

Rechtliche Aspekte der „Kleinen Aktiengesellschaft“

Von RA Christof Blauß und RA Ulrich Wecker

I. Einleitung

Im Jahre 1995 waren in Deutschland mehr als 500.000 GmbHs registriert. Dem standen lediglich ca. 3.000 Aktiengesellschaften gegenüber. Bis Ende Juli 1999 hat sich die Zahl der Aktiengesellschaften auf 6.335 laut Statistik der Deutschen Bundesbank mehr als verdoppelt¹. Was sind die Gründe für diese Entwicklung? Insbesondere für Mittelständler war es bis zur Änderung des Aktienrechts im Jahre 1994 aufgrund der sogenannten „Satzungsstrenge“ der AG, die den Kapitalanlegern durch Vorgabe bestimmter Grundstrukturen Sicherheit geben sollte, praktisch kaum möglich ihr Unternehmen in der Rechtsform der AG zu organisieren.

Eine gewisse - in den Auswirkungen aber teilweise überschätzte - Auflockerung der starren Strukturen der AG brachte das „Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts“ von 1994². Seine Ziele sind u.a. die Verbesserung der Eigenkapitalausstattung mittelständischer Unternehmen, die Erleichterung des Generationswechsels durch die Erschließung der AG-typischen Trennung zwischen Kapitaleignern und Management und die Stärkung mittelständischer Unternehmen im Kampf gegen Konzentrationsbestrebungen im Wirtschaftsleben (so die Begründung in der Bundestagsdrucksache)³. Wesentliche Neuregelungen sind:

- Die Gründung einer AG ist nunmehr lediglich durch einen Aktionär, der beim Handelsregister anzumelden ist, möglich (§§ 2, 42 AktG). Früher mußte die Gründung durch mindestens 5 Aktionäre erfolgen.
- Während bis zur Änderung des Aktienrechts der Gründungsprüfungsbericht bei der örtlichen IHK zu hinterlegen war, genügt es für die nicht börsennotierten „kleinen AGs“, wenn der Gründungsprüfungsbericht beim Registergericht und beim Vorstand eingereicht wird.
- Eine Besetzung des Aufsichtsrats mit Arbeitnehmervertretern ist erst ab einer Mitarbeiterzahl von 501 Mitarbeitern vorgeschrieben.
- Die Einladung zur Hauptversammlung der „kleinen AG“ kann nunmehr per Einschreibebrief erfolgen, wenn sämtliche Aktionäre namentlich bekannt sind.
- In der Hauptversammlung der „kleinen AG“ bedürfen die Beschlüsse, die mit einfacher Mehrheit gefaßt werden können, d.h. insbesondere Beschlüsse, die keine Dreiviertel-Mehrheit erfordern (z.B. Satzungsänderungen) keiner notariellen Beurkundung mehr. Ausreichend ist vielmehr, daß der Aufsichtsratsvorsitzende eine Niederschrift über die Beschlußfassung unterzeichnet (vgl. § 130 Abs. 1 AktG).

¹ AG 1999/ S.496

² BGBl.1994 I S. 1961

³ Bundestagsdrucksache 12/6721/ S.5f

- Möglichkeit die Hauptversammlung als sog. Vollversammlung unter Verzicht der Form- und Fristvorschriften abzuhalten, wenn alle Aktionäre erschienen oder vertreten sind und kein Widerspruch erfolgt (§ 121 Abs. 6 AktG)

Ob die dargestellten wesentlichen Erleichterungen, die jedoch den Grundsatz der Satzungsstrenge der AG im übrigen unberührt lassen, dazu führen werden, daß zukünftig verstärkt „kleine Aktiengesellschaften“ anstelle der GmbH gegründet werden, bleibt abzuwarten. Die eingangs erwähnten Zahlen und die spürbar steigende Nachfrage in der juristischen Beratungspraxis sprechen jedoch für sich.

II. Strukturvergleich „kleine AG“ / „GmbH“

Der bereits erwähnte Grundsatz der Satzungsstrenge, der - anders als ein GmbH-Vertrag - weniger Dispositionen der Gründer der AG vom gesetzlichen Grundmodell zuläßt, mag im Vergleich mit einer GmbH sicherlich einen strukturellen Nachteil bei der Verabschiedung der Satzung bzw. bei Satzungsänderungen darstellen. Dagegen sind durch die Gesetzesreform insbesondere die Formalien der Einberufung der Hauptversammlung sowie deren Durchführung wesentlich denen der Gesellschafterversammlung einer GmbH angenähert bzw. sogar angeglichen. Soweit alle Gesellschafter bekannt sind, kann die Einberufung der Aktionärs-Hauptversammlung durch Einschreibebrief erfolgen (§ 121 Abs. 4 AktG). Auf die Regelung des § 130 Abs. 1 AktG, wonach es für die Wirksamkeit der Beschlüsse einer „kleinen AG“ genügt, wenn das Sitzungsprotokoll vom Aufsichtsvorsitzenden unterzeichnet wird, sofern dort keine Beschlüsse gefaßt werden, die einer Dreiviertel-Mehrheit oder einer größeren Mehrheit bedürfen, wurde bereits hingewiesen.

Nachteilig ist die „kleine AG“ insbesondere aber auch dann, wenn für den kleinen Familienbetrieb (Dienstleister wie Handwerksbetriebe oder Handelsgeschäfte) Umsatz und Ertrag im Hinblick auf den Organisationsaufwand der „kleinen AG“ in einem „auffälligen Mißverhältnis“ stehen⁴. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Notwendigkeit der Besetzung des Vorstandes durch mindestens ein Vorstandsmitglied sowie die Besetzung des Aufsichtsrates mit mindestens drei Personen.

Dagegen dürften die Bestimmungen über die Mindeststammkapitalausstattung (GmbH: €25.000,00, AG: €50.000,00) für die meisten Gründer keine wesentliche Rolle bei ihren Überlegungen zur Rechtsformwahl spielen, da in vielen Fällen das Stammkapital ohnehin nur teilweise einbezahlt wird. Sowohl bei der GmbH als auch bei der AG müssen mindestens €12.500,00 einbezahlt sein, geht man von einem Mindeststammkapital in Höhe von € 25.000,00 bei der GmbH bzw. von €100.000,00 bei der AG aus.

⁴ vgl. Rust/Ulbert „Die kleine Aktiengesellschaft“ S. 10

Die höhere Fungibilität (Verkehrsfähigkeit) der Aktie im Vergleich zu einem GmbH-Anteil einerseits sowie die im Zusammenhang mit Inhaberaktien geschaffene Anonymität der Aktionäre macht es für Außenstehende jedoch wesentlich einfacher sich unbemerkt von den übrigen Aktionären Anteile an einer Gesellschaft zu verschaffen, wenn man bedenkt, daß Inhaberaktien durch Einigung und Übergabe übertragen werden. Will die „Familien-AG“ vermeiden, daß Betriebsfremde durch Erwerb von Aktienpaketen Einfluß auf die Gesellschaft nehmen können, ermöglicht das Aktienrecht die Schaffung sogenannter Namensaktien (vgl. § 10 Abs. 1 AktG), zu deren Übertragung nicht nur Einigung und Übergabe der Aktienurkunde selbst, sondern gleichzeitig die Indossierung erforderlich ist. Da die Namensaktien in das sogenannte „Aktienbuch“ einzutragen sind, besteht bei der Gesellschaft regelmäßig Kenntnis über den Aktionärsbestand.

Allerdings kann auch die Schaffung von Namensaktien alleine die ungewollte Übertragung auf Dritte nicht verhindern. Deshalb werden Namensaktien in der Regel durch eine sogenannte „Vinkulierung“ in ihrer Übertragbarkeit beschränkt. Die Wirksamkeit der Übertragung hängt in diesem Falle von der Zustimmung des Vorstandes ab (vgl. § 68 Abs. 2 AktG). Will man die Übertragung weiter erschweren, kann die Vinkulierung auch dadurch geschaffen werden, daß der Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung der Übertragung zuzustimmen haben.

Weitere Übertragungskriterien können in der Satzung festgeschrieben werden; ein gänzlichliches Übertragungsverbot ist jedoch ebenso wenig möglich, wie eine denkbare Übertragungspflicht bei z.B. Belegschaftsaktien⁵.

Andererseits bedarf jede Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils gem. § 15 Abs. 3 GmbH-Gesetz der notariellen Beurkundung, verbunden mit entsprechend hohen Kosten, Zeitverlust usw. Will man beispielsweise im Rahmen der Mitarbeiterbeteiligung oder aber im Hinblick auf eine bevorstehende Unternehmensnachfolge (Beteiligung von Kindern usw.) eine kostengünstige Anteilsübertragungsart schaffen, so spricht dies eindeutig für die Gründung einer „kleinen AG“. Gerade wenn man bedenkt, daß in den nächsten fünf bis zehn Jahren in Deutschland ca. in 700.000 Unternehmen eine Unternehmensnachfolge ansteht, bietet sich die „kleine AG“ für ein Familienunternehmen als sinnvolle Rechtsformalternative an. Der Unternehmensnachfolger kann sukzessive durch schrittweise Übertragung von immer weiteren Aktienpaketen an die „Unternehmerstellung“ herangeführt werden; sog. weichende Erben können mit stimmrechtslosen Vorzugsaktien bedacht werden.

Gleiches gilt für eine möglicherweise beabsichtigte Mitarbeiterbeteiligung. Einmal davon abgesehen, daß gem. § 5 Abs. 1 GmbHG eine Mindestanteils-Einlage bei der GmbH €100,00

⁵ Hüffer, AktG – Kommentar, § 65, Rdnr. 14

beträgt, während gem. § 8 Abs. 2 S. 1 AktG Aktien auf den Mindestnennbetrag von €1,00 lauten müssen, kann in einem GmbH-Vertrag ein Stimmrechtsausschluß des Mitgesellschafters praktisch nicht bewirkt werden. Dagegen ermöglicht es das Aktiengesetz durch Ausgabe von dividendenbevorrechtigten sogenannten „Vorzugsaktien“ die Mitarbeiter am Unternehmen zu beteiligen, ohne ihnen freilich Einflußmöglichkeiten auf die Unternehmensentwicklung durch Ausübung von Stimmrechten zu verschaffen.

In diesem Zusammenhang darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Ausgabe von Vorzugsaktien oder aber die Schaffung sogenannten „genehmigten Kapitals“ (vgl. §§ 192 ff. AktG) ein probates Mittel der Kapitalbeschaffung auch für sogenannte „kleine AGs“ darstellen.

Schlußendlich ist im Vergleich zwischen der AG und der GmbH der Prestigevorteil einer Aktiengesellschaft im Verhältnis zu einer GmbH nicht außer Acht zu lassen, wenngleich dieser mit zunehmender Gründung von neuen Aktiengesellschaften auf Dauer schwinden dürfte.

Da es sich sowohl bei der AG als auch bei der GmbH um Kapitalgesellschaften handelt, ist die Besteuerung beider Gesellschaften im wesentlichen identisch. Unterschiede bestehen dagegen naturgemäß zu den sogenannten „Personengesellschaften“. Während bei der Personengesellschaft, ohne ins Detail zu gehen, der Unternehmensgewinn als Teil des Gesamteinkommens des Gesellschafters erfaßt wird, wird bei der Kapitalgesellschaft der Gewinn über die Körperschaftsteuer erfaßt. Der Gesellschafter selbst unterliegt seiner individuellen Einkommenssteuer, auf die die zuvor entrichtete Körperschaftsteuer Anrechnung findet. Allerdings im Rahmen der aktuell geplanten Unternehmenssteuerreform eine Angleichung der Besteuerung von Personen- und Kapitalgesellschaften erfolgen soll. In diesem Zusammenhang soll der Dividendenbesteuerung – so die derzeitige Planung – auch die komplexe Anrechnungsverfahren von Körperschaftsteuer auf die persönliche Einkommenssteuer durch das sog. Halbeinkünfteverfahren abgelöst werden.

III. Gründung der „kleinen AG“

1. Möglichkeiten der Entstehung

Nach dem Aktiengesetz ist lediglich der formalisierte Gründungsakt in Form einer Bar- oder Sachgründung geregelt. Eine Aktiengesellschaft kann aber auch durch Umwandlung eines bereits bestehenden Rechtsträgers einer anderen Rechtsform nach dem Umwandlungsgesetz erfolgen.

2. Bargründung

Die Errichtung einer Aktiengesellschaft bedarf grundsätzlich der notariellen Beurkundung der Erklärungen der Gründer, wobei aufgrund der Satzungsstrenge der Mindestinhalt der AG-Satzung nach § 23 AktG einzuhalten ist.

Gründer einer AG sind nach der Legaldefinition des § 28 AktG die Aktionäre, die die Satzung gem. § 23 AktG festgestellt haben. Als Gründer kommen sowohl natürliche als auch juristische Personen in Betracht. An die Gründereigenschaft knüpft die zivilrechtliche Gründerhaftung nach § 46 AktG sowie die strafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 399 Abs. 1/ Abs. 2 AktG an. Soweit eine sogenannte „Ein-Personen-Gründung“ erfolgt, ist diese beim Handelsregister anzumelden und Sicherheit für den nicht einbezahlten Teil der Einlage zu leisten (vgl. § 36 Abs. 2 S. 2 AktG). In der Regel wird hier eine Bankbürgschaft gestellt. Der Sicherungszweck erledigt sich durch das Erlöschen der Einlageschuld mit vollständiger Zahlung der Einlage. Anders als im GmbH-Recht, wo bei der Ein-Personen-Gründung ebenfalls Sicherheit zu leisten ist, wird die Sicherung nicht bereits dadurch frei, daß die Gesellschaft nach ihrer Eintragung in das Handelsregister weitere Aktionäre aufnimmt⁶. Entsteht dagegen nachträglich durch Übernahme der Aktienpakte anderer Gründer eine „Ein-Personen-AG“, so ist dies nach § 42 AktG lediglich zum Handelsregister anzumelden. Sicherheit ist dagegen nachträglich nicht mehr zu leisten.

Wie bereits erwähnt, bedarf die Errichtung der Aktiengesellschaft nach § 23 Abs. 1 AktG der notariellen Beurkundung der Gründungserklärung, die nach § 23 Abs. 2 und Abs. 3 AktG die Übernahme der Aktien und die Feststellung der Satzung beinhalten müssen.

Sondervorteile, die einem Aktionär im Zusammenhang mit der Gründung der Gesellschaft gewährt werden, sind in der Satzung offen zu legen, ansonsten ist die Rechtshandlung, die der Sondervorteilsgewährung zugrunde liegt, unwirksam (vgl. § 26 AktG). Ebenso müssen die Gründungsaufwendungen, die in der Regel durch die Gesellschaft getragen werden, in der Satzung offengelegt werden.

Die Aktiengesellschaft gilt als errichtet, sobald die Übernahmeerklärung gem. § 23 Abs. 2 AktG abgegeben ist (§ 29 AktG). Dabei muß jeder Gründer mindestens eine Aktie übernehmen. Die Übernahmeerklärung hat die Aufteilung der Aktien unter den Gründungsaktionären auszuweisen. Daher sind im Gründungsprotokoll anzugeben:

- die namentlich zu benennenden Gründer mit Vor- und Nachname sowie Anschrift,

⁶ vgl. hierzu Lutter AG 1994/ S. 432

- bei Nennbetragsaktien der Nennbetrag, bei Stückaktien die Zahl, der Ausgabebetrag und, wenn mehrere Gattungen der Aktien, die jeder Gründer übernimmt, der Ausgabebetrag sowie gegebenenfalls die Gattung der übernommenen Aktie (Inhaber- oder Namensaktie),
- der eingezahlte Betrag des Grundkapitals.

Von der *Errichtung* der AG im Sinne § 29 AktG ist jedoch das *Entstehen* der juristischen Person „Aktiengesellschaft“ zu unterscheiden. Als juristische Person entsteht die Aktiengesellschaft - genauso wie die GmbH - erst mit der Eintragung ins Handelsregister (§ 41 Abs. 1 S. 1 AktG). Bis dahin wird die AG als „Gesellschaft in Gründung“ bezeichnet, mit der Folge, daß bei Handlungen vor Eintragung im Namen der Gesellschaft eine persönliche Haftung der Handelnden entsteht. Auch können gem. § 41 Abs. 4 AktG vor der Eintragung in das Handelsregister Aktien nicht ausgegeben werden.

Bei Errichtung der Gesellschaft ist der erste Aufsichtsrat zu bestellen (§ 30 Abs. 1 S. 1 AktG). Die Bestellung bedarf ebenfalls der notariellen Beurkundung und wird in der Regel zusammen mit der Gründung erfolgen. Der Aufsichtsrat muß mindestens aus 3 Mitgliedern bestehen (vgl. § 95 Abs. 1 AktG). Der erste Aufsichtsrat kann nicht für eine längere Zeit als bis zur Beendigung der Hauptversammlung bestellt werden, die über die Entlastung für das erste Voll- oder Rumpfgeschäftsjahr beschließt (vgl. § 30 Abs. 3 S. 1 AktG). Unter Berücksichtigung der Regelung des § 120 Abs. 1 S. 1 AktG, wonach über die Entlastung von Aufsichtsratsmitgliedern innerhalb der ersten 8 Monate eines jeden Geschäftsjahres zu beschließen ist, kann die maximale Amtszeit des ersten Aufsichtsrats somit nur 20 Monate dauern.

Der Aufsichtsrat wird nach seiner Bestellung eine konstituierende Sitzung abhalten und aus seiner Mitte im Sinne § 107 AktG einen Vorsitzenden sowie mindestens einen Stellvertreter wählen.

Des weiteren haben die Gründer der AG – sofern nach § 316 Abs. 1 HGB erforderlich - einen Prüfer für den Jahresabschluß der Gesellschaft für das erste Geschäftsjahr zu bestellen (§ 30 Abs. 1 S. 1 AktG). Die Bestellung bedarf ebenfalls der notariellen Beurkundung (§ 30 Abs. 1 S. 2 AktG) und erfolgt in der Regel zusammen mit der Aufsichtsratsbestellung im Gründungsprotokoll.

Der von den Gründern bestellte erste Aufsichtsrat hat aufgrund der ihm gesetzlich zugewiesenen Kompetenz - wie jeder folgende Aufsichtsrat auch - die Vorstandsmitglieder der Gesellschaft zu bestellen (vgl. § 30 Abs. 4 AktG/§ 84 Abs. 1 S. 1 AktG). Die Amtsdauer des Vorstands beträgt maximal 5 Jahre. Eine notarielle Beurkundung der Vorstandsbestellung ist nicht erforderlich. Hier genügt eine privatschriftliche Niederschrift des Aufsichtsratsvorsitzenden (§ 107 AktG).

Den Vorstandsmitgliedern stehen aufgrund ihrer Anstellungsverträge, die durch den Vorsitzenden des Aufsichtsrats abgeschlossen werden, Vergütungsansprüche gegen die Gesellschaft zu.

Im Zusammenhang mit dem Gründungsakt sind durch die Aktionäre (Gründer) die Einlagen auf die übernommenen Aktien zu leisten (§ 54 Abs. 1 AktG). Auf jede Aktie ist mindestens ein Viertel des Nennbetrages und bei Festsetzung eines höheren Ausgabebetrages das sogenannte „Agio“ in vollem Umfang zu leisten (vgl. § 36 Abs. 2/§36 a Abs. 1 AktG). Auf die Sicherungspflichten bei der Ein-Personen-Gründung wurde bereits hingewiesen.

Die Einforderung der Einlagen ist Aufgabe des Vorstandes (vgl. § 63 Abs. 1 S. 1 AktG). Im Zeitpunkt der Handelsregisteranmeldung müssen die Einlagen zur freien Verfügung des Vorstandes stehen (§ 36 Abs. 2 AktG). Dies bedeutet, daß ein effektiver vorbehaltloser Mittelzufluß erfolgt ist. Die Zahlung von Einlagen unter einer Bedingung ist ausgeschlossen (sogenannter „Grundsatz der realen Kapitalaufbringung“). Dies führt dazu, daß für den Fall, daß das Kapital im Zeitpunkt der Registereintragung nicht mehr vollständig vorhanden ist, eine anteilige Differenzhaftung der Gründer auch dann entsteht, wenn sie selbst ihre Einlage auf die von ihnen übernommenen Aktien voll einbezahlt haben. Ausgenommen hiervon sind Verluste, die durch die mit der Gründung notwendigen Steuern und Gebühren entstehen.

Keiner besonderen Erwähnung bedarf es, daß jede Rückzahlung der Einlagen eine verbotene Einlagenrückgewähr im Sinne § 57 Abs. 1 AktG darstellt, die die Haftungsfolgen nach § 62 AktG für den Aktionär bzw. nach § 93 Abs. 3 AktG für die Vorstandsmitglieder und nach § 116 AktG für die Aufsichtsratsmitglieder auslösen.

Im Rahmen der Gründung ist des weiteren ein Gründungsbericht durch die Gründer zu erstellen, für dessen Richtigkeit und Vollständigkeit sie nach § 46 und § 399 Ziff. 2 AktG haften (vgl. § 32 AktG). Der Gründungsbericht ist durch sämtliche Gründer eigenhändig zu unterzeichnen und beim Handelsregister mit der Anmeldung einzureichen. Im Gründungsbericht sind alle wesentlichen Umstände der Gründung darzulegen, so auch eventuelle Strohmänngründungen, Vorteilsgewährungen an Gründer oder Organe der Gesellschaft, deren Entschädigung und Belohnung usw.

Der Hergang der Gründung ist im Rahmen der sogenannten „Gründungsprüfung“ (vgl. § 33 AktG) durch die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates auf ihre Ordnungsmäßigkeit hin zu prüfen. Grundlage dieser Prüfung ist der vorerwähnte Gründungsbericht. Über die Gründungsprüfung ist ebenfalls ein Bericht zu erstellen (§ 34 Abs. 2 AktG). Auch dieser ist eigenhändig von jedem Vorstands und Aufsichtsratsmitglied zu unterschreiben.

Werden Gründer zu Mitgliedern des Aufsichtsrates oder des Vorstandes bestellt oder sind Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder über Strohleute an der Gründung der Gesellschaft beteiligt, muß wegen des dadurch verursachten Interessenkonflikts eine zusätzliche Prüfung durch einen externen Gründungsprüfer erfolgen. Gleiches gilt, wenn sich ein Verwaltungsmitglied Sondervorteile oder eine Gründungsentschädigung ausbedungen hat. Die externe Prüfung hat durch Personen im Sinne § 33 Abs. 4 AktG zu erfolgen, d.h. durch z.B. Wirtschaftsprüfer, Steuerberater oder vereidigte Buchprüfer.

Wenn sämtliche oben dargestellte Formalien erfüllt sind, ist die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister durch sämtliche Gründer und sämtliche Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats anzumelden (vgl. § 36 Abs. 1 AktG). Die Anmeldung hat in öffentlich beglaubigter Form zu erfolgen, d.h. ein weiterer Notartermin ist notwendig (§ 12 HGB, § 129 BGB). Mit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister entsteht die AG als juristische Person (§ 41 Abs. 1 S. 1 AktG). Die Vorgründungsgesellschaft („in Gründung“) erlischt. Im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gehen ihre Rechte und Pflichten auf die entstandene juristische Person über⁷.

3. Sachgründung

Aus Praktikabilitätsgründen empfiehlt sich eine Bargründung, bei der entsprechend obiger Darstellung die Aktionäre ihre Einlageverpflichtung durch Zahlung von Geld nachkommen.

Das Aktiengesetz ermöglicht allerdings auch eine sogenannte „Sachgründung“. Eine solche Sachgründung ist gem. § 27 Abs. 1 AktG in der Satzung offen zu legen und erfordert stets eine Prüfung im Sinne § 33 Abs. 2 AktG durch einen externen Gründungsprüfer. Denkbar ist zudem eine gemischte Sach- und Bargründung.

Wird gegen den Grundsatz der Satzungspublizität nach § 27 Abs. 1 AktG, wonach der Gegenstand der Sacheinlage, die Person, von der die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt und der Nennbetrag, der für die Sacheinlage zu gewährenden Aktien aufzuführen ist, verstoßen, so hat der Gründer den Nennbetrag, gegebenenfalls mit Ausgabeaufschlag, in Geld einzubezahlen. Dies gilt auch dann, wenn er die Sachleistung bereits erbracht hat (vgl. § 27 Abs. 3 AktG). Denkbar ist auch, daß ein Unternehmen/Handelsgeschäft als Sacheinlage in die AG eingebracht wird. Hierbei können sich jedoch hinsichtlich der Bewertung der Werthaltigkeit Schwierigkeiten auftun.

Da Sacheinlagen im Sinne § 36 a S. 1 AktG vollständig zu leisten sind, muß vor der Anmeldung der AG zum Handelsregister eine schuldrechtliche Übertragungspflicht begründet

⁷ vgl. hierzu Hüffer, AktG-Kommentar, § 41, Rdnr. 16 ff

werden. Der eigentliche Übertragungsakt kann dagegen später erfolgen; Vollzug binnen 5 Jahren ab Registereintragung (vgl. § 36 a S. 2 AktG). Bei der Anmeldung nach § 37 Abs. 1 AktG ist zu versichern, daß die Voraussetzungen des § 36 a AktG vorliegen.

Da Sacheinlagen in ihrer Werthaltigkeit geschmälert sein können, erfolgt bei fehlender Werthaltigkeit eine Eintragung der AG in das Handelsregister nicht (§ 38 Abs. 2 S. 2 AktG). Ist es jedoch bereits zu einer Eintragung gekommen, trifft den Anteilseigner sowie über die Regelung des § 46 AktG auch die weiteren Aktionäre die sogenannte Differenzhaftung. Gleiches gilt unter den Voraussetzungen des § 48 AktG für Vorstand und Aufsichtsrat, sofern sie bei der Gründung ihre Pflichten verletzt haben, sowie gem. § 49 AktG für die Gründungsprüfer bei Verstoß gegen die Pflichten nach § 323 Abs. 1 - 4 HGB.

4. Umwandlung

Außer durch Bar- oder Sachgründung sowie eine Kombination dieser Gründungsformen kann die Aktiengesellschaft auch durch Umwandlung entstehen, wobei hier keine Besonderheiten für die kleine AG bestehen.

Dabei zählt § 1 UmwG die möglichen Umwandlungsarten, wie Verschmelzung, Spaltung (Aufspaltung/Abspaltung, Ausgliederung), Vermögensübertragung sowie den Rechtsformwechsel auf.

Eine Verschmelzung liegt vor, wenn ein oder mehrere Rechtsträger unter Auflösung ohne Abwicklung ihr Vermögen als ganzes auf einen anderen schon bestehenden oder bei dieser Gelegenheit neu gegründeten Rechtsträger gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften übertragen (§ 2 UmwG) wird.

Die Formen einer Spaltung, nämlich Aufspaltung, Abspaltung oder Ausgliederung sind in § 123 UmwG geregelt. Weiter in Betracht kommt die sog. Vermögensübertragung in der Form einer Voll- oder auch nur Teilübertragung gem. § 174 UmwG. Dabei ist die Vollübertragung der Verschmelzung, die Teilübertragung der Spaltung und Ausgliederung nachempfunden.

Der in der Praxis häufigste Fall ist wahrscheinlich die formwechselnde Umwandlung einer bereits bestehenden GmbH in eine AG.

Dabei ist zu beachten, daß neben den Vorschriften des UmwG über die Verweisung in § 197 UmwG auch die Gründungsvorschriften zur Anwendung kommen, die für den jeweiligen neuen Rechtsträger hier also des Aktienrechts gelten.

Gem. § 219 UmwG werden die Gesellschafter der bisherigen GmbH zu Gründern der AG und sofern hierbei Mehrheitsentscheidungen zu treffen sind, treten an die Stelle der Gründer diejenigen Gesellschafter der bisherigen GmbH, die für den Formwechsel gestimmt haben.

Die Gründungsvorschriften des Aktienrechts, wurden oben bereits eingehend dargestellt.

Die einzelnen Schritte bei einem Formwechsel einer GmbH in einer Aktiengesellschaft stellen sich dabei Überblicksmäßig wie folgt dar.

Zunächst ist der Entwurf eines Umwandlungsbeschlusses gem. §§ 193, 194 UmwG zu fertigen. Inhaltlich muß der Umwandlungsbeschluß mindestens

- die Rechtsform, die der Rechtsträger durch den Formwechsel erlangen soll, den Namen oder die Firma des Rechtsträgers neuer Rechtsform,
- die Beteiligung der bisherigen Anteilsinhaber an dem Rechtsträger nach den für die neue Rechtsform geltenden Vorschriften soweit ihre Beteiligung nicht entfällt,
- die Zahl, Art und Umfang der Anteile welche die bisherigen Anteilsinhaber durch den Formwechsel erlangen sollen,
- die Rechte die einzelnen Anteilsinhaber sowie den Inhabern besondere Rechte wie Anteile ohne Stimmrecht, Vorzugsaktien, Mehrstimmaktien, Schuldverschreibung und Genußrechte an den Rechtsträger gewährt werden sollen, oder die Maßnahmen, die für diese Person vorgesehen sind,
- ein Abfindungsangebot gem. § 207 UmwG, sofern nicht der Umwandlungsbeschluß zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung aller Anteilsinhaber bedarf oder an dem formwechselnden Rechtsträger, also der bisherigen GmbH, nur ein Anteilsinhaber beteiligt ist,
- die Folgen des Formwechsels für die Arbeitnehmer und Ihrer Vertretung
- sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen

beinhalten.

Der Entwurf des Umwandlungsbeschlusses ist spätestens ein Monat vor dem Tag der Versammlung der Anteilsinhaber die den Formwechsel beschließen sollen, dem zuständigen Betriebsrat das formwechselnde Rechtsträgers zuzuleiten. Ist ein Betriebsrat nicht vorhanden, haben ist diese Tatsache in der Anmeldung gegenüber dem Registergericht zu versichern⁸.

⁸ Dehmer, UmwG-Kommentar, 2. Aufl., § 194, Rdnr. 12; Widmann/Mayer, UmwG-Kommentar, 28. EL, Teil B, Rdnr. 198

Darüber hinaus muß der Umwandlungsbeschluß noch die neue Satzung der Aktiengesellschaft enthalten (§§ 243 Abs. 1, 218 Abs. 1 UmwG).

Auf den Umwandlungsbericht selbst kann verzichtet werden, wenn nur ein Anteilsinhaber beteiligt ist oder aber wenn alle Anteilsinhaber auf dessen Erstattung verzichten (§ 192 Abs. 3 S. 1 UmwG). Die Verzichtserklärung bedarf der notariellen Beurkundung.

Wird auf den Umwandlungsbericht nicht verzichtet, hat die Geschäftsführung der formwechselnden GmbH die beabsichtigte Umwandlung rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern und zu begründen, wobei insbesondere die künftige Beteiligung der bisherigen Anteilsinhaber darzustellen ist.

Der Umwandlungsbeschluß selbst, wird im Rahmen einer Gesellschafterversammlung gefaßt, die notariell zu beurkunden ist. Die Geschäftsführer der formwechselnden GmbH haben zu dieser Gesellschafterversammlung einzuladen, mit der Einladung ist den Gesellschaftern ein Abfindungsangebot zu übersenden, womit den die Umwandlung nicht mit tragenden wollenden Gesellschaftern ein Barabfindungsangebot für ihre bisherigen Anteile unterbreitet wird. Im übrigen ist das Abfindungsangebot nicht mit der Einladung zu übersenden, wenn es im Bundesanzeiger oder den sonst bestimmten Gesellschaftsblättern bekannt gemacht wird.

Die Gesellschafterversammlung der GmbH beschließt in der Regel mit einer Mehrheit von mindestens $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen über die Umwandlung, soweit der Gesellschaftsvertrag der GmbH keine größere Mehrheit und/oder weitere Erfordernisse vorsieht.

Mit dem Umwandlungsbeschluß erklären die Gesellschafter die Übernahme der neue Anteile und beschließen sogleich die Änderung bzw. die Neufassung der Satzung der Aktiengesellschaft. In der selben Urkunde findet in der Regel die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder statt, soweit nicht § 203 UmwG eingreift. Dieser erste Aufsichtsrat bestellt wiederum privatschriftlich den Vorstand.

Zudem ist ein externer Gründungsprüfer erforderlich, der durch das zuständige Amtsgericht (Registergericht) nach Anhörung der Industrie- und Handelskammer gem. § 197 UmwG i.V.m. § 33 Abs. 2 - 5 AktG zu bestellen ist. Externer Gründungsprüfer kann sein, wer in der Buchführung ausreichend vorgebildet und erfahren ist, z.B. Wirtschaftsprüfer oder vereidigte Buchprüfer.

Des weiteren ist noch ein Gründungsbericht durch die Gründer gem. § 197 UmwG in Verbindung mit § 32 AktG zu erstellen, wobei hier nun Gründer im Sinne des § 32 AktG gem. § 145 Abs. 1 S. 1 UmwG diejenigen bisherigen GmbH-Gesellschafter sind, die für den Formwechsel gestimmt haben. Gesetzlich ist noch ein Gründungsprüfungsbericht durch den Vorstand und den Aufsichtsrat der neuen Aktiengesellschaft über den Hergang der Umwandlung zu erstellen (vgl. § 197 UmwG i.V.m. § 33 Abs. 1 AktG, vgl. oben).

Sobald der Bericht des externen Gründungsprüfer vorliegt, kann die Anmeldung zur Handelsregister in öffentlich-beglaubigter Form nach § 12 HGB i.V.m. § 129 BGB erfolgen.

Der Formwechsel bewirkt, daß das bisherige Stammkapital der GmbH ziffermäßig gleich zum Grundkapital der Aktiengesellschaft wird. Handelt es sich bei der umzuwandelnden GmbH beispielsweise um eine solche in dem nur das gesetzlich geforderte Mindestkapital von 25.000,00 € eingelegt ist, wird im Zuge des Formwechsels eine Stammkapitalerhöhung auf das gesetzliche Mindestkapital der AG von 50.000,00 € erforderlich (§ 247 Abs. 1 UmwG). Die Durchführung der Kapitalerhöhung richtet sich bei den in der Praxis gängigen Verfahren in der Regel nach dem GmbH-Recht. Die Stammkapitalerhöhung kann dabei in den Umwandlungsbeschluß selbst mitaufgenommen werden; es ist jedoch erforderlich, daß sie zumindest in einer logischen Sekunde vor der Eintragung, der Umwandlung im Handelsregister eingetragen und damit wirksam wird.

Neben den hier exemplarisch überblicksmäßig dargestellten formwechselnden Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft, kann gem. § 191 Abs. 1 UmwG auch eine Personenhandelsgesellschaft (OHG und KG), eine Partnerschaftsgesellschaft, eingetragene Genossenschaften, rechtsfähige Vereine, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit sowie Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts in die Rechtsform der Aktiengesellschaft formwechselnd umgewandelt werden. Das Verfahren läuft dabei nach einem vergleichbaren Muster.

5. Nachgründungsproblematik

Häufig wird es vorkommen, daß eine Gesellschaft bereits im Zusammenhang mit der Aufnahme des Geschäftsbetriebes Anlagevermögen größeren Umfangs erwirbt. Soweit Verträge der Gesellschaft, nach denen sie hierfür 10% ihres Grundkapitals in den ersten 2 Jahren *seit Eintragung* der Gesellschaft in das Handelsregister ausgibt, geschlossen werden, bedürfen diese Verträge zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Hauptversammlung sowie der Eintragung in das Handelsregister. Ohne Zustimmung und Eintragung in das Handelsregister sind diesbezügliche Rechtshandlungen unwirksam (vgl. § 52 Abs. 1 AktG, „Nachgründung“).

Derartige Verträge bedürfen der Schriftform und sind vor der Beschlußfassung seitens des Aufsichtsrates zu prüfen sowie in den Geschäftsräumen der Gesellschaft zur Einsichtnahme durch die Aktionäre auszulegen. Des weiteren hat vor der Beschlußfassung eine Prüfung durch einen oder mehrere Gründungsprüfer stattzufinden. Der Beschluß der Hauptversammlung ist mit mindestens Dreiviertel-Mehrheit des vertretenen Grundkapitals zu fassen.

Gem. § 52 Abs. 9 AktG gelten die Formalbestimmungen jedoch dann nicht, wenn der Erwerb der Vermögensgegenstände den Gegenstand des Unternehmens bildet oder wenn sie in der Zwangsvollstreckung erworben werden.

Die Nachgründungsproblematik taucht insbesondere bei kleinen AGs auf, die lediglich mit dem gesetzlich geforderten Mindestgrundkapital von €50.000,00 ausgestattet sind. Hier löst nämlich bereits eine schuldrechtliche Verpflichtung von nur €5.000,00 nach Eintragung die Nachgründungspflicht aus.

III. Aufbau der Aktiengesellschaft

1. Die Organe der AG

Notwendige Organe der Aktiengesellschaft sind

- der Vorstand als Organ der Unternehmensleitung und Vertretung nach außen (§§ 76 ff. AktG),
- der Aufsichtsrat als Organ zur Überwachung und Beratung des Vorstandes (§§ 95 ff. AktG) und
- die Hauptversammlung als Organ zur Willensbildung der Aktionäre (§§ 118 ff. AktG).

a) Vorstand

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sind die Aktionäre nicht wie beispielsweise bei einer mittelständischen GmbH in das „Tagesgeschäft“ involviert. So besteht bei einer mittelständischen GmbH häufig Personalunion zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführer. Gerade bei Familiengesellschaften werden die Gesellschafter in der Regel in der GmbH tätig sein. Dies führt dazu, daß viele GmbH-Satzungen erheblichen Einfluß der Gesellschafterversammlung auf die Geschäftsführung durch Weisungsrechte u.a. ermöglichen. Nicht selten sind in jüngster Zeit GmbHs wegen zu starker Gesellschaftereinflüsse gescheitert oder zumindest erheblichen Zerwürfnissen unterlegen. Erwähnt sei in diesem Zusammenhang die Dornier GmbH oder das Kaufhaus Breuninger GmbH & Co. Dagegen ist der Vorstand an Weisungen der Hauptversammlung einzelner Großaktionäre oder des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft nicht gebunden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Vorstand Fragen der Geschäftsführung ausnahmsweise der Hauptversammlung zur Entscheidung vorlegt (§ 119 Abs. 2/§ 83 Abs. 3 AktG). Auch kann eine Bindung durch Abschluß sogenannter Beherrschungsverträge (§ 291 AktG) entstehen.

Da die einzigen Vorgaben, die die Anteilseigner dem Vorstand machen können, die aus den Satzungsbestimmungen abzuleiten sind, ist insbesondere der Gegenstand des Unternehmens in der Satzung konkret zu definieren.

Unter bestimmten Umständen können Geschäfte des Vorstands der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen (vgl. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG). Demnach kann die Satzung vorsehen, daß bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen. Auch kann der Aufsichtsrat derartiges bestimmen z.B. in einer zu erlassenden Geschäftsordnung für den Vorstand. Verweigert in einem solchen Fall der Aufsichtsrat seine Zustimmung zum Geschäft, so kann der Vorstand verlangen, daß die Hauptversammlung über die Zustimmung beschließt. Ein diesbezüglicher Hauptversammlungsbeschluß bedarf der Dreiviertel-Mehrheit.

b) Aufsichtsrat

Der Aufsichtsrat besteht aus mindestens drei Mitgliedern oder einer größeren durch drei teilbaren Zahl. Die Aufgaben des Aufsichtsrats bestehen dagegen hauptsächlich in der Überwachung des Vorstandes. In diesem Zusammenhang nimmt er Einsichts- und Prüfungsrechte wahr (vgl. § 111 Abs. 1/Abs. 2 AktG). Der Aufsichtsrat vertritt die Gesellschaft gegenüber dem Vorstand gerichtlich und außergerichtlich (§ 112 AktG). Er prüft den Jahresabschluß, den Gewinnverteilungsvorschlag und sofern erforderlich den Lagebericht. Des weiteren werden durch den Aufsichtsrat die Vorstandsmitglieder bestellt und abberufen. Zur Einberufung der Hauptversammlung ist der Aufsichtsrat berechtigt, wenn es das Wohl der Gesellschaft erfordert (vgl. § 111 Abs. 3 AktG).

Das 1998 neu geschaffene Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) verpflichtet den Aufsichtsrat zudem zur Einführung angemessener – auch vorausschauender – Risikomanagementsysteme, Kontrollmechanismen und Frühwarnindikatoren.

c) Hauptversammlung

Der Aufgabenbereich der Hauptversammlung ist dagegen in § 119 AktG weitestgehend festgelegt. Hierzu zählen insbesondere:

- Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder,
- Beschlußfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns,
- Entlastung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder,
- Bestellung der Abschlußprüfer,
- Satzungsänderungen,
- Beschlußfassung über Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und der Kapitalherabsetzung,
- Bestellung von Prüfern zur Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder der Geschäftsführung,
- Beschlußfassung über die Auflösung der Gesellschaft.

Wie bereits erwähnt kann über Fragen der Geschäftsführung durch die Hauptversammlung nur dann entschieden werden, wenn der Vorstand dies verlangt.

Die Einberufung der Hauptversammlung erfolgt durch den Vorstand entsprechend der Regelung des § 121 AktG. In der Regel hat die Einberufung eine Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern zur Folge. Dabei ist darauf zu achten, daß die Ladungsfrist zwischen Veröffentlichung und Durchführung der Hauptversammlung mindestens einen Monat beträgt (§ 123 AktG). Im Sinne einer Ladungserleichterung sieht § 121 Abs. 4 AktG vor, daß eine Ladung per Einschreibebrief erfolgen kann, wenn alle Aktionäre namentlich bekannt sind, was in der Regel nur bei Aktiengesellschaften, die ausschließlich auf der Basis von sogenannten „Namensaktien“ organisiert sind, der Fall ist, da hier ein Aktienbuch als Verzeichnis aller Aktionäre zu führen ist.

Mit der Einberufung ist die Tagesordnung bekannt zu machen (§ 124 AktG).

Interessant für „kleine“ AGs mit überschaubarem Aktionärskreis dürfte die neu geschaffene Möglichkeit der sog. „Vollversammlung“ sein. Gemäß § 121 Abs. 6 AktG kann die Hauptversammlung Beschlüsse unter Verzicht auf Einhaltung der Frist- und Formvorschriften, die sonst bei der Einberufung zu beachten sind, fassen sofern alle Aktionäre anwesend oder vertreten sind und keiner der Beschlußfassung widerspricht.

Erwähnenswert im Zusammenhang mit der Durchführung von Hauptversammlungen ist, daß die Aktionäre gem. § 243 AktG Beschlüsse der Hauptversammlung wegen Gesetzesverletzungen oder Verstößen gegen die Satzung anfechten können. Die Anfechtung hat durch Anfechtungsklage, welche binnen Monatsfrist zu erheben ist und gegen die Gesellschaft gerichtet werden muß, zu erfolgen (vgl. § 246 AktG).

Soweit bestimmte Formalia, beispielsweise bei der Einberufung der Hauptversammlung, nicht eingehalten sind, besteht aber auch ohne Anfechtung Nichtigkeit des gefaßten Hauptversammlungsbeschlusses. Dennoch können auch nichtige Beschlüsse aus Gründen der Rechtsklarheit im Wege der Nichtigkeitsklage der gerichtlichen Prüfung zugeführt werden (vgl. § 249 AktG).

2. Aktiengattungen

An dieser Stelle sei noch einmal der Begriff der „Aktie“ verdeutlichend dargestellt.

Die Aktie vermittelt die Mitgliedschaft in der AG. Aktionär ist, wer Inhaber der Aktie ist, ähnlich einem Geschäftsanteil der GmbH. Aus ihr erwachsen die Rechte und Pflichten des Gesellschafters.

Die Aktienurkunde „verbrieft“ den Wert der Mitgliedschaft. Ihre Übertragung erfolgt grundsätzlich durch Einigung und Übergabe wie bei einer beweglichen Sache (§ 929 BGB).

Man unterscheidet zwischen *Nennbetragsaktien*, die gem § 8 Abs. 2 AktG mindestens einen €betragen müssen und sogenannten *Stückaktien* (§ 8 Abs. 3 AktG), die auf keinen Nennbetrag lauten, aber in gleichem Umfang wertmäßig an der Gesellschaft beteiligt sind, wie eine Nennbetragsaktie.

Auch wenn beispielsweise Aktien mit einer großen Nennbetrags-Stückelung ausgegeben sind, kann später eine Neustückelung durch die Hauptversammlung mit satzungsändernder Mehrheit (Dreiviertel-Mehrheit) durch Satzungsänderung beschlossen werden (vgl. § 179 Abs. 2 AktG). Gleiches gilt für die Zusammenlegung mehrerer selbständiger Aktien zu einer neuen wiederum unteilbaren Aktie, deren Nennbetrag aus der Summe der Nennbeträge der vereinigten Aktien zu bilden ist. Zusätzlich wird in diesem Falle die Zustimmung des betroffenen Aktionärs, dessen Anteilsrechte vereinigt werden, verlangt⁹.

In der Praxis häufig anzutreffen ist die Ausgabe von kleinen Nennbeträgen, wobei dann die daraus entsehende hohe Anzahl an Aktien der Einfachheit halber in sog. Global-Urkunden zusammengefaßt wird.

Abgesehen vom Gründungsakt, in dem die Gründer die Aktien in der Regel zum Nennbetrag übernehmen, ist bei der Übernahme neuer Aktien regelmäßig ein sogenanntes Aufgeld (Agio) zu bezahlen, das bilanziell nach § 272 Abs. 2 Ziff. 1 HGB als Eigenkapitalposten in die Kapitalrücklage einzustellen ist. Die Höhe des Agios orientiert sich in der Regel am Börsenkurs, also dem Verkehrswert. Bei kleinen Aktiengesellschaften ohne Börsennotierung wird sich der Kurs in der Regel am Wert des Unternehmens selbst orientieren. Den Wert regelt auch hier Angebot und Nachfrage, wobei dieser durch gängige Bewertungsverfahren (z.B. sog. „Stuttgarter-Verfahren“, Ertragswertverfahren, ...) ermittelt werden kann.

Bereits hingewiesen wurde auf die Unterscheidung zwischen *Inhaber-* und *Namensaktien* (§ 10 Abs. 1 AktG).

Die *Inhaberaktie* als sogenannte Inhaberwertpapiere werden lediglich durch Einigung und Übergabe des Papiers übertragen.

⁹ vgl. Großkommentar – Brändl, § 8 R-Nr. 60

Soweit beim Gründungsakt allerdings die Einlage nicht voll einbezahlt wird, müssen zwingend Namensaktien ausgegeben werden, auf denen der Betrag der noch offenen Resteinlage anzugeben ist (§ 10 Abs. 2 S. 2 AktG).

Namensaktien sind im Aktienbuch zu führen (§ 67 Abs. 1 AktG) und bieten sich daher insbesondere in dem Fall an, in dem auf die Möglichkeit der vereinfachten Ladung zur Hauptversammlung durch Einschreibebrief zurückgegriffen werden soll. Ein weiterer Vorteil von Namensaktien ist der Umstand, daß jederzeit direkt mit sämtlichen Aktienären kommuniziert werden kann (z. B. Investor Relations). Auch bei der Einschränkung der Übertragbarkeit von Aktien durch Schaffung einer sogenannten Vinkulierung bedarf es der Bildung von Namensaktien. Eine solche Vinkulierung dient vor allem dem Schutz der Überfremdung der Gesellschaft (z.B. bei Familiengesellschaften) oder Vermeidung des Aktienerwerbs durch eine „feindliche Übernahme“.

Will man langfristig Mitarbeiter am Unternehmen beteiligen, ohne gleichzeitig deren Einwirkung auf die Gesellschaft durch Mitwirkung in der Hauptversammlung zu ermöglichen, wird man insbesondere *Vorzugsaktien ohne Stimmrecht* ausgeben (vgl. hierzu § 11 Abs. 1 AktG). Der Vorzug bezieht sich auf die bevorrechtigte Dividende. Bevor eine Ausschüttung an den Inhaber der sogenannten „*Stammaktien*“ erfolgt, muß vorab ein bestimmter - in der Satzung festgelegter - Prozentsatz des Bilanzgewinns an die Vorzugsaktionäre ausgekehrt werden. Der „Vorab“ beläuft sich in der Regel zwischen 4% und 6% des Aktiennennbetrages¹⁰. Kann in einem Geschäftsjahr mangels Bilanzgewinns die Vorzugsdividende ganz oder teilweise nicht bedient werden, ist der Fehlbetrag aus dem Bilanzgewinn späterer Geschäftsjahre nachzuentrichten.

Darauf hinzuweisen ist, daß stimmrechtslose Vorzugsaktien allerdings nur bis zu einem Gesamtbetrag in Höhe von 50% des Gesamtnennbetrages des stimmberechtigten Aktienkapitals ausgegeben werden dürfen (§ 139 Abs. 2 AktG). Zu beachten ist auch, daß das Stimmrecht der Vorzugsaktionäre wieder aufleben kann, sofern der Vorzugsbetrag nicht oder nicht vollständig bezahlt und der Rückstand im Folgejahr nicht vollständig ausgeglichen wird, wobei gleichzeitig der im Folgejahr zu entrichtende volle Vorzug zu leisten ist (vgl. § 140 Abs. 2 AktG).

3. Maßnahmen der Kapitalbeschaffung

Wie bereits erwähnt, ist die Rechtsform der Aktiengesellschaft insbesondere im Rahmen der Unternehmensnachfolge sowie der Mitarbeiterbeteiligung von erheblichem Interesse. Interessant ist die Rechtsform der Aktiengesellschaft aber auch für solche Unternehmungen, die langfristig beabsichtigen weiteres Kapital zu beschaffen, bis hin zu einem going public.

¹⁰ vgl. Betzenberger „Vorzugsaktien ohne Stimmrecht“ S.44

Funktion des Grundkapitals der Gesellschaft ist es Haftungskapital für die Gläubiger der Gesellschaft zu schaffen. Dementsprechend verbietet es der „Grundsatz der realen Kapitalaufbringung“ Aktionäre von ihrer Einlagenleistungspflicht zu befreien (§ 66 Abs. 1 AktG). Auch ist es untersagt, Aktien für einen geringeren als ihren Nennbetrag erstmalig auszugeben (sogenanntes „Verbot der Unter-Pari-Ausgabe“). Gleichfalls ist die Zeichnung und Übernahme eigener Aktien bei Gründung oder im Rahmen einer Kapitalerhöhung unzulässig, § 56 AktG.

Der „Grundsatz der Kapitalerhaltung“ verbietet die Rückgewähr der Einlagen an die Aktionäre soweit es sich nicht um den zu verteilenden Gewinn handelt (vgl. § 57 Abs. 1 S. 1 / § 58 Abs. 5 AktG). Unter diesem Gesichtspunkt ist beispielsweise eine sogenannte „Dividendengarantie“ unzulässig und unwirksam (§ 57 Abs. 2 AktG). Der derivative Erwerb eigener bereits ausgegebener Aktien ist nur unter den engen Voraussetzungen des § 71 ff. AktG, z.B. zum Zwecke der Mitarbeiterbeteiligung erlaubt.

Der Zuführung neuen Eigenkapitals dienen der Grundkapitalerhöhungen, die nach dem Aktiengesetz zu einer effektiven Erhöhung des Gesellschaftsvermögens führen:

- ordentliche Kapitalerhöhung nach § 182 ff AktG,
- Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital nach § 202 ff AktG,
- bedingte Kapitalerhöhung nach § 192 ff AktG.

Da die Beteiligungsquote für den Einfluß des Aktionärs auf die Gesellschaft sowie für seinen Gewinnanspruch maßgeblich ist, steht jedem Aktionär bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung nach § 186 Abs. 1 AktG auf sein Verlangen ein gesetzliches Bezugsrecht entsprechend seiner bisherigen Quote am Grundkapital auch an den neuen Aktien zu. Ist der Altaktionär nicht willens oder in der Lage neue Aktien zu zeichnen, verringert sich seine Beteiligungsquote.

Gem. § 186 Abs. 3 AktG kann die Hauptversammlung jedoch den Ausschluß des Bezugsrechtes ausnahmsweise beschließen. Als Bezugsrechtsausschlußgründe kommen in Betracht:

- Sanierungszwecke,
- Ausgabe von Belegschaftsaktien (Mitarbeiterbeteiligung),
- Beteiligung wichtiger Geschäftspartner,
- die Kapitalerhöhung dient dem Erwerb von Beteiligungen an anderen Unternehmen,
- Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage.¹¹

¹¹ vgl zum obigen Fragenkomplex: Rust / Ulbert „Die kleine Aktiengesellschaft“ S. 33 ff;

Ordentliche Kapitalerhöhungen sind notariell zu beurkunden (§ 130 AktG) und mit einem Mindestquorum von mindestens drei Vierteln des auf der Hauptversammlung vertretenen Grundkapitals zu beschließen sowie durch Vorstand und Aufsichtsratsvorsitzenden zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 184 AktG).

Wirksam wird die Kapitalerhöhung durch schriftliche Zeichnung der neuen Aktien seitens der Übernehmer (§ 185 AktG) sowie die Leistung der Einlagen auf die neuen Aktien (§ 188 Abs. 2 AktG). Die Durchführung der Kapitalerhöhung ist ebenfalls zum Handelsregister anzumelden (§ 188 AktG). Die Ausgabe der neuen Aktienurkunde ist erst nach der Eintragung ins Handelsregister zulässig. (§ 189/§191 AktG). Der Kapitalerhöhungsbeschuß und die Anmeldung der Durchführung können jedoch in einer Anmeldeurkunde zusammengefaßt werden (§ 188 Abs. 4 AktG).

Da die ordentliche Kapitalerhöhung wegen der Notwendigkeit der Einberufung der Hauptversammlung teuer und zeitaufwendig ist, besteht die Möglichkeit sogenanntes „genehmigtes Kapital“ im Sinne der §§ 202 ff. AktG in der Satzung vorzusehen. Der Vorstand kann für die Höchstdauer von 5 Jahren durch die Satzung ermächtigt werden, das Grundkapital aus eigenem Entschluß, in einem oder mehreren Schritten der nur der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf, durch Ausgabe neuer Aktien gegen Einlage zu erhöhen. Der Nennbetrag des genehmigten Kapitals darf maximal die Hälfte des Nennbetrages des zur Zeit der satzungsmäßigen Ermächtigung vorhandenen Grundkapitals erreichen (§ 202 Abs. 3 AktG).

Soweit die Hauptversammlung im Fall des „genehmigten Kapitals“ nichts anderes vorsieht, werden die Bedingungen der Aktienaussgabe durch den Vorstand in Abstimmung mit dem Aufsichtsrat bestimmt, zu Nennbetrag, Art und Gattung der neuen Aktien sowie Höhe des Ausgabebetrages, vgl. § 204 AktG.

Das sogenannte „bedingte Kapital“ im Sinne der § 192 ff. bietet die Möglichkeit der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital (z.B. Wandelschuldverschreibung, Optionsanleihen).

IV. Zusammenfassung

Zusammengefaßt kann festgehalten werden, daß trotz aller Formalismen, die bei der Gründung einer „kleinen AG“ immer noch zu beachten sind, gerade die Möglichkeit der Eigenkapitalbeschaffung, die Streuung breiten Aktienbesitzes unter den Mitarbeitern sowie

die Möglichkeit einer geordneten Unternehmensübergabe auf Kinder auch unter Einbeziehung eines qualifizierten Fremdmanagements eine interessante Alternative zur GmbH darstellt. Gleiches gilt, wenn Beteiligungsverhältnisse an Gesellschaften nicht durch Einsichtnahme in das Handelsregister publik werden sollen.

* * *