

Studien zum
Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

210

Florian Großmann

Wirksamkeitsvoraussetzungen von Teilgewinnabführungsverträgen im Vertragskonzern der GmbH

Notwendigkeit einer Neubewertung
der „Supermarkt“-Grundsätze



Nomos

Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb

Prof. Dr. Mathias Habersack

Prof. Dr. Christoph Kumpan, LL.M. (Univ. of Chicago)

Prof. Dr. Adam Sagan, MJur (Oxon)

Begründet von

Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus J. Hopt

Prof. Dr. Manfred Lieb

Prof. Dr. Harm Peter Westermann

Band 210

Florian Großmann

Wirksamkeitsvoraussetzungen von Teilgewinnabführungsverträgen im Vertragskonzern der GmbH

Notwendigkeit einer Neubewertung
der „Supermarkt“-Grundsätze



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2022

ISBN 978-3-7560-0398-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-3650-3 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meiner Familie

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von Juni 2022.

Mein ganz besonderer Dank gilt zunächst meiner Doktormutter, *Professor Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb*, für ihre immerwährende Unterstützung und die zügige Korrektur. Ihre kritischen Anregungen haben sehr zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. *Professor Dr. Stefan Simon* danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Auch möchte ich mich bei den Herausgebern *Professor Dr. Mathias Habersack*, *Professor Dr. Christoph Kumpan, LL.M. (Univ. of Chicago)* und *Professor Dr. Adam Sagan, M.Jur. (Oxon)* für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht“ bedanken.

Neben den vielen Freunden, die mich auf dem Weg der Fertigstellung dieser Arbeit begleitet und unterstützt haben, gilt mein besonderer Dank insbesondere *Moritz Willems* und *Florian Egerndorfer*, die durch ihre kritische Durchsicht meines Manuskriptes maßgeblich zur Verbesserung dieser Arbeit beigetragen haben.

Mein größter Dank gilt meiner gesamten Familie, die stets Leitbild und Stütze für mich waren. Ohne eure bedingungslose Unterstützung in jeglicher Hinsicht hätte ich meine bisherige Ausbildung in dieser Form nicht durchschreiten können und sich diese Arbeit niemals realisieren lassen.

München, im September 2022

Florian Großmann

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil: Einleitung	25
§ 1 Ziel der Arbeit	25
§ 2 Gang der Untersuchung	28
§ 3 Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes	29
Zweiter Teil: Aufbau und Stellung des Vertragskonzernrechts	30
§ 4 Systematik des Konzernrechts	30
I. Gesetzliche Grundlagen im Überblick	30
1. Abhängigkeit als Ausgangspunkt des Konzerns	31
2. Formen der Unternehmensverbindung	32
a) Faktischer Konzern	33
aa) Einflussnahmemöglichkeiten des faktischen Konzerns	33
bb) Schutz im faktischen Konzern	34
b) Vertragskonzern	35
aa) Formen und Bedeutung der Unternehmensverträge	35
(1) Unternehmensverträge des § 291 AktG	36
(α) Beherrschungsvertrag, § 291 Abs. 1 S. 1 Var. 1 AktG	36
(β) Gewinnabführungsvertrag, § 291 Abs. 1 S. 1 Var. 2 AktG	38
(αα) Tatbestand der Gewinnabführung	38
(ββ) Rechtliche Auswirkungen des Gewinnabführungsvertrages	39
(γ) Bindung an die Kapitalerhaltung	40
(δ) Steuerliche Bedeutung der Unternehmensverträge des § 291 AktG	40
(2) Unternehmensverträge des § 292 AktG	42
(α) Gewinngemeinschaft, § 292 Abs. 1 Nr. 1 AktG	42
(β) Teilgewinnabführungsvertrag, § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG	43

(γ) Betriebspacht- und -überlassungsvertrag, § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG	44
bb) Schutzmechanismen des Vertragskonzernrechts	46
(1) Allgemeines Schutzsystem des Vertragskonzernrechts	46
(2) Spezielle Schutzvorschriften für den Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages	48
(α) Sicherung von Gesellschaft und Gläubigern	48
(β) Sicherung von außenstehenden Gesellschaftern	49
(γ) Zustimmung der Obergesellschaft	49
3. Die GmbH als abhängige Gesellschaft des Vertragskonzerns	50
a) Fehlende gesetzliche Regelung	50
b) Ausgestaltung durch Rechtsprechung und Literatur	51
II. Bedürfnis nach konzernrechtlichen Regelungen	53
1. Phänomen der Konzerngefahr	53
a) Trennungsprinzip als Fundamentalgrundsatz	54
aa) Handeln zum Wohle der Gesellschaft	54
bb) Schutzfunktion der Autonomie	56
b) Der Konzern als wirtschaftliche Realität	56
c) Konzernkonflikt	58
aa) Interessensdurchsetzung durch den Konzern	58
bb) Gefahren für die betroffenen Gruppierungen	60
cc) Ergebnis	62
2. Konzernoffenheit der Organisationsstrukturen	62
a) Die Aktiengesellschaft als Konzernbaustein	63
b) Die GmbH als Konzernbaustein	64
3. Zweck des Konzernrechts	65
a) Konzernrecht als Schutzrecht	65
b) Konzernrecht als Organisationsrecht	67
aa) Auswirkungen des Konzernrechts auf die Organzuständigkeiten	67
bb) Verhältnis zur Schutzfunktion	69

III. Vertragskonzernrecht als wirtschaftliche Fusion	71
1. Bedürfnis nach einem kodifizierten	
Vertragskonzernrecht	72
a) Bedürfnis nach kodifiziertem Minderheitenschutz	72
b) Privatautonome Entstehung des Vertragskonzerns	75
aa) Substitutionsmöglichkeit für	
Unternehmensverträge	75
bb) Beherrschungsvertrag	77
(1) Aktiengesellschaft	77
(α) Möglichkeit einer sonstigen,	
schuldrechtlichen Vereinbarung	77
(β) Möglichkeit einer Satzungsanpassung	79
(2) GmbH	79
(α) Möglichkeit einer sonstigen,	
schuldrechtlichen Vereinbarung	80
(β) Möglichkeit einer Satzungsanpassung	80
(αα) Unterschiede im Umfang des	
Weisungsrechts	81
(ββ) Unterschiede in der	
Befolungspflicht der Weisungen	82
(3) Ergebnis	84
cc) Gewinnabführungsvertrag	85
(1) Aktiengesellschaft	85
(α) Möglichkeit einer sonstigen,	
schuldrechtlichen Vereinbarung	85
(β) Möglichkeit einer Satzungsanpassung	87
(2) GmbH	89
(α) Möglichkeit einer sonstigen,	
schuldrechtlichen Vereinbarung	89
(β) Möglichkeit einer Anpassung der	
Ergebnisverwendungsbefugnis	90
(γ) Möglichkeit der Anpassung der	
Gewinnverteilung	93
(αα) Beschränkung durch die „ <i>societas</i>	
<i>leonina</i> “-Klausel?	94
(ββ) Notwendigkeit der	
Beschlussfassung	94
(γγ) Umfang der	
Gewinnausschüttung	95
(δδ) Gewinnverteilung an Dritte	96

(3) Ergebnis	96
2. Ausgleichsfunktion des kodifizierten Vertragskonzernrechts	97
a) Effektivität des Verlustausgleichs	97
b) Angemessener Ausgleich für Minderheitsgesellschafter	98
c) Vertragskonzern als Leitbild der Konzernierung	98
d) Ergebnis	99
3. Rechtliche Auswirkungen von Unternehmensverträgen	100
a) These der strukturänderungsgestaltenden, einseitigen Schuldverträge	100
b) Unmittelbare Strukturveränderung durch den Vertragsschluss	101
4. Praktische Bedeutung von Unternehmensverträgen	103
a) Eigenständige Bedeutung des Vertragskonzerns	103
b) Praktische Bedeutung von Unternehmensverträgen mit einer GmbH	104
§ 5 „Andere“ Unternehmensverträge als Teil des Vertragskonzernrechts	106
I. Abgrenzung der Unternehmensverträge	106
1. Rechtstypologische Einordnung der Unternehmensverträge	107
a) Begriff des Organisationsvertrages	107
b) Historische Begründung der These des Organisationsvertrages	108
2. Bedeutung der rechtstypologischen Einordnung	110
a) Folgerungen aus der Organisationsvertragsthese	110
b) Rechtsqualitative Unterscheidung von Teilgewinn- und Gewinnabführungsvertrag	111
3. Kriterium der Eingriffsqualität im Rahmen von Unternehmensverträgen	112
a) Untauglichkeit der rechtstypologischen Einordnung	113
aa) Wirtschaftliche Bedeutung „anderer“ Unternehmensverträge	114
bb) Uneinheitlichkeit der rechtstypologischen Einordnung der sonstigen Unternehmensverträge	115

cc) Schuldrechtliche Elemente von Organisationsverträgen	117
dd) Zwischenergebnis	118
b) Kriterium der Eingriffsqualität	118
II. Einheitlichkeit des Regelungssystem des § 292 AktG	119
1. Gesamtkonzept hinter den Vertragstypen des § 292 AktG?	120
2. Aufnahme des Teilgewinnabführungsvertrages	122
a) Eingriffsqualität sonstiger schuldrechtlicher Verpflichtungen	123
b) Interesse des Vertragspartners am wirtschaftlichen Erfolg	124
3. Ergebnis	125
 Dritter Teil: Der Teilgewinnabführungsvertrag und seine Stellung im Vertragskonzernrecht	 126
§ 6 Eingriffsqualität des Teilgewinnabführungsvertrages	126
I. Bedeutung der Rechtsnatur des Gewinnanteils	127
1. Maßgeblichkeit der gesellschaftsrechtlichen Einordnung	127
2. Vergleich zum Gewinnabführungsvertrag	129
II. Betroffene Rechtsstellungen	130
1. Gewinnbezugsrecht, § 29 Abs. 1 GmbHG	130
a) Inhalt und Bedeutung des Gesellschafterrechts	130
b) Eingriff durch den Teilgewinnabführungsvertrag	132
aa) Wahrung der Zuständigkeitsordnung	133
bb) Schutzbedürfnis der Gesellschafter	134
(1) Unbeachtlichkeit des Zeitpunkts der Gewinnabführung	134
(2) Unmittelbarer Gewinnbezug	134
(3) Charakter als Unternehmensvertrag	135
cc) Ergebnis	136
2. Gewinnverwendungsbefugnis der Gesellschafterversammlung, § 46 Nr. 1 GmbHG	136
a) Wahrung der Zuständigkeitsordnung	137
b) Lediglich mittelbarer Eingriff in die Gewinnverwendungsbefugnis	137
c) Gewinnbezug und Nachhaltigkeit des Teilgewinnabführungsvertrages	139
3. Ergebnis	140

III. Änderung des Gesellschaftszwecks	140
1. Bestimmung des Gesellschaftszwecks	141
2. Zweckändernder Charakter des Teilgewinnabführungsvertrages	142
a) Stand der Literatur	143
b) Auswirkungen des Vertragsschlusses auf das Gesellschafterinteresse	144
aa) Kein Konflikt mit Zuständigkeitsordnung	144
bb) Zweckrelevanz des Vertragspartners	145
cc) Zweckerhaltung durch Interesse an langfristiger Profitabilität	146
3. Ergebnis	147
IV. Bedeutung der Gegenleistung für die Behandlung von Teilgewinnabführungsverträgen	148
1. Erfordernis einer Gegenleistung	149
a) (Un-)Entgeltlichkeit des Teilgewinnabführungsvertrages	150
aa) Systematische Erwägungen	151
bb) Teleologisches Bedürfnis einer Gegenleistung	152
(1) Gesteigertes Schutzbedürfnis bei unentgeltlichen Verträgen	152
(2) Verschenken des Gewinns	153
(3) Umfassende Gesellschafterbefugnisse	154
cc) Ergebnis	156
b) Wirksamkeit unentgeltlicher Teilgewinnabführungsverträge	156
2. Angemessenheit der Gegenleistung	157
a) Beurteilung der Angemessenheit	157
aa) Deckungsgebot	158
bb) Wertende Berücksichtigung sämtlicher Umstände	159
b) Rechtsfolgen bei fehlender Angemessenheit	160
aa) Vertragsschluss mit einem Gesellschafter	161
(1) Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregelungen bei der Aktiengesellschaft	161
(α) Abkehr von der Nichtigkeitsfolge	162
(β) Rechtsfolge des § 62 AktG	163
(γ) Unwirksamkeit des Hauptversammlungsbeschlusses	164

(αα) Systematik des Vertragskonzernrechts	165
(ββ) Umfassende Geltung von § 241 Nr. 3 AktG	166
(γγ) Korrektur im Sinne eines vertraglichen Rechtsfolgenregimes	167
(δδ) Anfechtbarkeit des Zustimmungsbeschlusses	168
(2) Übertragbarkeit auf die GmbH	169
(α) Wirksamkeit des Vertrages	169
(αα) Verstoß gegen § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG	170
(ββ) Rechtsfolgen des Verstoßes	171
(β) Wirksamkeit des Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung	172
(3) Abhängigkeitsvorschriften, §§ 311 ff. AktG	173
bb) Vertragsschluss mit externen Dritten	174
(1) Pflichtwidriges Handeln der Leitungsorgane	175
(α) Verstoß gegen § 93 AktG	176
(αα) Weiter Ermessensspielraum	176
(ββ) Tatbestandlicher Ausschluss der Ersatzpflicht nach § 93 Abs. 4 AktG	178
(γγ) Ausschluss der Enthftung durch Anfechtbarkeit?	179
(δδ) Ergebnis	181
(β) Verstoß gegen § 43 GmbHG	181
(αα) Tatbestandliche Pflichtwidrigkeit durch unangemessenen Vertragsschluss	181
(ββ) Enthftungsmöglichkeit durch den Zustimmungsbeschluss	182
(γ) Strafbarkeit nach § 266 StGB	183
(δ) Ergebnis	185
(2) Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht	185
(α) Kollusion	186

(β) Evidenz	187
(3) Ergebnis	187
3. Auswirkung der Gegenleistung auf die Eingriffsqualität	187
§ 7 Tatbestand des Teilgewinnabführungsvertrages	189
I. Parteien des Teilgewinnabführungsvertrages	189
1. Notwendigkeit der Unternehmenseigenschaft	190
a) Systematische Untersuchung	191
aa) Vergleich zu §§ 293a ff. AktG	193
bb) Vergleich zu §§ 15-19 AktG	193
b) Teleologisches Bedürfnis des Unternehmenserfordernisses	194
aa) Drohende Umgehung der Kapitalerhaltung	195
bb) Schutz vor Konzernierungen	195
c) Ergebnis	196
2. Notwendigkeit eines Konzernverhältnisses	197
3. Wertungen der Konzern-Richtlinie der EU	198
a) Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung	198
aa) Keine Harmonisierung des Konzernrechts	199
bb) Kein Gegenstand der Kapital-Richtlinie	199
cc) Teilgewinnabführungsvertrag als Gegenstand der Richtlinie	200
b) Keine unionsrechtskonforme Auslegung	201
4. Ergebnis	201
II. Gewinnbegriff	202
1. Notwendigkeit einer Begriffsdefinition	202
2. Periodisch ermittelte Bezugsgröße	203
Einheitlicher Gewinnbegriff der §§ 291, 292 AktG	204
b) Erweiterung des Gewinnbegriffs	205
aa) Organisationsrechtliche Beurteilung	205
bb) Teleologische Begriffsbestimmung	206
Öffnung des Gewinnbegriffs durch den Gesetzgeber	207
(2) Umfassendes Schutzbedürfnis	207
(3) Einbeziehung belastenderer Bezugsgrößen	208
(4) Einbeziehung weiterer Bezugsgrößen	209
cc) Reichweite des Gewinnbegriffs	209

c)	Gewinn aus einzelnen Geschäften	212
aa)	Partielle Aufhebung des Periodenerfordernisses	212
(1)	Kein Mehr an Rechtssicherheit	212
(2)	Umfassender Schutz durch die Anwendung der §§ 293 ff. AktG	213
(3)	Weiter Tatbestand des Teilgewinnabführungsvertrages	214
bb)	Mögliche Rechtsunsicherheit durch umfassenden Gewinnbegriff?	215
cc)	Bedeutung der Klassifizierung als Unternehmensvertrag	215
3.	Höchstbetrag der Abführung	216
a)	Notwendigkeit des Verbleibs eines Mindestgewinns	217
b)	Bedeutung für den Teilgewinnabführungsvertrag mit einer GmbH	219
aa)	Konkretisierung des Kriteriums der satzungsüberlagernden Wirkung?	220
bb)	Rechtsformübergreifende Vertragsdefinition	220
4.	Ergebnis	221
III.	Ausnahmetatbestände § 292 Abs. 2 AktG	221
1.	Charakter der Ausnahmen des § 292 Abs. 2 AktG	222
2.	Wertende Betrachtung der Ausnahmetatbestände	223
a)	Unbestimmte Rechtsbegriffe in § 292 Abs. 2 AktG	224
b)	Wertungsoffenheit des § 292 Abs. 2 AktG	224
3.	Extensive oder restriktive Auslegung der Tatbestände	225
4.	Die einzelnen Ausnahmetatbestände	227
a)	Tantiemen, § 292 Abs. 2 Var. 1 AktG	227
aa)	Erfasste Vergütungsstruktur	228
(1)	Keine aktienbezogene Vergütung	228
(2)	Leistungsbezogene Vergütung	229
bb)	Wertendes Kriterium der Bedeutsamkeit	230
(1)	Praktisches Beispiel: Vorstandsvergütung Dr. Wiedeking	231
(2)	Wertungswidersprüche bei wortlautgetreuer Auslegung	231

b) Verträge des laufenden Geschäftsverkehrs, § 292 Abs. 2 Var. 2 AktG	232
aa) Heranziehung der Grundsätze des § 116 HGB	232
(1) Auslegungsgrundsätze des § 116 HGB für die OHG	233
(2) Modifikation bei der Übertragung auf § 292 AktG	234
bb) Reichweite der Anwendung des § 116 HGB	235
(1) Keine Bedeutung der Novellierung von 1965	235
(2) Vollumfängliche Anwendung der Wertungen des § 116 HGB	236
cc) Ansonsten fehlender Anwendungsbereich	237
(1) Urteil des Kammergerichts vom 15.03.1999	238
(2) Urteil des OLG Celle vom 15.05.1996	239
(α) Kein Schutz durch Mitwirkung	240
(β) Schutzgedanken des allgemeinen verbandsrechtlichen Prinzips	241
(γ) Typischer Anwendungsfall des § 292 Abs. 2 Var. 2 AktG	241
(δ) Zeitliche Problematik des Mitwirkungserfordernisses	242
dd) Zwischenergebnis	243
ee) Grundsätze zur Bestimmung des laufenden Geschäftsverkehrs	243
c) Lizenzverträge, § 292 Abs. 2 Var. 3 AktG	245
IV. Die stille Gesellschaft als Teilgewinnabführungsvertrag	246
1. Teilgewinnabführungsvertrag gegen feste Einlage	248
a) Konsens durch Gewinnabführung	248
b) Strukturelle Unterschiede beider Beteiligungsformen?	250
aa) Vergleichbare Wirkweise	250
bb) Charakter als Personengesellschaft	251
(1) Übereinstimmende Interessenlage	252
(2) Vergleich zum Partiarischen Darlehen	252
c) Gewinnerzielung durch die stille Gesellschaft	253
d) Behandlung atypischer stiller Gesellschaften	255
aa) Qualifizierung als Betriebsüberlassungsvertrag	256
bb) Typengemischter Teilgewinnabführungsvertrag	257

2. Ausschluss nach § 292 Abs. 2 AktG	258
a) Wertende Betrachtung des § 292 Abs. 2 Var. 2 AktG	259
b) Vergleich zum partiarischen Darlehen	259
Vierter Teil: Der GmbH-Konzern	261
§ 8 Kodifikation des GmbH-Konzernrechts	261
I. Legitimationswirkung des GmbH-Vertragskonzerns	261
1. Bestehen eines eigenen GmbH-Vertragskonzernrechts	262
a) Kodifiziertes Vertragskonzernrecht	262
aa) Regelung mittels gesetzlich angeordneten Verweises	263
(1) Kein gesetzgeberischer Wille	263
(2) Beschränkter Anwendungsbereich des § 30 GmbHG	264
bb) Satzungsändernde Vorschriften, §§ 53, 54 GmbHG	265
(1) Geltung der Vorschriften über die Satzungsänderung für Unternehmensverträge	266
(α) Unternehmensvertrag als zeitlich begrenzte Satzungsänderung	267
(β) Vergleichbare Rechtsfolgen	268
(γ) Keine Änderung des Satzungstextes	269
(δ) Gesetzgeberische Entscheidung durch § 293 Abs. 1 S. 4 AktG	270
(2) Ergebnis	272
cc) Ergebnis	272
b) Gewohnheitsrechtliche Anerkennung des GmbH-Vertragskonzernrechts	273
aa) Rechtsüberzeugung durch höchstrichterliche Rechtsprechung	273
bb) Keine Rechtsüberzeugung nach „Supermarkt“	274
2. Legitimationswirkung einer Analogie	276
a) Delegation an den Rechtsanwender	276
b) Hemmung der Legitimationswirkung durch Wertungsakt?	277
c) Historische Bewertung der Legitimationswirkung einer Analogie	279
II. Ergebnis	280

§ 9 Ausformung des GmbH-Vertragskonzernrechts durch die Rechtsprechung	281
I. Rechtsfindung und Rechtsschöpfung	282
1. Reichweite der richterlichen Rechtsfortbildung	282
a) Bindung an die Gesamtrechtsordnung	283
b) Analogie eines Rechtsgebiets	284
2. Gesamtanalogie für das GmbH-Vertragskonzernrecht	285
a) Kriterium der Sachnähe	286
b) Der Wille des Gesetzgebers als Entscheidungsmaßstab	287
c) Vergleich der aktienrechtlichen und satzungsändernden Lösung	288
aa) Das System des Gesetzesentwurfs von 1971/73	288
bb) Satzungsändernde Lösung	290
(1) Normsystem der satzungsändernden Lösung	290
(2) Inkonsequenzen der satzungsändernden Lösung	291
(3) „Analogiemix“	292
(4) Abweichung vom gesetzlichen Leitbild	292
(α) Eigenständige rechtspolitische Erwägungen	293
(β) Unzulässige Rechtsfortbildung	294
cc) Rechtsfolgen für die Reichweite der Rechtsfortbildung	295
(1) Unzulässige Rechtsfortbildung aufgrund fehlender Sachnähe	296
(2) Billigung der satzungsändernden Lösung durch den Gesetzgeber?	298
II. Ergebnis	298
§ 10 Das aktienrechtliche System als Vorbild für die GmbH	298
I. Übertragbarkeit auf die GmbH	299
1. Regelungslücke	300
a) Bewusste Entscheidung zur Nichtregelung?	301
aa) Scheitern der GmbH-Reform 1971/73	301
bb) Bedeutung der Regelung des § 17 KStG	303
cc) Begrenzter Anwendungsbereich der §§ 291 ff. AktG	304
b) Handhabung einer planvollen Lücke mit Regelungsauftrag	305

2. Vergleichbare Interessenlage	306
a) „ratio legis“ der §§ 291 ff. AktG	306
aa) Ausgleichsfunktion des Konzernrechts	307
bb) Wirtschaftliches Bedürfnis des GmbH-Vertragskonzerns	307
cc) Ausgewogenheit des Schutzkonzepts der §§ 293 ff. AktG	308
dd) Bedeutung des Teilgewinnabführungsvertrages für die Gesellschaft	310
(1) Abgeschwächtes Schutzsystem im Aktienrecht	311
(2) Ausgleichsfunktion des Teilgewinnabführungsvertrages	312
b) Vergleich der Binnenverfassung zwischen Aktien- und GmbH-Recht	313
aa) Strukturelle Unterschiede der Rechtsformen	315
(1) Historisches Bild der GmbH	315
(2) Mitgliedschaftliche Beherrschung der GmbH	317
(α) Beherrschung als Ausdruck der Kompetenzstruktur der GmbH	318
(β) Innergesellschaftliche Kompetenzstruktur	320
(γ) Zwischenergebnis	321
(3) Informations- und Aufsichtsrechte der Gesellschafter, § 51a GmbHG	321
(α) Auskunfts- und Einsichtsrecht des § 51a GmbHG	322
(β) Vergleich zu § 131 AktG	323
(γ) Konzernrechtsspezifische Unterschiede	325
(4) Zustimmungserfordernis der GmbH-Gesellschafter	326
(5) Fungibilität der Anteile	328
(α) Vinkulierung von Aktien und Geschäftsanteilen	329
(β) Schutz durch notarielle Beurkundung	330
(αα) Umfang der notariellen Belehrung	330
(ββ) Kein äquivalenter Schutz zu §§ 291 ff. AktG	331

(6) Satzungsfreiheit	333
(α) Pflicht zum Selbstschutz	333
(β) Bloß abstrakte Gefahr der Konzernierung	333
(γ) Minderheitenschutz trotz Satzungsfreiheit	334
(7) Finanzverfassung	335
bb) Auswirkungen der rechtsformspezifischen Besonderheiten auf die Behandlung von Unternehmensverträgen	336
3. Ergebnis	338
Fünfter Teil: Abschlussvoraussetzungen des Teilgewinnabführungsvertrages aus Sicht der abhängigen GmbH	
§ 11 Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter	339
I. Notwendigkeit der Zustimmung zum Teilgewinnabführungsvertrag	339
1. Charakter als schuldrechtlicher Austauschvertrag	340
2. Ohnehin bestehendes Mitwirkungserfordernis bei der GmbH	341
II. Mehrheitserfordernis beim Zustimmungsbeschluss	343
1. Einfache Mehrheit	344
2. Qualifiziertes Mehrheitserfordernis	345
a) Zweckändernder Charakter	346
b) Strukturelle Unterschiede	347
c) Gleichbehandlungsgrundsatz	347
d) Leistungsvermehrung, § 53 Abs. 3 GmbHHG	348
e) Systematischer Vergleich mit dem Umwandlungsgesetz	349
f) Systematischer Vergleich innerhalb des GmbHHG	351
g) Eingriffscharakter des Teilgewinnabführungsvertrages	351
h) Ergebnis	352
III. Stimmrecht des herrschenden Unternehmens	353
1. Der Zustimmungsbeschluss als interkorporativer Akt	354
2. Teleologische Reduktion des § 47 Abs. 4 S. 2 GmbHHG	355
3. Übertragung der Wertungen des Aktiengesetzes	356

§ 12 Handelsregisterpublizität	358
I. Geringeres Publizitätsbedürfnis der GmbH	358
II. Fehlende gesetzliche Anordnung der Handelsregistereintragung	359
III. Eintragungspflicht bei der GmbH	360
1. Drohendes Publizitätsdefizit bei Umwandlung	361
2. Publizitätserfordernis nach den „Supermarkt“- Grundsätzen	362
IV. Ergebnis	363
§ 13 Formerfordernis	363
I. Formbedürftigkeit des Teilgewinnabführungsvertrages	363
II. Formerfordernis des zustimmenden Gesellschafterbeschlusses	365
1. Beurkundungsbedürftigkeit nach den Wertungen des Aktienkonzernrechts	366
2. Beurkundungsbedürftigkeit nach den Wertungen des GmbHG	367
Sechster Teil: Abschlussvoraussetzungen des Teilgewinnabführungsvertrages aus Sicht der herrschenden Gesellschaft	368
§ 14 Zustimmung der Anteilseigner	368
§ 15 Eintragungspflicht auf Seiten der Obergesellschaft	370
Zusammenfassung	373
Literaturverzeichnis	377

Erster Teil: Einleitung

§ 1 Ziel der Arbeit

„Verbunden werden auch die Schwachen mächtig“¹

Zwar hatte dieser Ausspruch in *Schillers* Drama *Wilhelm Tell* gewiss nicht die Konzernierung von Unternehmen vor Auge, behält er dennoch auch für das gesellschaftsrechtliche Phänomen seine Gültigkeit. So bildet der Konzern für mittlere und große Unternehmen die zentrale Organisationsform, um national und international konkurrenzfähig aufzutreten.² Eine wesentliche Rolle spielen dafür insbesondere wirtschaftliche Gründe. Dabei steht vor allem die Nutzung von Synergieeffekten der verbundenen Unternehmen im Vordergrund.³ Weiterhin führt die Trennung von Mutter- und Tochtergesellschaft zu einer natürlichen Beschränkung auf die Haftungsmasse der jeweiligen Gesellschaft, so dass dies – neben der hohen Flexibilität der Verbindung – den Konzern gegenüber der Verschmelzung als attraktive Form des Unternehmenszusammenschlusses erscheinen lässt.⁴

Führt die Konzernierung zu tiefgreifenden Veränderungen bei den beteiligten Gesellschaften,⁵ sieht sich das Konzernrecht der schwierigen Aufgabe gegenüber, die teilweise gegenläufigen Interessen der Beteiligten zu einem ausgewogenen Ausgleich zu bringen. So legt es fest, unter wel-

1 *Schiller*, *Wilhelm Tell*, 1804 (2014), 1. Akt 3. Szene, S. 21, Stauffacher zu Tell.

2 *Schneider*, in: Mestmacker/Behrens (Hrsg.), *Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich*, 1991, S. 563, 568.

3 Ebenfalls auf diesen Beweggrund als maßgeblichen Grund einer Konzernierung abstellend *Priester*, in: Doralt/Hommelhoff/Roth u.a. (Hrsg.), *Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht*, 1986, S. 151, 165; *Vetter*, in: *Fleischer/Koch/Kropff u.a.* (Hrsg.), *50 Jahre Aktiengesetz*, 2016, S. 231, 271; *Ebricke*, *ZGR* 1996, 300, 319; *Zöllner*, *ZGR* 1992, 173, 184; *Doralt*, *ZGR* 1991, 252, 258; *Lutter/Leinekugel*, *ZIP* 1998, 225, 226.

Speziell für den Betriebsführungsvertrag *Adenauer*, *NZG* 2019, 361, 363.

4 Allgemein zu den Vorteilen einer Konzernierung *Saenger*, *Gesellschaftsrecht*, 2020, § 28 Rn. 924.

5 *Flume stellt für den Abschluss eines Unternehmensvertrages fest, es sei schwerlich eine Satzungsänderung vorstellbar, die von grundsätzlicherer Bedeutung wäre*“, *Flume*, *DB* 1956, 455, 456.

chen Voraussetzungen die herrschende Gesellschaft ihren Einfluss ausüben kann, welche Schranken dabei bestehen und wie die Interessen von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern zu schützen sind.⁶ Eine explizite gesetzliche Regelung für verbundene Unternehmen⁷ beinhaltet nur das Aktiengesetz.⁸ Dieses ist in einen allgemeinen, rechtsformunabhängigen (§§ 15-19 AktG) und einen die verschiedenen Stufen der Konzernierung beschreibenden, besonderen Teil (§§ 291-327 AktG) aufgeteilt. Demgegenüber stellt sich das Konzernrecht der GmbH als Besonderheit in dem von Kodifikation geprägten deutschen Recht dar: Besteht keine dem Aktiengesetz in dieser ausdifferenzierten Systematik gleichende Normierung,⁹

6 Zum Konzernrecht als Teildisziplin des Gesellschaftsrechts *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 2020, § 1 Rn. 1 ff.

7 An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die gesetzliche Systematik zwischen dem Konzern (§ 18 AktG) und dem Recht der verbundenen Unternehmen im Allgemeinen differenziert. Der Konzernratbestand ist erst dann erfüllt, wenn mehrere Unternehmen unter einheitlicher Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind (§ 18 Abs. 1 Hs. 1 AktG). Insofern ist der Begriff des „Konzernrechts“ ungenau, beschreibt dieses nach der Systematik des Aktienkonzernrechts nur einen Teilaspekt des Rechts der verbundenen Unternehmen. Im Folgenden wird das Konzernrecht, wie auch im tatsächlichen Sprachgebrauch und der sonstigen Literatur (s. dafür nur *Schall*, in: *Spindler/Stilz* (Hrsg.), AktG, § 15 Rn. 1), als Synonym für das Recht der verbundenen Unternehmen verwendet und beschreibt daher den gesamten Tatbestand der Unternehmensverbindung.

8 Deutschland ist damit einer der wenigen EU-Mitgliedstaaten, die ein kodifiziertes und ausdifferenziertes Konzernrecht vorweisen kann. Ein ähnliches, an das deutsche Konzept angelehntes System weist nur noch Portugal ein ähnliches System auf, das sogar die Unterscheidung zwischen faktischem und Vertragskonzern kennt, *Lutter/Overath*, ZGR 1991, 394 ff.

In Tschechien bestand bis zur Novelle des Konzernrechts 2014 ein dem deutschen Konzernrecht vergleichbares Konstrukt, das detaillierte Regelungen bezüglich des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags in den §§ 190a ff. ObchZ enthielt, dazu *Schubel*, in: *Teichmann/Lutter/Hommelhoff* (Hrsg.), *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, S. 197, 222 ff.

Zum sonstigen Regelungsstand des Konzernrechts in der EU *Weller/Bauer*, ZEuP 2015, 6 ff.; *Lutter*, ZGR 1987, 324, 338 ff.

9 Ein dahingehender Versuch der Normierung (Entwurf zur Einführung eines eigenständigen GmbH-Konzernrechts von 1971/73, BT-Drucks. 7/253) scheiterte. Der Regierungsentwurf folgte dabei ganz wesentlich den aktienrechtlichen Regelungen, statt vieler *Führling*, *Sonstige Unternehmensverträge mit einer abhängigen GmbH*, 1993, S. 23.

basiert es maßgeblich auf Rechtsfortbildung¹⁰. Fehlt es an einer vorgegebenen Ausgestaltung durch den Gesetzgeber, existieren nach wie vor zahlreiche Streitpunkte im Bereich des GmbH-Konzernrechts. Der BGH äußerte sich in seiner sog. „Supermarkt“-Entscheidung¹¹ erstmals zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen für den Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages mit einer GmbH. In dieser in der Literatur viel beachteten¹² Entscheidung orientierte sich der II. Zivilsenat maßgeblich am aktienrechtlichen System¹³, begründete die Wirksamkeitsvoraussetzungen für einen Unternehmensvertragsschluss jedoch teilweise GmbH-eigen mittels einer analogen Anwendung der Vorschriften über die Satzungsänderung (§§ 53, 54 GmbHG).

Dieser Parallelität der Systeme folgend vertraten einige Stimmen in der Literatur, dass vergleichbare Voraussetzungen auch für den Abschluss eines Teilgewinnabführungsvertrages mit der GmbH gelten müssten.¹⁴ Umso verwunderlicher war es als der BGH 2019 eben diese Schlussfolgerung nicht zog und den Abschluss eines Teilgewinnabführungsvertrages mit einer GmbH – entgegen der Wertung des Aktiengesetzes in § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG – ohne weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen für zulässig erachtete.¹⁵ Vertrat der BGH in seiner „Supermarkt“-Entscheidung noch einen weitgehenden Gleichlauf von Aktien- und GmbH-Vertragskonzernrecht, so vollzog er durch seine Entscheidung zu den Abschlussvoraussetzungen eines Teilgewinnabführungsvertrages eine Kehrtwende in dieser Beziehung.

Ziel der Arbeit ist es, eingehend zu untersuchen, auf welcher Grundlage eine unterschiedliche Behandlung von Aktiengesellschaft und GmbH im Kontext der Konzernierung gerechtfertigt ist. Bezieht sich der BGH in seiner Entscheidung vom 16.07.2019 maßgeblich auf die „Supermarkt“-Entscheidung, ist es unvermeidbar, die darin aufgestellten Grundsätze

10 Lutter/Hommelhoff, NJW 1988, 1240 sehen in der fehlenden Kodifizierung den Willen des Gesetzgebers zur Delegation der Ausgestaltung eines GmbH-Konzernrechts an Rechtsprechung und Lehre.

11 BGH, Urt. v. 24.10.1988, Rs. II ZB 7/88, BGHZ 105, 324 ff.

12 Ulmer, BB 1989, 10 sieht in dieser Entscheidung „einen Schlußpunkt für die seit Jahrzehnten anhaltende Diskussion über den GmbH-Vertragskonzern“.

13 Kropff, in: Bierich/Hommelhoff/Kropff (Hrsg.), Festschrift für Johannes Semler zum 70. Geburtstag am 28. April 1993, 1993, S. 517, 524 ff.

14 So beispielsweise Weigl, GmbHR 2002, 778, 779 ff.; Heckschen, MittRhNotK 1990, 269, 271; Schulte/Waechter, GmbHR 2002, 189, 190; Eger, EWiR 2015, 211, 212; Beck, GmbHR 2014, 1075, 1082; Priester, NZG 2020, 1, 3.

15 BGH, Urt. v. 16.07.2019, Rs. II ZR 175/18, BGHZ 223, 13 ff.

einer methodischen Überprüfung zu unterziehen. Es wird sich zeigen, dass grundlegende Aspekte des (GmbH-)Vertragskonzernrechts im Rahmen der Diskussion um die Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Unternehmensvertragsschlusses bisher nicht hinreichend untersucht wurden.

§ 2 Gang der Untersuchung

Nach einer kurzen Darstellung der aktienrechtlichen Regelungen sowie der Ausgestaltung des Vertragskonzernrechts der GmbH durch den BGH folgt eine eingehende Untersuchung, welche Rolle dem Konzernrecht im Allgemeinen und den Unternehmensverträgen im Speziellen zukommt. Hierbei wird insbesondere auf den Konzernkonflikt sowie die Frage nach dem Bedürfnis eines kodifizierten Vertragskonzernrechts eingegangen. Dabei wird untersucht, ob ein Unternehmensvertragsschluss erst aufgrund einer gesetzlichen Regelung und mithin Legitimierung möglich ist oder einer solchen Normierung lediglich deklaratorischer Charakter beizumessen ist, da bereits auf anderem Wege eine den Unternehmensverträgen des §§ 291, 292 AktG identische Wirkung erzeugt werden kann. Auf den ersten Blick ist nicht sofort ersichtlich, nach welchen Kriterien der Gesetzgeber die in § 292 AktG normierten Vertragstypen ausgesucht und diese als Unternehmensverträge eingestuft hat. Es wird sich zeigen, dass hierfür das Kriterium der Eingriffsqualität entscheidend ist. Daran anschließend stellt sich die Frage, ob der Teilgewinnabführungsvertrag dieses Kriterium erfüllt und daher zurecht als Unternehmensvertrag normiert ist. Von Bedeutung ist in diesem Kontext auch die Auswirkung der Gegenleistung auf die Eingriffsqualität des Teilgewinnabführungsvertrages.

Der Gesetzgeber des Aktiengesetzes hat bis auf die Definition des Teilgewinnabführungsvertrages weitere Erläuterungen zum Tatbestand der Teilgewinnabführung vermissen lassen. Von besonderer Bedeutung sind dabei sowohl der Gewinnbegriff als auch die Ausnahmetatbestände des § 292 Abs. 2 AktG. Entscheidend für die praktische Bedeutung ist darüber hinaus die Qualifizierung des stillen Gesellschaftsvertrages als Teilgewinnabführungsvertrag. Diese von der Rechtsprechung und ganz herrschenden Ansicht in der Literatur vorgenommene Einordnung wurde bisher kaum grundlegend überprüft. Mit einer solchen Untersuchung schließt der dritte Teil.

Stehen sich für das GmbH-Vertragskonzernrecht die analoge Anwendung der §§ 53, 54 GmbHG und die Heranziehung der aktienrechtlichen Vorschriften gegenüber, beschäftigt sich der vierte Teil der Arbeit

mit der Frage, welches Normsystem auf das GmbH-Vertragskonzernrecht Anwendung findet. Insbesondere die durch den BGH in seiner „Supermarkt“-Rechtsprechung gegen eine Übertragung der §§ 291 ff. AktG auf die GmbH eingewandten Rechtsformunterschiede bedürfen dabei einer konzernspezifischen Untersuchung. Der sich daran anschließende fünfte und sechste Teil der Arbeit behandelt die Abschlussvoraussetzungen des Teilgewinnabführungsvertragschlusses für die abführende als auch die herrschende Gesellschaft.

§ 3 Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Diese Arbeit beschränkt sich bewusst auf die Untersuchung der Voraussetzungen eines wirksamen Vertragsschlusses. Nicht behandelt werden hingegen die Vertragsbeendigung sowie die Sicherung der Gesellschaft, der Gläubiger und der außenstehenden Gesellschafter. Ebenfalls eine bedeutende, aber den Rahmen dieser Arbeit übersteigende Frage ist die Behandlung solcher Verträge, die nicht die Anforderungen eines wirksamen Vertragsschlusses erfüllen. Insbesondere auf Grund des hier vertretenen, von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich abweichenden Systems bedarf dieser Aspekt verstärkter Thematisierung, hat er Einfluss auf eine erhebliche Anzahl bereits abgeschlossener Teilgewinnabführungsverträge.

Stellt die GmbH grundsätzlich eine zweckoffene Gesellschaft dar und kann somit zu jedem beliebigen Zweck gegründet werden, wird im Rahmen dieser Arbeit davon ausgegangen, dass die abführende Gesellschaft grundsätzlich einen erwerbswirtschaftlichen Zweck verfolgt. Ebenfalls die in der Praxis dominierende Gesellschafterstruktur in Form der Einpersonen-Gesellschaft bleibt bei der Analyse außer Betracht: Das Konzernrecht soll abstrakt und unabhängig von der Ausgestaltung der Gesellschaft im Einzelfall zu einem Ausgleich führen. Kommt die Verletzung von Interessen außenstehender Gesellschafter bei Einpersonen-Gesellschaften in der Regel nicht in Betracht, stellt sich die Situation bei Gesellschaften mit zwei oder mehr Gesellschaftern anders dar. Es wäre nicht hinnehmbar, bestünde für eine Mehrpersonen-GmbH eine Schutzlücke, um in gewissen Fällen keine überflüssigen Sicherungsinteressen zu erfüllen. Insofern mögen manche der getroffenen Wertungen nicht auf die Einpersonen-Gesellschaft zutreffen. Vor dem Hintergrund einer abstrakt-generellen Regelung ist jedoch von der schutzbedürftigeren Mehrpersonen-Gesellschaft auszugehen, so dass solche Abweichungen hinzunehmen sind.

Zweiter Teil: Aufbau und Stellung des Vertragskonzernrechts

§ 4 Systematik des Konzernrechts

Mag das deutsche Konzernrecht in Teilen noch an die „Sümpfe Floridas“ erinnern,¹⁶ so ist der Konzern rechtstatsächlich bereits in der Mitte unseres Wirtschaftslebens angekommen. Die weitüberwiegende Zahl der Kapitalgesellschaften ist nicht als Einzelakteur am Markt tätig, sondern vielmehr eingebettet in eine Konzernstruktur: Drei Viertel der Aktiengesellschaften und etwa die Hälfte aller GmbH sind in einer Konzernstruktur organisiert.¹⁷ Aufgrund der nicht zu leugnenden wirtschaftlichen Bedeutung des Konzerns schuf der Gesetzgeber des Aktiengesetzes 1965 ein eigenständiges, drittes Buch „verbundene Unternehmen“.

I. Gesetzliche Grundlagen im Überblick

Zur Begriffsbestimmung definiert das Aktiengesetz in §§ 15-19 AktG verschiedene Tatbestände verbundener Unternehmen. Da diese Vorschriften rechtsformneutral formuliert sind, ist ihr Anwendungsbereich nicht auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft beschränkt, sondern beansprucht über das Aktiengesetz hinaus als allgemeiner Teil des Konzernrechts Geltung.¹⁸

Auch der Begriff des Konzerns selbst wird durch das Aktiengesetz geprägt. § 18 Abs. 1 AktG definiert den Konzern als Zusammenfassung eines herrschenden und eines abhängigen Unternehmens unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens. Was abhängige und herrschende Unternehmen sind, erläutert wiederum § 17 Abs. 1 AktG: Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbstständige Gesellschaften, auf die ein anderer Rechtsträger unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluss ausüben kann.

16 Zöllner, in: Forster (Hrsg.), Aktien- und Bilanzrecht - Festschrift für Bruno Kropff, 1997, S. 333, 341.

17 Altmeyden, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2020, Einleitung § 291 AktG Rn. 19

18 Statt vieler Liebscher, Konzernbildungskontrolle, 1995, S. 16.

1. Abhängigkeit als Ausgangspunkt des Konzerns

Der allgemeine Teil des Konzernrechts sieht bewusst keine weitergehende Definition des herrschenden Einflusses i. S. v. § 17 AktG vor.¹⁹ Dadurch sollen sämtliche Umstände erfasst werden, die Grundlage einer Einflussnahme auf die abhängige Gesellschaft sein können.²⁰ Einzig in § 17 Abs. 2 AktG formuliert das Gesetz eine Vermutung des herrschenden Einflusses im Falle einer Mehrheitsbeteiligung eines Unternehmens (§ 16 AktG). Dieser Vermutung liegt die gesetzlich vorgesehene Verknüpfung von Kapital- und Stimmmehrheit zugrunde: Grundsätzlich gewährt jede Aktie Stimmrecht (§§ 12 Abs. 1 S. 1, 134 Abs. 1 S. 1 AktG). Somit hat eine Kapitalmehrheit in der Regel auch eine Stimmmehrheit zur Folge.²¹ Dies eröffnet eine Einflussnahmemöglichkeit bei Abstimmungen der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung.²² Die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Gesellschaft besteht somit bereits mit der Begründung einer Kapitalmehrheit.²³

Aus der Vermutung des beherrschenden Einflusses im Falle einer Mehrheitsbeteiligung ist systematisch zu folgern, dass jeder Einfluss als beherrschend i. S. d. § 17 AktG zu behandeln ist, der ein gleichartiges Einwirkungspotential auf die beherrschte Gesellschaft begründet.²⁴ Ein

19 *Kropff*, Regierungsbegründung Aktiengesetz 1965, 2005, S. 31.

20 *Paehler*, Die Zulässigkeit des faktischen Konzerns, 1972, S. 3.

21 Auszugehen ist von der gesetzlichen Konzeption, so dass die Möglichkeit der Ausgabe von Vorzugsaktien (§§ 139 ff. AktG) bzw. Aktien mit veränderten Stimmrechten (§§ 134 Abs. 1 S. 2; 12 Abs. 2 AktG) außer Betracht zu bleiben hat.

22 So besteht beispielsweise eine Hauptversammlungskompetenz für die Wahl des Aufsichtsrats (§ 101 AktG), der wiederum den Vorstand ernennt (§ 84 AktG). Durch eine entsprechende personelle Besetzung kann der Mehrheitsgesellschafter so mittelbar die Ausrichtung der Gesellschaft beeinflussen.

Für die GmbH, für die die rechtsformneutralen §§ 15-19 AktG ebenfalls gelten, begründet ebenfalls eine Stimmmehrheit in der Gesellschafterversammlung die Vermutung der Abhängigkeit (§ 47 Abs. 2 GmbHG). Neben der Beeinflussung der Besetzung der Geschäftsführung durch die Gesellschafterversammlung (§§ 46 Nr. 5 GmbHG i. V. m. § 38 Abs. 1 GmbHG) bietet insbesondere die Möglichkeit zur Weisungserteilung (§ 37 Abs. 1 GmbHG) ein erhebliches Einflussnahmepotential. Zur Stellung der GmbH als Konzernbaustein, s. unten § 4 II 2 b).

23 Diese besteht jedoch nur widerleglich. Eine solche Widerlegung kann durch Erbringung eines Nachweises, dass kein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann, erfolgen. Dieser Nachweis kann beispielsweise durch den Abschluss eines Entherrschungsvertrages erreicht werden, vgl. *Sattler*, Tarifvereinheitlichung im Konzern, 2009, S. 27.

24 So auch *Tröger*, Treupflicht im Konzernrecht, 2000, S. 8.

beherrschender Einfluss ist folglich immer dann gegeben, wenn dem beherrschenden Unternehmen für eine gewisse Dauer organisatorische Mittel zur Verfügung stehen, um der Geschäftsleitung des abhängigen Unternehmens den Willen des herrschenden Unternehmens aufzuoktroieren.²⁵ Bedeutsam ist zudem, dass Abhängigkeit ausweislich des klaren Wortlauts von § 17 Abs. 1 AktG („...beherrschenden Einfluss ausüben kann“) nicht die tatsächliche Ausübung des Einflusses verlangt, sondern die Möglichkeit der Einflussnahme genügt.²⁶ Dies unterscheidet den Begriff der Abhängigkeit von der einheitlichen Leitung, die Grundlage für die Klassifizierung als Konzern i. S. d. § 18 AktG ist: Für die einheitliche Leitung muss der Einfluss tatsächlich ausgeübt werden.²⁷

2. Formen der Unternehmensverbindung

Wie bereits für die Vermutung der Abhängigkeit durch die Mehrheitsbeteiligung bedient sich das Gesetz der Aufzählung von Unternehmensverbindungen, die den Tatbestand der einheitlichen Leitung erfüllen: Für den Beherrschungsvertrag (§ 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG) und die Eingliederung (§ 319 AktG) stellt § 18 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 AktG eine dahingehende unwiderlegliche Vermutung auf. Das dritte Buch des Aktiengesetzes versucht somit, dem Begriff der einheitlichen Leitung durch die Normierung verschiedener Formen der Vermittlung von Leitungsmacht eine Kontur zu verleihen. Dabei differenziert es entsprechend der unterschiedlichen Intensität der Leitungsmacht²⁸ zwischen den Figuren des faktischen Konzerns (§§ 311 ff. AktG), des Vertragskonzerns (§§ 291 ff. AktG) und der Eingliederung (§§ 319 ff. AktG). Diese Konzernierungsformen sind abschließend, Typenmischungen grundsätzlich nicht zulässig.²⁹

25 BGH, Urt. v. 04.03.1974, Rs. II ZR 89/72, BGHZ 62, 193, 197 ff.

26 So bereits die Regierungsbegründung Kropff, Regierungsbegründung Aktiengesetz 1965, 2005, S. 31. Ganz herrschende Meinung BGH, Urt. v. 04.03.1974, Rs. II ZR 89/72, BGHZ 62, 193, 201; Sattler, Tarifvereinheitlichung im Konzern, 2009, S. 26; Tröger, Treupflicht im Konzernrecht, 2000, S. 9; Paehler, Die Zulässigkeit des faktischen Konzerns, 1972, S. 4.

27 Kropff, Regierungsbegründung Aktiengesetz 1965, 2005, S. 31.

28 Liebscher, Konzernbildungskontrolle, 1995, S. 24.

29 Zur Diskussion um einen *numerus clausus* der Konzernierungsformen statt vieler Habersack, in: Emmerich/Habersack (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2019, § 311 AktG Rn. 8.

a) Faktischer Konzern

Der faktische Konzern wird weder im allgemeinen Teil des Konzernrechts noch im dritten Buch ausdrücklich erwähnt. Das Aktiengesetz trifft jedoch auch für solche Unternehmensverbindungen, die weder Unternehmensvertrag noch Eingliederung sind, Regelungen (§§ 18 Abs. 1 S. 3, 311 ff. AktG). Deshalb wird der faktische Konzern allgemein für zulässig gehalten.³⁰ Faktische Konzerne sind dabei alle Unternehmensverbindungen unter einheitlicher Leitung ohne Vorliegen eines Beherrschungsvertrages oder Eingliederungstatbestands.³¹ Für die Geltung der §§ 311 ff. AktG ist es hingegen ohne Belang, ob das herrschende Unternehmen seinen beherrschenden Einfluss tatsächlich ausübt oder nicht, vielmehr finden diese Vorschriften in beiden Fällen Anwendung.³²

aa) Einflussnahmemöglichkeiten des faktischen Konzerns

Durch den faktischen Konzern unterliegt die abhängige Gesellschaft einer rein tatsächlichen Einflussnahme durch das herrschende Unternehmen, in der Regel vermittelt durch eine Mehrheitsbeteiligung.³³ Da der faktische Konzern nicht Gegenstand einer gesetzlichen Regelung geworden ist, bestehen keine über die Ausübung der Stimmmehrheit hinausgehenden gesetzlichen Einflussrechte, insbesondere steht der herrschenden Gesellschaft kein Weisungsrecht (arg. § 308 Abs. 1 S. 1 AktG) zu.³⁴

Die Leitung der Aktiengesellschaft ist gekennzeichnet durch die Verpflichtung des Vorstands zur Führung der Geschäfte in eigener Verantwortung (§ 76 AktG). Dieses Prinzip behält auch im faktischen Aktienkon-

30 Siehe nur BGH, Urt. v. 06.03.2008, Rs. III ZR 298/05, NZG 2008, 831 ff.

31 Müller, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), AktG, § 311 Rn. 2; Grigoleit, in: ders. (Hrsg.), Aktiengesetz, 2020, § 311 Rn. 1.

32 Habersack, in: Emmerich/Habersack (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2019, § 311 AktG Rn. 9.

33 Paehler, Die Zulässigkeit des faktischen Konzerns, 1972, S. 15.

34 Heute allgemeine Ansicht, s. nur KG Berlin, Urt. v. 03.12.2002, Rs. 1 W 363/02, ZIP 2003, 1042, 1049; Gessler, in: Hefermehl/Gmür/Brox (Hrsg.), Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag, 1974, S. 145, 156; Lutter, in: Habersack/Hommelhoff/Fleischer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, 2011, S. 289, 294; Altmeyen, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2020, § 311 Rn. 404.

zern Geltung.³⁵ Neben der durch eine Mehrheit in der Hauptversammlung vermittelten Einflussnahmemöglichkeit, wodurch die herrschende Gesellschaft in sämtlichen Bereichen, in denen Kompetenzen der Hauptversammlung bestehen (z.B. §§ 101, 119 Abs. 2, 179, 182 AktG), lenkend tätig werden kann, gestattet § 311 AktG auch eine Einflussnahme auf die Willensbildung des Vorstands der faktisch abhängigen Aktiengesellschaft.³⁶ Demgegenüber weist das GmbHG keine § 76 AktG vergleichbare Vorschrift auf. Es besteht ein Hierarchiegefälle zugunsten der Gesellschafterversammlung, die den Geschäftsführern auf Gesellschafterbeschluss hin verbindliche Weisungen erteilen kann (§ 37 Abs. 1 GmbHG).³⁷ Die GmbH erweist sich insofern in ihrem Organisationsgefüge gegenüber der Aktiengesellschaft als offener für die Einflussnahme eines herrschenden Gesellschafters, kann dieser doch das Weisungsrecht nutzen, um die Durchsetzung seiner Geschäftspolitik verbindlich anzuordnen.

bb) Schutz im faktischen Konzern

Die Regelung des § 311 AktG zeigt, dass eine Einflussnahme auf die abhängige Gesellschaft auch im faktischen Konzern grundsätzlich zulässig ist. Verboten ist jedoch die Veranlassung zu solchen Maßnahmen, die sich für die abhängige Gesellschaft als nachteilig erweisen (§ 311 Abs. 1 AktG). Dieses Verbot relativiert das Gesetz unmittelbar selbst, indem es auch nachteilige Maßnahmen unter dem Vorbehalt des Ausgleichs spätestens zum Ende des Geschäftsjahrs (§ 311 Abs. 1 a.E., 2 AktG) zulässt. Adressat des Nachteilsausgleichs ist dabei die beherrschte Gesellschaft selbst.³⁸ Darüber hinaus erlaubt § 311 AktG keine umfassende Einflussnahme seitens der herrschenden Gesellschaft, hierfür ist der Abschluss eines Beherr-

35 *Elsner*, Die laufende Kontrolle der Tochtergesellschaften durch die Verwaltung der Muttergesellschaft, 2004, S. 85; *Krieger*, in: Hoffmann-Becking (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts - Band 4, 2020, § 70 Rn. 31; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Hrsg.), Aktiengesetz, 2021, § 311 Rn. 48.

36 Zum Begriff der Veranlassung statt vieler *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2019, § 311 AktG Rn. 22 ff.

37 Zu den Unterschieden hinsichtlich des Umfangs des Weisungsrechts s. unten § 4 III 1 b) bb) (2) (β) (αα).

38 Anders jedoch die Ausgleichsregelungen im Rahmen des Vertragskonzerns (§§ 303, 304, 305 AktG), bei denen die Betroffenen selbst Begünstigte der Regelung sind. Im Fall des faktischen Konzerns ist somit die Gesellschaft „dazwischengeschaltet“, *Strohn*, Die Verfassung der Aktiengesellschaft im faktischen Konzern, 1977, S. 12 f.

schungsvertrages (§ 291 Abs. 1 S. 1 Var. 1 AktG) notwendig. Der Einfluss darf vielmehr nur im Rahmen der Funktionsfähigkeit des Systems des Einzelausgleichs ausgeübt werden.³⁹ Die Einflussnahme muss sich somit immer in Einzelmaßnahmen unterteilen lassen.⁴⁰ Eine Einflussnahme in der Weise, dass eine Ausrichtung gänzlich im Interesse der herrschenden Gesellschaft erfolgt, ist somit nicht zulässig.

Neben dem Schutz des Nachteilsausgleichs sieht das Gesetz weitere Sicherungsrechte zugunsten der beherrschten Gesellschaft vor: Zur Sicherung des Ausgleichs des § 311 AktG dient der Schadensersatzanspruch der betroffenen Gesellschaft (§ 317 Abs. 1 S. 1 AktG) sowie etwaiger geschädigter Aktionäre (§ 317 Abs. 1 S. 2 AktG). Flankiert wird dieser Schutz durch das Erfordernis eines jährlichen Abhängigkeitsberichts durch die abhängige Gesellschaft (§ 312 AktG) sowie einer Prüfung durch einen Abschlussprüfer (§ 313 AktG).

b) Vertragskonzern

Im Gegensatz zum faktischen Konzern entsteht der Vertragskonzern nicht einseitig, durch die Erlangung tatsächlicher Herrschaftsmacht im Wege eines Mehrheitserwerbes. Vielmehr geht dem Vertragskonzern der Abschluss eines Unternehmensvertrages als „*legitimierender Rechtsakt*“⁴¹ voraus. Eine vertragliche Konzernierung gegen den Willen der beherrschten Gesellschaft ist somit nicht möglich.

aa) Formen und Bedeutung der Unternehmensverträge

In den §§ 291, 292 AktG hat der Gesetzgeber abschließend einige Vertragsformen als Unternehmensverträge qualifiziert und ihren Abschluss an bestimmte Wirksamkeitsvoraussetzungen gebunden. Dabei unterscheiden

39 Habersack, in: Emmerich/Habersack (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2019, § 311 AktG Rn. 9.

40 Zur Rechtswidrigkeit von nicht quantifizierbaren und daher dem Einzelausgleich nicht zugänglichen Maßnahmen OLG Köln, Urt. v. 15.01.2009, Rs. 18 U 205/07, AG 2009, 416, 419; OLG Jena, Urt. v. 25.04.2007, Rs. 6 U 947/05, AG 2007, 785, 787; Koppensteiner, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Komm AktG, 2019, § 311 Rn. 89; Krieger, in: Hoffmann-Becking (Hrsg.), Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts - Band 4, 2020, § 70 Rn. 84.

41 Liebscher, Konzernbildungskontrolle, 1995, S. 24.

sich die aufgeführten Unternehmensverträge sowohl hinsichtlich ihres Inhalts als auch der Intensität der Unternehmensverbindung teils erheblich.

(1) Unternehmensverträge des § 291 AktG

(α) Beherrschungsvertrag, § 291 Abs. 1 S. 1 Var. 1 AktG

Besteht zwischen zwei Unternehmen ein Beherrschungsvertrag, so ist das herrschende Unternehmen gem. § 308 Abs. 1 S. 1 AktG zur Erteilung von Weisungen an das Leitungsorgan der abhängigen Gesellschaft befugt. Als Weisung gilt dabei jede Maßnahme des herrschenden Unternehmens, durch die es Einfluss auf die Leitungsorgane des abhängigen Unternehmens nehmen will.⁴² Entscheidend ist, dass es sich aus Sicht der abhängigen Gesellschaft um eine verbindliche Handlungsanweisung und nicht bloß um eine Empfehlung oder einen Ratschlag handelt.⁴³ Der Beherrschungsvortrag dient dazu, eine enge Bindung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft herbeizuführen, so dass, falls erforderlich, jegliche Handlung der Tochter auf die Interessen der Obergesellschaft abgestimmt werden kann.⁴⁴

Das Gesetz privilegiert die Einflussnahme durch das herrschende Unternehmen gegenüber dem faktischen Konzern, indem § 308 Abs. 1 S. 2 AktG auch für die beherrschte Gesellschaft nachteilige Weisungen zulässt, wenn sie den Belangen des herrschenden Unternehmens oder anderen konzernverbundenen Unternehmen dienen. Somit schafft der Beherrschungsvertrag umfassend die Möglichkeit der Beeinflussung der Geschäftsführung im Interesse der Unternehmensgruppe – unabhängig von den Auswirkungen auf das beherrschte Unternehmen.⁴⁵ Sollte sich eine Maßnahme somit

42 Statt vieler *Koch*, in: Hüffer/Koch (Hrsg.), Aktiengesetz, 2021, § 308 Rn. 10; *Altmeyen*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2020, § 308 Rn. 9.

43 *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2019, § 308 AktG Rn. 23.

44 *Altmeyen*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2020, § 291 Rn. 54 bezeichnet den Beherrschungsvertrag als „Möglichkeit legaler Ursupation“.

45 Für Nachweise bei der GmbH, s. nur *Lieder/Hoffmann*, GmbHR 2019, 1261, 1264; *Servatius*, in: Michalski/Heidinger/Leible u.a. (Hrsg.), GmbHG, 2017, Systematische Darstellung 4 Rn. 31; *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), GmbHG, 2020, Anhang zu § 13 Rn. 46. Einige Autoren lassen für die Indienstnahme einer GmbH im Sinne des Konzerninteresses auch eine einstimmige Satzungsänderung genügen (m. w. Nw. *Altmeyen*, in: ders. (Hrsg.), GmbHG, 2021, Anhang § 13 GmbHG Rn. 22). Mangels höchstrichterlicher Entscheidung und

für die beherrschte Gesellschaft als individuell nachteilig erweisen, jedoch dem Konzern in seiner Gesamtheit nutzen, ist eine entsprechende Weisung der Konzernmutter zulässig (vgl. § 308 Abs. 2 S. 2 AktG).

Die herrschende Gesellschaft bleibt jedoch darauf verwiesen, ihren Einfluss mittelbar durch das Leitungsorgan der beherrschten Gesellschaft geltend zu machen. Der Beherrschungsvertrag räumt gerade keine unmittelbaren Eingriffsrechte ein.⁴⁶ So besteht beispielsweise seitens der Muttergesellschaft keine Vertretungsbefugnis für die Tochtergesellschaft, diese handelt vielmehr stets und ausschließlich durch ihre eigenen Organe.⁴⁷

Damit dennoch eine hinreichende Einflussnahme gewährleistet ist, sieht das Gesetz in § 308 Abs. 2 S. 1 AktG eine Befolgungspflicht der Weisung durch das Leitungsorgan der beherrschten Gesellschaft vor. Einzig Weisungen, von denen offensichtlich ist, dass sie den Belangen der Muttergesellschaft oder dem Konzerninteresse nicht dienen, müssen nicht befolgt werden (§ 308 Abs. 2 S. 2 AktG). Diese gesetzlich festgehaltene Befolgungspflicht stellt einen erheblichen qualitativen Unterschied zum faktischen Konzern dar, bei dem das Prinzip der eigenverantwortlichen Leitung (§ 76 AktG) weiterhin gilt und das Leitungsorgan mithin nicht verpflichtet ist, die Anordnungen des herrschenden Unternehmens zu befolgen.⁴⁸

Im Aktienrecht begründet der Beherrschungsvertrag ein Weisungsrecht, er wirkt somit zuständigkeitsbegründend. Demgegenüber stellt sich der Beherrschungsvertrag im GmbH-Konzernrecht als zuständigkeitsverschiebend dar: Die Weisungsbefugnis der Gesellschafterversammlung wird auf die herrschende Gesellschaft übertragen, sodass keine zusätzliche Zuständigkeit begründet wird. Es wird vielmehr ein wirksames Lenkungsinstrument außerhalb der Gesellschafterversammlung geschaffen.⁴⁹

aufgrund der gewichtigen (herrschenden) Gegenstimmen ist jedoch zumindest aus Gründen der Rechtssicherheit zum Abschluss eines Beherrschungsvertrages zu raten. Insbesondere bei drohenden Konflikten mit einer Gesellschafterminderheit besteht durch den Beherrschungsvertrag eine sichere Möglichkeit zur Interessensdurchsetzung.

46 BGH, Urt. v. 14.05.1990, Rs. II ZR 122/89, ZIP 1990, 859, 860.

47 BGH, Urt. v. 14.05.1990, Rs. II ZR 122/89, AG 1990, 459, 460; OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 11.04.2018, Rs. 13 U 31/16, AG 2018, 635, 636; *Kantzas*, Das Weisungsrecht im Vertragskonzern, 1988, S. 67.

48 Mit weiteren Nachweisen *Müller*, in: *Spindler/Stilz* (Hrsg.), AktG, § 311 Rn. 125.

49 *Kort*, Der Abschluss von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen in GmbH-Recht, 1986, S. 47.

(β) Gewinnabführungsvertrag, § 291 Abs. 1 S. 1 Var. 2 AktG

Durch einen Gewinnabführungsvertrag verpflichtet sich die beherrschte Gesellschaft, ihren gesamten Jahresgewinn an das herrschende Unternehmen abzuführen. Ein Weisungsrecht, wie beim Beherrschungsvertrag, wird demgegenüber nicht begründet.

(αα) Tatbestand der Gewinnabführung

Das Gesetz selbst sieht keine Definition des Begriffs „ganzer Gewinn“ vor. Der abzuführende Betrag ist jedoch durch die Gesetzessystematik in zweierlei Hinsicht, sowohl nach oben als auch unten, reglementiert: Gemäß § 301 S. 1 AktG kann die beherrschte Gesellschaft als Höchstbetrag maximal den ohne die Gewinnabführung entstehenden Jahresüberschuss abführen, vermindert um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr und um den Betrag, der nach § 300 AktG in die gesetzliche Rücklage einzustellen bzw. nach § 268 Abs. 8 HGB von der Ausschüttung gesperrt ist.

Durch die Regelung des Teilgewinnabführungsvertrag in § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG, der die beherrschte Gesellschaft zur Abführung lediglich „eines Teiles ihres Gewinnes“ verpflichtet, stellt das Gesetz zudem klar, dass kein Gewinnabführungsvertrag vorliegt, sollte der beherrschten Gesellschaft nach Abführung ein Rest ihres Jahresgewinns verbleiben. Somit wird für den Fall des Bestehens eines Gewinnabführungsvertrages in der endgültigen Handelsbilanz der beherrschten Gesellschaft kein Gewinn mehr ausgewiesen.⁵⁰ Der abzuführende Gewinn wird unter Berücksichtigung der handelsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften in einer Vorbilanz ermittelt und entspricht dem Jahresüberschuss nach § 275 Abs. 2 Nr. 17 bzw. Abs. 3 Nr. 16 HGB.⁵¹

Eine Gegenleistung der herrschenden Gesellschaft für die Abführung des Gewinns im Sinne eines Austauschverhältnisses sieht das Gesetz nicht vor. Aufgrund der mit Vertragsschluss entstehenden Verpflichtung zur Verlustübernahme (§ 302 AktG), die für den Fall eines Jahresfehlbetrags eine Ausgleichspflicht der herrschenden Gesellschaft vorsieht, handelt es

50 Statt vieler *Altmeyden*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2020, § 291 Rn. 145.

51 *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack* (Hrsg.), *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 2019, § 291 AktG Rn. 64.

sich um einen *Ergebnisabführungsvertrag*.⁵² Die Fälligkeit des Gewinnabführungsanspruchs ist gesetzlich nicht geregelt. Haben die Vertragsparteien diesbezüglich keine Regelung getroffen, ist im Wege der Auslegung des Vertrages davon auszugehen, dass die Fälligkeit erst mit Feststellung des Jahresabschlusses (und nicht bereits am Bilanzstichtag) eintritt.⁵³ Aufgrund der steuerrechtlichen Bedeutung des Gewinnabführungsvertrages⁵⁴ wird ein Gewinnabführungsvertrag in der Regel für eine Mindestdauer von fünf Jahren abgeschlossen (§ 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KStG).

(ββ) Rechtliche Auswirkungen des Gewinnabführungsvertrages

Im Gegensatz zum Beherrschungsvertrag hat der (isolierte) Gewinnabführungsvertrag keinen Einfluss auf Leitungsentscheidungen. Auf die Gewinnerzielung sowie Ergebnisfeststellung kann nur eingewirkt werden, wenn zusätzlich ein Beherrschungsvertrag abgeschlossen wird. Somit bleibt die herrschende Gesellschaft bezüglich der Einflussnahme auf ihre Rechte aus dem faktischen Konzern verwiesen.

Dennoch ist auch der Gewinnabführungsvertrag als ein „*Akt gesellschaftsrechtlicher Natur*“⁵⁵ zu sehen: Da dieser die Entstehung ausschüttungsfähigen Gewinns verhindert, findet der Prozess der Gewinnverwendung nicht mehr statt. Zunächst können Vorstand und Aufsichtsrat mit der Feststellung des Jahresabschlusses nicht mehr darüber entscheiden, ob ein Teil des Jahresüberschlusses thesauriert, also in eine Gewinnrücklage eingestellt werden soll (§ 58 Abs. 2, 2a AktG). Weiterhin entfällt die Kompetenz der Hauptversammlung, frei über den festgestellten Gewinn zu entscheiden (§ 174 Abs. 1 AktG). Entsteht niemals ein ausschüttungsfähiger Gewinn, so entwertet dies zusätzlich das Gewinnbezugsrecht (§ 58 Abs. 4 AktG) der Aktionäre.

52 So die geläufige Terminologie, s. nur *Henrichs*, ZHR 2010, 683, 686.

53 OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 29.09.2009, Rs. 5 U 107/08, AG 2010, 408 ff.

54 Dazu sogleich unten § 4 I 2 b) aa) (1) (δ).

55 *Kort*, Der Abschluss von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen in GmbH-Recht, 1986, S. 87.

(γ) Bindung an die Kapitalerhaltung

Gleichzeitig befreit der Gesetzgeber im Rahmen von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen die beiden konzernierten Unternehmen bei Geschäftstätigkeiten im Verbund von der Einhaltung der Kapitalbindungs- und -erhaltungsvorschriften (§ 291 Abs. 3 / § 57 Abs. 1 S. 3 AktG; § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG). Der Gesetzgeber begründete diese Ausnahme damit, dass es den Gesellschaften erleichtert werden solle, innerhalb der Konzerngesellschaften wirtschaftlich sinnvolle Leistungsbeziehungen zu unterhalten und abzuwickeln.⁵⁶ Sollte die herrschende Gesellschaft als Gesellschafter am beherrschten Unternehmen – was in der Regel der Fall sein wird – beteiligt sein, würden ansonsten sämtliche Leistungen von der Tochter- an die Muttergesellschaft gegen die Vorschriften der Kapitalerhaltung verstoßen. Durch diese gesetzliche Privilegierung der Vermögensverschiebung innerhalb des Vertragskonzerns wird somit eine enge Zusammenarbeit der verbundenen Unternehmen ermöglicht. Im Ergebnis ist bei Bestehen eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages „jeglicher – unmittelbarer oder mittelbarer – Vermögenstransfer“ von der Tochter- an die Muttergesellschaft zulässig.⁵⁷

(δ) Steuerliche Bedeutung der Unternehmensverträge des § 291 AktG

Neben den geschilderten gesellschaftsrechtlichen Auswirkungen der Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge bedarf ihre Bedeutung in steuerrechtlicher Hinsicht ebenfalls kurzer Würdigung: Der Hauptgrund für den Abschluss der Unternehmensverträge i. S. d. § 291 AktG wird nach wie vor in der mit ihrem Abschluss verbundenen Begründung der steuerlichen Organschaft gesehen.⁵⁸ Auf Grundlage der körperschaft- und gewerbesteuerlichen Organschaft ist eine Verrechnung der Gewinne und

56 Gesetzesbegründung im Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, BT-Drucks. 16/6140, S. 41.

57 *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack* (Hrsg.), *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 2019, § 291 AktG Rn. 77.

58 *Lieder/Hoffmann*, *GmbHR* 2019, 1261; *Mülbert*, in: *Hirte/Mülbert/Roth* (Hrsg.), *Großkommentar AktG*, 2015, § 291 Rn. 8; *Koch*, in: *Hüffer/Koch* (Hrsg.), *Aktiengesetz*, 2021, § 291 Rn. 3; *Krieger*, in: *Hoffmann-Becking* (Hrsg.), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts - Band 4*, 2020, § 80 Rn. 2; *Verse*, in: *Henssler/Strohn* (Hrsg.), *Gesellschaftsrecht*, 2021, Anhang § 13 GmbHG Rn. 61; *Liebscher*, in: *Münchener Kommentar zum GmbHG*, 2022, Anhang § 13 GmbHG Rn. 721.

Verluste innerhalb eines Organkreises möglich (§§ 14, 17 KStG, § 2 Abs. 2 S. 2 GewStG).⁵⁹ Durch den Abschluss von Organschaftsverträgen soll somit eine „einheitliche“ Besteuerung aller Konzerngesellschaften erreicht werden.⁶⁰ Seit § 14 Abs. 1 Nr. 1 KStG in seiner neuen Fassung nur noch einen Gewinnabführungsvertrag sowie die finanzielle Eingliederung fordert,⁶¹ erlitt der Beherrschungsvertrag, der in der alten Fassung noch die unwiderlegbare Vermutung für die organisatorische Eingliederung (§§ 14 Nr. 2, 17 KStG aF) begründete, in steuerrechtlicher Hinsicht einen Bedeutungsverlust.⁶² Jedoch führte dies nicht dazu, dass in der Praxis keine kombinierten Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge mehr abgeschlossen werden. Erst durch den Beherrschungsvertrag ist eine Beeinflussung der Leitungsorgane der abhängigen Gesellschaft möglich. Durch die auch weiterhin erfolgenden Vertragsschlüsse kombinierter Organschaftsverträge⁶³ zeigt sich, dass auch und primär gesellschaftsrechtliche Gründe im Vordergrund eines Unternehmensvertragsschlusses stehen.

Rückt nun die gesellschaftsrechtliche Wirkung in den Vordergrund, führte die Änderung des KStG dennoch nicht zur steuerrechtlichen Irrelevanz des Beherrschungsvertrages. Einerseits kann dieser zur Herbeiführung einer umsatzsteuerlichen Organschaft genutzt werden.⁶⁴ Andererseits kann es auch durchaus im Interesse der Konzernobergesellschaft sein, Einfluss auf die beherrschte Gesellschaft zu nehmen ohne Begründung eines (ertragsteuerlichen) Organkreises.⁶⁵

59 Dazu ausführlich *Boor*, RNotZ 2017, 65, 68 f.

60 *Veil*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), AktG, § 291 Rn. 18.

61 Die Änderung erfolgte durch das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz vom 20.12.2001 (UntStFG, BGBl. 2001 I, S. 3858) und Steuervergütigungsabbau-gesetz vom 16.05.2003 (StVergAbG, BGBl. 2003 I, S. 660).

62 Zur Lage nach der Anpassung des Steuerrechts *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden (Hrsg.), GmbHG, 2005, Anhang § 13 Rn. 18.

63 So veränderten sich die Zahlen des Abschlusses eines kombinierten Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages seit 1995 weder für die AG (durchschnittlich circa 100 Handelsregisterbekanntmachungen) noch die GmbH (durchschnittlich circa 3000 Handelsregisterbekanntmachungen), *Lieder/Hoffmann*, AG 2020, R172-R176, R172 f.

64 Der Beherrschungsvertrag führt eine organisatorische Eingliederung i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG herbei, die Voraussetzung einer umsatzsteuerlichen Organschaft ist, BFH, Urt. v. 10.05.2017, Rs. V R 7/16, DStR 2017, 1653 ff. Bei der Beurteilung der steuerrechtlichen Relevanz ist jedoch zu beachten, dass sich die organisatorische Eingliederung auch auf anderem Wege erreichen lässt, s. dazu näher *Lieder/Hoffmann*, GmbHR 2019, 1261, 1271.

65 *Lieder/Hoffmann*, GmbHR 2019, 1261, 1266 führen das Beispiel der vororgan-schaftlichen Verluste an: Die sofortige Begründung einer Organschaft mittels