor dem Hintergrund der steuerlichen Privilegierungen besonders schützenswert ist, gelten sowohl bei der Aktiengesellschaft, der GmbH, dem eingetragenen Verein und der Stiftung. Bei der Aktiengesellschaft, der GmbH und dem eingetragenen Verein bedarf die Zweckänderung der Zustimmung sämtlicher Mitglieder. Wenn auch dieses Erfordernis bei den drei genannten Körperschaften abdingbar ist, so wird die tatsächliche (faktische) Abänderbarkeit dadurch stark eingeschränkt, als die Änderung selbst ebenfalls des vorgenannten Quorums bedarf. Bei isolierter Betrachtung der Erleichterungsmög-

¹²³⁷ Zur Aktiengesellschaft: vgl. *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 179, Rn. 30; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 179, Rnrs. 20 und 22; zur GmbH: vgl. *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 64; *Priester/Veil*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 89; Ulmer, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 98; zum eingetragenen Verein: vgl. *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 909; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 561.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

lichkeit bietet jedoch die Aktiengesellschaft im Vergleich zum eingetragenen Verein und der GmbH einen besonderen gesetzlichen Schutz:

Während beim eingetragenen Verein eine Erleichterungsmöglichkeit bis hin zur einfachen Stimmenmehrheit besteht, damit folglich eine Satzungsregelung zulässig ist, die für eine wirksame Beschlussfassung über eine Zweckänderung eine Mehrheit der abgegebenen Stimmen ausreichen lässt, ist bei der GmbH eine von der 75 %igen Stimmenmehrheit nach unten abweichende Bestimmung unzulässig. Im Unterschied hierzu stellt das Aktiengesetz nicht nur auf das Erfordernis der (einfachen) Stimmenmehrheit ab, sondern fordert zusätzlich mindestens eine 75 %ige Kapitalmehrheit. Im gesetzlichen Normalfall, das heißt bei Übereinstimmung des Kapitaleinsatzes mit der Stimmkraft, besteht zwar im Ergebnis kein Unterschied zwischen der Regelung des Aktiengesetzes und der des GmbH-Gesetzes. Aufgrund der bereits dargelegten Gründe (Unzulässigkeit von Mehrstimmrechten und Erfordernis der doppelten Mehrheit) schützt das aktiengesetzliche Regelungskorsett allerdings vor mittelbar wirkenden Erleichterungen.

Entsprechendes gilt für die Änderung des Unternehmens- bzw. Vereinsgegenstandes. Zwar ist bei den drei genannten Körperschaften die Änderung des Unternehmens- bzw. Vereinsgegenstandes im Unterschied zur Zweckänderung wie eine einfache Satzungsänderung zu behandeln. Bei der Aktiengesellschaft allerdings mit der Besonderheit, dass das Erfordernis der 75 %igen Kapitalmehrheit nicht durch eine entsprechende Regelung herabgesetzt werden kann. Hierdurch bietet die Aktiengesellschaft qua Gesetz einen gegenüber dem eingetragenen Verein besonderen (unmittelbaren) Schutz, als beim eingetragenen Verein die Möglichkeit der Erleichterung bis zur einfachen Stimmenmehrheit besteht. Der mittelbaren Erleichterungsmöglichkeit schiebt das aktiengesetzliche Regelungskorsett aus den bereits genannten Gründen (Unzulässigkeit von Mehrstimmrechten, keine Herabsetzung des 75 %igen Kapitalmehrheitserfordernisses) im Unterschied zum eingetragenen Verein (Zulässigkeit der Einräumung von erhöhten Stimmrechten als Sonderrecht und des Erfordernisses der einfachen Stimmenmehrheit) und zur GmbH (Zulässigkeit einer von der Stimmkraftregelung des § 47 Abs. 2 GmbHG abweichenden Bestimmung, Abstellen auf die 75 %ige Stimmenmehrheit) einen Riegel vor.

Auch wenn – zusammenfassend – die Aktiengesellschaft (wie auch die GmbH und der Verein) durch entsprechende Regelungen zu Satzungsänderungen der Stiftung angenähert werden kann, ist zu konstatieren, dass die Satzungsregelungen, einschließlich der Zweckbestimmung, dennoch stets zur Disposition der Aktionäre stehen. Demzufolge bietet nur die Rechtsform der Stiftung die Möglichkeit, insbesondere den Zweck der Gesellschaft auf Dauer nach dem Willen der (Gründer-)Stifter zu perpetuieren¹²³⁸.

7. Lebensdauer und Auflösungsmöglichkeiten

Für gemeinnützige Einrichtungen, aber auch für diejenigen, die die Zweckverfolgung (mittelbar) durch Leistung von (finanziellen) Beiträgen sicherstellen – sei es durch Erwerb einer Aktie bzw. eines Geschäftsanteils, Zahlung von Mitgliedsbeiträgen, Übertragung von Vermögen(teilen) oder aber durch Spenden – kann es von Interesse sein, dass die Lebensdauer

¹²³⁸ Vgl. Weitemeyer, in: Die Bürgerstiftung – Rechtsform und Reformbedarf?, in: Hoyer/Hattenhauer/Meyer-Pritzl/Schubert (Hrsg.), GS Eckert, S. 967, 973.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

der Körperschaft im Sinne von § 51 Abs. 1 Sätze 1 und 2 iVm. § 1 Abs. 1 KStG nicht von (willkürlichen) privatautonomen Entscheidungen abhängig gemacht werden kann. Hierzu sollen nachfolgend die Auflösungsmöglichkeiten der Aktiengesellschaft, der GmbH, des eingetragenen Vereins und der Stiftung dargestellt und verglichen werden.

a. Privatautonome und gesetzliche Auflösungsgründe

Die Aktiengesellschaft, die GmbH sowie der eingetragene Verein können grundsätzlich jederzeit aufgelöst werden. So können ihre Aktionäre/Gesellschafter/Mitglieder in privatautonomer Entscheidung die Auflösung bestimmen (vgl. § 262 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 AktG; § 60 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 GmbHG; § 41 BGB). Sie können aber auch aufgrund gesetzlich geregelter (vgl. beispielsweise § 262 Abs. 1 Nrn. 3 bis 6, Abs. 2 AktG, § 60 Abs. 1 GmbHG sowie § 42 BGB) oder aber – sofern zulässig – aufgrund in der Satzung/im Gesellschaftsvertrag festgelegter Gründe (vgl. beispielsweise § 60 Abs. 2 GmbHG) aufgelöst werden.

Was die privatautonome Auflösungsmöglichkeit anbetrifft, so besteht diese u.a. darin, sowohl die Aktiengesellschaft und die GmbH als auch den eingetragenen Verein schlicht durch Beschluss aufzulösen.

Die Auflösung einer Aktiengesellschaft durch Beschluss der Hauptversammlung bedarf einer Mehrheit, die mindestens 75 % des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals umfasst, sofern die Satzung keine größere Kapitalmehrheit oder weitere Erfordernisse bestimmt (§ 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG). Der gesetzliche Normalfall sieht somit eine doppelte Mehrheit vor: die einfache Stimmenmehrheit im Sinne des § 133 Abs. 1 AktG (Mehrheit der abgegebenen Stimmen) sowie zusätzlich die Mehrheit von 75 % des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals.¹²³⁹

Die Auflösung einer GmbH durch Beschluss ihrer Gesellschafter sieht hingegen eine Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen vor, sofern im Gesellschaftsvertrag nicht ein anderes bestimmt ist (§ 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG). Für die Auflösung eines Vereins durch Beschluss seiner Mitgliederversammlung ist eine Mehrheit von 75 % der erschienenen Mitglieder erforderlich, sofern nicht die Satzung ein anderes bestimmt (§ 41 BGB). Im Unterschied zur Aktiengesellschaft, bei der Mehrstimmrechte gemäß § 12 Abs. 2 AktG unzulässig sind, kann die Auflösungsmöglichkeit durch Einräumung einer von der Stimmkraftregelung des § 47 Abs. 2 GmbHG bzw. durch Erhöhung der Stimmrechte (als Sonderrechte gemäß § 35 BGB) erleichtert werden.

Die Möglichkeit der Auflösung durch Beschluss ist bei der Aktiengesellschaft, der GmbH und dem eingetragenen Verein nicht abdingbar¹²⁴⁰ und – jedenfalls bei der Aktiengesell-

¹²³⁹ Vgl. RG vom 24. September 1929, II 26/29, RGZ 125, S. 356, 359 (zu § 275 Abs. 1 HGB); *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 262, Rn. 11; *Riesenhuber*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262 AktG, Rn. 10; *Bachmann*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262, Rn. 24; *Kraft*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/3, § 262, Rn. 27; *Schmidt-Hern*, in: Müller/Rödder (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der AG, § 18, Rn. 3; *Wermeckes*, in: Heidel, (Hrsg.), Aktiengesetz und Kapitalmarktrecht, § 262, Rn. 15.

¹²⁴⁰ Zur Aktiengesellschaft: vgl. *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 262, Rn. 12 (wegen des Grundsatzes der Satzungsstrenge, § 23 Abs. 5 AktG); *Hüffer*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 262, Rn. 38 (wegen des Grundsatzes der Satzungsstrenge, § 23

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

schaft und der GmbH – weder durch entsprechende Regelungen in der Satzung/dem Gesellschaftsvertrag auf andere Organe/Dritte delegierbar¹²⁴¹ noch an die Mitwirkung (Zustimmung) anderer Instanzen (Gesellschaftsorgane/Dritte) koppelbar¹²⁴².

Beim eingetragenen Verein ist jedoch in Bezug auf die Einbindung anderer Organe und außerhalb des Vereins stehender Dritter wie folgt zu differenzieren: Auch beim eingetragenen Verein ist das Auflösungsrecht nicht zulasten der Mitgliederversammlung auf ein anderes Vereinsorgan oder einen außerhalb des Vereins stehenden Dritten delegierbar.¹²⁴³ Umstritten ist allerdings die Frage, ob der Mitgliederversammlung hinsichtlich des Auflösungsrechts eine Monopolzustellung zukommt oder aber anderen Vereinsorganen sowie außerhalb des Vereins stehenden Dritten in der Satzung ein Auflösungsrecht eingeräumt werden kann, wenn die Mitgliederversammlung daneben zur Auflösung berechtigt bleibt.¹²⁴⁴ Damit

Abs. 5 AktG); *Bachmann*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262, Rn. 25 (wegen des Grundsatzes der Satzungsstrenge, § 23 Abs. 5 AktG); *Wermeckes*, in: Heidel, (Hrsg.), Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, § 262, Rn. 16; *Kraft*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, § 262, Rn. 22; zur GmbH: *Haas*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 60, Rn. 22; *Casper*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, § 60, Rn. 1; *Nerlich*, in: Michalski (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 60, Rn. 37; zum eingetragenen Verein: BayObLG vom 23. August 1979, BReg. 2 Z 14/79, NJW 1980, S. 1756, 1756; *Hadding*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 1, § 33, Rn. 3; *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, § 41, Rn. 18; *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 387; *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 1120; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 3689.

¹²⁴¹ Zur Aktiengesellschaft: *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 262, Rn. 12; *ders.*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 262, Rn. 38 (wegen des Grundsatzes der Satzungsstrenge, § 23 Abs. 5 AktG); *Wermeckes*, in: Heidel, (Hrsg.), Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, § 262, Rn. 16; *Kraft*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/3, § 262, Rn. 22; zur GmbH: *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 60, Rn. 6; *Nerlich*, in: Michalski (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 60, Rn. 35; *Haas*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 60, Rn. 17; *Schmidt/Bitter*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 60, Rn. 12; *Hofmann*, GmbHR 1975, S. 217, 218 und 219.

¹²⁴² Zur Aktiengesellschaft: *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 262, Rn. 12; *ders.*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 262, Rn. 38; *Wermeckes*, in: Heidel, (Hrsg.), Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, § 262, Rn. 16; zur GmbH: vgl. RG vom 30. März 1942, II 96/41, RGZ 169, S. 65, 80 und 81 (zur Frage der Zulässigkeit des Zustimmungserfordernisses bei satzungsändernden Beschlüssen im allgemeinen); *Haas*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 60, Rn. 17.

¹²⁴³ Vgl. *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, § 41, Rn. 18.

¹²⁴⁴ Für die Zulässigkeit einer solchen Regelung ein anderes Vereinsorgan betreffend: KG vom 18. März 1968, I W 2162/67, OLGZ 1968, S. 200, 206; *Schöpflin*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Kommentar zum BGB, Bd. 1, § 41, Rn. 29; *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rnrrn. 387 und 388; einschränkend: *Hadding*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 1, § 41, Rn. 3; gegen die Zulässigkeit einer solchen Regelung ein anderes Vereinsorgan betreffend: *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 3692; *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, § 41, Rn. 25.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

einhergehend wird ebenfalls kontrovers diskutiert, ob die Wirksamkeit einer von der Mitgliederversammlung beschlossenen Auflösung von der Genehmigung eines anderen Vereinsorgans¹²⁴⁵ oder aber von einem außerhalb des Vereins stehenden Dritten¹²⁴⁶ abhängig gemacht werden kann. Wird eine Monopolstellung der Mitgliederversammlung in Bezug auf die Selbstauflösung des Vereins angenommen, so muss konsequenterweise nicht nur die konkurrierende Auflösungskompetenz, sondern auch ein Vetorecht anderer Vereinsorgane sowie Dritter für unzulässig erachtet werden¹²⁴⁷; andernfalls würde sie faktisch, das heißt durch Nichtteilung der Genehmigung unterlaufen (den Mitgliedern verbliebe allerdings die Möglichkeit, durch ihren Austritt den Verein zum Erlöschen zu bringen bzw. diesen aufzulösen¹²⁴⁸). Die Einflussmöglichkeit eines Dritten auf einen Verein wird darüber hinaus vielfach – insbesondere mit dem Hinweis auf den Grundsatz der Vereinsautonomie – abgelehnt.¹²⁴⁹ Zumindest bei religiösen Vereinen kann aber das Auflösungsrecht einer außerhalb

Für die Zulässigkeit einer solchen Regelung einen (außenstehenden) Dritten betreffend: Waldner/Wörle-Himmel, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 392, sofern der Verein nicht vollständig dem Fremdeinfluss eines Dritten unterworfen wird und er nicht zu einer Verwaltungsstelle oder zum Sondervermögen eines Dritten degradiert wird; einschränkend: gegen die Zulässigkeit einer solchen Regelung einen (außenstehenden) Dritten betreffend: OLG Stuttgart vom 27. Januar 1986, 8 W 252/85, NJW-RR 1986, S. 995, 996; Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 1120; Reuter, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, § 41, Rn. 25; Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 41, Rn. 5 (Ausnahme zulässig bei religiösen Vereinen); Weick, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 41, Rn. 6 (Ausnahme zulässig bei kirchlichen oder sonstigen religiösen Vereinen); Hadding, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 1, § 41, Rn. 3.

¹²⁴⁵ Für die Zulässigkeit einer entsprechenden Satzungsbestimmung: Schöpflin, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB Kommentar, § 41, Rn. 2; Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 41, Rn. 5; gegen die Zulässigkeit einer entsprechenden Satzungsbestimmung: Reichert, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 3693.

¹²⁴⁶ Für die Zulässigkeit einer entsprechenden Satzungsbestimmung: Böttcher, Rechtspfleger 1988, S. 169, 171;

Gegen die Zulässigkeit einer entsprechenden Satzungsbestimmung: Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 41, Rn. 5 (Ausnahme zulässig bei religiösen Vereinen); Reichert, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 3694, es sei denn, zwingende Gründe sprechen für eine solche Regelung und der Kernbereich des Mitgliederrechts zur Selbstauflösung wird nicht berührt (im Übrigen ausnahmsweise Genehmigungserfordernis zulässig bei religiösen Vereinen, die die Wirksamkeit des Auflösungsbeschlusses von der Zustimmung eines kirchlichen Hoheitsträgers abhängig machen, vgl. Rn. 3710 mit Verweis auf BayObLG vom 23. August 1979, BReg. 2 Z 14/79, NJW 1980, S. 1756); Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 1120 (Ausnahme bei religiösen Vereinen); Flume, JZ 1992, S. 238, 240 (Entscheidung des BVerfG vom 5. Februar 1991, 2 BvR 263/86, BVerfGE 83, S. 341 ff = NJW 1991, S. 2623 ff sei nicht verallgemeinerungsfähig); Weick, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 41, Rn. 6 (Ausnahme zulässig bei kirchlichen oder sonstigen religiösen Vereinen); Hadding, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 1, § 41, Rn. 3.

¹²⁴⁷ Vgl. Reichert, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 3693, der die Zulässigkeit eines Zustimmungskriteriums hinsichtlich anderer Vereinsorgane mit der Begründung ablehnt, das andernfalls im Ergebnis eine – unzulässige – konkurrierende Zuständigkeit entstünde.

¹²⁴⁸ Siehe gleich.

¹²⁴⁹ Vgl. OLG Stuttgart vom 27. Januar 1986, 8 W 252/85, NJW-RR 1986, S. 995, 996; Weick, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Buch 1, § 41, Rn. 6 (Ausnahme: Auflösungsrecht bzw. Erfordernis der Genehmigung einer übergeordneten Instanz zulässig bei kirchlichen und sonstigen

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

des Vereins stehenden, hierarchisch übergeordneten Instanz (als Ergänzung zum daneben fortbestehenden Auflösungsrecht der Mitglieder) eingeräumt werden¹²⁵⁰ oder auch – so wohl die überwiegende Ansicht – die Wirksamkeit des Auflösungsbeschlusses der Mitgliederversammlung von der Genehmigung dieser abhängig gemacht werden¹²⁵¹. So hatte es das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 5. Februar 1991¹²⁵² für verfassungswidrig erachtet, dass einem religiösen Verein die Eintragung ins Vereinsregister u.a. mit der Begründung verwehrt worden war, dass die Satzung eine mit der Mitgliederversammlung konkurrierende Auflösungskompetenz einer hierachisch übergeordneten Instanz enthalte. So lasse

„es das Vereinsrecht zu, bei einem religiösen Verein, der sich als Teilgliederung einer Religionsgesellschaft konstituiert, Einschränkungen der autonomen Auflösungs-, Ausschließungs- oder Betätigungsbeifugnis nicht als mit der Vereinsautonomie unvereinbare Fremdbestimmung von außen anzusehen, sofern sie der Sicherung der Einordnung in die größere Religionsgemeinschaft im Rahmen der bestehenden religionsrechtlichen Verknüpfung – etwa der Wahrung der Identität der Glaubenslehre und grundlegender glaubensbedingter Lebensführungspflichten – dienen und sich darauf begrenzen.“¹²⁵³

Ob diese Entscheidung verallgemeinerungsfähig und somit sinngemäß auch auf sonstige, nicht religiöse Vereine anzuwenden ist, die einem Organisationsverbund angehören, bleibt abzuwarten.¹²⁵⁴ Letztlich ist aber zu berücksichtigen, dass sich in Verbandsstrukturen, in denen die Mitglieder regelmäßig durch eine identitätsbegründende Leitmaxime (Verbundszweck) miteinander verknüpft sind und in die sich der Verein freiwillig eingegliedert hat, auch der Verein und die ihm übergeordnete Instanz nicht wie fremde Dritte gegenüberstehen, sofern es um die Sicherung der Einordnung in den Verband im Rahmen der verbandsrechtlichen Verknüpfung geht. Dass eine Differenzierung zwischen vereinsfremden Dritten und solchen Dritten, die demselben Organisationsverbund eines Vereins angehören und diesem hierarchisch übergeordnet sind, zumindest nicht fernliegend ist, zeigt auch eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahr 1955. So hatte der 2. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes in seiner Entscheidung vom 17. November 1955¹²⁵⁵ u.a. darüber zu befinden, ob die Selbstauflösungen von Tochterlogen (Logen, die von der Mutterloge errichtet oder angenommen waren) wirksam erfolgt sind. Im Rahmen dieser Prüfung führte er gegen die Wirksamkeit der Auflösung (wenn auch ohne nähere Begründung) u.a. an, dass

religiösen Vereinen); *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 1120 (Aunahme bei religiösen Vereinen); *Hadding*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 1, § 41, Rn. 3.

¹²⁵⁰ Vgl. BVerfG vom 5. Februar 1991, 2 BvR 263/86, BVerfGE 83, S. 341, 360 = NJW 1991, S. 2623, 2626; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 3709.

¹²⁵¹ Vgl. BayObLG vom 23. August 1979, BReg. 2 Z 14/79, NJW 1980, S. 1756, 1757, das die Genehmigung des (zuständigen) Diözesan-Bischofs als Wirksamkeitsvoraussetzung für den Auflösungsbeschluss der Mitgliederversammlung eines organisatorisch in den Deutschen Caritasverband eingegliederten und hierarchisch dieser unterstehenden Vereins für zulässig erachtet hatte; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 3710; *Weick*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, § 41, Rn. 6.

¹²⁵² 2 BvR 263/86, BVerfGE 83, S. 341 ff = NJW 1991, S. 2623 ff.

¹²⁵³ So aus den Gründen der Entscheidung, BVerfG vom 5. Februar 1991, 2 BvR 263/86, BVerfGE 83, S. 341, 360 = NJW 1991, S. 2623, 2626.

¹²⁵⁴ Vgl. *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 1120; gegen eine Verallgemeinerungsfähigkeit wohl *Flume*, JZ 1992, S. 238, 239 und 240.

¹²⁵⁵ BGH vom 17. November 1955, II ZR 172/54, BGHZ 19, S. 51 ff.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

die in der Satzung vorgesehene, jedoch nicht erteilte Genehmigung des Auflösungsschlusses durch die Mutterloge für die Wirksamkeit unentbehrlich gewesen sei¹²⁵⁶. Auch wenn die Entscheidung in dieser Hinsicht, insbesondere mangels näherer Begründung des Teilergebnisses (das heißt im Umkehrschluss: der Zulässigkeit des Zustimmungserfordernisses eines übergeordneten Verbandes), nicht allgemeingültig sein sollte¹²⁵⁷, so geht sie zumindest in eine ähnliche Richtung der zeitlich später ergangenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes und legt eine Differenzierung zwischen vereinsfremden Dritten und Dritten, die derselben Verbandorganisation wie der Verein angehören, diesem aber hierarchisch übergeordnet sind, in Abgrenzung zu einer pauschalen Betrachtung nahe.

Sowohl bei der Aktiengesellschaft und der GmbH als auch dem eingetragenen Verein kann die Auflösungsmöglichkeit der Haupt-/Gesellschafter-/Mitgliederversammlung jedoch durch entsprechende Satzungsregelungen bzw. gesellschaftsvertragliche Regelungen erschwert werden.¹²⁵⁸

So kann bei der Aktiengesellschaft die Erschwerung der Auflösungsmöglichkeit durch die Festlegung einer größeren Kapitalmehrheit erreicht werden¹²⁵⁹ (vgl. auch § 262 Abs. 1 Nr. 2, 3. Teilsatz AktG). Die satzungsmäßige Festlegung eines Einstimmigkeitserfordernisses wird von der (wohl) herrschenden Meinung grundsätzlich für zulässig erachtet¹²⁶⁰. Auch können weitere Erfordernisse in der Satzung festgelegt werden¹²⁶¹ (vgl.

¹²⁵⁶ BGH vom 17. November 1955, II ZR 172/54, BGHZ 19, S. 51, 61.

¹²⁵⁷ Für die Zulässigkeit des Erfordernisses der Zustimmung eines übergeordneten Verbandes *Schöpflin*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Kommentar zum BGB, § 41, Rn. 29 sowie Fn. 62 mit Hinweis auf die genannte Entscheidung des BGH vom 17. November 1955, II ZR 172/54, BGHZ 19, S. 51, 61.

¹²⁵⁸ Zur Aktiengesellschaft: *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 262, Rn. 12; *Hüffer*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 262, Rn. 41; *Riesenhuber*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, § 262 AktG, Rn. 10; *Kraft*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/3, § 262, Rn. 28; *Hoffmann-Becking*, in: Hoffmann-Becking (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, Aktiengesellschaft, § 65, Rn. 4; zur GmbH: vgl. *Casper*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 60, Rn. 38; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 60, Rn. 6; *Schmidt/Bitter*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 60, Rn. 19; zum eingetragenen Verein: *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, § 41, Rn. 18; *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 389; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 3701.

¹²⁵⁹ *Hüffer*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 262, Rn. 41; *Riesenhuber*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262 AktG, Rn. 10; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 262, Rn. 12; *Kraft*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/3, § 262, Rn. 28.

¹²⁶⁰ *Hüffer*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 262, Rn. 41; *Bachmann*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262, Rn. 25; *Kraft*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/3, § 262, Rn. 28; *Schmidt-Hern*, in: Müller/Rödder (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der AG, § 18, Rn. 3; *Zöllner*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/1, § 179, Rn. 156; einschränkend: *Riesenhuber*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262 AktG, Rn. 10 (Einstimmigkeitserfordernis unzulässig, wenn nach den Verhältnissen der Gesellschaft ein Auflösungsbeschluss faktisch unmöglich wird).

¹²⁶¹ *Riesenhuber*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262 AktG, Rn. 10; *Kraft*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/3, § 262, Rn. 27.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

auch § 262 Abs. 1 Nr. 2, 3. Teilsatz AktG), wie beispielsweise das Erfordernis von Mehrfachabstimmungen¹²⁶² oder der Zustimmung bestimmter Aktionäre¹²⁶³. Wird die Auflösungsmöglichkeit durch eine entsprechende Satzungsregelung erschwert, bedarf die Beschlussfassung über die Änderung der Bestimmung der erschwerenden Anforderungen. Satzungsmäßige Erleichterungen sind nicht zulässig.¹²⁶⁴ Somit besteht für die Hauptversammlung nicht die Möglichkeit, die in § 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG normierten Mehrheitserfordernisse durch Beschluss herabzusetzen und die Befugnis zur erleichterten Auflösung zu erlangen.

Bei der GmbH kann ebenfalls die Festlegung einer höheren Mehrheit¹²⁶⁵, bis hin zum Erfordernis der Einstimmigkeit¹²⁶⁶, sowie die Regelung weiterer Erfordernisse wie das der Mehrfachabstimmung¹²⁶⁷ oder der Zustimmung bestimmter¹²⁶⁸, sogar sämtlicher¹²⁶⁹ Gesellschafter, erfolgen. Die Änderung einer die Auflösung erschwerenden Regelung muss ebenfalls den erschwerenden Erfordernissen genügen. Im Unterschied zur Aktiengesellschaft kann jedoch bei der GmbH auch eine niedrigere als die in § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG vorgesehene Mehrheit (wie beispielsweise eine einfache Mehrheit) im Gesellschaftsvertrag festgeschrieben¹²⁷⁰ und somit die Auflösung der Gesellschaft durch die Gesellschafter erleichtert werden¹²⁷¹.

¹²⁶² Vgl. *Riesenhuber*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262 AktG, Rn. 10; *Hüffer*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 262, Rn. 42; *Bachmann*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262, Rn. 25; *Kraft*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/3, § 262, Rn. 28.

¹²⁶³ Vgl. *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 262, Rn. 12; *Hüffer*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 262, Rn. 42; *Bachmann*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262, Rn. 25; *Kraft*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/3, § 262, Rn. 28; *Schmidt-Hern*, in: Müller/Rödder (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der AG, § 18, Rn. 3; *Hoffmann-Becking*, in: Hoffmann-Becking (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, Aktiengesellschaft, § 65, Rn. 4.

¹²⁶⁴ Vgl. *Riesenhuber*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262 AktG, Rn. 10; *Bachmann*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262, Rn. 25.

¹²⁶⁵ Vgl. *Casper*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 60, Rn. 38; *Haas*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 60, Rn. 17; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 60, Rn. 6; *Hofmann*, GmbHHR 1975, S. 217, 219.

¹²⁶⁶ Vgl. *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 60, Rn. 6; *Nerlich*, in: Michalski (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 60, Rn. 36; *Haas*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 60, Rn. 17; *Ulmer*, in: Hachenburg, Großkommentar zum GmbHG, § 60, Rn. 29; *Hofmann*, GmbHHR 1975, S. 217, 219.

¹²⁶⁷ *Riesenhuber*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262, Rn. 10.

¹²⁶⁸ *Schmidt/Bitter*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 60, Rn. 19; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 60, Rn. 6.

¹²⁶⁹ Vgl. *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 60, Rn. 6.

¹²⁷⁰ *Casper*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 60, Rn. 38 und 39; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 60, Rn. 6; *Haas*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 60, Rn. 17; *Schmidt/Bitter*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 60, Rn. 19; *Hofmann*, GmbHHR 1975, S. 217, 219.

¹²⁷¹ *Casper*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 60, Rn. 39.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Beim eingetragenen Verein kann die Auflösungsmöglichkeit sowohl u.a. durch die Erhöhung der erforderlichen Mehrheit bis hin zur Einstimmigkeit¹²⁷², durch ein Mehrfachabstimmungserfordernis¹²⁷³, aber auch durch das Erfordernis der Zustimmung eines oder mehrerer¹²⁷⁴, sogar sämtlicher Mitglieder¹²⁷⁵, ggf. auch eines übergeordneten Verbandes (Dachverbandes)¹²⁷⁶, bei religiösen Vereinen einer höheren Instanz, in der Satzung erschwert¹²⁷⁷ als auch – wie bei der GmbH und im Unterschied zur Aktiengesellschaft – nach herrschender Meinung durch Herabsetzung des Quorums (bis zur einfachen Stimmenmehrheit) vereinfacht werden¹²⁷⁸. Wird in der Satzung eine erschwerte Auflösungsmöglichkeit festgelegt, so bedarf ein abändernder Beschluss ebenfalls dieser Anforderungen.

Im Unterschied zur Aktiengesellschaft und der GmbH besteht beim eingetragenen Verein für die Mitgliederversammlung ferner – als „Minus zur Auflösung“¹²⁷⁹ – die Möglichkeit, den Verzicht auf die Rechtsfähigkeit und damit die Beendigung der Existenz als juristische Person zu beschließen¹²⁸⁰. Die Mitglieder können aber auch rein faktisch, namentlich durch schlichten Austritt aus dem Verein, den Entzug der Rechtsfähigkeit des Vereins (und zwar bei Unterschreitung der Mindestmitgliederzahl von 3 Mitgliedern) herbeiführen (vgl. § 73 BGB) sowie durch schlichten Austritt sämtlicher Mitglieder nach der herrschenden

¹²⁷² *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 389; *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, § 41, Rn. 18; *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 1118; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 3701; *Schöpflin*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB Kommentar, § 41, Rn. 2.

¹²⁷³ *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 389; vgl. auch *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 3701.

¹²⁷⁴ Vgl. BayObLG vom 23. August 1979, BReg. 2 Z 14/79, NJW 1980, S. 1756, 1756; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 3693; *Schöpflin*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Kommentar zum BGB, Bd. 1, § 41, Rn. 29; *ders.*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB Kommentar, § 41, Rn. 2; *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 41, Rn. 5; *Hadding*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 1, § 41, Rn. 3.

¹²⁷⁵ *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 389; *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 1118; vgl. auch *Schöpflin*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Kommentar zum BGB, Bd. 1, § 41, Rn. 29; *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 41, Rn. 5.

¹²⁷⁶ Vgl. BGH vom 17. November 1955, II ZR 172/54, BGHZ 19, S. 51, 61; so auch *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 41, Rn. 5; *Schöpflin*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Kommentar zum BGB, Bd. 1, § 41, Rn. 29; *Hadding*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 1, § 41, Rn. 3.

¹²⁷⁷ Für die Möglichkeit der Auflösungser schwerung, statt vieler: *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, § 41, Rn. 18; *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 389; *Schöpflin*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB Kommentar, § 41, Rn. 2.

¹²⁷⁸ *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 389; *Weick*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 41, Rn. 18; *Schöpflin*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB Kommentar, § 41, Rn. 2.

¹²⁷⁹ So *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, § 41, Rn. 22.

¹²⁸⁰ Vgl. *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, § 41, Rn. 22; *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 401; *Schöpflin*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Kommentar zum BGB, Bd. 1, § 41, Rn. 13; *Hadding*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 1, vor § 41, Rn. 8; *Weick*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 41, Rn. 19.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

Meinung einen Erlöschenzgrund¹²⁸¹, nach anderer Auffassung einen Auflösungsgrund¹²⁸² begründen.

Eine weitere bei der Aktiengesellschaft und der GmbH bestehende Möglichkeit der privat-autonomen Auflösung ist die (nachträgliche) Fristbestimmung der Laufzeit durch ihre Aktionäre/Gesellschafter, die mit Ablauf der satzungsmäßig/gesellschaftsvertraglich bestimmten Zeit zur Auflösung führt (vgl. § 262 Abs. 1 Nr. 1 AktG, § 60 Abs. 1 Nr. 1 GmbHHG, § 74 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB)¹²⁸³. Entsprechendes gilt auch für den eingetragenen Verein (vgl. § 74 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB). Die nachträgliche Einführung einer Fristbestimmung bedarf einer Satzungsänderung.¹²⁸⁴ Der hierzu erforderliche satzungsändernde Beschluss muss bei der Aktiengesellschaft jedenfalls die in § 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG normierte (doppelte) Mehrheit erreichen¹²⁸⁵, selbst wenn auf Grundlage des § 179 Abs. 2 S. 2 AktG für satzungsändernde Beschlüsse eine geringere Mehrheit in der Satzung vorgesehen ist¹²⁸⁶. Bei der GmbH bedarf es zur Beschlussfassung mindestens der für Satzungsänderungen erforderlichen Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen nach § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHHG¹²⁸⁷; beim eingetragenen Verein bedarf es ebenfalls grundsätzlich der 75 %igen Stimmenmehrheit. Die Möglichkeit der nachträglichen Festlegung einer Zeitdauer der Gesellschaft kann durch entsprechende Satzungsregelungen/gesellschaftsvertragliche Regelungen – wie durch

¹²⁸¹ Vgl. BGH vom 17. November 1955, II ZR 172/54, BGHZ 19, S. 51, 57; KG vom 18. März 1968, 1 W 2162/67, OLGZ 1968, S. 200, 206; *Hadding*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 1, § 41, Rn. 11; *Steffen*, in: BGB-RGRK, Bd. 1, § 41, Rn. 3; *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 41, Rn. 3; *Schöpflin*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Kommentar zum BGB, Bd. 1, § 41, Rn. 15; *ders.*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB Kommentar, § 41, Rn. 5 und § 73, Rn. 1.

¹²⁸² *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, § 41, Rn. 5; *Schmidt*, JZ 1987, S. 394, 399.

¹²⁸³ Zur Aktiengesellschaft: *Riesenhuber*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262, Rnrs. 4, 5 und 7; *Wermeckes*, in: Heidel, (Hrsg.), Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, § 262, Rnrs. 9 und 11; zur GmbH: *Casper*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, § 60, Rnrs. 24 und 26; *Haas*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 60, Rnrs. 13 und 16.

¹²⁸⁴ Zur Aktiengesellschaft: *Riesenhuber*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262, Rn. 5; *Schmidt-Hern*, in: Müller/Rödder (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der AG, § 18, Rn. 2; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 262, Rn. 8; *Wermeckes*, in: Heidel, (Hrsg.), Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, § 262, Rn. 11; *Wiedemann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 6, § 179, Rn. 81; zur GmbH: vgl. RG vom 6. März 1907, Rep. I 329/06, RGZ 65, 264, 266; *Ulmer*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 123; *Casper*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, § 60, Rn. 24; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 60, Rn. 4; *Nerlich*, in: Michalski (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 60, Rn. 26; *Priester/Veil*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 53, Rn. 123; *Schmidt/Bitter*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 60, Rn. 9; *Hofmann*, GmbHR 1975, S. 217, 218.

¹²⁸⁵ *Riesenhuber*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262, Rn. 5; *Schmidt-Hern*, in: Müller/Rödder (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der AG, § 18, Rn. 2; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 262, Rn. 8; *Wermeckes*, in: Heidel, (Hrsg.), Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, § 262, Rn. 11; *Hoffmann-Becking*, in: Hoffmann-Becking (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, Aktiengesellschaft, § 65, Rn. 2.

¹²⁸⁶ *Riesenhuber*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262, Rn. 5.

¹²⁸⁷ *Ulmer*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, § 53, Rn. 123.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

die Bestimmung größerer Mehrheiten – erschwert werden. Beim eingetragenen Verein kann sie auch, bis hin zur einfachen Mehrheit, erleichtert werden.

Weitere privatautonome Auflösungsgründe können zumindest bei der GmbH und dem eingetragenen Verein normiert werden. So sind beim eingetragenen Verein nach herrschender Meinung auch sonstige, das heißt nicht im Gesetz erwähnte, sondern ausschließlich in der Satzung normierte Auflösungsgründe zulässig¹²⁸⁸, sofern der eingetragene Verein keine Partei ist¹²⁸⁹. Auch bei der GmbH besteht die Möglichkeit, weitere Auflösungsgründe im Gesellschaftsvertrag zu bestimmen (vgl. § 60 Abs. 2 GmbHG); so kann beispielsweise als Auflösungsrecht der Gesellschafter auch ein Kündigungsrecht gesellschaftsvertraglich geregelt werden¹²⁹⁰.

Im Aktiengesetz sind hingegen andere als die in § 262 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 AktG genannten autonom bestimmten Auflösungsgründe nicht vorgesehen. Insbesondere eröffnet § 262 Abs. 2 AktG nicht – wie § 60 Abs. 2 GmbHG – die Möglichkeit, in der Satzung zusätzliche, beliebige Auflösungstatbestände festzulegen, sondern erklärt lediglich die Vorschriften für Auflösungen aus anderen gesetzlichen Gründen für anwendbar¹²⁹¹. Nichtsdestotrotz wird es von einer (zumindest wohl früher herrschenden) Meinung – und zwar in Anlehnung an eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 21. Juni 1921 zur GmbH, die das Kündigungsrecht als Unterfall der zeitlichen Befristung nach § 60 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG qualifizierte¹²⁹² – für zulässig erachtet, in der Satzung ein Kündigungsrecht einzelner oder mehrerer Aktionäre festzuschreiben, das bei Ausübung zur Auflösung der Aktiengesellschaft führt¹²⁹³. Die wohl heute herrschende Ansicht¹²⁹⁴ hält dem richtigerweise entgegen,

¹²⁸⁸ Vgl. LG Bremen vom 19. September 1995, 2 T 516/95 (+), Rechtpfleger 1996, S. 72, 72 und 73; *Schöpflin*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB Kommentar, § 41, Rn. 3; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 3724; *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, Rn. 1177; *Hadding*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 1, § 41, Rn. 9; a. A.: *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, AT, § 41, Rn. 26.

¹²⁸⁹ *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 3724.

¹²⁹⁰ Vgl. RG vom 21. Juni 1912, Rep. II 223/12, RGZ 79, S. 418, 423 (das allerdings die Einräumung eines Kündigungsrechts noch als Unterfall der zeitlichen Befristung nach § 60 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG qualifizierte); *Schmidt/Bitter*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 60, Rn. 12; *Casper*, in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Großkommentar zum GmbHG, Bd. 3, § 60, Rnrr. 22 und 110; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 60, Rn. 27; *Nerlich*, in: Michalski (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 60, Rn. 318.

¹²⁹¹ Vgl. OLG Düsseldorf vom 29. Mai 1987, 3 W 447/85, NJW-RR 1988, S. 354, 355; *Kraft*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/3, § 262, Rn. 19; vgl. auch *Schmidt-Hern*, in: Müller/Rödder (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der AG, § 18, Rnrr. 18 und 19; *Hüffer*, Kommentar zum AktG, § 262, Rn. 24; *Hüffer*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 262, Rnrr. 101 und 102; *Riesenhuber*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262, Rn. 23; *Wermeckes*, in: Heidel, (Hrsg.), Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, § 262, Rn. 38; *Peres*, in: Schüppen/Schaub (Hrsg.), Münchener Anwalts Handbuch Aktienrecht, § 15, Rn. 3; a. A.: *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 30 VI 2.

¹²⁹² RG vom 21. Juni 1912, Rep. II 223/12, RGZ 79, S. 418, 423.

¹²⁹³ Siehe u.a. *Baumbach/Hueck*, Kommentar zum AktG, § 262, Rn. 9; *Godin/Wilhelmi*, Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262, Anm. 3; *Teichmann/Koehler*, Kommentar zum AktG, § 203, Rn. 6e; seinerzeit schon ablehnend: *Hüffer*, in: Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, Kommentar zum AktG, Bd. 5, § 262, Rn. 13 (unter Hinweis auf den im Jahre 1965 eingeführten Grundsatz der Satzungsstrengte).

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

dass der im Aktienrecht, im Übrigen erst seit 1965 und damit Jahrzehnte nach der genannten Reichsgerichtsentscheidung zur GmbH, geltende Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) der Zulässigkeit eines in der Satzung normierten Kündigungsrechts entgegensteht¹²⁹⁵. Auch wenn der 2. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung vom 23. Oktober 2006¹²⁹⁶ nicht über die Auflösung einer (im Handelsregister eingetragenen) Aktiengesellschaft, sondern vielmehr einer Vor-AG, durch Kündigung zu entscheiden hatte, ist der Begründung zu entnehmen, dass eine Satzungsregelung, die eine einseitige Kündigung einer (im Handelsregister eingetragenen) Aktiengesellschaft durch einen oder mehrere Aktionäre vorsehe, nicht zulässig wäre. Dieser Schluss wird insbesondere durch den Hinweis auf den zwingenden Charakter der aktiengesetzlichen Vorschriften sowie der klaren Abgrenzung zwischen einer (im Handelsregister eingetragenen) Aktiengesellschaft und einer Vor-AG gerechtfertigt. So heißt es in der Begründung unter anderem wie folgt:

„[...] Das Aktiengesetz sieht zwar eine Auflösung der eingetragenen Gesellschaft durch Kündigung nicht vor (vgl. § 262 Abs. 1 AktG), was aber nicht zwangsläufig auch für eine Vor-Gesellschaft gelten muss [...]“

Der Vor-Gesellschaft fehlt damit die verfestigte, auf Dauer angelegte Struktur und Verselbständigung, welche der juristischen Person eigen ist [...] und die enge Auswahl der Auflösungsgründe in § 262 AktG, §§ 60-62 GmbHG rechtfertigt.

Zu Recht wird deshalb im Schriftum angenommen, daß der zwingende Charakter der Vorschriften des Aktiengesetzes (§ 23 Abs. 5) der Wirksamkeit einer Satzungsbestimmung, welche die Auflösung der Gesellschaft durch Kündigung vorsieht, im Stadium der Vor-Gesellschaft nicht entgegensteht [...].“¹²⁹⁷

„Entgegenstehen“ kann die (Form-)Strenge des Aktiengesetzes aber nur dann, wenn sie im konkreten Fall auch besteht; wovon der 2. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs offenbar ausgeht. Eine Berufung auf die genannte Reichsgerichtsentscheidung zur GmbH dürfte somit zumindest mit Einführung des Grundsatzes der Satzungsstrenge in das Aktiengesetz obsolet

¹²⁹⁴ Während *Bachmann*, in Spindler, Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262, Rn. 71, diese Gegenansicht bereits im Jahre 2007 als heutige herrschende Meinung qualifiziert, erachtet *Hüffer*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 262, Rn. 19 diese noch in der derzeit aktuellsten Auflage von 2011 als Mindermeinung, was angesichts der mittlerweile diversen Vertreter dieser Ansicht nicht mehr zutreffend erscheint.

¹²⁹⁵ So *Riesenhuber*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262, Rn. 12; *Hüffer*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 4, § 262, Rn. 20; *Baumbach*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 2, § 262, Rn. 71; *Kraft*, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 5/3, § 262, Rn. 17 ff (der die Wirksamkeit einer solchen Regelung zumindest als „höchst zweifelhaft“ erachtet); zumindest im Ergebnis gegen die Zulässigkeit von Kündigungsrechten in der Satzung: *Schmidt-Hern*, in: Müller/Rödder (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der AG, § 18, Rn. 19; *Hoffmann-Becking*, in: Hoffmann-Becking (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, Aktiengesellschaft, § 65, Rn. 3; *Wermeckes*, in: Heidel, (Hrsg.), Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, § 262, Rn. 39; *Peres*, in: Schüppen/Schaub (Hrsg.), Münchener Anwalts Handbuch Aktienrecht, § 15, Rn. 2; *Luther*, Die genossenschaftliche Aktiengesellschaft, S. 107.

¹²⁹⁶ BGH vom 23. Oktober 2006, II ZR 162/05, BGHZ 169, S. 270 ff.

¹²⁹⁷ BGH vom 23. Oktober 2006, II ZR 162/05, BGHZ 169, S. 270, 273 und 274.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

geworden sein; zumindest dann, wenn § 262 Abs. 2 AktG nicht als Öffnungsklausel für sonstige Auflösungsgründe verstanden wird.

Im Übrigen ist zu beachten, wie bereits unter 2. Teil B. II. 6. a) angeführt, dass die entsprechenden Gesetze weder für die Aktiengesellschaft noch für die GmbH noch für den eingetragenen Verein besondere Anforderungen an die Beschlussfähigkeit stellen. Hierzu bedarf es somit auch in Hinblick auf die Auflösungsmöglichkeit einer expliziten Regelung zur Beschlussfähigkeit.

Die Stiftung hingegen besteht im Grundsatz in alle Ewigkeit fort.¹²⁹⁸ Zwar kann die Stiftungssatzung eine kalendermäßig bestimmte Lebensdauer der Stiftung oder aber weitere Auflösungsgründe (wie auflösende Bedingungen) vorsehen.¹²⁹⁹ In der Regel wird es dem Stifter bei Errichtung der Stiftung aber gerade auf eine möglichst lange Lebensdauer ankommen,¹³⁰⁰ folglich wird er von den vorgenannten Satzungsregelungen eher absehen. Ob und inwieweit Auflösungsmöglichkeiten in der Satzung normiert werden, unterliegt somit ausschließlich der Entscheidungshoheit des Stifters. Nach Anerkennung der Stiftung ist auch ihm die Disposition darüber entzogen. Im Übrigen kann eine Stiftung durch die zuständige Stiftungsaufsichtsbehörde im Falle des Unmöglichwerdens des Stiftungszwecks sowie der Gemeinwohlgefährdung aufgelöst werden (vgl. § 87 Abs. 1 2. Alt. BGB), ferner durch Widerruf der erteilten Anerkennung¹³⁰¹. Weitere Auflösungsgründe sind die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (vgl. §§ 86, 42 BGB) und – sofern in der Satzung dazu ermächtigt – der Beschluss des zuständigen Stiftungsaufsichtsbehörde¹³⁰², der aber stets der Prüfung und Genehmigung durch die Stiftungsaufsichtsbehörde bedarf¹³⁰³. Eine jederzeitige Auflösungsmöglichkeit besteht bei der Stiftung somit nicht.

b. Zwischenzusammenfassung und -ergebnis

Die Aktiengesellschaft, die GmbH und der eingetragene Verein können im Unterschied zur selbständigen Stiftung jederzeit durch ihre Aktionäre/Gesellschafter/Mitglieder aufgelöst werden. Ein satzungsmäßiger Ausschluss dieser Möglichkeit ist gesetzlich nicht zulässig, ebensowenig ist das Auflösungsrecht (etwa auf andere Organe oder Dritte) delegierbar.

Die nach überwiegender Ansicht beim eingetragenen Verein bestehende Möglichkeit, (bereits in der Gründungssatzung) einem anderen Vereinsorgan ein Auflösungsrecht einzuräumen, bietet keinen besonderen Schutz gegen die jederzeitige Auflösungsmöglichkeit der Mitgliederversammlung, da diese nur eine konkurrierende sein kann. Entsprechendes gilt für das vom Bundesverfassungsgericht nicht beanstandete Auflösungsrecht für solche Instanzen, die religiösen Vereinen, die Teilgliederungen einer Religionsgemeinschaft darstellen, übergeordnet sind. Im Gegenteil – das Recht einer weiteren Instanz zur Auflösung kann aus Sicht der Mitglieder einer gemeinnützigen Einrichtung möglicherweise als nachteilig

¹²⁹⁸ *Van Randenborgh*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 22.

¹²⁹⁹ *Van Randenborgh*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 22; *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 87, Rn. 3.

¹³⁰⁰ *Van Randenborgh*, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 1, Rn. 22.

¹³⁰¹ *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 87, Rn. 3.

¹³⁰² Vgl. OLG Koblenz vom 17. Dezember 2001, 12 U 1334/01, NZG 2002, S. 135, 135 ff.

¹³⁰³ Schauhoff, in: Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, § 3, Rn. 178.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

empfunden werden und sich damit aus dem Blickwinkel einer gemeinnützigen Einrichtung unter Fundraisinggesichtspunkten ggf. negativ auswirken. Aufgrund der regelmäßig altruistischen Motive für die (finanzielle) Unterstützung einer gemeinnützigen Einrichtung wird grundsätzlich ein besonderes Interesse an einer gewissen Dauerhaftigkeit der Einrichtung und der nachhaltigen Verwendung der (finanziellen) Mittel zur Zweckverfolgung bestehen, sodass eine weitere Auflösungsinstanz aus Sicht der Mitglieder psychologisch einen Unsicherheitsfaktor hinsichtlich der weiteren Existenz darstellen könnte. Zwar unterliegt das Auflösungsrecht einer weiteren Instanz grundsätzlich der Dispositionsbefugnis der Mitgliederversammlung; ist es aber bereits in der Gründungssatzung enthalten, bedarf es zur Änderung dessen der gesetzlichen bzw. der in der Satzung festgelegten Mehrheit.

Die Gefahr der Auflösung durch Beschluss der Hauptversammlung, Gesellschafter- bzw. Mitgliederversammlung kann bei den drei genannten Körperschaften allerdings insoweit minimiert – und damit der Stiftung angenähert – werden, als sowohl bei der Aktiengesellschaft, der GmbH und dem eingetragenen Verein die Auflösungsmöglichkeit durch Heraufsetzung des Mehrheitserfordernisses bis hin zur Einstimmigkeit sowie durch Aufstellen weiterer Erfordernisse erschwert werden kann. Eine Gewährleistung dieses besonderen Schutzes erfolgt dadurch, dass die Beschlussfassung über die Änderung einer solchen Bestimmung ebenfalls den erschwerten Anforderungen entsprechen muss.

Im Unterschied zur Aktiengesellschaft und der GmbH besteht nach wohl überwiegender Ansicht beim eingetragenen Verein die Möglichkeit, die Wirksamkeit der Beschlussfassung von der Zustimmung eines anderen Vereinsorgans abhängig zu machen und somit die Letztentscheidungskompetenz auf eine von den Mitgliedern losgelöste Ebene zu verlagern. Bei eingetragenen Vereinen, die in eine Verbandsorganisation eingegliedert sind, besteht ferner ggf. die Möglichkeit, die Wirksamkeit der Beschlussfassung über die Auflösung von der Zustimmung der übergeordneten Instanz abhängig zu machen und somit die Letztentscheidungskompetenz auf einen außerhalb des Vereins stehenden, jedoch nicht vereinsfremden Dritten zu übertragen; Entsprechendes gilt bei religiösen Vereine, die eine Teilgliederung einer Religionsgemeinschaft darstellen. Trotz der genannten vergleichsweise weitergehenden Erschwerungsmöglichkeiten in Bezug auf die Auflösung birgt die Rechtsform des eingetragenen Vereins im Unterschied zur Aktiengesellschaft (und der GmbH) jedoch die Gefahr, dass die Mitglieder ohne Einhaltung der Anforderungen an eine wirksame Beschlussfassung, nämlich schlicht durch Austritt, den Verein nach herrschender Meinung zum Erlöschen bzw. nach anderer Auffassung zur Auflösung bringen können. Auch die Rechtsfähigkeit, die bei Wegfall zwar nicht den Verlust der Körperschaftseigenschaft im Sinne des § 51 Abs. 1 Sätze 1 und 2 AO iVm. § 1 Abs. 1 KStG nach sich zieht (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG), jedoch gravierenden Einfluss auf die Teilnahme am Rechts- bzw. Wirtschaftsleben hat, liegt in den Händen der Mitglieder(gesamtheit). Sei es durch Beschlussfassung oder schlicht durch Unterschreitung der Mindestmitgliederzahl von 3 Personen durch Austritt von Mitgliedern.

Die Gefahr der Auflösung durch eine nachträgliche Einführung einer die Laufzeit befristenden Bestimmung besteht hingegen bei allen drei Körperschaften; ebenso jedoch die Möglichkeit, die Gefahr durch satzungsmäßige Erschwerungen der jeweils im gesetzlichen Normalfall geltenden Mehrheitserfordernisse zu reduzieren.

Regelungen zur Beschlussfähigkeit sind bei allen drei Körperschaften gesetzlich nicht vorgesehen, aber zulässig.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Einen besonderen Schutz bietet die Aktiengesellschaft vor (erleichterten) privatautonomen Auflösungen im direkten Vergleich zur GmbH und dem eingetragenen Verein aber dennoch: So sieht das Aktiengesetz für Auflösungsbeschlussfassungen, aber auch für Beschlussfassungen über die nachträgliche Einführung einer Frist hinsichtlich der Laufzeit der Gesellschaft, das Vorliegen einer einfachen Stimmenmehrheit und einer Kapitalmehrheit von mindestens 75 % vor. Satzungsregelungen, die hiervon nach unten abweichen, also die Mehrheitserfordernisse absenken, sind unzulässig. Beim eingetragenen Verein ist in beiden Fällen die (nachträgliche) Herabsetzung des Mehrheitserfordernisses, bis hin zur einfachen Stimmenmehrheit, zulässig. Bei der GmbH gilt dies für Auflösungsbeschlussfassungen ebenso, bei der nachträglichen Einführung einer Fristbestimmung bedarf es jedoch mindestens der 75 %igen Stimmenmehrheit. Einer mittelbaren Erleichterung durch Abweichungen des Kapitaleinsatzes (Mitgliedschaft) von der Stimmkraft, insbesondere hinsichtlich erhöhter Stimmrechte, schiebt das Aktiengesetz – anders als das GmbH-Gesetz und das Bürgerliche Gesetzbuch – einen Riegel vor. Auch ist bei der Aktiengesellschaft – im Unterschied zur GmbH und zum eingetragenen Verein – eine satzungsmäßige Erweiterung autonomer, das heißt nicht im Gesetz vorgesehener Auflösungsmöglichkeiten unzulässig. Die Unzulässigkeit ist nach heute wohl herrschender Meinung sowie nach angedeuteter Auffassung des 2. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs auch für ein Kündigungsrecht als Auflösungsgrund anzunehmen.

Schließt man in den direkten Vergleich nunmehr auch die Stiftung ein, so ist allerdings zu konstatieren, dass die Stiftung die einzige ist, die nicht die Gefahr der jederzeitigen Auflösbarkeit birgt. Was privatautonome Auflösungsgründe anbetrifft, so können diese nur bis zur Anerkennung der Stiftung ihren Weg in die Satzung finden. Wird dem Vorstand das Recht zur Beschlussfassung über die Auflösung eingeräumt, unterliegt ein entsprechender Beschluss stets der Prüfung und Genehmigung durch die Stiftungsaufsichtsbehörde.

8. Haftung der Kapitalgeber und der geschäftsführenden Organmitglieder

a. Haftung der Aktionäre, Gesellschafter, Mitglieder bzw. (Zu-)Stifter

Bei der Aktiengesellschaft und der GmbH ist die Haftung grundsätzlich auf das Gesellschaftsvermögen und damit auf den Wert der jeweiligen Einlage des Kapitalgebers beschränkt (vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 AktG; § 13 Abs. 2 GmbHG). Der Haftungsausschluss wird regelmäßig durch die Regelungen über die Kapitalaufbringung (wie der Verpflichtung zur Erbringung eines bestimmten Mindestgrund- bzw. -stammkapitals, vgl. § 7, § 36 Abs. 2, § 54 Abs. 1 und 2 AktG; § 5 Abs. 1, § 7 Abs. 2, § 19 Abs. 1 und 2 GmbHG) und über die Kapitalerhaltung (wie dem Verbot der Rückgewähr und Verzinsung der Einlagen, vgl. § 57 Abs. 1 und 2 AktG bzw. der Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens, siehe § 30 Abs. 1 GmbHG, wobei die Reichweite des aktienrechtlichen Verbots größer und somit kapitalschützender ist¹³⁰⁴) kompensiert.¹³⁰⁵ In bestimmten Einzelfällen wird ausnahmsweise von der Rechtsprechung eine Durchgriffshaftung aner-

¹³⁰⁴ *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 5, Rnrrn. 5.77 und 5.78.

¹³⁰⁵ *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 5, Rn. 5.161; von *Hippel*, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, S. 563.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

kannt;¹³⁰⁶ wobei sich diese aber grundsätzlich auf solche Fälle beschränkt, in denen die Gesellschaft in zweckwidriger Weise benutzt wird.¹³⁰⁷

Beim Verein ist die Haftung ebenfalls auf das Vermeinsvermögen beschränkt. Eine Haftung der Mitglieder ist ebenfalls nur bei Vorliegen ganz besonderer Umstände gegeben.¹³⁰⁸

Bei der Stiftung ist eine Haftung der (Zu-)Stifter ausgeschlossen.

b. Innenhaftung der geschäftsführenden Organmitglieder

In der Rechtspraxis ist darüber hinaus die Frage der Haftung der geschäftsführenden Organmitglieder gegenüber der Gesellschaft, dem Verein oder der Stiftung, das heißt die sog. Innenhaftung, von Bedeutung. Diese Fragestellung ist jedoch aufgrund ihrer enormen Komplexität, die insbesondere einen umfassenden Vergleich und Bewertung der (unterschiedlichen) Haftungssysteme bei der Aktiengesellschaft, der GmbH, des Vereins und der Stiftung erfordert, und aufgrund der bereits zur Frage der Anwendung der Business Judgement Rule auf Stiftungsvorstände erfolgten Untersuchung von *Gollan*¹³⁰⁹, nicht Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich daher auf die allgemeinen Haftungsgrundsätze, ohne diese einer Bewertung zuzuführen. Zu den Haftungsgrundsätzen im Einzelnen:

Die Vorstandsmitglieder haften der Aktiengesellschaft nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG wegen Verletzung ihrer organ-schaftlichen Pflichten nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG.¹³¹⁰ Die organ-schaftlichen Pflichten ergeben sich insbesondere aus der Leitungsaufgabe (§ 76 AktG) und der organ-schaftlichen Treubindung.¹³¹¹ Bei der Erfüllung ihrer Pflichten kommt den Vorstandsmitgliedern ein gewisser Entscheidungsspielraum zu; so normiert § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG, die sog. Business Judgement Rule, dass eine Pflichtverletzung nicht vorliegt, „wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“. Die grundsätzlich strenge Haftung wird folglich durch die Gewährung eines unternehmerischen Spielraums, der frei von richterlicher Kontrolle ist, ausbalanciert.¹³¹²

¹³⁰⁶ Vgl. BGH vom 13. Dezember 2004, II ZR 256/02, GmbHR 2005, S. 299, 300; BGH vom 24. Juni 2002, II ZR 300/00, BGHZ 151, S. 181, 186; BGH vom 25. Februar 2002, II ZR 196/00, GmbHR 2002, S. 549, 550; BGH vom 5. November 1980, VIII ZR 230/79, BGHZ 78, S. 318, 334; RG vom 30. November 1937, VII 127/37, RGZ 156, S. 271, 277.

¹³⁰⁷ Vgl. *Lutter*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, § 1, Rn. 15; zur Durchgriffshaftung: von *Hippel*, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, S. 572 ff, der auch auf die Frage der Möglichkeit eines besonderen Durchgriffs auf Aktionäre einer altruistischen Aktiengesellschaft mittels einer analogen Anwendung der Vorschriften zum Vertragskonzern eingeht (S. 579 ff.), im Ergebnis aber eine solche Möglichkeit wegen Überdehnung des Schutzbereiches des Verbots der Einlagenrückgewähr (§ 57 AktG) ablehnt (S. 605 ff.).

¹³⁰⁸ BGH vom 8. Juli 1970, VIII ZR 28/69, BGHZ 54, S. 222, 222 (Leitsatz) und 224.

¹³⁰⁹ *Gollan*, Vorstandshaftung in der Stiftung, S. 1 ff.

¹³¹⁰ Zur Haftung von Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft mit altruistischer Zielsetzung: *Nienhaus*, Kapitalschutz in der Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung, S. 177 ff.

¹³¹¹ *Gollan*, Vorstandshaftung in der Stiftung, S. 214.

¹³¹² *Gollan*, Vorstandshaftung in der Stiftung, S. 287, 297.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Eine der Business Judgement Rule entsprechende Regelung ist weder für die Geschäftsführer der GmbH noch für die Vorstandsmitglieder des Vereins oder der Stiftung ausdrücklich gesetzlich vorgesehen. Nach dem Gesetzeswortlaut wären die Entscheidungen der geschäftsleitenden Organmitglieder somit volumnäßig gerichtlich überprüfbar, wodurch ein erhöhtes Haftungsrisiko begründet würde. Nach ganz herrschender Meinung verfügt der Geschäftsführer einer GmbH, dessen Haftung sich nach § 43 Abs. 2 GmbHG bemisst, allerdings ebenfalls, und zwar in entsprechender Anwendung der aktiengesetzlichen Grundsätze, im Rahmen seines unternehmerischen Handelns über einen gerichtlich nicht überprüfbaren Ermessensspielraum.¹³¹³ Was die Haftung der Vorstandsmitglieder von Vereinen und Stiftungen anbetrifft, so wird die Anwendbarkeit und Anwendung der Business Judgement Rule insbesondere auf den Stiftungsvorstand, der wie der Vereinsvorstand grundsätzlich nach den allgemeinen Regelungen bei vertraglichen Pflichtverletzungen (§ 280 Abs. 1 BGB) oder nach den deliktischen Bestimmungen (§ 823 Abs. 1 und Abs. 2, § 826 BGB) haftet,¹³¹⁴ zumindestens diskutiert¹³¹⁵. Jedenfalls hat der Gesetzgeber mittlerweile mit § 31 a BGB (iVm. § 86 BGB) ein gesetzliches Haftungsprivileg für solche Vorstandsmitglieder von Vereinen und Stiftungen geschaffen, die unentgeltlich tätig sind oder für ihre Tätigkeit eine Vergütung erhalten, die 500 Euro jährlich nicht übersteigt.

c. Zwischenzusammenfassung und -ergebnis

Ein Haftungsrisiko für Kapitalgeber der genannten Körperschaften besteht aufgrund der auf das Gesellschafts-/Vereinsvermögen beschränkten Haftung grundsätzlich nicht. Bei der Stiftung ist es gänzlich ausgeschlossen.

Die Haftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft orientiert sich an der in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG normierten Business Judgement Rule, die den Vorstandsmitgliedern einen unternehmerischen Ermessensspielraum zubilligt, der frei von gerichtlicher Kontrolle ist. Eine entsprechende, ausdrückliche Regelung existiert für die geschäftsführenden Organmitglieder der GmbH, des Vereins oder der Stiftung nicht. Die Grundsätze der Business Judgement Rule werden nach ganz herrschender Meinung allerdings auf die Geschäftsführer der GmbH übertragen. Den Vorstandsmitgliedern eines Vereins und einer Stiftung kommt inzwischen zumindest – unter bestimmten Voraussetzungen – das Haftungsprivileg des § 31 a BGB (iVm. § 86 BGB) zu Gute.

III. Gesamtzusammenfassung und -ergebnis von II.

Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft im Gemeinnützkeitssektor ergeben sich aus den Finanzierungs- und Partizipations- sowie managerialen Steuerungs- und Marketingmöglichkeiten, die sich u.a. aufgrund der ihr eigenen Kapital-

¹³¹³ Vgl. statt aller *Fleischer*, in: Fleischer/Goette (Hrsg.), Münchener Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, § 43, Rn. 66 m.w.N. und Rn. 71 m.w.N.

¹³¹⁴ *Gollan*, Vorstandshaftung in der Stiftung, S. 212, 213, die zudem ausführlich die Innenhaftung in der Stiftung auf den Seiten 207 ff – und zwar auch im Vergleich zur Innenhaftung in der Aktiengesellschaft – begutachtet.

¹³¹⁵ Vgl. hierzu ausführlich *Gollan*, Vorstandshaftung in der Stiftung, S. 267 ff.

B. Gründe und Motive für die Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft

sammel-, -bindungs- und -anlagefunktion, der eigenverantwortlichen Leitungsbefugnis des Vorstands ohne gleichzeitige Begründung eines Kontrolldefizits sowie der Nutzungsmöglichkeit der Gesellschaft als Marketing- und Organisationsplattform für ihre Aktionäre bieten.

Im direkten Vergleich zu den herkömmlicherweise im Gemeinnützige sektor verwendeten Rechtsformen ist sie die einzige Rechtsform, die – neben der Generierungsmöglichkeit von Spenden – eine Vielzahl von, auch wechselnden, Kapitalgebern mit kleinen wie großen finanziellen Beiträgen in die Finanzierung einbinden kann, ohne dabei – trotz gleichzeitiger nachhaltiger Bindung ihrer Kapitalgeber durch Beteiligung an der Gesellschaft – eine unmittelbare Einflussnahme der Kapitalgeber auf die Geschäftsführung zu gewähren. Die unentziehbar bei dem Vorstand gebündelten Kompetenzen der Geschäftsführung und Leitung sowie das gesetzlich zwingend ausgestaltete Check and Balance-System ermöglichen vielmehr eine gezielte, an der gemeinnützigen Zweckverfolgung ausgerichtete Steuerung der Gesellschaft, ohne dabei ein internes Schutzdefizit zu begründen.

Auch wenn die Aktiengesellschaft aufgrund des dreigliedrigen Organisationsaufbaus und des regelmäßig starren Regelungskomplexes zur Binnenorganisation einen vergleichsweise hohen Verwaltungs(kosten)aufwand erfordert, ermöglichen doch gerade dieser Aufbau und das gesetzlich festgelegte Regelungskorsett transparente und von gegenseitiger Kontrolle geprägte Strukturen, die insbesondere im Gemeinnützige sektor, in dem gNPO'en regelmäßig auf altruistische Mittel Dritter angewiesen sind, unter Fundraisinggesichtspunkten von Vorteil sein können. Im Übrigen kann der Aufsichtsrat – ähnlich wie das fakultative Kontrollorgan einer Stiftung – mittelbar über die personelle Besetzung als Fundraisingmittel eingesetzt werden. Zur Wahrung der gemeinnützige rechtlichen Gesamtangemessenheit der Verwaltungskosten sollten kleine bzw. nicht-börsennotierte Aktiengesellschaft allerdings von den aktiengesetzlichen Erleichterungsmöglichkeiten wie hinsichtlich der Einberufung und Durchführung von Hauptversammlungen gemäß §§ 121 ff AktG und des Abhaltens von Aufsichtsratssitzungen gemäß § 110 Abs. 3 AktG Gebrauch machen.

Die grundsätzliche Nachteiligkeit des darüber hinaus bei der Aktiengesellschaft (wie bei der GmbH) zu leistenden, laufenden Verwaltungs(kosten)aufwands, der im Unterschied zur Stiftung und zum Verein und je nach Größe der Gesellschaft aufgrund von zweckunabhängigen kaufmännischen (doppelten) Buchführungs-, Prüfungs- und Offenlegungspflichten anfällt, wird dadurch relativiert, dass durch eben diese Pflichten eine im Gemeinnützige sektor unter Fundraisinggesichtspunkten werthaltige, vergleichbare Transparenz der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage geschaffen wird.

Auch wenn der im Vergleich zur GmbH und zum Verein höhere Gründungs(kosten)aufwand bei der Aktiengesellschaft Initiatoren eines gemeinnützigen Vorhabens abschrecken mag, kann die Aktiengesellschaft – losgelöst von den bereits genannten möglichen Gründen und Motiven, die für die Wahl dieser Rechtsform sprechen können – jedenfalls als Alternative zur Bürgerstiftung in Betracht kommen, die regelmäßig eines höheren Dotationskapitals bedürfen wird. Das der Aktiengesellschaft wesensimmanente Grundanliegen der Bürgerstiftung kann mittels dieser durch echte Beteiligung der Kapitalgeber und damit gesetzlich normierte Teilhaberechte und darüber hinaus bei gleichzeitiger Bündelung der Leitungs- und Geschäftsführungskompetenzen ohne Begründung von Schutzdefiziten verwirklicht werden. Die Gemeinwohlkonnotation der Stiftung kann sich durch Aufnahme des rechtlich nicht geschützten Begriffs der „Bürgerstiftung“ oder „Stiftung“ als Bestandteil der Firma zunutze gemacht werden.

2. Teil: Die gemeinnützige Aktiengesellschaft in der heutigen Praxis: Ein verkannter Exot?

Zwar ermöglicht die Aktiengesellschaft – im Unterschied zur (Bürger-) Stiftung – keine Perpetuierung des in der Satzung niedergelegten Willens, ebensowenig die Wahrung eines mit den steuerrechtlichen Anforderungen im Einklang stehenden Regelwerkes. Die Satzung der Aktiengesellschaft kann jedoch durch Regelungen, die Satzungsänderungen erschweren (z.B. Einstimmigkeitserfordernis, Zustimmungserfordernisse bestimmter Aktionäre), der grundsätzlichen Statik der Stiftungsverfassung angenähert werden.

Entsprechendes gilt in Bezug auf die Lebensdauer der Gesellschaft. So kann die Aktiengesellschaft zwar nicht – wie die Stiftung – „für die Ewigkeit“ ausgestaltet werden (ebensowenig die GmbH und der Verein). Allerdings kann die grundsätzlich jederzeitige Auflösungsmöglichkeit der Hauptversammlung durch Beschlussfassung durch Festlegung einer größeren Kapitalmehrheit, nach (wohl) herrschender Meinung sogar eines Einstimmigkeits erforderisses oder auch durch Festlegung weiterer Erfordernisse wie Zustimmungs- und Mehrfachabstimmungserfordernisse erschwert werden. Eine satzungsmäßige Erschwerung der nachträglichen Festlegung einer Zeitdauer der Gesellschaft ist aktiengesetzlich ebenfalls zulässig.