

**SCHRIFTEN ZUM
WIRTSCHAFTS- UND
MEDIENRECHT,
STEUERRECHT UND
ZIVILPROZESSRECHT**

Herausgegeben von Jürgen Costede
und Gerald Spindler

Band 51

Thomas Müller

**Rechtsnatur
und Wirkung
so genannter
„atypischer
Beherrschungs-
verträge“**



PETER LANG Internationaler Verlag der Wissenschaften

Rechtsnatur und Wirkung so genannter
„atypischer Beherrschungsverträge“

SCHRIFTEN ZUM WIRTSCHAFTS- UND MEDIENRECHT, STEUERRECHT UND ZIVILPROZESSRECHT

Herausgegeben von Jürgen Costede
und Gerald Spindler

Band 51



PETER LANG

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Thomas Müller

**Rechtsnatur
und Wirkung
so genannter
„atypischer
Beherrschungs-
verträge“**



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 2011

D 7

ISSN 1614-2071

ISBN 978-3-653-01580-5 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-01580-5

ISBN 978-3-631-62280-3 (Print)

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2012

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Für Katja

Vorwort

Die vorliegende Arbeit hat der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen im Wintersemester 2009/2010 als Dissertation vorgelegen. Einzelne neuere Publikationen konnten bei der Drucklegung noch berücksichtigt werden.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Gerald Spindler, danke ich an dieser Stelle sehr herzlich für die Betreuung und Begutachtung der vorliegenden Arbeit, ebenso Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Jürgen Costede für seine Bereitschaft, das Zweitgutachten zu erstellen.

Göttingen, im November 2011

Thomas Müller

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
A. Gegenstand der Untersuchung.....	14
B. Gang der Untersuchung	16
 ERSTER TEIL: Der Beherrschungsvertrag	
i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG – Inhaltsanforderungen und rechtliche Qualifizierung besonderer Vertragsgestaltungen	19
A. Unterstellen der Leitung, § 291 I S. 1, 1. Alt AktG	19
I. Leitung i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG	19
II. Unterstellen i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG	21
1. Rechtliche Qualifizierung so genannter „Teilbeherrschungsverträge“ ..	23
a) Beherrschungsvertrag beschränkt auf einzelne Leitungsfunktionen? ..	23
aa) Möglichkeiten und Grenzen privatautonomer Gestaltung	26
bb) Begrenzung des Weisungsrechts auf einzelne Leitungsfunktionen	28
b) Beherrschungsvertrag beschränkt auf einzelne Betriebe?	30
B. Weisungsrecht, § 308 I AktG	32
I. Beherrschungsvertrag ohne Weisungsrecht?	33
II. Zulässigkeit alternativer Einwirkungsmöglichkeiten?	35
1. Einflussnahme über Zustimmungsvorbehalte, Vetorechte	36
2. Einflussnahme kraft genereller Bevollmächtigung	40
3. Einflussnahme über Vorstandsdoublemandate	42
III. Konkretisierung des Weisungsgegenstandes	43
1. Weisungsrecht hinsichtlich der Leitung, § 308 I S. 1 AktG	43
2. Nachteilige Weisungen, § 308 I S. 2 AktG.....	47
IV. Notwendigkeit vertraglicher Festlegung des Weisungsumfangs?.....	47
C. Zusätzliche Inhaltsanforderungen an einen Beherrschungsvertrag.....	49
I. Notwendigkeit der Vereinbarung einer Existenzsicherung im Beherrschungsvertrag zugunsten der abhängigen Gesellschaft?	49
1. Existenzsicherung bei Bestehen des Beherrschungsvertrages	50
2. Existenzsicherung nach Beendigung des Beherrschungsvertrages.....	53
3. Konsequenzen für die vertragliche Ausgestaltung	55
II. Ausgleichs- und Abfindungsregelungen, §§ 304, 305 AktG	57
1. Ausgleichsverpflichtung, § 304 I S. 2 AktG	57
2. Abfindungsverpflichtung, § 305 I AktG.....	57
3. §§ 304, 305 AktG, SpruchG analog bei so genannten „atypischen“ bzw. „verdeckten“ Beherrschungsverträgen?	58

III. Förmliche Bezeichnung der Vertragsart?	60
1. Bezeichnung als Beherrschungsvertrag in der Vertragsurkunde?	61
2. Eintragung im Handelsregister als Beherrschungsvertrag?	63
IV. Festsetzung der Beteiligungsquote der Konzernspitze?	65
V. Vereinbarung deutschen Rechts und deutschen Gerichtsstandes?	67
D. Zusammenfassung	68

ZWEITER TEIL: Abgrenzung des Beherrschungsvertrages von Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträgen sowie

Betriebsführungsverträge	71
A. Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträge	71
I. Wesensmerkmale der Betriebsüberlassung i.S.d. § 292 I Nr. 3 AktG	71
1. Betriebspachtvertrag, § 292 I Nr. 3, 1. Alt AktG	71
2. Betriebsüberlassungsvertrag, § 292 I Nr. 3, 2. Alt AktG	72
II. Gemeinsamkeiten zum Beherrschungsvertrag	72
III. Unterschiede zum Beherrschungsvertrag	73
1. Rechtsnatur	74
a) Rechtsnatur des Beherrschungsvertrages	74
b) Rechtsnatur der Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträge	76
c) Sachdienlichkeit der Rechtsnatur als Unterscheidungsmerkmal	79
2. Betriebsüberlassung nur gegen angemessene Gegenleistung	80
a) Entgelterfordernis für Betriebspacht-, Betriebsüberlassungsverträge	80
b) Sachdienlichkeit des Austauschkriteriums als Unterscheidungsmerkmal	82
c) Sicherung angemessener Gegenleistung	86
aa) Ausgleichspflicht, § 302 II AktG	89
bb) Ausgleich/Schadensersatz gemäß §§ 311, 317 AktG	90
IV. Rechtliche Qualifizierung atypischer Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträge	95
1. Lösungsvorschlag: (Um-) Qualifizierung als Beherrschungsvertrag	96
a) Voraussetzungen	97
aa) Kriterien nach Koppensteiner	97
(1) Durchsetzung einheitlicher Leitung i.S.d. § 18 I S. 2 AktG	97
(2) Steuerbarkeit der Veranlassung i.S.d. § 311 AktG	98
(3) Kompetenzverteilung	98
bb) Kriterien nach Oesterreich	99
cc) Weitere Kriterien	101
(1) Einflussrechte im Hinblick auf die Entgeltverwendung	101
(2) Übertragung von Beteiligungen der Eigentümergesellschaft	102

2. Lösungsvorschlag: Weitere Anwendung der Grundsätze des qualifiziert faktischen Konzerns	102
3. Bewertung der Lösungsvorschläge	104
a) Materielle Voraussetzungen einer Qualifizierung als Beherrschungsvertrag i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG	105
b) Lösung bei Fehlen der beherrschungsvertraglichen Wirksamkeitsvoraussetzungen	109
aa) Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft	109
(1) Übertragung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf Beherrschungsverträge mit einer AG nur unter Einschränkungen.....	110
(2) Übertragung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf Beherrschungsverträge mit einer AG weitgehend ohne Einschränkungen	114
(3) Keine Übertragung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf Beherrschungsverträge mit einer AG.....	115
(4) Stellungnahme	116
bb) Keine Anwendung der Grundsätze des qualifiziert faktischen Konzerns im Anwendungsbereich der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft	125
c) Lösung jenseits des Anwendungsbereichs der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft.....	127
aa) Aufrechterhaltung der Grundsätze des qualifiziert faktischen Konzerns im Aktienkonzernrecht?	130
bb) Rückgriff auf die Treuepflicht	137
B. Betriebsführungsverträge	140
I. Wesensmerkmale und rechtliche Einordnung.....	140
II. Rechtliche Qualifizierung atypischer Betriebsführungsverträge als Beherrschungsvertrag?	144
C. Zusammenfassung	148

DRITTER TEIL: Abgrenzung des Beherrschungsvertrages

von sonstigen Verträgen der Wirtschaftspraxis	153
A. Problemfälle	153
I. Stille Gesellschaftsverträge	153
1. Rechtliche Qualifizierung atypischer stiller Gesellschaftsverträge als Beherrschungsvertrag?	154
2. Stellungnahme	157
II. Vertragliche Austauschbeziehungen im Rahmen wirtschaftlicher Abhängigkeit	159
1. Rechtliche Qualifizierung als Beherrschungsvertrag?	161

a) Atypische Darlehensverträge	161
b) Cash-Management-Verträge	164
c) Dienstleistungsverhältnisse	171
d) Just-in-Time-Zulieferverträge	172
e) Franchiseverträge	176
f) Lizenzverträge	178
2. Rechtliche Qualifizierung als Unternehmensvertrag	
i.S.d. § 292 I Nr. 3 AktG?	180
B. Zusammenfassung	186
Wesentliche Ergebnisse	189
Literaturverzeichnis	191

Zu verwendeten Abkürzungen siehe:

Kirchner, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
6. Auflage, Berlin 2008

Einleitung

Das AktG unterscheidet fünf verschiedene Typen von Unternehmensverträgen, den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag i.S.d. § 291 I S. 1 AktG, letzterem gleichgestellt der Geschäftsführungsvertrag i.S.d. § 291 I S. 2 AktG, sowie die in § 292 I AktG genannten anderen Unternehmensverträge, den Gewinngemeinschafts-, Teilgewinnabführungs- und Betriebspacht- bzw. Betriebsüberlassungsvertrag.¹

Indes soll nur der Beherrschungsvertrag i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG dem herrschenden Unternehmen das Recht verschaffen, eine andere – im Regelfall bereits abhängige² – Gesellschaft seiner Leitung zu unterstellen und in Ausübung der Leitungsmacht auch zu nachteiligen Maßnahmen anzuweisen, gegebenenfalls ergänzt durch einen Gewinnabführungsvertrag, der die abhängige Gesellschaft darüber hinaus zur Abführung ihres gesamten Gewinns an das herrschende Unternehmen verpflichtet.³ Der Gefahr, dass dabei unternehmerische Interessen des herrschenden Unternehmens hinsichtlich der Geschäftsführung und Gewinnverwendung ausgeübt werden, die denen der abhängigen Gesellschaft, deren Aktionäre und Gläubiger am Erhalt der Vermögensbasis entgegenstehen, ist der Gesetzgeber dadurch begegnet, dass er dem herrschenden Unternehmen in den §§ 300 ff. AktG besondere Sicherungspflichten gegenüber der abhängigen Gesellschaft und den ihr zuzuordnenden Personen auferlegt hat. Deren Regelungsziel ist es, die abhängige Gesellschaft, und ihre Gläubiger vor Aushöhlung des Gesellschaftsvermögens zu schützen und die bilanzmäßige Substanz der Gesellschaft sicherzustellen.⁴ Die außenstehenden Aktionäre wiederum haben die Wahl, entweder gesichert durch eine Dividendengarantie i.S.d. § 304 AktG in der abhängigen Gesellschaft zu bleiben oder gegen angemessene Abfindung i.S.d. § 305 AktG aus ihr auszuschneiden.⁵

Auf die anderen Unternehmensverträge i.S.d. § 292 AktG hingegen finden die genannten Sicherungsmechanismen, abgesehen von den in §§ 300 Nr. 2,

1 siehe Überblick bei Möhring, NJW 1967, S. 3 ff.

2 Dementsprechend werden die Vertragsparteien im Folgenden unabhängig vom Vertragsschluss als herrschendes Unternehmen einerseits und abhängige Gesellschaft andererseits bezeichnet, wenngleich der sich verpflichtende Vertragsteil nicht zwingend schon vor Abschluss des Beherrschungsvertrages in Abhängigkeit i.S.d. § 17 AktG oder Mehrheitsbesitz des Vertragspartners i.S.d. § 16 AktG gestanden haben muss – vgl. Hüffer, § 291 Rn. 5

3 Begr. RegE bei Kropff, S. 374

4 Begr. RegE bei Kropff, S. 375, 388

5 Begr. RegE bei Kropff, S. 375

301, 302 II AktG vorgesehenen Ausnahmen, keine Anwendung.⁶ Anders als die Unternehmensverträge i.S.d. § 291 AktG hat der Gesetzgeber die Unternehmensverträge i.S.d. § 292 AktG als schuldrechtliche Verträge mit Austausch von Leistung und Gegenleistung konzipiert.⁷ Die Interessen außenstehender Aktionäre und Gläubiger waren entsprechend der für den gesetzlichen Normalfall entwickelten Konzeption des Gesetzgebers durch den Austausch von Leistung und angemessener Gegenleistung nicht in Gefahr, weshalb vergleichbare Sicherungsvorkehrungen nicht als erforderlich erachtet wurden.⁸

A. Gegenstand der Untersuchung

Die gesetzliche Unterscheidung der sich aus der jeweiligen Art eines Unternehmensvertrages ergebenden Rechte und Pflichten bedingt die Bestimmung der jeweils einschlägigen Vertragsart.⁹ Dies kann sich im Einzelfall durchaus als problematisch erweisen, insbesondere dann, wenn die Vertragsparteien Vertragsgestaltungen wählen, die sich in das Normengefüge der §§ 291 ff. AktG nicht ohne Weiteres einordnen lassen.

Im Mittelpunkt der vorliegenden Untersuchung steht die Frage der rechtlichen Qualifizierung so genannter „atypischer Beherrschungsverträge“, wobei unter dieser Bezeichnung ganz unterschiedliche Fragestellungen problematisiert werden:

Teilweise findet die genannte Bezeichnung für Vertragsgestaltungen Verwendung, deren Einordnung als Beherrschungsvertrag i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG insofern in Frage steht, als deren Inhalt nach dem herrschenden Unternehmen nicht die Leitung der Gesellschaft als solche, sondern nur einzelne Leitungsbereiche oder einzelne Betriebe der abhängigen Gesellschaft unterstellt¹⁰ oder dem herrschenden Unternehmen anstelle des Weisungsrechts i.S.d. § 308 AktG nur bloße Zustimmung- oder Vetorechte hinsichtlich bestimmter Leistungsmaßnahmen des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft eingeräumt wer-

6 *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, § 292 Rn. 3; *Langenbucher* in *Schmidt/Lutter*, § 292 Rn. 1

7 *Begr. RegE* bei *Kropff*, S. 378; *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, § 292 Rn. 4

8 *Bälz*, FS *Raiser*, S. 287, 304; *Koppensteiner* in *KölnKomm*, Vor § 291 Rn. 8; *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, § 292 Rn. 4

9 siehe bereits *Geßler* in *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 291 Rn. 28

10 *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, § 291 Rn. 19 f.; *ders.*, FS *Hüffer*, S. 179, 180; *Langenbucher* in *Schmidt/Lutter*, 1. Auflage, § 291 Rn. 28 ff.; *Schürnbrand*, ZHR 169 (2005), S. 41, 45 f.; *Oehlschläger*, S. 168 ff.; *Ederle*, S. 79 f., 81, 84, 119; *Kienzle*, S. 20, 43

den¹¹ sowie schließlich für die Frage der Einordnung solcher Vertragsgestaltungen, die Eingriffsbefugnisse des herrschenden Unternehmens generell abbedingen.¹²

Zumeist findet die genannte Bezeichnung für besondere Gestaltungen anderer Unternehmensverträge, insbesondere von Betriebspacht- bzw. Betriebsüberlassungsverträgen sowie Betriebsführungsverträgen Verwendung, die zwar nicht in ihrem Äußeren, dafür jedoch in ihren Wirkungen einem Beherrschungsvertrag i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG nahestehen, wobei erwogen wird, einschlägige Vertragsgestaltungen unmittelbar oder durch Analogiebildung den für Beherrschungsverträge geltenden Regelungen zu unterstellen.¹³

Die Diskussion um die Abgrenzung des Beherrschungsvertrages zu wirkungsgleich gestalteten Verträgen erstreckt sich darüber hinaus auch auf andere Vertragsgestaltungen der Wirtschaftspraxis, insbesondere atypische stille Gesellschafts-, Darlehens- und Cash-Management-Verträge, Dienstleistungsverhältnisse und Just-in-Time-Zulieferverträge sowie Franchise- und Lizenzverträge, die, wenn sie Einflussmöglichkeiten hinsichtlich der Unternehmensleitung des anderen Vertragsteils vorsehen, einem Beherrschungsvertrag i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG durchaus nahestehen können.¹⁴

Die ebenfalls anzutreffenden Bezeichnungen einschlägiger Verträge als „verschleierte“¹⁵, „verdeckte“¹⁶, „getarnte“¹⁷, „faktische“¹⁸, „heimliche“¹⁹ oder

11 *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, § 291 Rn. 19, 24; *ders.*, FS Hüffer, S. 179, 180; *Veil* in *Spindler/Stilz*, § 291 Rn. 26 ff.; *Schürnbrand*, ZHR 169 (2005), S. 41 ff.; *Oehlschläger*, S. 170 ff.

12 *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, § 291 Rn. 19, 22; *ders.*, FS Hüffer, S. 179, 180; *Bayer* in *MünchKommAktG*, § 17 Rn. 67; *Schürnbrand*, ZHR 169 (2005), S. 38, 43 f.; *Geßler*, FS Beitzke, S. 924, 929 ff.; *Oehlschläger*, S. 170 ff.; *Ederle*, S. 79 ff., 118

13 *Hüffer*, § 291 Rn. 14, § 292 Rn. 24: Vermutung zugunsten eines Beherrschungsvertrages, ohne dass es dafür der besonderen Kategorie atypischer Beherrschungsverträge bedarf; *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, § 291 Rn. 24 b; § 292 Rn. 61 f.; *ders.* FS Hüffer, S. 179, 185; *Koppensteiner* in *KölnKomm*, § 291 Rn. 24; *Peres* in *Heidel*, § 291 Rn. 52; *Krieger* in *MünchHdb AG*, § 70 Rn. 12; *Schürnbrand*, ZHR 169 (2005), S. 35 ff., 57 ff.

14 siehe DRITTER TEIL

15 *Krieger* in *MünchHdb AG*, § 70 Rn. 12, § 72 Rn. 38; *Veil*, S. 36; *Oehlschläger*, S. 163 ff.

16 OLG München ZIP 2008, 1330 ff.; *Bayer* in *MünchKommAktG*, § 17 Rn. 68; *Liebscher* in *BeckHdb AG*, § 15 Rn. 113; *Raiser/Veil*, § 54 Rn. 126 ff.; differenzierend nunmehr *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, § 291 Rn. 19, 24 c; *ders.*, FS Hüffer, S. 179, 183; ihm folgend *Ederle*, S. 80; *Kienzle*, S. 19 f.

17 *Maser*, S. 70 f.

„konkludente“²⁰ Beherrschungsverträge meinen in der Sache nichts anderes. Gleiches gilt für die Bezeichnung als „Umgehungsproblem“²¹. Nur rückt letztere die häufig mit derartigen Vertragsgestaltungen verbundene Intention des herrschenden Unternehmens in den Vordergrund, die Leitung der abhängigen Gesellschaft i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG zu unterstellen, ohne sich den mit Abschluss eines Beherrschungsvertrages einhergehenden besonderen Sicherungspflichten gegenüber der abhängigen Gesellschaft, ihre außenstehenden Aktionäre und Gläubiger aussetzen zu wollen.

B. Gang der Untersuchung

Sofern einschlägige Vertragsgestaltungen die Anforderungen eines Beherrschungsvertrages i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG erfüllen, wäre die Bezeichnung als „atypische Beherrschungsverträge“ rechtlich gesehen unzutreffend und daher zu vermeiden.²² Problematischer hingegen wird es, sollten sich einschlägige Vertragsgestaltungen selbst unter extensiver Auslegung nicht mit dem inhaltlichen Anforderungsprofil eines Beherrschungsvertrages in Übereinstimmung bringen lassen, wenngleich sie in ihren Wirkungen einem Beherrschungsvertrag nahestehen. Die insofern zum Schutze der abhängigen Gesellschaft, deren Aktionäre und Gläubiger erwogene analoge Anwendung der beherrschungsvertraglichen Regelungen könnte sich angesichts der überwiegend vertretenen Annahme eines Numerus clausus der in §§ 291, 292 AktG erfassten Unternehmensverträge²³ von vornherein als nicht gangbar erweisen. Andererseits wird zu Recht darauf verwiesen, dass die Annahme eines Numerus clausus nicht dazu führen darf, lückenhafte und somit ergänzungsbedürftige Regelungen einfach zu akzep-

18 *Simon*, § 1 Rn. 52 ff.; siehe auch *Hirte/Schall*, Konzern 2006, S. 243 ff. zu „Tarnkonstruktionen“ sog. faktischer Beherrschungsverträge, die auf den ersten Blick als Kooperationsverträge (joint ventures) und Gesellschaftsvereinbarungen gefasst, bei genauerem Hinsehen auf die Unterwerfung einer Gesellschaft unter die Leitung einer anderen gerichtet sind

19 *Hirte/Schall*, Konzern 2006, S. 243 ff., 249

20 *Bayreuther*, S. 243 ff.; *Huber*, ZHR 152 (1988), S. 123, 136 ff.

21 *Oesterreich*, S. 14 ff.; *Altmeppen* in MünchKommAktG, § 292 Rn. 132 ff.

22 so auch *Altmeppen* in MünchKommAktG, § 291 Rn. 41; *Hüffner*, § 291 Rn. 14; vgl. auch noch *Langenbucher* in Schmidt/Lutter, 1. Auflage, § 291 Rn. 28: „Der terminologisch wenig glückliche Begriff des atypischen Beherrschungsvertrages ...“

23 *Altmeppen* in MünchKommAktG, § 291 Rn. 40; *Geßler* in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291 Rn. 15; *Godin/Wilhelmi*, Vor §§ 291-328 Anm. 14; *Würdinger* in Großkomm., § 291 Anm. 1; *Baumbach/Hueck*, § 291 Rn. 1; *Maser*, S. 15 f.; a.A.: *Bachmayr*, BB 1967, S. 135, 137; *Martens*, S. 26

tieren, was als unvereinbar mit den Gründen, die Analogie als Instrument der Rechtsfindung überhaupt anzuerkennen, angesehen wird.²⁴ So ziehen auch Vertreter eines Numerus clausus eine Einordnung einschlägiger Verträge als Unternehmensverträge i.S.d. §§ 291, 292 AktG in Betracht,²⁵ womit sich das Problem eines etwaigen Numerus clausus der Unternehmensverträge letztlich auf die Frage einer analogen Anwendung der §§ 291, 292 AktG reduziert.²⁶ Bezogen auf den vorliegenden Untersuchungsgegenstand ist mithin zu prüfen, ob ein Vertrag, der dem gesetzlichen Anforderungsprofil i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG nicht genügt, gleichwohl wegen seiner wirtschaftlichen oder organisatorischen Wirkungen analog den für Beherrschungsverträge geltenden Regelungen unterworfen werden kann. Andererseits sieht das Aktienrecht mit den §§ 311 ff., 317 AktG spezielle Regelungen für den Fall vor, dass kein Beherrschungsvertrag besteht, das herrschende Unternehmen jedoch seinen Einfluss gleichwohl dazu benutzt, die abhängige Gesellschaft zu veranlassen, nachteilige Maßnahmen zu treffen bzw. vorteilige Maßnahmen zu unterlassen. Die gesetzgeberische Unterscheidung zwischen Vertragskonzern und faktischen Konzern darf bei der Frage einer analogen Anwendung der §§ 302 ff. AktG nicht außer Betracht bleiben. So wird die Problematik „atypischer Beherrschungsverträge“ zu Recht auch als Abgrenzungsproblem zwischen Vertragskonzern und faktischen Konzern verstanden.²⁷

Ob einschlägige Verträge als Beherrschungsverträge i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG qualifiziert werden können, hängt im Wesentlichen davon ab, wie man den typischen Inhalt eines Beherrschungsvertrages versteht.²⁸ Mithin lässt sich die im Rahmen der vorliegenden Arbeit zu untersuchende Problematik so genannter „atypischer Beherrschungsverträge“ nicht auf die Darstellung einzelner Problemfälle und deren Lösungen beschränken, sondern bedingt zunächst eine inhaltliche Konkretisierung der beherrschungsvertraglichen Anforderungen. Diese ist Gegenstand des ersten Teils dieser Arbeit. Anknüpfend an die hierbei gewonnenen Erkenntnisse können sogleich die im Rahmen des ersten Problemkreises diskutierten Vertragsgestaltungen daraufhin überprüft werden, ob sie einer Qualifizierung als Beherrschungsvertrag zugänglich sind. Insofern wird entscheidend sein, ob und inwieweit man den Vertragsparteien Vertragsfreiheit hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung eines Beherrschungsvertrages zubilligt.

24 *Koppensteiner* in KölnKomm, Vor § 291 Rn. 162

25 *Altmeyen* in MünchKommAktG, § 291 Rn. 40; *Geßler* in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291 Rn. 15

26 zutreffend *Koppensteiner* in KölnKomm, Vor § 291 Rn. 162; *Emmerich* in Emmerich/Habersack, § 292 Rn. 7

27 *Hüffer*, § 291 Rn. 14

28 so bereits *Hüffer*, § 291 Rn. 14

Im zweiten Teil widmet sich die Arbeit der Abgrenzung des Beherrschungsvertrages von Betriebspacht- bzw. Betriebsüberlassungsverträgen sowie Betriebsführungsverträgen und dabei vor allem der im Rahmen des zweiten Problemkreises aufgeworfenen Frage der rechtlichen Qualifizierung wirkungsnah zum Beherrschungsvertrag gestalteter Verträgen.

Im dritten Teil schließlich soll die Frage der rechtlichen Qualifizierung der im dritten Problemkreis genannten Vertragsgestaltungen untersucht werden.

ERSTER TEIL: Der Beherrschungsvertrag i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG – Inhaltsanfor- derungen und rechtliche Qualifizierung besonderer Vertragsgestaltungen

A. Unterstellen der Leitung, § 291 I S. 1, 1. Alt AktG

Die Regelung des § 291 I S. 1, 1. Alt AktG definiert den Beherrschungsvertrag als einen Vertrag, durch den eine AG oder KGaA die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt.

I. Leitung i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG

Eine nähere inhaltliche Konkretisierung dessen, was dem herrschenden Unternehmen im Einzelnen zu unterstellen ist, um berechtigterweise von einem Beherrschungsvertrag sprechen zu können, lässt sich dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen. Indes besteht insoweit Einvernehmen, als unter dem Leitungsbegriff i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG dasselbe zu verstehen ist, wie unter dem Begriff der „Leitung“ i.S.d. § 76 I AktG.¹ Für eine inhaltliche Konkretisierung des Leitungsbegriffs und damit des Vertragsgegenstandes i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG ist diese Anknüpfung allerdings insofern problematisch, als hinsichtlich des Verständnisses des Leitungsbegriffs i.S.d. § 76 I AktG kein einheitliches Meinungsbild besteht. Die insofern zu verzeichnende Unschärfe wird auf das Verständnis des Leitungsbegriffs i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG übertragen. Dies betrifft insbesondere die Diskussion um das Verhältnis zur Geschäftsführung i.S.d. § 77 AktG, die noch nicht als beendet angesehen werden kann.² Während die herrschende Meinung Leitung i.S.d. § 76 I AktG als den herausgehobenen Teilbereich der Geschäftsführung begreift,³ gehen andere von der Identität

1 Begr. RegE bei Kropff, S. 403; Hüffer, § 291 Rn. 10; Koppensteiner in KölnKomm, § 291 Rn. 20; Emmerich in Emmerich/Habersack, § 291 Rn. 12; Veil in Spindler/Stilz, § 291 Rn. 11; Altmeppen in MünchKommAktG, § 291 Rn. 76; Geßler in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291 Rn. 41; Würdinger in Großkomm, § 291 Anm. 26; Ederle, S. 78, 92

2 so auch Fleischer in Spindler/Stilz, § 76 Rn. 12

3 OLG Schleswig WM 2008, 2253, 2256; Spindler in MünchKommAktG, § 76 Rn. 18; Emmerich in Emmerich/Habersack, § 291 Rn. 13; Hüffer, § 76 Rn. 7, § 291 Rn. 10;

von Leitung und Geschäftsführung aus.⁴ Nach einer dritten Meinung⁵ sei der Begriff der Leitung i.S.d. § 76 I AktG sogar weiter zu verstehen als der der Geschäftsführung.⁶

Ein Streitentscheid erweist sich jedoch als entbehrlich, begreift man die Regelung des § 291 I S. 1, 1. Alt AktG nach vorzugswürdiger Ansicht als Mindestvoraussetzung derart, dass die Annahme eines Beherrschungsvertrages dann in Betracht zu ziehen ist, wenn die abhängige Gesellschaft durch diesen – jedenfalls auch – hinsichtlich der zentralen Leitungsfunktionen, verstanden nach herrschender Ansicht als der herausgehobene Ausschnitt aus der Geschäftsführung, unterstellt wird.⁷ Worin sich der herausgehobene Teilbereich der Geschäftsführung letztlich definiert, ist damit allerdings noch nicht beantwortet. Einigkeit besteht insoweit, als die Antwort auf diese Frage nicht in der Bestimmung abschließender subsumtionsfähiger Kriterien gefunden werden kann.⁸ Die Vielzahl der Erscheinungsformen der Unternehmensleitung gebietet vielmehr eine an betriebswirtschaftlichen Erkenntnissen orientierte typologische Betrachtung mit der Maßgabe, dass diese auch die Aufgabenbereiche des Vorstandes umfassen muss, die kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung zum unverzichtbaren Kern der Vorstandsfunktionen zu zählen sind.⁹ So enthalten die gesetzlichen Regelungen der §§ 83, 90, 91, 92, 110, 118 II, 119 II, 170 I AktG als auch § 124 III S. 1 AktG selbst Aufgaben, die als solche der Leitungsfunktion des Vorstandes zuzuweisen sind.¹⁰ Im Übrigen ist der Leitungsbegriff unter Zugrundelegung der betriebswirtschaftlichen Typologie insoweit zu konkretisieren, mithin ein Beherrschungsvertrag i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG nur unter der Voraussetzung anzunehmen, dass die abhängige Gesellschaft dem herrschenden Unternehmen vor allem hinsichtlich der Unternehmensplanung, der Unternehmenskoordination und -kontrolle sowie der Besetzung der Führungsstellen unterstellt wird.¹¹

Kort in Großkomm, § 76 Rn. 29; *ders.*, NZG 2009, S. 364; Mertens in KölnKomm, § 76 Rn. 4; Fleischer, ZIP 2003, S. 1, 3; Veil, S. 70

4 Hefermehl in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 76 Rn. 10; Lippert, S. 27; Fabian, S. 138 f.

5 Meyer-Landrut in Großkomm, 3. Auflage, § 76 Anm. 2

6 Begr. RegE bei Kropff, S. 403

7 Emmerich in Emmerich/Habersack, § 291 Rn. 13 f.; Sina, AG 1991, S. 1

8 Hüffer, § 76 Rn. 8; Henze, BB 2000, S. 209, 210; Fleischer, ZIP 2003, S. 1, 5

9 Hüffer, § 76 Rn. 8; Fleischer ZIP 2003, S. 1, 5; Kort in Großkomm, § 76 Rn. 38

10 Fleischer, ZIP 2003, S. 1, 6; Kort in Großkomm, § 76 Rn. 35; Hüffer, § 76 Rn. 8

11 OLG Schleswig WM 2008, 2253, 2256; OLG München ZIP 2008, 1330, 1331; KG AG 2001, 186; Hüffer, § 76 Rn. 8, § 291 Rn. 10; Veil in Spindler/Stilz, § 291 Rn. 11; Emmerich in Emmerich/Habersack, § 291 Rn. 13; Kort in Großkomm, § 76 Rn. 36; *ders.*, NZG 2009, S. 364, 365; Mertens in KölnKomm, § 76 Rn. 5; Henze, BB 2000, S. 209, 210; Bachmann/Veil ZIP 1999, S. 348, 354; Kienzle, S. 47