

# Newsletter

## Gesellschaftsrecht und Steuern, Mergers & Acquisitions

AUSGABE 01 | 2013

### VORWORT

Wir freuen uns, Ihnen eine weitere Ausgabe des Newsletters Gesellschaftsrecht und Steuern, Mergers & Acquisitions übersenden zu können.

Auch in dieser Ausgabe möchten wir Sie über aktuelle Entwicklungen informieren, die sich auf Ihre geschäftlichen Aktivitäten auswirken.

So ist nach der neueren Rechtsprechung zur Gesellschafterhaftung bei wirtschaftlicher Neugründung nennenswerte Rechtsunsicherheit begründet worden, die es in der Gestaltungsberatung zu beachten gilt.

Aktuelle Entwicklungen sind auch im Hinblick auf die Treuhand bei Kommanditeilen, der vorzeitigen Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern, der Organhaftung, dem Delisting börsennotierter Aktien sowie der steuerlichen Organschaft zu vermelden. Wenn das eine oder andere Thema Ihr besonderes Interesse weckt, zögern Sie nicht, uns zu kontaktieren. Die Kontaktdaten finden Sie auf der letzten Seite des Newsletters.

## Haftung der Gesellschafter einer GmbH im Falle der wirtschaftlichen Neugründung – Beschränkung durch neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

### Einleitung

Die von dem Bundesgerichtshof im Rahmen seiner Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur wirtschaftlichen Neugründung und das damit einhergehende erweiterte Haftungsregime für Gesellschafter von bereits bestehenden Gesellschaften mit beschränkter Haftung hat in den letzten Jahren zu einer Reihe von Gerichtsurteilen unterer Instanzen geführt, die nicht immer den Anforderungen der Praxis gerecht wurden und zu einer ausufernden Haftung von Gesellschaftern führten, die durch die bewusste Wahl von haftungsbeschränkten Gesellschaften wie der GmbH als Mittel zur Organisation ihres Geschäftes beabsichtigten, ihr Privatvermögen vor dem Zugriff von Gläubigern der Gesellschaft zu schützen. Begleitet wurden diese Gerichtsurteile von einer mittlerweile kaum noch überschaubaren Flut von wissenschaftlichen Auseinandersetzungen in der Rechtsliteratur, die zum Teil äußerst konträre Positionen einnahmen. Die Folge hiervon war eine spürbare Verunsicherung der Praxis, insbesondere mit Blick auf die Höhe einer möglichen Haftung im Falle der wirtschaftlichen Neugründung.

Begünstigt wurde diese bedenkliche Entwicklung durch die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die zu gewissen Details der Haftung nach den Grundsätzen zur wirtschaftlichen Neubildung bisher schwieg oder sich missverständlich mitteilte. Der Bundesgerichtshof hat nunmehr mit Urteil vom 06. März 2012 – II ZR 56/10 –, veröffentlicht unter anderem in DStR 2012, S. 974 ff., erfreulicherweise die Gelegenheit ergriffen, seine Grundsätze zur Haftung von Gesellschaftern bei der wirtschaftlichen Neugründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung nicht nur in dem bisher bekannten Ausmaß zu bestätigen, sondern insbesondere die Haftung der Gesellschafter zeitlich und der Höhe nach zu konkretisieren und zu beschränken.

### Bestätigung bisheriger Aussagen

a) Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat zunächst den bisherigen Inhalt des Begriffs der wirtschaftlichen Neugründung bestätigt. Unter dem Begriff der wirtschaftlichen Neugründung ist unverändert sowohl der Erwerb einer Vorrats-GmbH bzw. Mantel-GmbH als auch die Wiederaufnahme eines Geschäftsbetriebs durch eine bis zum Zeitpunkt der Wiederaufnahme inaktive GmbH bei Identität der Gesellschafter zu verstehen.

b) Diese Fälle setzt der Bundesgerichtshof mit der rechtlichen Neugründung einer GmbH gleich und wendet infolgedessen diejenigen gesetzlichen Vorschriften entsprechend an, die den Fall der Schaffung einer bisher nicht existenten juristischen Person regeln. Diese sogenannten Gründungsvorschriften sehen zum Schutze von Gläubigern vor, dass die gesetzlich und gesellschaftsvertraglich vorgeschriebene Kapitalausstattung im Zeitpunkt des Entstehens der Gesellschaft vorhanden sein muss, da sie letztlich die Beschränkung der Haftung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen legitimiert.

Die Anwendung dieser Vorschriften auf die wirtschaftliche Neugründung hat zur Folge, dass der Geschäftsführer der wirtschaftlich neu gegründeten Gesellschaft gegenüber dem Registergericht die wirtschaftliche Neugründung offenzulegen und eine entsprechende Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG betreffend die Leistungen nach § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG auf die Geschäftsanteile und die freie Verfügbarkeit des Gegenstands dieser Leistungen abzulegen hat. Sofern dieser Pflicht zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung der Gesellschaft nicht nachgekommen wird, führt dies zu einer persönlichen Haftung der Gesellschafter.

c) Schließlich bestätigte der Bundesgerichtshof, dass anlässlich der unterlassenen Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung nicht nur diejenigen Gesellschafter von der Haftung betroffen sind, die an dem Vorgang der Neugründung, sei es durch Erwerb einer Vorrats- oder Mantel-GmbH oder durch die Wiederaufnahme eines Geschäftsbetriebs, unmittelbar beteiligt waren. Unabhängig von der positiven Kenntnis der wirtschaftlichen Neugründung haften auch die Gesellschafter, die ihren Geschäftsanteil an der Gesellschaft erst nach deren wirtschaftlichen Neugründung und damit von einer bereits wieder aktiven Gesellschaft erworben haben.

## Beschränkung der Haftung

a) Bisher war in Folge der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Meinung verbreitet, die Gesellschafter würden für die Gewährleistung der Unversehrtheit des Stammkapitals im Falle der wirtschaftlichen Neugründung nicht nur mit ihrem eigenen Vermögen einstehen müssen, sondern dies grundsätzlich auch zeitlich unbeschränkt. Denn die Höhe der Haftung soll sich zum Zeitpunkt der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht bestimmen und der Wertdifferenz zwischen dem gesetzlichen bzw. gesellschaftsvertraglichen Stammkapital und dem tatsächlichen Gesellschaftsvermögen entsprechen. Unterbleibt diese Offenlegung allerdings, wäre die Haftung der Gesellschafter zeitlich unbeschränkt und würde auch Verluste erfassen, um die das Vermögen der Gesellschaft erst nach dem Zeitpunkt der Wiederaufnahme eines Geschäftsbetriebes, sprich dem Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung, geschmälert wurde.

Diese weite Ausgestaltung der Haftung bei der wirtschaftlichen Neugründung im Falle der Verletzung der Offenlegungspflicht ist folgerichtig bei getreuer Anwendung der Gründungsvorschriften, die originär die rechtliche

Erstgründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung regeln, und der entsprechenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Denn bei der Erstgründung der Gesellschaft haften hiernach die Gesellschafter – dann noch als Gesellschafter der vor der Eintragung in das Handelsregister bestehenden Vor-GmbH – für die Gesellschaftsverbindlichkeiten unbeschränkt, und zwar in Form einer bis zur Eintragung der Gesellschaft andauernden Verlustdeckungshaftung und einer an die Eintragung geknüpften Unterbilanzhaftung. Sofern es zur Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister kommt und der Gesellschaft durch die vorausgegangene Aufnahme der Geschäftstätigkeit bereits Verbindlichkeiten entstanden sind, haften die Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen für die Differenz, die sich durch die Verbindlichkeiten zwischen dem Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens im Zeitpunkt der Eintragung ergibt (*Unterbilanzhaftung*). Sofern die Eintragung der GmbH unterbleibt, stehen die Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen für die durch das Gesellschaftsvermögen nicht gedeckten Verluste ein (*Verlustdeckungshaftung*).

b) Diesem weitgehenden Haftungsmodell erteilte der Bundesgerichtshof mit seiner Entscheidung vom 06. März. 2012 eine deutliche Absage. Für den Fall, dass die wirtschaftliche Neugründung nicht gegenüber dem Registergericht offengelegt wurde, beschränkt der Bundesgerichtshof die Haftung der Gesellschafter nunmehr auf den Umfang der Unterbilanz zu dem Zeitpunkt, in dem die wirtschaftliche Neugründung nach außen in Erscheinung tritt. Zur Bestimmung dieses Zeitpunkts ist entweder auf die Anmeldung etwaiger mit der wirtschaftlichen Neugründung einhergehenden Satzungsänderungen oder auf die Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit abzustellen. Eine zeitlich unbeschränkte Verlustdeckungshaftung, wie sie bei der Erstgründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung möglich ist, ist damit bei der wirtschaftlichen Neugründung zukünftig ausgeschlossen.

Zur Begründung dieser zeitlichen Haftungsbeschränkung verweist der Bundesgerichtshof zutreffend darauf hin, dass das originär auf den besonderen Fall der rechtlichen Erstgründung entwickelte Haftungsmodell nicht ohne Weiteres und uneingeschränkt auf den Fall der wirtschaftlichen Neugründung anwendbar ist, da zwischen Erstgründung und wirtschaftlicher Neugründung gravierende Unterschiede bestehen, die eine Anpassung der Haftung erfordern und rechtfertigen. So ist nämlich hinsichtlich der Haftung eines Gesellschafters einer wirtschaftlich neu gegründeten Gesellschaft zu berücksichtigen, dass im Unterschied zur rechtlichen Erstgründung im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung die betroffene Gesellschaft bereits im Handelsregister eingetragen ist und als von ihren Gesellschaftern zu trennender Rechtsträger existiert, für den grundsätzlich eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen nach § 13 Abs. 2 GmbHG besteht. Die erforderliche Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Handelsregister kann nicht mit der die rechtliche Existenz der Gesellschaft und ihre Haftungsbeschränkung erst bewirkenden Ersteintragung in das Handelsregister gleichgesetzt werden.

c) Dabei hält der Bundesgerichtshof selbst unter dem Aspekt, dass eine zeitliche und der Höhe nach unbeschränkte Verlustdeckungshaftung die Gesellschafter disziplinieren könnte, andernfalls die Gesellschafter die Pflicht zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung beinahe bedenkenlos ignorieren könnten, eine weitergehende Haftung der Gesellschafter nicht für erforderlich. Eine Besserstellung von Gläubigern der Gesellschaft im Vergleich zu der Situation bei ordnungsgemäßer Offenlegung sei gerade nicht gerechtfertigt.

## Schluss

Der Bundesgerichtshof hat mit seiner Entscheidung vom 06. März 2012 begrüßenswerter Weise der durch seine bisherige Rechtsprechung begünstigten ausufernden Haftung von Gesellschaftern von Gesellschaften mit beschränkter Haftung Einhalt geboten und das von ihm konstruierte Haftungsmodell für den Fall der wirtschaftlichen Neugründung im Interesse eines Mehr an Rechtssicherheit angepasst und beschränkt. Da der Bundesgerichtshof aber grundsätzlich an der Anwendbarkeit der Gründungsvorschriften mitsamt des Haftungsinstituts der Unterbilanzhaftung auf wirtschaftlich neu gegründete Gesellschaften festhält, bleiben grundlegende Bedenken, die sich zum einen auf die Verfassungsmäßigkeit und zum anderen mit Blick auf andere Möglichkeiten zum Schutz von Gesellschaftsgläubigern – an dieser Stelle seien beispielhaft nur Ausschüttungsverbote und die Grundsätze zur Existenzvernichtungshaftung genannt – auf die Erforderlichkeit dieser Rechtsprechung beziehen, bestehen.

Dr. Werner Mielke,  
Dr. Mario Riechmann



## Treugeber-Anleger und Treuhand-Kommanditist in der neueren Rechtsprechung

(u. a. BGH v. 24. Juli 2012/ZIP 2012, 1706 ff.)

Treuhänderische Beteiligungen, insbesondere an Fondsgesellschaften, beschäftigen aktuell immer häufiger die Instanzgerichte, wie auch vermehrt den Bundesgerichtshof: Anleger beteiligen sich in diesen Fällen über einen Treuhänder an einer Gesellschaft, die in der Regel die Rechtsform einer Kommanditgesellschaft oder einer offenen Handelsgesellschaft hat. Zweck und Nutzen des Treuhandmodells werden heute in der Literatur teilweise bestritten. Es erfreut sich allerdings sowohl auf Seiten der Fondsgesellschaften als auch der Anleger großer Beliebtheit, da es zunächst wesentliche Vereinfachungen mit sich bringt: So wird oftmals eine notarielle Beurkundung des Beitrittsvertrags zur Gesellschaft verzichtbar sein, wie auch auf die Eintragung der einzelnen Anleger ins Handelsregister verzichtet werden kann. Damit verbunden ist für Anleger auch der möglichst diskrete Erwerb einer Vermögensanlage, ohne dass er anhand eines öffentlichen Registereintrags nachzuvollziehen wäre. Doch obwohl diese Art der Beteiligung interessante Vorteile zu haben scheint, ergeben sich spätestens bei wirtschaftlichen Problemen der Fondsgesellschaft auch gravierende Probleme für die Anleger.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Anleger, die sich treuhänderisch an Publikumspersonengesellschaft beteiligen und damit formal nicht Gesellschafter sind, dennoch als solche zu behandeln. Ihnen erwachsen also gleichermaßen Nachteile, wie den eigentlichen Gesellschaftern, d.h. als wären sie direkt an der Gesellschaft beteiligt. Darüber hinaus wird ihnen die Aufrechnung mit Ansprüchen gegen den Treuhänder nicht zugestanden, was besonders in der Insolvenz der Fondsgesellschaft zu einem Totalverlust der Kapitalanlage führt.

### 1. Aktuelle Entscheidung des BGH

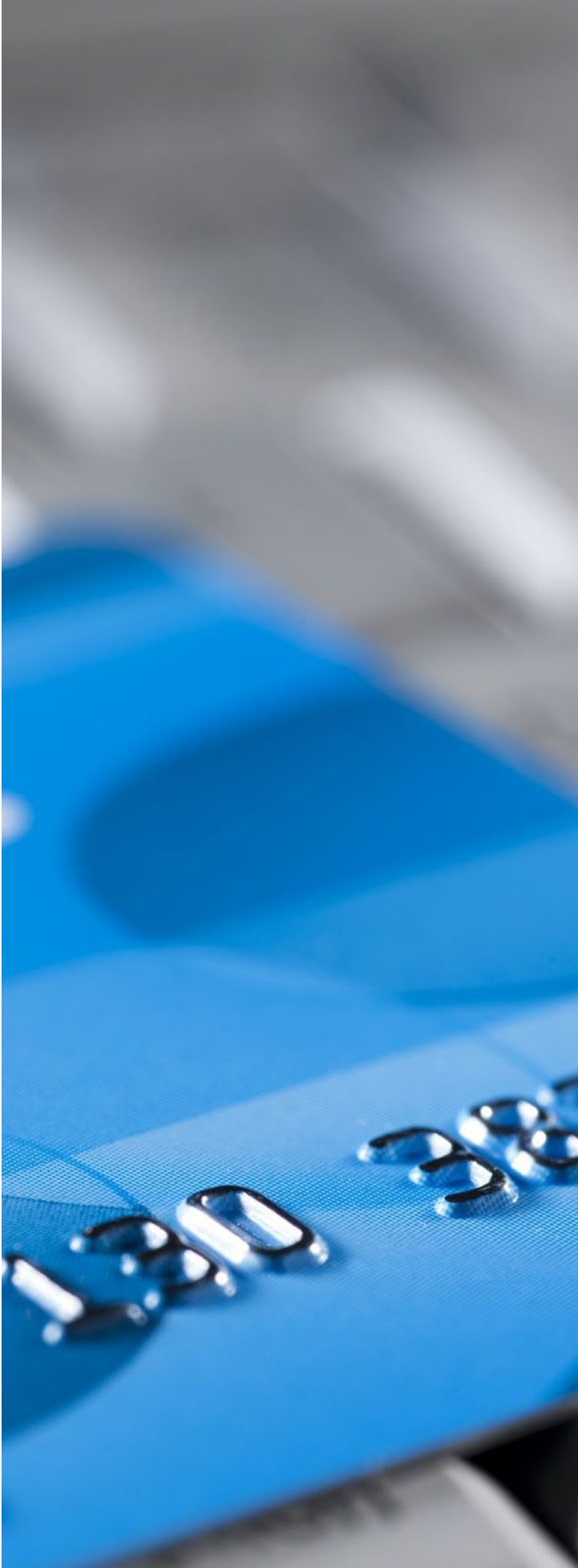
Der BGH hat in seiner aktuellen Entscheidung (Urt. v. 24. Juli 2012 – II ZR 297/11) entschieden, dass Anleger, die sich treuhänderisch an einer Fondsgesellschaft beteiligen, nicht mit Schadensersatzansprüchen gegen die Treuhandgesellschaft aufrechnen können, um der Inanspruchnahme durch Gesellschaftsgläubiger zu entgehen.

#### a) Leitsatz

*In einer Publikumspersonengesellschaft, an der sich die Anleger im Rahmen eines Treuhandverhältnisses beteiligen können, welches so ausgestattet ist, dass die Treugeber im Innenverhältnis wie – unmittelbare – Gesellschafter gestellt werden, können sie gegen den in einen Zahlungsanspruch übergegangenen Anspruch des Treuhandgesellschafters auf Freistellung von der Inanspruchnahme durch Gesellschaftsgläubiger nicht mit Schadensersatzansprüchen aus Prospekthaftung aufrechnen, die ihnen gegen den Treuhandgesellschafter zustehen.*

#### b) Sachverhalt

Die Klägerin ist persönlich haftende Gesellschafterin eines geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft. Sie hält als Treuhänderin unter anderem die Beteiligungen der Beklagten zu 1 und 2, von denen sie die anteilige Befreiung von Darlehensverbindlichkeiten verlangt, die gegenüber den Gläubigern der Fondsgesellschaft bestehen. Im Treuhandvertrag ist bestimmt, dass der Treuhänder zwar im eigenen Namen Gesellschafter wird, die Gesellschaftseinlage allerdings dem Treugeber gebührt. Die vom Treuhänder für Rechnung und im Interesse des Treugebers eingegangenen gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten, auch etwaige Nachschusspflichten, sollten im Innenverhältnis ausschließlich den Treugeber treffen. In den Beitrittserklärungen der Beklagten zur Fondsgesellschaft ist vereinbart, dass die geschäftsführende und vertretungs-



berechtigte Gesellschafterin verpflichtet ist, nur solche Verträge für die Gesellschaft mit Dritten abzuschließen, in denen ausdrücklich vereinbart wird, dass die übrigen Gesellschafter nur quotal entsprechend ihrer kapitalmäßigen Beteiligung an der Gesellschaft haften. Der Gesellschaftsvertrag sieht darüber hinaus vor, dass die Gesellschafter – mit Ausnahme der geschäftsführenden Gesellschafterin – im Innenverhältnis für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur quotal entsprechend ihrer kapitalmäßigen Beteiligung haften. Die Klägerin verlangte im Laufe wirtschaftlicher Schwierigkeiten der Fondsgesellschaft von den Beklagten die Freistellung von Forderungen der Gläubiger der Fondsgesellschaft. Diese hielten dem Begehren der Klägerin eigene Schadensersatzansprüche wegen verschiedener Prospektmängel entgegen.

### **c) Entscheidung**

Der zweite Zivilsenat spricht der Klägerin einen Anspruch auf Freistellung von den Ansprüchen der Gläubiger der Fondsgesellschaft gegen die Beklagten aus dem Treuhandvertrag in Verbindung mit §§ 675, 670 BGB zu. An der Aktivlegitimation der Klägerin ändere sich auch dadurch nichts, dass sie die Befreiungsansprüche zunächst an eine Gesellschaftsgläubigerin abgetreten habe und ihr diese danach rückabgetreten wurden. Die Rückabtretung beeinträchtigt keine schutzwürdigen Interessen des Schuldners und diene der Wahrnehmung der berechtigten Interessen der Klägerin und der Gesellschaftsgläubigerin. Als unerheblich erachtet und daher nicht entschieden hat der BGH die Frage, ob die Zahlungsansprüche der Gläubigerin sich nach Rückabtretung an die Klägerin wieder in Freistellungsansprüche gewandelt hätten: Jedenfalls sei der Befreiungsanspruch der Klägerin durch die ernsthafte und endgültige Verweigerung der Beklagten im Prozess gemäß §§ 280 Abs. 1, 3; 281 Abs. 1, 2; 250 BGB in einen Zahlungsanspruch umgewandelt.

Eine Aufrechnung der Beklagten mit etwaigen Schadensersatzansprüchen lehnt der BGH unter Verweis auf seine Rechtsprechung zu einem an den Insolvenzverwalter abgetretenen Freistellungsanspruch eines Treuhandkommanditisten konsequent ab. Dabei könne es auch offen bleiben, ob Schadensersatzansprüche wegen Aufklärungspflichtverletzungen überhaupt bestehen. Es handele sich bei dem Verhältnis von Gesellschaft und Treugebern um eine von gesellschaftsrechtlichen Bindungen überlagerte Treuhandbeziehung, im Rahmen derer die Beklagten in ihrer Beitrittserklärung erklärt haben, über die Verpflichtung zur Leistung ihrer Einlage hinaus mit ihrem sonstigen Vermögen gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft zu haften. Die Rechtsprechung sei auch auf die offene Handelsgesellschaft zu übertragen, die Haftung des Gesellschafters einer OHG sei mit der wiederaufgelebten Haftung des Kommanditisten vergleichbar. Tragender Grund für das Aufrechnungsverbot sei, dass Treugeber in Gesellschaften grundsätzlich nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt werden sollen, als unmittelbare Gesellschafter. Dies treffe auf beide Gesellschaftsformen gleichermaßen zu.

Eine Differenzierung zu Fällen, in denen der Insolvenzverwalter der Fondsgesellschaft die Ansprüche der Gläubiger geltend mache, sei ebenfalls nicht geboten, da es nicht angemessen erscheine, die Treugeber-Anleger nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens strenger haften zu lassen als davor.

#### **d) Praxisfolgen**

Die Entscheidung des BGH regelt die Rechtsfolgen einer Verwaltungstreuhand (sog. „unechte Treuhand“, bei der der Treuhänder zwar im eigenen Namen Gesellschafter wird, die Gesellschaftseinlage aber ausschließlich für Rechnung und im Interesse des Treugebers hält) nun auch für die Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft zu Lasten des Treugebers. Konsequenz ist es dabei, dem Treugeber-Anleger wirtschaftlich die gleiche Stellung einzu-

räumen, wie einem unmittelbar beteiligten Gesellschafter. Damit wird auch die Haftungssituation für Treuhänder im Rahmen der Verwaltungstreuhand erleichtert, die sich bislang damit auseinanderzusetzen hatten, wer für Verbindlichkeiten der jeweiligen Fondsgesellschaft haftet. Dies ist nun abschließend zu Gunsten der Treuhänder geklärt, deren ausschließlich verwaltender Funktion durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs Rechnung getragen wird.

#### **2. Ausblick**

Die Anleger sollen nach ständiger Rechtsprechung des BGH im Falle der Beteiligung an einer Fondsgesellschaft über eine Treuhänderin nicht besser oder schlechter stehen, als im Falle einer unmittelbaren Beteiligung als Gesellschafter (vgl. BGH, Urt. v. 22. März 2011 – II ZR 215/09, BeckRS 2011, 09691, Rz. 29). Sie tragen somit das volle Anlegerrisiko. Auch in Zukunft ist daher damit zu rechnen, dass Treugeber-Anleger von Treuhändern im Falle wirtschaftlicher Schwierigkeiten der Fondsgesellschaft die anteilige Freistellung von Gesellschaftsverbindlichkeiten verlangen werden. Anlegern ist daher zu raten, sich ausführlich mit den Vorzügen und eventuellen Nachteilen einer Treuhandbeteiligung an einer Fondsgesellschaft auseinanderzusetzen.

Dr. Yorick Ruland

## Zulässigkeit vorzeitiger Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft

### Einleitung

In der Aktiengesellschaft (AG) obliegt die Bestellung von Vorstandsmitgliedern dem Aufsichtsrat. Dabei kann der Aufsichtsrat Vorstandsmitglieder höchstens für einen Zeitraum von fünf Jahren bestellen (§ 84 Abs. 1 S. 1 AktG). Allerdings kann der Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied wiederholt bestellen oder die Amtszeit verlängern (§ 84 Abs. 1 S. 2 AktG). Dies bedarf eines erneuten Aufsichtsratsbeschlusses, der jedoch frühestens ein Jahr vor Ablauf der bisherigen Amtszeit gefasst werden kann (§ 84 Abs. 1 S. 3 AktG). Bisher war es umstritten und vom Bundesgerichtshof (BGH) nicht geklärt, ob die einvernehmliche Aufhebung der Bestellung zum Vorstandsmitglied verbunden mit der Wiederbestellung für fünf Jahre früher als ein Jahr vor Ablauf der ursprünglichen Amtszeit zulässig ist. Zum Teil wurde dies als unzulässige Umgehung der maßgeblichen gesetzlichen Vorschrift § 84 Abs. 1 S. 3 AktG gedeutet und entsprechende Beststellungsbeschlüsse als nichtig und damit unwirksam angesehen.

### Entscheidung des BGH

In einem aktuellen Urteil vom 17. Juli 2012 (NZG 2012, 1027) hatte der BGH nunmehr Gelegenheit zu diesem Problemkreis Stellung zu nehmen.

Nach Ansicht des BGH ist die Wiederbestellung eines Vorstandsmitgliedes für (höchstens) fünf Jahre nach der einvernehmlichen Amtsniederlegung früher als ein Jahr vor Ablauf der ursprünglichen Bestellsdauer grundsätzlich zulässig. Dies soll auch dann gelten, wenn für diese Vorgehensweise keine besonderen Gründe gegeben sind.

Im vom BGH entschiedenen Fall hatte der Aufsichtsrat mehr als zwei Jahre vor Ablauf der Amtsdauer des betroffenen Vorstandsmitgliedes einstimmig beschlossen, die

Bestellung zum Vorstandsmitglied einvernehmlich aufzuheben und ihn zugleich für die Dauer von fünf Jahren erneut zum Mitglied des Vorstands zu bestellen. Am selben Tag legte das betroffene Vorstandsmitglied sein Amt nieder. Nach Ansicht des BGH bestanden keine Bedenken, dass das betroffene Vorstandsmitglied erst nachträglich sein Amt niederlegte. Denn nach Ansicht des Gerichts war es nachträglich und in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Aufhebung der Bestellung einverstanden. Insoweit ist allerdings zu beachten, dass der vom Aufsichtsrat lediglich einseitig ausgesprochene Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich gewesen wäre (§ 84 Abs. 3 S. 1 AktG).

Auch sah der BGH keine unzulässige Umgehung des Verbotes der vorzeitigen Wiederbestellung als Vorstandsmitglied gem. § 84 Abs. 1 S. 3 AktG. So wird bisweilen auf Ziffer 5.1.2 des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) abgestellt, wonach diese Vorgehensweise nur bei Vorliegen besonderer Gründe unbedenklich ist. Nach Ansicht des BGH wird der Zweck der Vorschrift allerdings nicht durch die einvernehmliche Amtsniederlegung des Vorstandsmitgliedes vereitelt. So soll § 84 Abs. 1 S. 3 AktG sicherstellen, dass der Aufsichtsrat zumindest alle fünf Jahre einen Beschluss über die wiederholte Bestellung oder Verlängerung der Amtszeit des Vorstandsmitgliedes fasst. Dies sei jedoch bei der einvernehmlichen Aufhebung nebst erneuter Wiederbestellung gegeben. Zudem sei die von § 84 Abs. 1 S. 3 AktG bezweckte Bindungsfrist von fünf Jahren eingehalten und die Gesellschaft ausreichend vor wirtschaftlich untragbaren Belastungen geschützt. Bei einer vorzeitigen einvernehmlichen Aufhebung der Bestellung sei nämlich die Bindungsfrist für die Gesellschaft sogar kürzer, als es die gesetzliche Regelung als äußerste Grenze zulässt.

Abschließend stellte der BGH fest, dass keine rechtsmissbräuchlichen Motive im Hinblick auf die Beschlussfassung



vorlagen. Insbesondere führte der BGH als Argument an, dass der von zwei zerstrittenen Familienstämmen paritätisch besetzte Aufsichtsrat einstimmig entschied. Der Zweck der Vorgehensweise sei also nicht gewesen, die Hauptversammlung, welche zeitnah einen neuen Aufsichtsrat wählen sollte, vor vollendete Tatsachen zu stellen.

## Praxishinweis

Die Entscheidung des BGH stellt klar, dass auch ohne Vorliegen sachlicher Gründe die Wiederbestellung als Vorstandsmitglied nach einverständlicher Amtsniederlegung früher als ein Jahr vor Ablauf der ursprünglichen Bestelldauer grundsätzlich zulässig ist. Allerdings sollte stets darauf geachtet werden, dass die Amtsniederlegung einvernehmlich zwischen dem jeweils betroffenen Vorstandsmitglied und dem Aufsichtsrat erfolgt. Der Aufsichtsrat kann nämlich einseitig die Bestellung zum Vorstandsmitglied nur aus wichtigem Grunde widerrufen. Es empfiehlt sich daher die Teilnahme des betroffenen Vorstandsmitgliedes an der entsprechenden Aufsichtsratssitzung und eine Protokollierung über die einvernehmliche Aufhebung der Bestellung. Ferner ist für börsennotierte AGs zu beachten, dass nach dem für die Gesellschaften geltenden DCGK diese Vorgehensweise das Vorliegen besondere Gründe erfordert. Sollte ein solcher im Einzelfall nicht vorliegen, ist dies in der Erklärung zur Einhaltung des DCGK gem. § 161 Abs. 1 S. 1 AktG anzugeben und die Abweichung von Ziffer 5.1.2 des DCGK zu begründen.

Clemens Scholz-Remes,  
Dr. Martin Nentwig

Die Entscheidung des BGH stellt klar, dass auch ohne Vorliegen sachlicher Gründe die Wiederbestellung als Vorstandsmitglied nach einverständlicher Amtsniederlegung früher als ein Jahr vor Ablauf der ursprünglichen Bestelldauer grundsätzlich zulässig ist.

## Probleme der Schadensberechnung bei Organhaftungsansprüchen

### Einleitung

In den letzten Jahren hat die Geltendmachung von Organhaftungsansprüchen gegen Vorstandsmitglieder einer AG oder Geschäftsführer einer GmbH zunehmende Bedeutung erlangt. Dies betrifft die Inanspruchnahmen früherer Vorstandsmitglieder von Kreditinstituten (etwa der Fall Bayerische Landesbank), aber auch die Inanspruchnahme von Geschäftsleitern anderer Branchen.

### Allgemeine Beweislastverteilung

Bei der Geltendmachung von Organhaftungsansprüchen kommt der klagenden Gesellschaft (oder auch dem klagenden Insolvenzverwalter) die allgemeine Beweislastregel des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG zugute, die im GmbH-Recht entsprechend gilt. Danach muss die Gesellschaft zunächst nur eine mögliche Pflichtverletzung darlegen und beweisen. Das handelnde Vorstandsmitglied muss dann einen Entlastungsbeweis führen, etwa wenn es sich auf die sogenannte Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) beruft. Dabei wird ein Entlastungsbeweis oftmals nicht zu führen sein, insbesondere weil die Entscheidung, die sich später als nachteilig erweist, auf einer unzureichenden Informationsgrundlage erfolgt ist.

### Schadensberechnung bei komplexen unternehmerischen Entscheidungen

Hingegen muss die klagende Gesellschaft den Schaden und die Höhe des Schadens darlegen und beweisen. Ein solcher Schadensnachweis bereitet in komplexen unternehmerischen Entscheidungen oftmals Schwierigkeiten. Beispiele sind etwa ein nachteiliger Unternehmenskauf, -verkauf oder der Abschluss nachteiliger Rechtsgeschäfte.

Der Nachweis des Schadens aus einem nachteiligen Rechtsgeschäft ist z.B. dann problematisch, wenn nicht das Rechtsgeschäft an sich nachteilig ist, sondern die ungünstigen Konditionen (etwa bei Mietverträgen oder Finanzierungsverträgen). Ist die Gesellschaft auf den Abschluss derartiger Verträge angewiesen, werden in Anspruch genommene Organmitglieder oftmals einwenden, dass der Abschluss der Verträge zu diesen Konditionen „alternativlos“ gewesen sei, weil andere Abschlussmöglichkeiten nicht zur Verfügung gestanden hätten.

### Unzureichende Dokumentation

In solchen Fällen droht die kuriose Situation, dass gerade das Vorstandsmitglied besonders gute Verteidigungsmöglichkeiten hat, welches die notwendigen Alternativen gar nicht erst näher untersucht, sondern ohne jede Informationsgrundlage entscheidet. Denn in diesem Falle waren tatsächlich bestehende Handlungsalternativen nicht aufgeklärt und die klagende Gesellschaft muss dies mühsam nachholen und dann auch noch diese Handlungsalternativen im Rechtsstreit darlegen und beweisen. In solchen Fällen kann die Beweiserleichterung nach § 287 ZPO (gerichtliche Schadensschätzung) eingreifen, der auch für Kausalitätsprobleme gilt.

Flankierend ließe sich daran denken, dass nach Treu und Glauben ein Vorstandsmitglied bzw. ein Geschäftsführer sich nicht auf tatsächliche Unsicherheiten berufen kann, die es durch eigenes pflichtwidriges Verhalten selbst geschaffen hat. Inwieweit sich solche Gedanken in der Rechtsprechung durchsetzen, bleibt abzuwarten, da hierzu noch keine höchst- oder obergerichtliche Rechtsprechung vorliegt.

## Berücksichtigung von Folgewirkungen fehlerhafter Entscheidungen

Ein weiteres Problem ist, ob auch Folgewirkungen unternehmerischer Entscheidungen in die Schadensberechnung miteinzubeziehen sind. In diesem Zusammenhang heben Gerichte oftmals hervor, dass es im Rahmen der Schadensberechnung auf eine Gesamtvermögensbetrachtung ankommt. Demnach sind nicht nur die unmittelbaren Folgen eines nachteiligen Rechtsgeschäfts für die Schadensberechnung maßgeblich, sondern auch Folgewirkungen in Form einer hypothetischen Entwicklung des gesamten Geschäftsbetriebs der Gesellschaft bei rechtmäßigem Verhalten zu untersuchen.

Diese – materiell-rechtlich richtige – Betrachtungsweise führt mitunter zu prozessualen Schwierigkeiten, die den Effekt der gesetzlichen Beweislastverteilung in § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG teilweise wieder zunichte machen. Denn gerade hypothetische Unternehmensentwicklungen sind bei einer Jahre später erfolgenden Inanspruchnahme (bei börsennotierten Aktiengesellschaften gilt mittlerweile eine Verjährungsfrist von zehn Jahren ab Entstehung des Anspruchs) nur noch schwer mit letzter Sicherheit festzustellen. Hier hilft erneut nur eine gerichtliche Schadensschätzung nach § 287 ZPO, um bei einer festgestellten Pflichtverletzung auch zu einem hinreichenden Schadensersatz zu gelangen.

## Besonderheiten in der Insolvenz

Oftmals erfolgt eine Geltendmachung von Organhaftungsansprüchen durch den Insolvenzverwalter. Bei dem Abschluss nachteiliger Rechtsgeschäfte stellt sich oftmals das Problem, dass der Schaden in einer Verbindlichkeit gegenüber dritten Personen besteht. Diese Verbindlichkeiten werden als Insolvenzforderungen typischerweise nur in Höhe der Insolvenzquote bedient.

Gleichwohl hat die Gesellschaft auch in der Insolvenz Anspruch auf den vollen Nominalbetrag. In der Rechtsprechung ist für den Freistellungsanspruch anerkannt, dass die Belastung mit einer Verbindlichkeit einen ersatzfähigen Schaden in voller Höhe des Nominalbetrages darstellt, auch wenn über das Vermögen des Geschädigten das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist und diese Verbindlichkeiten nur mit der Quote befriedigt. Demgemäß wandelt sich der Freistellungsanspruch in der Insolvenz des Gläubigers in einen Zahlungsanspruch in voller Höhe der Forderung des Dritten um. Es ist ohne Bedeutung, dass der Gläubiger durch die Insolvenz diese Verbindlichkeit nur noch mit der Quote bedient.

## Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Schadensberechnung bei Organhaftungsansprüchen im Rechtsstreit zu erheblichen Problemen führen kann, die im Vorfeld berücksichtigt werden müssen. Oftmals ergibt sich die Notwendigkeit, dass die klagende Gesellschaft im laufenden Rechtsstreit auf die Rechtsauffassung des Gerichts reagiert und den Vortrag zum Schaden nachträglich substantiiert. Zudem greifen oftmals Beweiserleichterungen nach § 287 ZPO ein. Solche Beweiserleichterungen sind vor allem dann geboten, wenn Unsicherheiten durch pflichtwidriges Handeln des in Anspruch genommenen Organmitglieds verursacht wurden.

Dr. Klaus Felke

## Delisting und Downgrading im Lichte der Entscheidung des BVerfG vom 11. Juli 2012 – Handlungsempfehlungen für die Praxis

In Bezug auf das reguläre Delisting (vollständiger Rückzug von der Börse) und für das Downgrading (Wechsel aus dem regulierten Markt in ein Qualitätssegment des Freiverkehrs einer deutschen Wertpapierbörse) gab es in jüngster Zeit einige bemerkenswerte gerichtliche Entscheidungen. Das Bundesverfassungsgericht („BVerfG“) hat in seinem Delisting-Urteil vom 11.07.2012 die Begründung der bislang grundlegenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs („BGH“) zum Delisting aus verfassungsrechtlichen Erwägungen zurückgewiesen. Abweichend von der Ansicht des BGHs sieht das BVerfG die Verkehrsfähigkeit einer Aktie als bloße Ertrags- und Handelschance an, die nicht dem verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz des Art. 14 GG unterfällt. Im Folgenden werden die Auswirkungen der Entscheidung des BVerfG auf das Delisting und das Downgrading erörtert.

### Einführung

#### Die „Macrotron“-Rechtsprechung des BGH

Nach dem bislang grundlegenden „Macrotron“-Urteil des BGH (BGHZ 153, 47) aus dem Jahre 2002 erfordert ein reguläres Delisting (i) einen Hauptversammlungsbeschluss, (ii) ein Abfindungsangebot an die Minderheitsaktionäre und (iii) die mögliche Überprüfung des Abfindungsangebots in einem Spruchverfahren. Diese Voraussetzungen hat der BGH aus einer Gesamtanalogie zu den §§ 305, 320b, 327b AktG und den §§ 29, 207 UmwG abgeleitet und dabei rechtsdogmatisch maßgeblich darauf abgestellt, dass ein Delisting die Verkehrsfähigkeit einer Aktie und damit das Eigentumsgrundrecht der Aktionäre (Art. 14 GG) beeinträchtigt.

Der BGH hat im „Macrotron“-Urteil zudem in einem obiter dictum ausgeführt, dass die infolge des Wegfalls der Notierung im regulierten Markt entstehenden vermögens-

rechtlichen Nachteile für die Minderheitsaktionäre auch nicht durch die Einbeziehung der Aktien in den Freiverkehr ausgeglichen werden könnten. Die entwickelten Delisting-Regeln wären daher grundsätzlich auch bei einem Downgrading zu beachten.

#### Abweichende instanzgerichtliche Entscheidungen zum Downgrading

Das OLG München und das Kammergericht in Berlin („KG“) sind von dieser pauschalen Betrachtung des BGH ausdrücklich abgewichen. Sie haben differenzierend entschieden, dass ein Downgrading aus dem regulierten Markt in das Qualitäts- und Transparenzsegment „m:access“ an der Börse München bzw. den „Entry Standard“ an der Frankfurter Wertpapierbörse in den konkreten Fällen weder ein Abfindungsangebot an die Minderheitsaktionäre noch eine vorherige Beschlussfassung der Hauptversammlung erfordert (OLG München, NZG 2008, 755; KG, NZG 2009, 752). Das OLG München und das KG stellen maßgeblich auf die weiterhin gegebene Liquidität der Aktie in den Qualitätssegmenten der jeweiligen Freiverkehre ab.

Entscheidende Faktoren für die Liquidität sind etwa die Anzahl der handelbaren Stücke, die Höhe des Streubesitzes, der Bekanntheitsgrad und die Branchenzugehörigkeit des Unternehmens, Unternehmensmeldungen und auch der Geschäftsgang. Das OLG München und das KG begründeten ihre Entscheidungen ferner mit den inzwischen veränderten tatsächlichen Rahmenbedingungen im Freiverkehr, namentlich der erhöhten Qualitäts- und Transparenzanforderungen der erst nach der „Macrotron“-Entscheidung im Freiverkehr eingerichteten Teilsegmente „m:access“ bzw. „Entry Standard“.

Mit einem Wechsel aus dem regulierten Markt in den allgemeinen Freiverkehr einer deutschen Wertpapierbörse



haben sich bislang – soweit ersichtlich – lediglich zwei Gerichte befasst. Sowohl das LG Köln (AG 2009, 835) als auch das OLG Frankfurt a.M. (AG 2012, 330) haben insoweit mangels erhöhter Transparenz- und Folgepflichten im allgemeinen Freiverkehr die Grundsätze der „Macrotron“-Entscheidung des BGH für anwendbar erklärt und jeweils einen Hauptversammlungsbeschluss sowie ein Abfindungsangebot für einen entsprechenden Segmentwechsel gefordert.

## Das Delisting-Urteil des BVerfG vom 11. Juli 2012

Der 1. Senat des BVerfG hat am 11.07.2012 in einem Urteil zwei Verfassungsbeschwerden entschieden, die sich beide auf die Rechtsfortbildung des BGH zum Delisting in seinem „Macrotron“-Urteil bezogen haben.

In der einen Verfassungsbeschwerde hat sich der Hauptaktionär gegen das Erfordernis eines Abfindungsangebots und der Überprüfung des Abfindungsangebots in einem Spruchverfahren gewendet, da es hierfür keine gesetzliche Regelung gebe und die erfolgte richterliche Rechtsfortbildung insoweit unzulässig sei (1 BvR 3142/07).

In der zweiten Verfassungsbeschwerde hat ein Minderheitsaktionär verlangt, dass auch das Downgrading in der Form eines Wechsels aus dem organisierten Markt in ein Qualitätssegment des Freiverkehrs stets (i) einen Hauptversammlungsbeschluss, (ii) ein Abfindungsangebot und (iii) die Überprüfbarkeit im Spruchverfahren als zwingende Voraussetzungen haben müsse (1 BvR 1569/08).

Das BVerfG hat beide Verfassungsbeschwerden abgewiesen und dabei klargestellt, dass weder das reguläre Delisting noch das Downgrading das Eigentumsrecht der Aktionäre (Art. 14 GG) berühre. Die gesteigerte Verkehrsfähigkeit von Aktien sei als bloße Ertrags- und Handelschance anzusehen, der für die Zuordnung des Aktieneigentums i.S.d. Art. 14 GG keine Bedeutung zukomme. Daher sei die „Macrotron“-Rechtsprechung mit der Verpflichtung zur Abgabe eines Abfindungsangebots und der Überprüfbarkeit im Spruchverfahren aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht geboten. Zugleich betont das BVerfG aber auch, dass die – ohne verfassungsrechtliche Notwendigkeit – vom BGH entwickelte richterliche Rechtsfortbildung zum Delisting nicht unzulässig und daher auch keinen Verstoß gegen die Gesetzesbindung der Judikative (Art. 20 Abs. 3 GG) darstelle.



## Auswirkungen für die Praxis und Handlungsempfehlungen

### Delisting

Durch das Urteil des BVerfG hat die wesentliche Argumentation der bislang grundlegenden „Macrotron“-Entscheidung des BGH zum Delisting keinen Bestand mehr. Da das BVerfG die erhöhte Verkehrsfähigkeit einer Aktie nicht dem verfassungsrechtlichen Schutz der Eigentumsgarantie unterstellt, ist es unklar, ob der BGH weiterhin an seiner „Macrotron“-Rechtsprechung festhalten wird und, sollte er daran festhalten, wie diese dann begründet wird. Nimmt man die Begründungsansätze des BVerfG ernst, dass ein Delisting Minderheitsaktionäre nicht in rechtlich erheblicher Weise in ihrer Rechtsposition beeinträchtigt, spricht einiges dafür, die „Macrotron“-Grundsätze zu überdenken und ganz oder teilweise aufzugeben.

Allerdings hat der BGH noch wenige Monate vor dem BVerfG-Urteil das Erfordernis eines Abfindungsangebots beim Delisting ausdrücklich bestätigt (BGH, ZIP 2011, 1708 – „Kässbohrer“). Ferner könnte sich der BGH in Bezug auf eine Aufrechterhaltung seiner „Macrotron“-Grundsätze auf eine Wertentscheidung des Gesetzgebers stützen, der sich bei der Neufassung des § 29 Abs. 1 UmwG im Gesetzgebungsverfahren explizit auf die Rechtsfortbildung des BGH zum Delisting beruft.

Solange der BGH die von ihm im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung entwickelten Voraussetzungen eines Delistings nicht ausdrücklich aufgibt, kann aus Gründen der Rechtssicherheit nur empfohlen werden, ein Delisting nicht ohne (i) einen Hauptversammlungsbeschluss und (ii) ein Abfindungsangebot durchzuführen.

### Downgrading

Ein Downgrading erfordert kein Abfindungsangebot an die Minderheitsaktionäre und folglich keine Überprüfbarkeit im Spruchverfahren. Unklar ist auch nach der Entscheidung des BVerfG lediglich noch, ob ein Downgrading zwingend der Zustimmung der Hauptversammlung bedarf. Mangels höchstrichterlicher Klärung der betreffenden Rechtsfrage durch den BGH ist die Rechtslage in Bezug auf das Erfordernis der Beschlussfassung der Hauptversammlung beim Downgrading noch nicht abschließend geklärt. Nach unserer Rechtsauffassung halten wir es für vertretbar, im Einklang mit den obergerichtlichen Entscheidungen des OLG München und des KG als Voraussetzung für ein Downgrading keinen Hauptversammlungsbeschluss als Voraussetzung für ein Downgrading vom organisierten Markt in ein Qualitätssegment eines Freiverkehrs zu fordern.

Sofern in der Hauptversammlung jedoch die erforderlichen Mehrheiten sichergestellt sein sollten, empfehlen wir angesichts der noch bestehenden – unseres Erachtens geringen – Rechtsunsicherheit, die Hauptversammlung über die Zustimmung zu einem Downgrading vor dessen Durchführung beschließen zu lassen.

Dr. Christian Becker,  
Lutz Pospiech

## Die geplante Reform der steuerlichen Organschaft

### 1. Einführung

Die ertragsteuerliche Organschaft ermöglicht es, in einem Konzern Gewinne einer Gesellschaft mit Verlusten einer anderen Gesellschaft zu verrechnen. Sie setzt gem. § 14 Körperschaftsteuergesetz eine Mehrheitsbeteiligung der herrschenden Gesellschaft (Organträger) und den Abschluss eines Gewinnabführungsvertrages zwischen dieser und der beherrschten Gesellschaft (Organgesellschaft) voraus.

Die Organgesellschaft muss Sitz und Geschäftsleitung in Deutschland haben. Der Organträger muss seine Geschäftsleitung im Inland haben. Dieses steuerliche Konzept steht nunmehr aus zwei Gründen auf dem Prüfstand: Erstens ist der nach deutschem Recht erforderliche doppelte Inlandsbezug der Organgesellschaft im Hinblick auf die Diskriminierungsverbote des Unions- und Abkommensrechts der Europäischen Union problematisch. Ein entsprechendes Vertragsverletzungsverfahren ist derzeit beim EuGH anhängig (Nr. 2008/4909). Zweitens sind der Abschluss und die Durchführung des Gewinnabführungsvertrages in der Praxis fehleranfällig, was zu dem unerfreulichen Ergebnis einer „verunglückten Organschaft“ mit negativen steuerlichen Effekten wie verdeckten Gewinnausschüttungen führen kann. Problematisch ist auch, dass für die Gewinnabführung auf das handelsrechtliche Ergebnis der beherrschten Gesellschaft abzustellen ist, das von der steuerlichen Gewinnermittlung abweicht. Vor diesem Hintergrund soll die derzeitige steuerliche Organschaft durch ein laufendes Gesetzgebungsverfahren verändert werden.

### 2. Angedachte Alternativlösungen

Im Vorfeld des aktuellen Gesetzesentwurfes wurden im Wesentlichen zwei unterschiedliche Grundkonzepte diskutiert: Ein Gruppenbeitragsmodell, welches auf einen Vorschlag des hessischen Finanzministeriums zurückging, sowie Zurechnungsmodelle, welche auf Vorschlägen des bayerischen Finanzministeriums und des Instituts für Finanzen und Steuern beruhten. Alle Vorschläge sahen vor, dass die Gruppenbesteuerung gemeinsam von der herrschenden und der beherrschten Gesellschaft beim Finanzamt beantragt werden muss.

Das Gruppenbeitragsmodell sollte konzerninterne Gruppenbeiträge mit tatsächlicher Gewinnübertragung ermöglichen. Ausreichend für die Begründung der Gruppenbesteuerung sollte die übereinstimmende Stellung eines Antrages beim Finanzamt durch die beteiligten Unternehmen sein. Zahlungen bzw. die Begründung entsprechender Forderungen an Gruppengesellschaften sollten bei der leistenden Gesellschaft aufwandswirksam als Betriebsausgaben berücksichtigungsfähig sein. Da solche Gewinnverlagerungen auch zwischen den einzelnen Gruppengesellschaften (und nicht nur zwischen Mutter und Tochter) möglich und zudem der Höhe nach frei bestimmbar sein sollten, bot das Modell eine hohe Flexibilität. Allerdings wurde teilweise eine sehr hohe Beteiligungsquote von 95 % des Kapitals und der Stimmrechte gefordert.

Nach den Zurechnungsmodellen sollte die Gruppenbesteuerung nach gemeinsamer Antragstellung von herrschendem Unternehmen und abhängiger Aktiengesellschaft bzw. GmbH möglich sein, sofern eine Mindestbeteiligung von 75 % bestand. Die Einkommenszurechnung sollte ohne tatsächlichen Kapitalfluss stattfinden; nach dem bayerischen Vorschlag etwa durch so genannte steuerliche Verrechnungskonten.

### 3. Beschluss des Bundestages vom 25. Oktober 2012

Der Bundestag hat am 25. Oktober 2012 bereits ein Gesetz zur Änderung der ertragsteuerlichen Organschaft verabschiedet (BT-Drucks. 17/11180), das keine grundlegende Umstellung im Sinne der Alternativmodelle vorsieht, sondern eine Weiterentwicklung des bisherigen Organschaftsmodells. Die Zustimmung des Bundesrates steht allerdings noch aus. Dieses Gesetz beinhaltet folgende Änderungen: Der doppelte Inlandsbezug wird aufgegeben, sodass nunmehr alle Kapitalgesellschaften mit Sitz im EU- oder EWR-Ausland als Organgesellschaften fungieren können sollen. Dies soll für alle noch nicht bestandskräftig veranlagten Fällen gelten (§ 34 Abs. 8 KStG).

Beim Organträger soll es nach der Neuregelung nicht mehr allein auf den Sitz der Geschäftsleitung ankommen. Vielmehr soll auch die Zuordnung von Beteiligungen inländischer Betriebsstätten des Organträgers möglich sein. Die erforderliche finanzielle Eingliederung kann somit auch durch die Beteiligung an einer Organgesellschaft durch eine Betriebsstätte des Organträgers während der gesamten Dauer der Organschaft gewährleistet sein. Um der Gefahr der Nichtbesteuerung zu begegnen, ist eine Betriebsstätte nach dem Gesetzentwurf erst dann anzuerkennen, wenn die ihr zuzurechnenden Einkünfte nach innerstaatlichem Steuerrecht und Abkommensrecht in Deutschland zu versteuern sind. Diese Neuregelung ist nach § 34 Abs. 1 KStG ab dem Veranlagungszeitraum 2012 anwendbar.

Des weiteren sind Erleichterungen für die Begründung und Durchführung des Gewinnabführungsvertrages vorgesehen. Bereits bestehende Gewinnabführungsverträge, die hinsichtlich der Verlustübernahmeverpflichtung keinen Verweis auf § 302 AktG enthalten, der den bisherigen gesetzlichen Anforderungen entspricht, stehen der steuerlichen Anerkennung der Organschaft

nicht entgegen, sofern die Verlustübernahme tatsächlich entsprechend § 302 AktG erfolgt und die Verlustübernahmeregelung bis zum 31. Dezember 2014 an die Neuregelung angepasst wird. Daher gilt es, Altverträge jedenfalls bis spätestens 31. Dezember 2014 anzupassen. Eine Anpassung des Gewinnabführungsvertrages ist hingegen nach § 34 Abs. 10b KStG nicht erforderlich, wenn die steuerliche Organschaft vor dem 01. Januar 2015 beendet wird.

Auch die Vertragsdurchführung soll erleichtert werden, da diese als wesentliche Voraussetzung für das Bestehen der Organschaft nach aktueller Rechtslage einige Risiken birgt. Auch wenn die Gewinnabführung auf einem handelsrechtlichen Jahresabschluss beruht, der fehlerhafte Bilanzansätze beinhaltet, soll der Gewinnabführungsvertrag nach der Gesetzesänderung als durchgeführt gelten, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind: (1) Der Jahresabschluss ist wirksam festgestellt, (2) seine Fehlerhaftigkeit hätte bei Erstellung unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht erkannt werden können (dies ist der Fall, sofern ein uneingeschränkter Bestätigungsvermerk nach § 322 Abs. 3 HGB zum Jahresabschluss, zu einem Konzernabschluss, in den der handelsrechtliche Jahresabschluss einbezogen worden ist, oder über die freiwillige Prüfung des Jahresabschlusses oder die Bescheinigung eines Steuerberaters oder Wirtschaftsprüfers über die Erstellung eines Jahresabschlusses mit umfassenden Beurteilungen vorliegt) und (3) der Fehler wird spätestens in dem nächsten nach dem Zeitpunkt des Bekanntwerdens des Fehlers aufzustellenden Jahresabschluss der Organgesellschaft und des Organträgers korrigiert und das Ergebnis entsprechend abgeführt oder ausgeglichen. Diese Regelung soll in allen noch nicht bestandskräftig veranlagten Fällen anzuwenden sein (§ 34 Abs. 7 KStG).





Eine weitere Änderung betrifft die Beschränkung der Verlustnutzung infolge der Aufgabe des doppelten Inlandsbezugs. Diese wird ausgeweitet, indem negative Einkünfte eines unbeschränkt steuerpflichtigen Organträgers oder einer unbeschränkt steuerpflichtigen Organgesellschaft unberücksichtigt bleiben, sofern sich deren satzungsmäßiger Sitz nicht im Inland befindet und sie in einem ausländischen Staat, der nicht EU-/EWR-Mitgliedstaat ist, im Rahmen der Besteuerung des Organträgers, der Organgesellschaft oder einer anderen Person berücksichtigt werden (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 KStG). Auch hier gilt die Anwendbarkeit für alle noch nicht bestandskräftig veranlagten Fälle.

Schlussendlich sieht das Gesetz die Einführung eines Feststellungsverfahrens vor, welches das dem Organträger zuzurechnende Einkommen der Organgesellschaft und damit zusammenhängende weitere Besteuerungsgrund-

lagen einheitlich gegenüber Organträger und Organgesellschaft feststellt. Genauso soll mit den von der Organgesellschaft geleisteten Steuern, welche auf die Steuer des Organträgers anzurechnen sind, verfahren werden. Da der Feststellungsbescheid die Funktion eines Grundlagenbescheids im Sinne des § 171 Nr. 10 AO hat, wäre die spätere Änderung einer bestandskräftigen Veranlagung des Organträgers gemäß § 175 Abs. 1 Nr. 1 AO möglich. Diese Regelung soll für Feststellungszeiträume nach dem 31. Dezember 2013 anwendbar sein.

#### 4. Ausblick

Obleich der Finanzausschuss des Bundestages eine völlige Abkehr von der steuerlichen Organschaft hin zu einem Gruppenbesteuerungsmodell favorisierte, entschied sich die Koalition für kleinere Veränderungen des bestehenden Systems. Mit der rechtlichen Anerkennung von Organschaften unter Beteiligung von EU/EWR-Unternehmen ist aber schon ein wichtiger Schritt getan. Ebenso sind die Erleichterungen hinsichtlich des Gewinnabführungsvertrages zu begrüßen, da sie zu größerer Rechtssicherheit hinsichtlich des Bestehens der Organschaft führen. Der Bundesrat hat dem Gesetz die Zustimmung Ende November verweigert. Es bleibt abzuwarten, ob die Bundesregierung oder der Bundestag nunmehr ein Vermittlungsverfahren einleiten und welchen Ausgang dieses nehmen wird.

Dr. Thomas Winkemann

## Inhaltsverzeichnis

- 2 Haftung der Gesellschafter einer GmbH im Falle der wirtschaftlichen Neugründung – Beschränkung durch neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
- 5 Treugeber-Anleger und Treuhand-Kommanditist in der neueren Rechtsprechung (u. a. BGH v. 24. Juli 2012/ZIP 2012, 1706 ff.)
- 8 Zulässigkeit vorzeitiger Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft
- 10 Probleme der Schadensberechnung bei Organhaftungsansprüchen
- 12 Delisting und Downgrading im Lichte der Entscheidung des BVerfG vom 11. Juli 2012 – Handlungsempfehlungen für die Praxis
- 15 Die geplante Reform der steuerlichen Organschaft

Dieser Newsletter wurde nach bestem Wissen und Gewissen, jedoch als generelle Leitlinie erstellt und kann nicht die Beratung im Einzelfall ersetzen. Eine Haftung kann daher nicht übernommen werden. Sollten Sie den Bezug dieses Newsletters nicht mehr wünschen, bitten wir um entsprechende Mitteilung per E-Mail an [klang@goerg.de](mailto:klang@goerg.de).

## Unsere Standorte

**GÖRG** Partnerschaft von Rechtsanwälten

### BERLIN

Klingelhöferstraße 5, 10785 Berlin  
Tel +49 30 884503-0, Fax +49 30 882715-0

### ESSEN

Alfredstraße 220, 45131 Essen  
Tel +49 201 38444-0, Fax +49 201 38444-20

### FRANKFURT AM MAIN

Neue Mainzer Straße 69 – 75, 60311 Frankfurt am Main  
Tel +49 69 170000-17, Fax +49 69 170000-27

### HAMBURG

Dammtorstraße 12, 20354 Hamburg  
Tel +49 40 500360-0, Fax +49 40 500360-99

### KÖLN

Kennedyplatz 2, 50679 Köln  
Tel +49 221 33660-0, Fax +49 221 33660-80

### MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, 80538 München  
Tel +49 89 3090667-0, Fax +49 89 3090667-90