

**Drittes Buch**  
**Verbundene Unternehmen\***

**ERSTER TEIL**

**Unternehmensverträge**

**ERSTER ABSCHNITT**

**Arten von Unternehmensverträgen**

**Vorbem zu §§ 291 ff**

*Übersicht*

	Rn		Rn
I. Gegenstand der §§ 291–299 . . . . .	1	<b>VI. Internationales Konzernrecht</b>	
II. §§ 291 Abs 1, 292 Abs 1: Unternehmensvertragsstypenumschreibungen . . . . .	2	1. Unternehmensverträge der §§ 291 Abs 1, 292 Abs 1 . . . . .	24
III. Unternehmensverträge als strukturänderungsgestaltende Schuldverträge . . . . .	4	a) Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge (§ 291 Abs 1) . . . . .	25
IV. Numerus clausus der Unternehmensvertragsstypen . . . . .	7	aa) AG/KGaA als vertragstypisch verpflichtete Partei . . . . .	25
V. Europäisches Konzernrecht		bb) Ausländische Gesellschaft als vertragstypisch verpflichtete Partei . . . . .	27
1. Rechtsangleichung der nationalen Konzernrechte . . . . .	10	b) Unternehmensverträge des § 292 Abs 1 . . . . .	29
2. Konzernrecht der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) . . . . .	16	2. Faktische Konzerne . . . . .	30
a) SE im Vertragskonzern . . . . .	17	3. Gleichordnungskonzerne . . . . .	31
b) SE bei Unternehmensverträgen des § 292 . . . . .	20		
c) SE im faktischen Konzern . . . . .	21		

**Schrifttum**

**I. Allgemeine Literatur**

*Altmppen* Die historischen Grundlagen des Konzernrechts, in: Bayer/Habersack (Hrsg), Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd II, S 1027; *ders* Interessenkonflikte im Konzern, ZHR 171 (2007), 320; *Bälz* Einheit und Vielheit im Konzern, in: FS Raiser, 1974, S 287; *ders* Verbundene Unternehmen, AG 1992, 277; *Bayreuther* Wirtschaftlich-existentiell abhängige Unternehmen im Konzern-, Kartell- und Arbeitsrecht, 2001; *M Becker* Die Behandlung des Konzerns nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen im deutschen Recht, in: Mestmäcker/Behrens (Hrsg), S 419; *Beuthien* Konzernbildung und Konzernleitung kraft Satzung, ZIP 1993, 1589; *Binder* Beteiligungsführung in der Konzernunterneh-

\* Herrn Alexander Wilhelm, Herrn Dr. Frank Weißhaupt, Herrn Carsten Tauber, Herrn Dr. Benedikt Schmitz, Frau Eva Bernauer sowie Frau stud.jur. Katharina Niemz und

Herrn stud.jur. Christopher Kuhn und dem übrigen Lehrstuhlteam danke ich für vielfältige engagierte Unterstützung.

mung, 1994; *ders* Beteiligungsstrategien in der Konzernpraxis, AG 1994, 391; *Böhm* Die Kapitalgesellschaft als Instrument der Unternehmenszusammenfassung, in: Mestmäcker (Hrsg), Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, S 295; Bundesministerium für Justiz (Hrsg), Bericht über Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, 1980; *Bühler* Die Rechtsformen der Konzentration und ihre Wertung NJW 1969, 609; *Buxbaum* Extension of Parent Company Shareholders Rights to Participate in the Governance of Subsidiaries, The American Journal of Comparative Law 1983, 511; *Debus* Haftungsregelungen im Konzernrecht – eine ökonomische Analyse, 1990; *Decher* Das Konzernrecht des Aktiengesetzes – Bestand und Bewahrung, ZHR 171 (2007), 126; *Dettling* Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965, 1997; *Ebenroth* Die verdeckten Vermögenszuwendungen im transnationalen Unternehmen, 1979; *Escher-Weingart* Reform durch Deregulierung im Kapitalgesellschaftsrecht, 2000; *Flume* Die abhängige Aktiengesellschaft und die Aktienrechtsreform, Betrieb 1959, 190; *ders* Grundfragen der Aktienrechtsreform, in: Gesammelte Schriften, Bd II, 1988, S 123; *ders* Die konzernrechtliche Gestaltung im Aktienrecht, in: Gesammelte Schriften, Bd II, 1988, S 169; *Friedlaender* Konzernrecht unter Berücksichtigung der amerikanischen Praxis, 2. Aufl 1954; *Görling* Die Verbreitung zwei- und mehrstufiger Unternehmensverbindungen, AG 1993, 538; *ders* Die Konzernhaftung in mehrstufigen Unternehmensverbindungen, 1998; *Großfeld* Transnationale Unternehmensverfassung?, ZGR 1987, 504; *ders* Internationales und Europäisches Unternehmensrecht 2. Aufl 1995; *Harms* Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1968; *Hofstetter* Sachgerechte Haftung für multinationale Konzerne, 1995; *Hommelhoff* Gesellschaftsformen als Organisationselemente im Konzernaufbau, In: Mestmäcker/Behrens (Hrsg), S 91; *Hommelhoff/Hopt/Lutter* (Hrsg), Konzernrecht und Kapitalmarktrecht, 2001; *Horn* Verträge über internationale Unternehmenszusammenschlüsse, FS Lutter, 2000, S 1113; *Immenga* Konzernverfassung ipso facto oder durch Vertrag?, EuR 13 (1978), 242; *ders* Abhängige Unternehmen und Konzerne im europäischen Gemeinschaftsrecht, RabelsZ 48 (1984), 48; *Kalfass* Ökonomische Analyse der Konzernbildung, in: Mestmäcker/Behrens (Hrsg), S 19; *Kalss* Alternativen zum deutschen Aktienkonzernrecht, ZHR 171 (2007), 146; *Kindler* Hauptfragen des Konzernrechts in der internationalen Diskussion, ZGR 1997, 449; *Klausing* Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien nebst Einführungsgesetz und amtlicher Begründung, 1937; *Kolvenbach* Bhopal-Storm over Multinationals?, ZGR 1986, 47; *Koppensteiner* Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht, 1971; *Lutter* Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa, ZGR 1987, 324; *ders* Europäisches Unternehmensrecht, 4. Aufl 1996; *Eyles* Die Leitung europäischer Konzerne als Ausfluß der Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften, in: Hensler ua (Hrsg), Europäische Integration und globaler Wettbewerb, 1993, S 407; *Nörr* Zur Entwicklung des Aktien- und Konzernrechts während der Weimarer Republik, ZHR 150 (1986), 155; *Ordelheide* Der Konzern als Gegenstand betriebswirtschaftlicher Forschung, BFuP 38 (1986), 293; *Prantl* Konzernbildung, Konzernrecht und Minderheitenschutz in Deutschland, 1994; *Prühs* Gesellschaftsrechtliche Probleme internationaler Unternehmen, AG 1973, 395; *Rasch* Das Ergebnis der Konzentrationsenquete, WuW 1964, 813; *Rehbinder* Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, 1969; *Rosendorff* Die rechtliche Organisation der Konzerne, 1927; *Schanze* Konzernspezifischer Gläubigerschutz: Vergleich der Regelungsansätze, in: Mestmäcker/Behrens (Hrsg), Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, 1991, S 473; *Schatz* Die Sicherung des Gesellschaftsvermögens und der Gläubigerinteressen im deutschen Konzernrecht, 1980; *Scheffler* Zur Problematik der Konzernleitung, in: FS Goerdeler, 1987, S 469; *ders* Controlling im Konzern und Beachtung der rechtlichen Regeln für die Eigenständigkeit der konzernabhängigen juristischen Personen, AG 1991, 256; *Schenk* Konzernbildung, Interessenkonflikte und ökonomische Effizienz, 1997; *K Schmidt* Das Konzernbild des deutschen Aktiengesetzes: ein Gruppenbild? – Erfolgsgeheimnis und Wirkungsgrenzen der §§ 15 ff, 298 ff AktG, in: FS Rokas, 2012, S 893; *U H Schneider* Konzernleitung als Rechtsproblem, BB 1981, 249; *ders* Der Konzern als Rechtsform für Unternehmen, in: Mestmäcker/Behrens (Hrsg), Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, 1991, S 563; *Sonnenschein* Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, 1976; *Spindler* Recht und Konzern, 1993; *Studienkommission des Deutschen Juristentages* Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts, 1967; *Theisen* Vorüberlegungen zu einer Konzernunternehmenslehre, DBW 48 (1988), 279; *ders* Controlling und Konzernrecht, AG 1991, 262; *ders* Der Konzern, 2. Aufl, 2000; *Veelken* Der Schutz der Minderheitsgesellschafter in der abhängigen Gesellschaft in rechtsvergleichender Sicht, in: Mestmäcker/Behrens (Hrsg), Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internatio-

nalen Vergleich, 1991, S 505; *Wackerbarth* Grenzen der Leitungsmacht in der internationalen Unternehmensgruppe, 2001; *Westermann* Grundfragen der Rechtsfortbildung im Aktienkonzernrecht, in: FS Pleyer, 1986, S 421; *Wiedemann* The German Experience with the Law of Affiliated Enterprises, in: Hopt (Hrsg), Groups of Companies in European Law, 1982, S 21; *Wiedemann/Hirte* Konzernrecht, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, S 337; *Würdinger* Betrachtungen zur Regelung der Konzernverfassung im Entwurf eines Aktiengesetzes, Betrieb 1958, 1447.

## II. EU-Konzernrecht (V.1.)

*Forum Europaeum Konzernrecht* Konzernrecht für Europa, ZGR 1998, 672; *Gäbelein* Überlegungen zur Gestaltung eines europäischen Konzernrechts, in: FS Quack, 1991, S 211; *Gause* Europäisches Konzernrecht im Vergleich, 2000; *Gleichmann* Bericht über die Arbeiten zur normativen Erfassung des Problems der verbundenen Unternehmen, insbesondere der Konzerne, bei der europäischen Rechtsangleichung und im Rahmen der Schaffung Europäischen Gesellschaftsrechts, in: Mestmäcker/Behrens (Hrsg), Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, 1991, S 581; *Großfeld* Europäisches Gesellschaftsrecht, WM 1992, 2121; *Hauschka* Entwicklungslinien und Integrationsfragen der gesellschaftsrechtlichen Akttypen des Europäischen Gemeinschaftsrechts, AG 1990, 85; *Hommelhoff* Zum revidierten Vorschlag für eine EG-Konzernrichtlinie, in: FS Fleck, 1988, S 125; *ders* Konzernrecht für den europäischen Binnenmarkt, ZGR 1992, 121; *ders* Zwölf Fragen zum Konzernrecht in Europa, ZGR 1992, 422; *Hopt* (Hrsg), Groups of Companies in European Law, 1982; *ders* Europäisches Konzernrecht, in: FS Volhard, 1996, S 74; *ders* Konzernrecht: Die europäische Perspektive, ZHR 171 (2007), 199; *Koppensteiner* Das Konzernrecht des EWG-Verordnungsentwurfs über eine europäische Aktiengesellschaft aus kollisionsrechtlicher Sicht, RIW/AWD 1970, 433; *Langen* Der Vorschlag des Europäischen Konzernrechts zur Haftung eines herrschenden Unternehmens, ZRP 1978, 10; *Lübking* Ein einheitliches Konzernrecht für Europa, 2000; *Lutter* Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa, ZGR 1987, 324; *ders* Europäisches Unternehmensrecht, 4. Aufl 1996; *Neye* Gemeinschaftsrecht und Recht der verbundenen Unternehmen, ZGR 1995, 191; *Nowotny* Die konzernrechtlichen Vorgaben des europäischen Gesellschaftsrechts, in: Koppensteiner (Hrsg), Österreichisches und Europäisches Wirtschaftsrecht, Teil 1, 1994, S 395; *Slagter* Einheitliches Konzernrecht in Europa?, ZGR 1992, 401.

## III. Konzernrecht der SE (V.2.)

*Brandi* Die Europäische Aktiengesellschaft im deutschen und internationalen Konzernrecht, NZG 2003, 889; *Ebert* Das anwendbare Konzernrecht der Europäischen Aktiengesellschaft, BB 2003, 1854; *Habersack* Das Konzernrecht der „deutschen“ SE, ZGR 2003, 724; *Hauschka* Kontinuität und Wandel im Statut für die Europäische Aktiengesellschaft SE (1989), EuZW 1990, 181; *Hommelhoff* Zum Konzernrecht in der europäischen Aktiengesellschaft, AG 2003, 179; *Jaecks/Schönborn* Die Europäische Aktiengesellschaft, das Internationale und das deutsche Konzernrecht, RiW 2003, 254; *Lächler/Oplustil* Funktion und Umfang des Regelungsbereichs der SE-Verordnung, NZG 2005, 381; *Maul* Die faktisch abhängige SE im Schnittpunkt zwischen deutschem und europäischem Recht, 1998; *dies* in: Theisen/Wenz (Hrsg), Europäische Aktiengesellschaft, 2005, S 465; *Veil* Das Konzernrecht der europäischen Aktiengesellschaft, WM 2003, 2169; *Würdinger* Das Konzernrecht des Statuts für Europäische Aktiengesellschaften, Betrieb 1975, 1733.

## IV. Internationales Konzernrecht (VI.)

*Bache* Der internationale Unternehmensvertrag nach deutschen Kollisionsrecht, 1969; *Baierlipp* Die Haftung der Muttergesellschaft eines multinationalen Konzerns für die Verbindlichkeiten ihrer ausländischen Tochtergesellschaft, 2002; *Bärwaldt/Schabacker* Wirksamkeitserfordernisse grenzüberschreitender Unternehmensverträge i.S.d. § 291 AktG, AG 1998, 182; *Bauschatz* Internationale Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge, Der Konzern 2003, 805; *W Bayer* Der grenzüberschreitende Beherrschungsvertrag, 1988; *Behrens* Konzernsachverhalte im internationalen Recht, SZIER 2002, 79; *Beitzke* Internationalrechtliches zur Gesellschaftsfusion, in: FS Hallstein, 1966, S 14; *ders* Zur Entwicklung des internationalen Konzernrechts, ZHR 138 (1974), 533; *Bernstein/Koch* Internationaler Konzern und Unternehmensverträge, 1969; *Bicker* Gläubigerschutz in der grenzüberschreitenden Konzerngesellschaft, 2007; *Brauer* Kollisionsrechtliche Probleme der Konzerne und Unternehmensverträge, 1969; *Braun* Joint Ventures im amerikanischen und deutschen

internationalen Privatrecht, 2000; *Brunner*, Aspekte des internationalen Konzernrechts – eine Fallstudie, in: FS Siehr, 2000, S 113; *Ebenroth* Konzernkollisionsrecht im Wandel außenwirtschaftlicher Ziele, 1978; *Ebenroth/Offenloch* Kollisionsrechtliche Untersuchung grenzüberschreitender Ausgliederungen, RIW 1997, 1; *Einsele* Kollisionsrechtliche Behandlung des Rechts verbundener Unternehmen, ZGR 1996, 40; *Feddersen* Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge über die Grenze, in: U H Schneider (Hrsg), Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, 1989, S 127; *Göthel* Joint Ventures im internationalen Privatrecht, 1999; *ders* Internationales Privatrecht des Joint Ventures, RIW 1999, 566; *Großfeld/Kötter* Zum Internationales Privatrecht des Gleichordnungskonzerns, IPRax 1983, 60; *Hahn* Grenzüberschreitende Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge, IPRax 2002, 107; *Immenga* Internationales Konzernrecht – deutsche Perspektiven, in: Nobel (Hrsg), Internationales Gesellschaftsrechts, 1998, S 117; *Immenga/Klocke* Konzernkollisionsrecht, ZSchwR 92 (1973), 27; *Kaiser* Weltweite Haftung transnationaler Unternehmen für Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaften, RIW/AWD 1988, 589; *Keck* Nationale und internationale Gleichordnungskonzerne im deutschen Konzern- und Kollisionsrecht, 1998; *Klocke* Deutsches Kollisionsrecht und seine Substitutionsprobleme, 1974; *Kronke* Grenzüberschreitende Personengesellschaftskonzerne – Sachnormen und Internationales Privatrecht, ZGR 1989, 473; *Luchterhandt* Deutsches Konzernrecht bei grenzüberschreitenden Konzernverbindungen, 1971; *Mann* Bemerkungen zum internationalen Privatrecht der Aktiengesellschaft und des Konzerns, in: FS Barz, 1974, S 219; *Maul* Probleme im Rahmen von grenzüberschreitenden Unternehmensverbindungen, NZG 1999, 741; *Meilicke* Korporative Versklavung deutscher Aktiengesellschaften durch Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge gegenüber inländischen und ausländischen Unternehmen, in: FS Hirsch, 1968, S 99; *Mestmäcker/Behrens* (Hrsg), Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, 1991, S 473; *Neumayer* Betrachtungen zum internationalen Konzernrecht, ZVglRWiss 1984, 129; *Prübs* Gesellschaftsrechtliche Probleme internationaler Unternehmen, AG 1973, 395; *Robr* Der Konzern im IPR unter besonderer Berücksichtigung des Schutzes der Minderheitsaktionäre und der Gläubiger, 1983; *Selzner/Sustmann* Der grenzüberschreitende Beherrschungsvertrag, Der Konzern 2003, 85.

## I. Gegenstand der §§ 291–299

- 1 Mit den Normen des ersten Abschnitts des Dritten Buches wollte der Gesetzgeber der Aktienrechtsreform 1965 ein einheitliches Konzern(vertrags)recht schaffen. Die mit „Unternehmensverträge“ überschriebenen §§ 291–299 enthalten das Recht der **vertraglichen Unternehmensverbindungen**. In vier Abschnitte untergliedert regeln sie die folgenden Gegenstände: Arten von Unternehmensverträgen (§§ 291–292), Abschluss, Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen (§§ 293–299), Sicherung der Gesellschaft und der Gläubiger (§§ 300–303), Sicherung der außenstehenden Aktionäre bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen (§§ 304–307). Thematisch zugehörig ist ferner der erste Abschnitt des zweiten Teils (§§ 308–310), der besondere Bestimmungen zu Leitungsmacht und Verantwortlichkeit unter Konkretisierung des in § 291 Abs 1 S 1 Alt 1 beschriebenen Vertragsinhalts implementiert<sup>1</sup>.

## II. §§ 291 Abs 1, 292 Abs 1: Unternehmensvertragstypenumschreibungen

- 2 Der vom AktG 1965 neu eingeführte Begriff „Unternehmensverträge“ fungiert als **Sammelbezeichnung**<sup>2</sup> für die in den §§ 291, 292 aufgeführten Vertragstypen. Eine klassifikatorische Begriffsdefinition oder die Beschreibung eines Vertragstypus im Sinne eines

<sup>1</sup> Hüffer<sup>10</sup> § 308, 1.

<sup>2</sup> Begründung RegE in: *Kropff* AktG, S 376.

rechtlichen Strukturtypus soll dieser Begriff trotz der an eine Definition gemahnenden Eingangsformulierung der §§ 291 Abs 1 Satz 1, 292 Abs 1 „Unternehmensverträge sind ...“ aber nicht leisten. Denn als einzige Gemeinsamkeit aller Vertragstypen der §§ 291, 292 erkannte der Gesetzgeber, dass der Abschluss dieser Verträge mit besonderen Sicherungen für die Aktionäre und Gläubiger verbunden sei; eine Änderung der Struktur des Unternehmens trete nur typischerweise, nicht aber in jedem Einzelfall ein.<sup>3</sup>

Was die verschiedenen **Arten** von Unternehmensverträgen anbelangt, sind die §§ 291 Abs 1, 292 Abs 1 formal ebenfalls als Definitionsnormen konzipiert. Deren jeweilige Begriffsmerkmale liefern gleichwohl keine klassifikatorische Definition der verschiedenen Unternehmensverträge. Vielmehr dienen sie der Charakterisierung von **Vertragstypen** im Sinne rechtlicher Strukturtypen. Der Betriebspachtvertrag des § 292 Abs 1 Nr 3 ist lediglich ein Pachtvertrag iS der §§ 561 ff BGB mit einem besonderen Pachtgegenstand, nicht eine besondere Vertragsform mit einer gegenüber dem Vertragstyp „Pacht“ enger definierten Pflichtenstruktur. Ihrer typuscharakterisierenden Funktion entsprechend müssen die einzelnen Begriffsmerkmale nicht notwendig stets sämtlich vorliegen, sind abstufbar und häufig auch substituierbar,<sup>4</sup> und sind unter den leitenden Wertungsgesichtspunkten zu würdigen, die den Gesetzgeber dazu bewogen haben, an die Unternehmensverträge des § 291 gerade die besonders strengen Rechtsfolgen der §§ 293 ff, 300 f, 302 f, 304 f und an die Unternehmensverträge des § 292 die besonderen Rechtsfolgen der §§ 293 ff, 300 f, 302 Abs 2 zu knüpfen.<sup>5</sup>

### III. Unternehmensverträge als strukturänderungsgestaltende Schuldverträge

Die Unternehmensverträge der § 291 und § 292 weisen nach hM keine allen gemeinsamen Elemente auf. Der Gesetzgeber selbst konnte **keine materiellen Gemeinsamkeiten** zwischen den Verträgen erkennen; gemeinsam sei ihnen lediglich, dass der Vertragsschluss jeweils mit besonderen Sicherungen für die Aktionäre und Gläubiger verbunden ist.<sup>6</sup> In Rechtsprechung und Schrifttum hat sich (auch) vor diesem Hintergrund insbesondere eine kategoriale Unterscheidung zwischen den Unternehmensverträgen des § 291 Abs 1 und denen des § 292 durchgesetzt: Beherrschungs- und auch Gewinnabführungsverträge des § 291 Abs 1 werden als einer Satzung vergleichbare **Organisationsverträge** (§ 291, 20) die Unternehmensverträge des § 292 Abs 1 als **Austauschverträge** (§ 292, 7) mit **Dauerschuldcharakter** qualifiziert. Den Verträgen des § 292 Abs 1 im Besonderen werden durchgängige Übereinstimmungen dagegen kaum je zugeschrieben, insbesondere wird die Charakterisierung als (auch) Organisationsvertrag zumeist dem Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrag (Nr 3) vorbehalten (§ 292, 10). Darüber hinaus ist sogar die durchgängige Charakterisierung als Austauschverträge mit einem gewissen Vorbehalt zu versehen. Bei der Gewinngemeinschaft (Nr 1) handelt es sich nämlich stets um eine stille Gesellschaft (§ 292, 62) und der Teilgewinnabführungsvertrag (Nr 2) kann je nach konkreter Vertragsgestaltung im Einzelfall als atypische stille Gesellschaft zu qualifizieren sein (§ 292, 95).

<sup>3</sup> Begründung RegE in: *Kropff* AktG, S 376.

<sup>4</sup> *Larenz/Canaris* Methodenlehre der Rechtswissenschaft<sup>3</sup>, S 42; *Pawlowski* Methodenlehre für Juristen<sup>2</sup> 146 ff.

<sup>5</sup> Vgl *Larenz/Canaris* Methodenlehre der Rechtswissenschaft<sup>3</sup>, S 43.

<sup>6</sup> Begründung RegE in: *Kropff* AktG, S 376.

- 5 Die **rechtsqualitative** Scheidung der Unternehmensverträge des § 291 von denen des § 292 ist jedenfalls für den Gewinnabführungsvertrag **nicht** zu rechtfertigen.<sup>7</sup> Bei Vereinbarung der Abführung des gesamten Jahresgewinns handelt es sich um einen Gewinnabführungsvertrag iS des § 291 Abs 1. Lautet die Gewinnabführungsverpflichtung „Jahresgewinn minus ein Cent“, liegt ein Teilgewinnabführungsvertrag unabhängig davon vor, ob die Parteien ein Entgelt vorgesehen haben; das Vorliegen einer angemessenen Gegenleistung ist lediglich für die aktienrechtliche Rechtmäßigkeit maßgeblich (§ 292, 83), also für die Anwendung der §§ 57, 58, 62 AktG bei einem Teilgewinnabführungsvertrag mit einem Aktionär beziehungsweise die Anfechtbarkeit des Zustimmungsbeschlusses nach § 293 Abs 1 im Falle eines Nichtaktionärs. Dass die Differenz von einem Cent im Umfang der Gewinnabführungsverpflichtung dazu führen könnte, dass zwei kategorial unterschiedliche Vertragstypen – satzungsgleicher Organisationsvertrag oder schuldrechtliches Dauerschuldverhältnis – vorliegen, ist nicht ersichtlich. Soweit die Gesetzesbegründung dem Gewinnabführungsvertrag eine Sonderstellung zuweist, weil er sich vom Teilgewinnabführungsvertrag seinem Wesen nach grundsätzlich unterscheidet,<sup>8</sup> bewendet es bei dem formelhaften Hinweis, dass (auch) er als rechtliche Konzerngrundlage in der Verfassung der Aktiengesellschaft selbst und in das Rechtsverhältnis der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter eingreife.<sup>9</sup> Zutreffend an dieser Sonderstellungsthese war freilich nur, dass die steuerliche Organschaft nur durch die Verpflichtung zur Abführung des gesamten Gewinns – gekoppelt mit einer Beherrschungsabrede (§ 291, 57) – zu begründen war. Im Übrigen aber wirkt sich diese (Ein-Cent-)Differenz lediglich insoweit aus, als eines von zwei sehr unterschiedlich ausgestalteten **Rechtsfolgenregimes** zur Sicherung der Rechte der außenstehenden Aktionäre und der Gläubiger zur Anwendung berufen ist: die §§ 300 ff, §§ 304, 305 im Falle eines Gewinnabführungsvertrags, die allgemeinen aktienrechtlichen Regeln und die §§ 311 ff beim Teilgewinnabführungsvertrag. Ins Allgemeine gewendet bedeutet dies, dass sich die Unternehmensverträge des § 292 nicht in ihrer Rechtsnatur, sondern lediglich hinsichtlich des jeweils zur Anwendung berufenen Rechtsfolgenregimes unterscheiden.
- 6 Die danach gebotene **einheitliche rechtsqualitative** Zuordnung der Unternehmensverträge der §§ 291, 292 hat an der einheitlichen Funktion des nach § 293 Abs 1 durchweg erforderlichen Zustimmungsbeschlusses der Hauptversammlung anzusetzen. Dieser materiell satzungsändernde Beschluss modifiziert das durch Gesetz und Satzung konturierte Regelungsstatut der Gesellschaft mehr oder minder umfänglich und stellt hierdurch sicher, dass die im Außenverhältnis unternehmensvertraglich begründeten Pflichten der Gesellschaft im Einklang mit ihrer Zweck-, Organisations- und Finanzverfassung stehen, weswegen der Unternehmensvertrag im Außenverhältnis auch erst mit Vorliegen des Zustimmungsbeschlusses wirksam wird. Dieser für alle Verträge der §§ 291, 292 einheitliche Mechanismus begründet die einheitliche Qualifizierung aller Unternehmensverträge der §§ 291, 292 als einem **strukturänderungsgestaltenden Schuldvertrag**, der Regelungen auf drei (§ 291) beziehungsweise zwei (§ 292) Ebenen tritt: Er begründet eine Leistungspflicht der sich vertragstypisch verpflichtenden Gesellschaft, die Modifikationen deren Regelungsstatuts erforderlich macht, und zeichnet hierdurch zugleich – insoweit dem umwandlungsrechtlichen Verschmelzungsvertrag vergleichbar – die Inhalte des Zustimmungsbeschlusses der Hauptversammlung nach § 293 Abs 1 als dem die Änderungen des Regelungsstatuts der Gesellschaft bewirkenden korporationsrechtlichen Rechtsgeschäft

<sup>7</sup> In der Tendenz auch *Beuthien* ZIP 1993, 1589, 1593.

<sup>8</sup> Begründung RegE in: *Kropff* AktG, S 377.

<sup>9</sup> Begründung RegE in: *Kropff* AktG, S 376.

inhaltlich vor; Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge gestalten zudem die mit der Strukturänderung entstehenden Ausgleichs- und Abfindungsansprüche der außenstehenden Aktionäre (§§ 304 f) aus. Zum Ganzen näher § 291, 21 ff, § 292, 11, § 293, 44 ff.

#### IV. Numerus clausus der Unternehmensvertragstypen

Die §§ 291, 292 schreiben nach legislatorischer Intention **zwei abschließende Enumerativkataloge** von Vertragstypen fest – Unternehmensverträge iS des § 291, andere Unternehmensverträge iS des § 292 –, bei denen eines der beiden Regelungsregime zwingend eingreift.<sup>10</sup> Für diesen zweifachen numerus clausus der Unternehmensvertragstypen spricht regelungstechnisch schon die Unterstellung des dem Gewinnabführungsvertrag vergleichbaren Geschäftsführungsvertrags unter das Regelungsregime des Gewinnabführungsvertrags im Wege einer gesetzlichen Fiktion (§ 291 Abs 1 Satz 2). An sich macht es nämlich keinen wesentlichen Unterschied, ob ein Gewinn oder Verlust bei der Unter- gesellschaft zunächst entsteht und sodann von der Obergesellschaft kraft Gewinnabführungsvertrag beziehungsweise gesetzlicher Verlustausgleichspflicht übernommen wird, oder ob das Geschäftsergebnis von vornherein bei dem anderen Vertragsteil anfällt, für dessen Rechnung das Unternehmen geführt wird (§§ 667, 670 BGB).<sup>11</sup> Dass das Gesetz das Regelungsregime des Gewinnabführungsvertrags gleichwohl im Wege der Fiktion zur Anwendung beruft, statt dessen entsprechende Anwendung vorzusehen oder eine Analogie hierzu jedenfalls offen zu lassen, lässt sich angesichts der funktionalen Vergleichbarkeit der beiden Vertragstypen sinnstiftend nur mit der Annahme erklären, dass der legislatorisch vorausgesetzte numerus clausus der Unternehmensverträge die ansonsten gebotene Analogie zum Gewinnabführungsvertrag unterbindet. Unter Wertungsaspekten sprechen Rechtssicherheitsinteressen ebenfalls für einen numerus clausus. Diesem Interesse kommt angesichts des außenwirksamen Zustimmungserfordernisses des § 293 Abs 1 und vor allem angesichts des strengen Rechtsfolgenregimes zum Schutze der verpflichteten Gesellschaft (§§ 302 f) und deren außenstehenden Aktionären (§§ 304 f) im Falle von Unternehmensverträgen des § 291 besonderes Gewicht zu.

Als **Konsequenz** dieses zweifachen numerus clausus bedarf es zum einen einer klaren **Abgrenzung** der Unternehmensverträge von Nicht-Unternehmensverträgen,<sup>12</sup> da sich

<sup>10</sup> Einen numerus clausus der Unternehmensvertragstypen bejahend MünchKommAktG/Altmeppen<sup>3</sup> § 291, 40 mit Fn 198; Geßler/Geßler § 291, 15; Baumbach/Hueck<sup>13</sup> § 291, 1; v Godin/Wilhelmi<sup>4</sup> Vor §§ 291 bis 328 Anm 14; Ballerstedt ZHR 137 (1973), 388, 392 f; Würdinger Aktien- und Konzernrecht<sup>4</sup>, S 303; Heidel/Peres<sup>3</sup> 6, 11; aA Hommelhoff Die Konzernleitungspflicht, 1982, S 86; Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> 42 f; Veil Unternehmensverträge, 2003, S 224 ff; Hirte, ZHR 170 (2006), 203, 209; MünchHdbAG/Krieger<sup>3</sup> § 72, 4; Bachmayr BB 1967, 135, 137; Martens Die existentielle Wirtschaftsabhängigkeit, 1979, S 26 mit Fn 33; auch Emmerich/Habersack<sup>2</sup> § 292, 7; KK/Koppensteiner<sup>3</sup> 162; indem sie eine analoge

entsprechende Anwendung der §§ 291 f diskutieren.

<sup>11</sup> AusschussB in: Kropff AktG, S 377; MünchKommAktG/Altmeppen<sup>3</sup> § 291, 176; Emmerich/Habersack<sup>6</sup> § 291, 67; Emmerich/Habersack<sup>9</sup> § 12, 21; Hüffer<sup>10</sup> § 291, 30; KK/Koppensteiner<sup>3</sup> § 291, 82; MünchHdbAG/Krieger<sup>3</sup> § 71, 9; Geßler DB 1965, 1691, 1693; Oesterreich Die Betriebsüberlassung zwischen Vertragskonzern und faktischem Konzern, 1979, S 58 f; Schulze-Osterloh ZGR 1974, 427, 452; DJT-Konzernrecht Rn 126; Knepper BB 1982, 2061, 2063.

<sup>12</sup> Dazu Martens Wirtschaftsabhängigkeit, S 13 ff; Dierdorf Herrschaft und Abhängigkeit einer Aktiengesellschaft auf schuld-

eine analoge Anwendung des Unternehmensvertragsrechts im Sinne einer Rechtsinstitutsanalogie **verbietet**. Lässt sich ein Vertrag nicht als Unternehmensvertrag iS des § 291 Abs 1 oder als ein solcher iS des § 292 Abs 1 qualifizieren, scheidet eine analoge Anwendung eines der beiden Regelungsregimes aus.<sup>13</sup> **Zulässig** bleiben lediglich eine extensive Auslegung der jeweiligen Typusbegriffsmerkmale sowie punktuelle Einzelanalogien zu einzelnen Vorschriften, insbesondere den §§ 302 f.

- 9 Zum anderen bedarf es angesichts der gravierenden Unterschiede der Rechtsfolgenregimes auch einer klaren **Binnenabgrenzung** der Unternehmensverträge des § 291 Abs 1 von den anderen Unternehmensverträgen des § 292 Abs 2. Eine besondere Herausforderung bildet dabei die tatbestandliche Abgrenzung des Beherrschungsvertrags von Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträgen (dazu § 291, 123 ff). Was schließlich die **Subsumtion** eines konkreten Vertrags unter einen der Unternehmensvertragstypen der §§ 291 Abs 1, 292 Abs 1 anbelangt, ist hierfür im Unternehmensvertragsrecht durchgängig nicht die allenfalls indizielle oder auch ganz unerhebliche Vertragsbezeichnung maßgeblich, sondern eine materielle Betrachtung der Vertragsinhalte nach objektiven Kriterien. S. § 291, 75, 151, § 292, 60, 80, 87, 119, § 293, 69.

## V. Europäisches Konzernrecht

### 1. Rechtsangleichung der nationalen Konzernrechte

- 10 Zu einer Vereinheitlichung oder Angleichung des (Gesellschafts-)Konzernrechts in der EU ist es – abgesehen von Einzelregelungen – bislang nicht gekommen.<sup>14</sup> Ein erster Vorentwurf der Europäischen Kommission für eine Konzernrechtsrichtlinie folgte mit der Anknüpfung an den Tatbestand der einheitlichen Leitung zunächst dem Modell einer sog organischen Konzernverfassung.<sup>15</sup> Ein im Grundsätzlichen geänderter weiterer Vorentwurf sah sodann – in Annäherung an das geltende deutsche Konzernrecht – eine Differenzierung zwischen vertraglicher und vertragsloser Konzernierung vor.<sup>16</sup> Zur Vorlage eines Entwurfs einer Konzernrechtsrichtlinie kam es jedoch nicht mehr, nachdem die Kommission das Vorhaben einer Konzernrechtsangleichung in der Zwischenzeit endgültig aufgegeben hatte. Dieses Scheitern wird mitunter darauf zurückgeführt, dass schon im Grundsätzlichen keine Einigkeit über die Notwendigkeit eines europäischen Konzernrechts bestand, etwa weil in Abrede gestellt wird, dass zwischen der Macht eines bloßen

vertraglicher und tatsächlicher Grundlage, 1978, S 127 ff.

<sup>13</sup> AA – analoge Anwendbarkeit annehmend – KK/Koppensteiner<sup>3</sup> 162, § 291, 25 ff (Umqualifizierung einschlägiger Verträge zu Beherrschungsverträgen); differenzierend Veil Unternehmensverträge, S 227 ff; Hüffer<sup>10</sup> § 291, 14; Martens Wirtschaftsabhängigkeit, S 25 ff; vgl für den Parallelzusammenhang des § 361 BGHZ 83, 122, 129 = WM 1982, 388 = AG 1982, 158; Rehbinder ZGR 1983, 92, 95; H P Westermann ZGR 1984, 352, 359 f; Timm AG 1980, 172, 177; offen MünchHdbAG/Krieger<sup>2</sup> § 72, 12.

<sup>14</sup> Dazu Hirte in diesem Kommentar, § 300, 12 ff; ausführlich Hopt ZHR 171 (2007) 199, 213.

<sup>15</sup> Vorentwurf einer 9. Richtlinie zum Gesellschaftsrecht (Konzernrechtsrichtlinie), abgedruckt bei Lutter Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup>, S 187 ff; s hierzu Wiedemann/Hirte Festgabe 50 Jahre BGH, S 337, 367.

<sup>16</sup> Entwurf einer neunten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie von 1984 (Konzernrechtsrichtlinie), abgedruckt bei Lutter Europäisches Unternehmensrecht<sup>4</sup>, S 244 ff; s Habersack/Verse Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>4</sup>, § 4, 15.

Mehrheitsgesellschafters und der einer Konzernobergesellschaft keine signifikanten Unterschiede bestehen.<sup>17</sup> Zudem werden Unternehmensverbindungen in den einzelnen Mitgliedstaaten rechtlich sehr unterschiedlich behandelt, was die Findung eines politischen Konsenses ebenfalls erschwerte. In der EU verfügen neben Deutschland gegenwärtig nur Portugal, Italien, Ungarn, Slowenien und Tschechien über ein (teil)kodifiziertes Konzernrecht.<sup>18</sup> In den weiteren Mitgliedstaaten existieren nur sehr vereinzelte Regelungen beziehungsweise werden konzernrechtliche Probleme mit den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Instituten bewältigt.<sup>19</sup>

Vereinheitlichte EU-weite Konzernrechtsregeln finden sich derzeit nur **außerhalb** des Gesellschaftskonzernrechts. Hinzuweisen ist insoweit auf die aufsichtsrechtlichen Regelungen für Kreditinstitute, Versicherungen und Wertpapierdienstleistungsinstitute sowie das Konzernbilanz- und -prüfungsrecht.<sup>20</sup> Weitere Regelungen, die einen Konzernbezug aufweisen, finden sich in der Kapital-Richtlinie<sup>21</sup>, der Übernahme-Richtlinie<sup>22</sup> und der Transparenz-Richtlinie.<sup>23/24</sup>

Nach dem Scheitern der Konzernrechtsrichtlinie wurde das Anliegen einer Vollharmonisierung in der europäischen Diskussion aufgegeben und stattdessen die politisch eher zu realisierende Standardisierung von **Einzelaspekten** des Konzernrechts in den Blick genommen. Zunächst entwickelte das *Forum Europaeum Konzernrecht*, eine internationale Forschungsgruppe, Regulierungsvorschläge für eine Kernbereichsharmonisierung des Konzernrechts, unter anderem zum Konzerneingangs- und Konzernausgangsschutz, zur Herstellung von Transparenz der Konzernbeziehungen und zu den Verhaltenspflichten im Konzern.<sup>25</sup> Die von der Europäischen Kommission eingesetzte *High Level Group of Company Law Experts* lehnte sodann die Schaffung eines vollharmonisierten Konzernrechts ebenfalls ab und sprach sich für eine Implementierung konzernrechtlicher Problemstellungen in die bereits bestehenden gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen aus.<sup>26</sup> Dazu zählen Regelungen zur Transparenz der Unternehmensgruppe, zu den Konflikten zwischen dem Interesse des Konzerns und seiner Teile sowie zu Pyramidenstrukturen.<sup>27</sup>

Die **Europäische Kommission** ihrerseits kündigte im Aktionsplan „Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union“ im Anschluss an die Empfehlungen der *High Level Group* dann an, keinen weiteren Versuch einer Konzernrechtsrichtlinie zu unternehmen,<sup>28</sup> und machte damit die

<sup>17</sup> So die verbreitete Ansicht in angelsächsischen Rechtsordnungen, s. *Hopt ZHR* 171 (2007) 199, 202 f. mwN.

<sup>18</sup> S. *Habersack/Verse* Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>4</sup>, § 4, 16.

<sup>19</sup> *KK/Koppensteiner*<sup>3</sup> 115 ff.; *Spindler/Stilz/Veil*<sup>2</sup> 53.

<sup>20</sup> Regelungen hierzu finden sich in den Richtlinien 2006/48/EG über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute; 98/78/EG über die zusätzliche Beaufsichtigung von Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen in einer Versicherungs- oder Rückversicherungsgruppe; 2002/87/EG; 2006/43/EG und 2006/46/EG sowie in der IAS-Verordnung vom 19.7.2002 (ABl. EG Nr. L 243/1). S. eingehend hierzu *Hopt ZHR* 171 (2007), 199, 206 f. mwN.

<sup>21</sup> Richtlinie 2006/68/EG.

<sup>22</sup> Richtlinie 2004/25/EG.

<sup>23</sup> Richtlinie 2004/109/EG, zuletzt geändert durch Richtlinie 2008/22/EG.

<sup>24</sup> Zur konzernrechtlichen Bedeutung dieser Richtlinien *Emmerich/Habersack*<sup>9</sup> § 1, 46.

<sup>25</sup> *Forum Europaeum Konzernrecht* ZGR 1998, 672 ff.

<sup>26</sup> *High Level Group of Company Law Experts* Bericht über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa vom 4.11.2002, S. 17 ff., abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/report\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_de.pdf).

<sup>27</sup> *High Level Group of Company Law Experts* S. 113 ff.

<sup>28</sup> *Europäische Kommission* Aktionsplan vom 21.5.2003 S. 21 ff., abrufbar unter:

Abkehr von einem vollharmonisierten Konzernrecht offiziell. In Aussicht genommen wurde lediglich eine Kernbereichsharmonisierung des Konzernrechts insbesondere im Hinblick auf Gruppentransparenz und -struktur sowie der Schaffung einer Rahmenregelung, „wonach die Leitung eines Konzernunternehmens eine abgestimmte Konzernpolitik festlegen und umsetzen darf, sofern die Interessen seiner Mitglieder wirkungsvoll geschützt werden“.<sup>29</sup> Zu einer umfassenden Umsetzung dieses Aktionsplans ist es bislang allerdings nicht gekommen.<sup>30</sup>

- 14** Ein im April 2011 von der Kommission vorgelegtes Grünbuch zu einem Europäischen Corporate Governance Rahmen erörtert nunmehr Möglichkeiten eines verbesserten Minderheitenschutzes und die Verhinderung des Missbrauchs einer Mehrheitsbeteiligung und somit punktuelle Regelungen eines einheitlichen Konzernrechts.<sup>31</sup>
- 15** Zeitgleich veröffentlichte die von der Kommission eingesetzte *Reflection Group* ihren „Report on the Future of EU Company Law“.<sup>32</sup> Darin spricht sie sich für die Schaffung einer **grenzüberschreitenden Mobilität** von Konzernen aus. Sie empfiehlt der Kommission zu prüfen, ob die Anerkennung des Konzerninteresses auf EU-Ebene zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Mobilität beitragen kann, sowie die Schaffung einer neuen Richtlinie beziehungsweise die Anpassung der 12. Gesellschaftsrechtsrichtlinie zur Einführung einer vereinfachten Vorlage für Einpersonengesellschaften.<sup>33</sup> Weiterhin beschäftigte sich die *Reflection Group* mit der Transparenz von Konzernen. Grundsätzlich erachtet sie die bestehenden Regelungen für ausreichend, empfiehlt jedoch, dass die Kommission die Anlegerfreundlichkeit des Zugangs zu Grundinformationen über die Konzernstrukturen prüft.<sup>34</sup>

## 2. Konzernrecht der Europäischen Aktiengesellschaft (SE)

- 16** Die Fähigkeit der SE, Beteiligte einer Unternehmensverbindung iS des § 15 zu sein (**Konzernrechtsfähigkeit**), ist allgemein anerkannt<sup>35</sup> und wird auch von den Erwägungsgründen 10 und 11 der SE-VO<sup>36</sup> vorausgesetzt. Jedoch gibt es für die SE **kein eigenes Unionskonzernrecht**. Die SE-VO enthält mit Ausnahme der den Konzernabschluss betreffenden Art 61, 62 keine konzernrechtlichen Regelungen.<sup>37</sup> Vielmehr ist das nationale Recht des **Sitzstaates** der SE zur Anwendung berufen.<sup>38</sup> Ob die Geltung des nationa-

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0284:FIN:DE:PDF>.

<sup>29</sup> S *Habersack/Verse* Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>4</sup>, § 4, 34; *Hopt* ZHR 171 (2007) 199, 213.

<sup>30</sup> S *Habersack/Verse* Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>4</sup>, § 4, 34; umfassend *Geens/Hopt* (eds), *The European Company Law Action Plan Revisited*, 2010.

<sup>31</sup> Grünbuch Europäischer Corporate-Governance-Rahmen, KOM (2011) 164/3, S 19 f.

<sup>32</sup> *Reflection Group* Report on the Future of EU Company Law vom 5.4.2011, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/reflectiongroup\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf).

<sup>33</sup> *Reflection Group* S 59–67.

<sup>34</sup> *Reflection Group* S 68–75.

<sup>35</sup> *Habersack* ZGR 2003, 724, 725 ff; *KK/Koppensteiner*<sup>3</sup> 131; *Lutter/Hommelhoff* Die Europäische Gesellschaft, S 20; *Hommelhoff* AG 2003, 179 f; *Maul* Die faktisch abhängige SE, S 33 ff, 126 ff; *dies* in: *Theisen/Wenz*, Die Europäische Aktiengesellschaft<sup>2</sup>, S 465; *Brandi* NZG 2003, 889, 890, 896; *Jaacks/Schönborn* RIW 2003, 254 ff; *Veil* WM 2003, 2169.

<sup>36</sup> Verordnung (EG) Nr 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001, ABL Nr L 294/1 v. 10.11.01.

<sup>37</sup> *MünchKommAktG/Altmeppen*<sup>3</sup> SE-VO Art. 9 Anh, 9; *Habersack* ZGR 2003, 724, 725 f.

<sup>38</sup> Hierzu *Habersack/Verse* Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>4</sup>, § 13, 11, 49.

len Konzernrechts auf der Generalverweisungsnorm des Art 9 Abs 1 lit c) ii) SE-VO<sup>39</sup> fußt oder – wegen des fehlenden konzernrechtlichen Regelungsgehaltes der SE-VO – auf dem Umweg über das allgemeine Kollisionsrecht<sup>40</sup> zum Tragen kommt, führt dabei zum gleichen Ergebnis: Für den Fall eines grenzüberschreitenden Konzerns unter Beteiligung einer abhängigen SE findet das Konzernrecht des Staates Anwendung, in dem die abhängige Gesellschaft ihren Sitz hat.<sup>41</sup>

a) **SE im Vertragskonzern.** Eine in Deutschland ansässige SE ist als **anderer Vertrags-** **17**  
**teil** eines Beherrschungsvertrags unstreitig **zulässig**.<sup>42</sup> Für sie gelten die Regelungen der §§ 291 ff, wenn es sich bei dem Tochterunternehmen um eine deutsche SE (Rdn 16) oder einen anderen Rechtsträger mit Sitz in Deutschland (Rdn 26) handelt, der sich beherrschungsvertraglich konzernieren lässt (§ 293, 99).<sup>43</sup> Hat das Tochterunternehmen seinen Sitz im Ausland, greifen die §§ 291 ff nicht ein (Rdn 16, 26). Die Anwendung der konzernrechtlichen Regelungen ist unproblematisch. Die herrschende SE kann dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft insbesondere nach § 308 Abs 1 Weisungen erteilen (dazu *Hirte*, in diesem Kommentar, § 308, 73) und ist im Gegenzug zur Verlustübernahme nach § 302 und zum Ausgleich nach § 304 verpflichtet.

Eine **beherrschungsvertraglich** konzernierte SE ist nach ganz hM **zulässig**.<sup>44</sup> Das lässt **18**  
sich auch nicht unter Hinweis darauf in Abrede stellen, dass die Weisungsgebundenheit der abhängigen Gesellschaft gemäß § 308 Abs 2 mit dem Grundsatz der eigenverantwortlichen Leitung nach Art 39 Abs 1 SE-VO unvereinbar ist oder/und dass § 291 Abs 3 dem Art 5 SE-VO widerspricht, der den Grundsatz der Kapitalerhaltung normiert.<sup>45</sup> Diese Einwände gehen nämlich daran vorbei, dass die Erwägungsgründe 15 und 16 der SE-VO explizit die Möglichkeit eines Abhängigkeitsverhältnisses der SE anerkennen und diesen Komplex durch die Anwendung mitgliedstaatlichen Rechts ausgefüllt wissen wollen.<sup>46</sup> Art 39 Abs 1 und Art 5 SE-VO zielen mithin nicht spezifisch auf Konzernsachverhalte; vielmehr geht es diesen Normen – entsprechend den einfach-gesetzlichen §§ 57 ff und § 76 – um die unverbundene Gesellschaft.<sup>47</sup> Im Falle der Konzerneinbindung der SE werden diese Regelungen indes durch die speziellen deutschen konzernrechtlichen Regelungen überlagert.<sup>48</sup> Dementsprechend anerkennt auch das SEAG die abhängige SE als zulässige Erscheinungsform, indem § 49 SEAG spezielle Regelungen für die Anwendung

<sup>39</sup> *Maul* in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft<sup>2</sup>, S 466; *Lächler/Oplustil* NZG 2003, 381, 386; *KK/Koppensteiner*<sup>3</sup> 131; *KK/Paefgen* Schlussanh II, Konzernrecht der SE, 19 ff.

<sup>40</sup> So etwa *Habersack* ZGR 2003, 724, 727 f; *Jaecks/Schönborn* RIW 2003, 254, 255; *Casper* in: FS Ulmer 2003, S 51, 67; *Ebert* BB 2003, 1854, 1856; *Veil* WM 2003, 2169, 2173.

<sup>41</sup> *Binder/Jünemann/Merz/Sinewe* Die Europäische Aktiengesellschaft (SE), S 300; *Brandi* NZG 2003, 889, 891.

<sup>42</sup> *Habersack* ZGR 2003, 724, 741 f; *Veil* WM 2003, 2169, 2170; *Brandi* NZG 2003, 889, 891 f; *Hommelhoff* AG 2003, 179, 183.

<sup>43</sup> *Maul* in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft<sup>2</sup>, S 467; *Habersack/Verse* Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>4</sup>, § 13, 49.

<sup>44</sup> *Emmerich/Habersack*<sup>9</sup> § 1, 46 f; *Habersack* ZGR 2003, 724, 737 ff; *Veil* WM 2003, 2169, 2170; *Brandi* NZG 2003, 889, 892 f; *MünchKommAktG/Altmeyen*<sup>3</sup> SE-VO Art 9 Anh 23 ff mwN.

<sup>45</sup> So aber *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, S 19 f; *ders* AG 2003, 179, 182 f.

<sup>46</sup> *Habersack/Verse* Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>4</sup>, § 13, 49.

<sup>47</sup> LG München I ZIP 2011, 1511, 1512; *MünchKommAkt/Altmeyen*<sup>3</sup> SE-VO Art 9 Anh 27; *Maul* in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft<sup>2</sup>, S 468; *Brandi* NZG 2003, 889, 893; *Emmerich/Habersack*<sup>9</sup> § 1, 46.

<sup>48</sup> *MünchKomAktG/Altmeyen*<sup>3</sup> SE-VO Art 9 Anh 27 f.

des Konzernrechts im monistischen Modell trifft.<sup>49</sup> Diese Vorschriften betreffend den Schutz der abhängigen Gesellschaft, ihrer Minderheitsaktionäre und Gläubiger finden insbesondere auch dann Anwendung, wenn es sich um einen **grenzüberschreitenden Konzern** mit einer deutschen Tochter-SE handelt (schon Rdn 16).<sup>50</sup>

- 19** Die Anwendung des Vertragskonzernregimes, insbesondere des Weisungsrecht gemäß § 308, birgt bei der dualistisch organisierten SE keine Umsetzungsschwierigkeiten. Das herrschende Unternehmen kann dem Vorstand der beherrschungsvertraglich gebundenen SE gemäß § 308 Abs 1 Weisungen erteilen und ist seinerseits zur Verlustübernahme nach § 302 und zum Ausgleich nach § 304 verpflichtet. Der Anpassung bedürfen die konzernrechtlichen Regelungen für die beherrschungsvertraglich konzentrierte SE mit monistischer Struktur insoweit, als Weisungsempfänger gemäß § 308 die geschäftsführenden Direktoren sind, von denen die Weisungen auszuführen sind, § 49 Abs 1 SEAG.<sup>51</sup>
- 20** b) **SE bei Unternehmensverträgen des § 292.** Die Möglichkeit einer SE, **Unternehmensverträge** nach § 292 als vertragstypisch verpflichtete Partei abzuschließen, besteht aus den oben genannten Gründen erst recht. Der Abschluss eines solchen Vertrags ist mit weniger einschneidenden Rechtsfolgen verbunden als in den Fällen des § 291, sodass die gegen den Abschluss eines Gewinnabführungs- oder Beherrschungsvertrags vorgebrachten Einwendungen schon im Ansatz nicht durchgreifen.<sup>52</sup>
- 21** c) **SE im faktischen Konzern.** Die SE kann als **herrschende** oder **abhängige** Gesellschaft in einen faktischen Konzern eingebunden werden.<sup>53</sup> Der Anwendbarkeit des § 311 auf die abhängige SE widerspricht auch nicht das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung in der SE-VO betreffend der Anerkennung des Konzerninteresses auf Kosten des Eigeninteresses der Gesellschaft.<sup>54</sup> Dieser Einwand geht daran vorbei, dass die Regelungen der SE-VO keinen Konzernrechtsbezug aufweisen (Rdn 16, 18). Zudem ist zu bedenken, dass dem Vorstand der abhängigen SE nach § 311 lediglich die Möglichkeit eröffnet ist, im Konzerninteresse ein nachteiliges Rechtsgeschäft einzugehen, jedoch keine Pflicht hierzu besteht. Der SE-VO ist nicht zu entnehmen, dass sie diese Möglichkeit zu unterbinden wünscht.<sup>55</sup> Demgegenüber ist die Anwendung der Vorschriften bezüglich des Abhängigkeitsberichts und dessen Prüfung gemäß §§ 312 ff aufgrund ihres gesteigerten Schutzes der Minderheitsaktionäre und Gläubiger unumstritten.<sup>56</sup>
- 22** Die deutsche abhängige SE unterliegt dem deutschen Recht auch bei Einbindung in einen **grenzüberschreitenden Konzern** (Rdn 16). Folglich ist in diesem Fall die herrschende Gesellschaft, unabhängig von ihrem Sitz, den Ansprüchen bezüglich des Nachteilsausgleichs gemäß § 311 und der Haftung gemäß § 317 ausgesetzt. Umgekehrt gelten die §§ 311 ff für eine deutsche herrschende SE nur, wenn die Tochtergesellschaft eine in

<sup>49</sup> *Maul* in: Theisen/Wenz/Die Europäische Aktiengesellschaft<sup>2</sup>, S 467; *Kuhlmann/Abnis* Konzern- und Umwandlungsrecht<sup>2</sup>, S 364.

<sup>50</sup> *Maul* in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft<sup>2</sup>, S 498 ff.

<sup>51</sup> Dazu *Hirte*, in diesem Kommentar, § 308, 74 f; *Maul* in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft<sup>2</sup>, S 487; Münch-KommAktG/*Altmeyen*<sup>3</sup> SE-VO Art 9 Anh 31.

<sup>52</sup> Von der Anwendbarkeit ohne weiteres ausgehend MünchKommAktG/*Altmeyen*<sup>3</sup>

SE-VO 25, 45; KK/*Paefgen* Bd 8/2, Schlussanh II, Konzernrecht der SE, 59.

<sup>53</sup> *Brandi* NZG 2003, 889, 894; *Binder/Jünemann/Merz/Sinewe* Die Europäische Aktiengesellschaft (SE), S 300; *Emmerich/Habersack*<sup>9</sup> § 1, 47 f.

<sup>54</sup> *AA Hommelhoff* AG 2003, 179, 183.

<sup>55</sup> *Maul* in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft<sup>2</sup>, S 468.

<sup>56</sup> *Brandi* NZG 2003, 889, 894; *Hommelhoff* AG 2003, 179, 183.

Deutschland ansässige SE oder AG (Rdn 30) ist.<sup>57</sup> Gemäß den §§ 41, 49 SEAG sind die §§ 311 ff sowohl auf eine SE mit dualistischer als auch monistischer Führungsstruktur anzuwenden.

## VI. Internationales Konzernrecht

Das internationale Konzernrecht bestimmt bei grenzüberschreitenden Unternehmensverbindungen, welche nationale Rechtsordnung auf die konzernrechtliche Beziehung zwischen den beteiligten Unternehmen anzuwenden ist.<sup>58</sup> Mangels spezieller konzernrechtlicher Regelungen richtet sich dies nach den Regeln des Internationalen Privatrechts. Ein spezifisches Konzernstatut gibt es indes nicht, zumal der Konzern auch im Internationalen Privatrecht nicht als Einheit, sondern als eine besondere gesellschaftsrechtliche Beziehung zweier oder mehrerer Rechtsträger verstanden wird.<sup>59</sup> Im Wesentlichen geht es darum festzustellen, ob das gemäß den Regeln des internationalen Gesellschaftsrechts zur Anwendung berufene Personal- beziehungsweise Gesellschaftsstatut zum Vorliegen einer deutschem Aktienrecht unterliegenden inländischen Konzerngesellschaft oder einer fremdem Gesellschaftsrecht unterliegenden ausländischen Konzerngesellschaft führt.

### 1. Unternehmensverträge der §§ 291 Abs 1, 292 Abs 1

Wirksamkeit und Rechtsfolgen bei einem grenzüberschreitenden Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag richten sich nach dem **Personalstatut** der sich vertragstypisch verpflichtenden, typischerweise bereits **abhängigen** Gesellschaft. Gleichsam im Sinne einer konzernrechtlichen Kollisionsgrundregel kommt deren nationales Recht zur Anwendung, soweit Regelungen zum Schutze dieser Gesellschaft, ihrer außenstehenden Aktionäre und Gläubiger in Frage stehen.<sup>60</sup>

#### a) Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge (§ 291 Abs 1)

aa) **AG/KGaA als vertragstypisch verpflichtete Partei.** Grenzüberschreitende Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge mit einer nach ihrem Personalstatut deutschem Aktienrecht unterliegenden AG oder KGaA (§ 291, 43) sind **zulässig**.<sup>61</sup> Da stets ein inländischer Gerichtsstand für die Ausgleichsansprüche der beherrschten Gesellschaft gegen

<sup>57</sup> *Brandt* NZG 2003, 889, 894; *Maul* in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft<sup>2</sup>, S 478 ff.

<sup>58</sup> *Spindler/Stilz/Veil*<sup>2</sup> 44.

<sup>59</sup> *MünchKommAktG/Altmeyen*<sup>3</sup> Einl §§ 291, 37; *Spindler/Stilz/Veil*<sup>2</sup> 44.

<sup>60</sup> OLG Frankfurt AG 1988, 267; LG München I ZIP 2011, 1511, 1512; 2008, 555, 560; *MünchKommBGB/Kindler*<sup>5</sup> Int Handels-GesR 756 mwN; aA *Goldman Revue du Marché Commun* 1968, 297, 315; *Hahn* IPRax 2002, 107, 110 f.

<sup>61</sup> BGHZ 119, 1 = NJW 1992, 2760; 138, 136 = NJW 1998, 1866; BayObLG RIW 1997, 596; *MünchKommBGB/Kindler*<sup>5</sup> Int Handels-GesR 774 ff; *KK/Koppensteiner*<sup>3</sup> 194; *MünchKommAktG/Altmeyen*<sup>3</sup> Einl §§ 291, 47; *Geßler/Hefermehl* § 291, 58; *Staudinger/*

*Großfeld* IntGesR 571; *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> § 291, 37 f; *Emmerich/Habersack*<sup>9</sup> § 11, 33; *Hüffer* § 291, 8; *Soergel/Kegel*, EGBGB, vor Art 7, 249 ff; *W Bayer* Der grenzüberschreitende Beherrschungsvertrag, passim; *ders* ZGR 1993, 599, 612 f (mit Einschränkungen); *Feddersen* in: U H Schneider, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge, S 127, 138 ff; *Wackerbarth* Grenzen der Leitungsmacht in der internationalen Unternehmensgruppe, 2001, S 435; *Einsele* ZGR 1996, 40, 47 ff; *Bärwald/Schabacker* AG 1998, 182, 184 ff; *Selzner/Sustmann* Der Konzern 2003, 85, 96; *Raiser/Veil*<sup>5</sup> § 58, 38; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht, Bd I, S 799 ff; *ders* in: FS Kegel 1977, S 187, 206 f; krit *Bernstein/Koch* ZHR 143 (1979), 522, 529 f; *Kronke* ZGR 1989, 473.

die herrschende Gesellschaft besteht, gebieten Bedenken unter dem Aspekt einer zweifelhaften Anspruchsdurchsetzung im Ausland keine gegenteilige Bewertung.<sup>62</sup> Dasselbe gilt für den Hinweis auf den von § 308 Abs 3 Satz 2 HS 2 (auch) intendierten Schutz der Mitwirkung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat.<sup>63</sup> Der weitere Einwand, dass deutsche Mitbestimmungsstandards umgangen würden, da das deutsche MitbestG für die ausländische Konzernspitze nicht gelte,<sup>64</sup> wird durch die ausdrückliche Anerkennung einer mitbestimmungsfreien Konzernspitze in § 5 Abs 3 MitbestG widerlegt.<sup>65</sup> Erst recht nicht begegnet die Wirksamkeit des Beherrschungsvertrags unter dem Aspekt der zweifelhaften Durchsetzbarkeit der Außenseiteransprüche irgendwelchen Bedenken. Das deutsche Recht kennt keinen allgemeinen Grundsatz, wonach die Wirksamkeit von Verträgen von der prozessualen Durchsetzbarkeit ihrer Ansprüche abhängig wäre,<sup>66</sup> weshalb auch die in ihrer Wirkung ohnehin fragliche ausdrückliche Vereinbarung des deutschen Aktienrechts und eines deutschen Gerichtsstands keine Wirksamkeitsvoraussetzung eines grenzüberschreitenden Beherrschungsvertrags ist.<sup>67</sup>

- 26** Als Konsequenz sind die Vorschriften des deutschen Konzernrechts zum Schutze der abhängigen Gesellschaft, ihrer Gesellschafter und Gläubiger, insbesondere die §§ 293 Abs 1, 3, 294–299, 300 f, 302–305, anwendbar.<sup>68</sup> Demgegenüber bestimmen sich die Regelungen betreffend der Beziehungen der herrschenden Gesellschaft zu ihren Gesellschaftern und Gläubiger nach dem Personalstatut der ausländischen Gesellschaft. Insbesondere findet § 293 Abs 2 keine Anwendung.<sup>69</sup>
- 27** **bb) Ausländische Gesellschaft als vertragstypisch verpflichtete Partei.** Die Wirksamkeit und Rechtsfolgen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages zwischen einer deutschen AG/KGaA als anderem Vertragsteil und einer sich vertragstypisch verpflichtenden abhängigen ausländischen Gesellschaft bestimmt sich in erster Linie nach dem Personalstatut der ausländischen Gesellschaft.<sup>70</sup> Keine Anwendung finden demnach die deutschen Vorschriften zum Schutze der sich verpflichtenden abhängigen Gesellschaft, insbesondere die §§ 302–305, selbst wenn diese für die ausländische Gesellschaft und deren Aktionäre günstiger wären.<sup>71</sup>
- 28** Ausschließlich solche Regelungen des deutschen Konzernrechts, die allein den Schutz des herrschenden Unternehmens, dessen außenstehenden Gesellschaftern und Gläubigern bezwecken, finden auf die deutsche AG/KGaA als anderem Vertragsteil Anwendung.<sup>72</sup>

<sup>62</sup> MünchKommAktG/Altmeyen<sup>3</sup> Einl §§ 291, 47; Selzner/Sustmann Der Konzern 2003, 85, 90 ff; aA Meilicke in: FS Hirsch 1968, S 99, 118 ff; Ebenroth Die verdeckten Vermögenszuwendungen, 1979, S 418 ff.

<sup>63</sup> Näher Hirte in diesem Kommentar, § 308, 65 f.

<sup>64</sup> Däubler RabelsZ 39 (1975), 444, 473 f; Bernstein/Koch ZHR 143 (1979), 522, 535; Duden ZHR 141 (1977), 145, 188 f; Birk BerGesVR 18 (1978), 263, 356 f.

<sup>65</sup> Einsele ZGR 1996, 40, 49; MünchKommBGB/Kindler<sup>5</sup> Int HandelsGesR 777.

<sup>66</sup> MünchKommBGB/Kindler<sup>5</sup> Int HandelsGesR 781.

<sup>67</sup> Für fehlende Erforderlichkeit der Vereinbarung deutschen Aktienrechts etwa KK/Koppensteiner<sup>3</sup> 195; MünchKommAktG/Alt-

meppen<sup>3</sup> Einl §§ 291, 49; Hüffer<sup>10</sup> § 291, 13, Heidel/Peres<sup>3</sup> § 291, 46; Hölters/Deilmann § 291, 28; aA Geßler/Geßler § 291, 58; Wiedemann Gesellschaftsrecht I, S 805 f; noch anders – Rechtswahl ist unzulässig – etwa Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> 47.

<sup>68</sup> KK/Koppensteiner<sup>3</sup> 184, 188; Emmerich/Habersack<sup>9</sup> § 11, 33.

<sup>69</sup> KK/Koppensteiner<sup>3</sup> 185; MünchKommBGB/Kindler<sup>5</sup> Int HandelsGesR 795; Spahlinger/Wegen IntGesR 371; Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> 47; Emmerich/Habersack<sup>9</sup> § 11, 32.

<sup>70</sup> Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> 50; aA vor allem Spindler/Stilz/Schall<sup>2</sup> Vor § 15, 37.

<sup>71</sup> MünchKommAktG/Altmeyen<sup>3</sup> Einl §§ 291, 47.

<sup>72</sup> Emmerich/Habersack<sup>9</sup> § 11, 34.

Dies sind insbesondere § 293 Abs 2,<sup>73</sup> die ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeiten auf Ebene der herrschenden Gesellschaft bei strukturändernden Maßnahmen nach den **Holz Müller-Grundsätzen**<sup>74</sup> (§ 293, 227 ff) und § 71d.<sup>75</sup>

**b) Unternehmensverträge des § 292 Abs 1.** Bei den grenzüberschreitenden Unternehmensverträgen des § 292 gelangt das Recht der sich jeweils vertragstypisch **verpflichtenden** Gesellschaft zu Anwendung.<sup>76</sup> Diese Anknüpfung an das Personalstatut der vertragskennzeichnend verpflichteten Gesellschaft rechtfertigt sich nicht nur aus dem **typischerweise bestehenden Abhängigkeitsverhältnis**<sup>77</sup> und damit der Schutzbedürftigkeit ihrer außenstehenden Aktionäre und Gläubiger,<sup>78</sup> sondern aus der nicht auf Abhängigkeitslagen beschränkten Wertung der §§ 293 Abs 1, 293a–293g, 294–299, 300 Nr 2, 301, dass die sich vertragstypisch verpflichtende Gesellschaft und ihre Aktionäre beim Abschluss und während des Bestehens eines Unternehmensvertrags des § 292 Abs 1 eines erhöhten Schutzes bedürfen. Dass aufgrund der Einordnung als schuldrechtliche Austauschverträge freie Rechtswahl gelte,<sup>79</sup> kann demgegenüber nicht überzeugen.

## 2. Faktische Konzerne

Die kollisionsrechtliche Behandlung des faktischen Konzerns entspricht der des **Vertragskonzerns** insofern, als dass das **Personalstatut** der **abhängigen** Gesellschaft für das anwendbare Gesellschafts(konzern)recht maßgeblich ist, soweit die Interessen der abhängigen Gesellschaft, der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger betroffen sind.<sup>80</sup> Demzufolge finden die §§ 311 bis 318 im Falle einer deutschen abhängigen AG oder KGaA Anwendung,<sup>81</sup> nicht aber im Falle einer ausländischen abhängigen Gesellschaft.<sup>82</sup>

## 3. Gleichordnungskonzerne

Im Gleichordnungskonzern, bei dem die statutsbegründende **Abhängigkeitssituation** **fehlt**, stehen die betroffenen internationalen Rechtsordnungen frei nebeneinander; es sei denn, dass die (grenzüberschreitende) Konzernierung mit dem ordre public eines der Sitzstaaten unvereinbar wäre.<sup>83</sup> Eine typischerweise gegebene besondere Schutzwürdigkeit des einen oder des anderen Vertragspartners ist, anders als beim Unterordnungskonzern, nicht gegeben.<sup>84</sup> Die unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten im Gleichordnungskonzern bedingen vielmehr eine individuelle und differenzierte Beurteilung des einschlägigen Statuts.

Erfolgt die Konzernierung mittels eines **Gleichordnungsvertrages**, ist die kollisionsrechtliche Behandlung von der Frage abhängig, ob die geschaffene Leitungsgesellschaft eine Innen- oder Außengesellschaft darstellt. Handelt es sich um eine Innengesellschaft,

<sup>73</sup> MünchKommBGB/Kindler<sup>5</sup> Int Handels-GesR 756; Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> 50; aA *Emmerich/Habersack*<sup>9</sup> § 11, 34.

<sup>74</sup> MünchKommBGB/Kindler<sup>5</sup> Int Handels-GesR 756; MünchKommAktG/*Altmeppen*<sup>3</sup> Einl §§ 291, 41; Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> 50; *Bungert AG* 1995, 489, 507.

<sup>75</sup> *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> § 291, 34.

<sup>76</sup> Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> 52; MünchKommAktG/*Altmeppen*<sup>3</sup> Einl §§ 291, 52 mwN; letztlich auch *KK/Koppensteiner*<sup>3</sup> 184, 190.

<sup>77</sup> MünchKommAktG/*Altmeppen*<sup>3</sup> Einl §§ 291, 52; *Emmerich/Habersack*<sup>9</sup> § 11, 37.

<sup>78</sup> Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> 52; Staudinger/*Großfeld*

IntGesR 579; vgl auch *Einsele ZGR* 1996, 40, 52.

<sup>79</sup> *Einsele ZGR* 1996, 40, 50 f; *Emmerich/Habersack*<sup>9</sup> § 11, 37.

<sup>80</sup> Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> 45; *Einsele ZGR* 1996, 40, 41.

<sup>81</sup> Unstreitig; s nur *KK/Koppensteiner*<sup>3</sup> 184, 189; Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> 45.

<sup>82</sup> AA Spindler/Stilz/*Schall*<sup>2</sup> Vor § 15, 38 für EU-Auslandsgesellschaften.

<sup>83</sup> *Gefßler/Hefermehl* § 291, 67 mwN.

<sup>84</sup> MünchKommAktG/*Altmeppen*<sup>3</sup> Einl §§ 291, 43; *Spahlinger/Wegen IntGesR* 403; *Großfeld/Kötter IPrax* 1983, 60, 61.

gilt das vertraglich vereinbarte Statut (vgl Art 3 Rom-I-VO).<sup>85</sup> Die Rechtswahl wird jedoch durch die Statuten der betroffenen Gesellschaften begrenzt.<sup>86</sup> Ist die Leitungsgesellschaft hingegen eine Außengesellschaft, findet dessen Personalstatut Anwendung (vgl Art 1 Abs 2 lit f Rom-I-VO).<sup>87</sup>

**33** Im Falle eines **faktischen Gleichordnungskonzerns**, welcher insbesondere durch Überkreuzverflechtungen entsteht, gelten die Personalstatuten der beiden Gesellschaften, wobei mögliche Kollisionen durch Anpassung zu beseitigen sind.<sup>88</sup>

§ 291

**Beherrschungsvertrag. Gewinnabführungsvertrag**

(1) Unternehmensverträge sind Verträge, durch die eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt (Beherrschungsvertrag) oder sich verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen (Gewinnabführungsvertrag). Als Vertrag über die Abführung des ganzen Gewinns gilt auch ein Vertrag, durch den eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien es übernimmt, ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen Unternehmens zu führen.

(2) Stellen sich Unternehmen, die voneinander nicht abhängig sind, durch Vertrag unter einheitliche Leitung, ohne dass dadurch eines von ihnen von einem anderen vertragsschließenden Unternehmen abhängig wird, so ist dieser Vertrag kein Beherrschungsvertrag.

(3) Leistungen der Gesellschaft bei Bestehen eines Beherrschungs- oder eines Gewinnabführungsvertrages gelten nicht als ein Verstoß gegen die §§ 57, 58 und 60.

Übersicht

	Rn		Rn
<b>I. Grundlagen</b>		b) Begründung . . . . .	22
1. Gesetzesgeschichte . . . . .	1	aa) Allgemeine gesellschaftsrechtliche Prinzipien . . . . .	22
2. Regelungsgegenstand . . . . .	2	bb) Parallele zum Verschmelzungsvertrag . . . . .	23
3. Normzweck . . . . .	5	cc) Die positive Regelung der §§ 291 Abs 1 Satz 1 Alt 1, 293 Abs 1, 308 . . . . .	24
4. Steuerliche Organschaft . . . . .	8	(1) Weisungsrecht . . . . .	25
a) Zweck . . . . .	8	(2) Beherrschungsvertrag mit Alleinaktionär . . . . .	29
b) Voraussetzungen . . . . .	9	(3) Kündigungsmöglichkeit durch Vorstand: ein Einwand? . . . . .	30
c) Die frühere Mehrmütterorganschaft . . . . .	16	(4) Der atypische Beherrschungsvertrag als Bestätigung . . . . .	31
5. Altverträge . . . . .	19		
<b>II. Rechtsnatur der Unternehmensverträge des Abs 1</b>			
1. Organisationsvertrag . . . . .	20		
2. Strukturänderungsgestaltender einseitiger Schuldvertrag . . . . .	21		
a) Schuldvertrag mit drei Regelungsebenen . . . . .	21		

<sup>85</sup> MünchKommAktG/Altmeyers<sup>3</sup> Einl §§ 291, 43; MünchKommBGB/Kindler<sup>5</sup> Int Handels-GesR 797.

<sup>86</sup> MünchKommAktG/Altmeyers<sup>3</sup> Einl §§ 291, 43; MünchKommBGB/Kindler<sup>5</sup> Int Handels-GesR 797; Spahlinger/Wegen IntGesR 404; Staudinger/Großfeld IntGesR 560; Großfeld/Kötter IPrax 1983, 60; Einsele ZGR 1996, 40, 52.

<sup>87</sup> MünchKommBGB/Kindler<sup>5</sup> Int Handels-GesR 796; MünchKommAktG/Altmeyers<sup>3</sup> Einl §§ 291, 43 aE; Staudinger/Großfeld IntGesR 560; Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> 51; Spahlinger/Wegen IntGesR 404; Großfeld/Kötter IPrax 1983, 60, 61 f; Einsele ZGR 1996, 40, 52.

<sup>88</sup> Großfeld/Kötter IPrax 1983, 60; Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> 46.

	Rn		Rn
c) Konsequenzen . . . . .	32	d) Leitungscoordination keine Wirk-	
aa) Schuldrechtliche Ansprüche und		samkeitsvoraussetzung . . . . .	108
ihre Durchsetzung . . . . .	33	5. Beherrschungsverträge in mehrstufigen	
bb) Inhaltsfreiheit . . . . .	38	Unternehmensverbindungen . . . . .	110
cc) Auslegung . . . . .	40	6. Atypische Beherrschungsverträge . . . . .	116
<b>III. Parteien eines Unternehmensvertrags nach</b>		a) Notwendigkeit der Qualifikation . . . . .	119
<b>Abs 1 . . . . .</b>	<b>42</b>	b) Kriterien . . . . .	120
1. AG/KGaA als verpflichtete Gesellschaft . . . . .	43	c) Konsequenzen . . . . .	129
2. Anderes Unternehmen als anderer		7. Rechtsfolgen . . . . .	130
Vertragsteil . . . . .	44	a) Vertragliche Rechte und Pflichten . . . . .	130
a) Beliebige Rechtsform . . . . .	44	b) Änderungen des Legalstatuts . . . . .	131
b) Kein Ausschluss von Nichtaktionären . . . . .	45	aa) Verantwortungsverantwortung . . . . .	131
c) Unternehmenseigenschaft; Aus-		bb) Keine verdeckte Einlagenrück-	
schluss von Nichtunternehmen . . . . .	46	gewähr (Abs 3) . . . . .	133
d) Mehrheit von Parteien . . . . .	53	c) Gesetzliches Regelungsregime . . . . .	139
aa) Keine Unternehmensqualität aller		<b>V. Gewinnabführungsvertrag (Abs 1 Satz 1</b>	
Parteien . . . . .	53	<b>Alt 2)</b>	
bb) Keine Unternehmensqualität kraft		1. Entstehungsgeschichte . . . . .	140
mittelbarer Mehrmüterschaft . . . . .	54	2. Abführung des ganzen Gewinns . . . . .	141
e) Rechtsfolgen bei fehlender Unter-		a) Gewinn . . . . .	143
nehmens-eigenschaft . . . . .	55	b) Ganzer Gewinn . . . . .	144
<b>IV. Beherrschungsvertrag . . . . .</b>	<b>56</b>	c) Ermittlung des abzuführenden Gewinns	146
1. Entstehungsgeschichte . . . . .	57	aa) Vorstandsermessen . . . . .	146
2. Leitungsunterstellung . . . . .	58	bb) Ermessensbindung im Gewinn-	
a) Leitung . . . . .	59	abführungsvertrag; Weisungen . . . . .	147
b) Unterstellung . . . . .	63	3. Vertragsinhalt . . . . .	150
c) Mindestumfang . . . . .	66	a) Mindestinhalt . . . . .	150
aa) Leitung(sfunktionen) . . . . .	67	b) Keine weiteren Mindestinhalte . . . . .	151
bb) Weisungsrecht . . . . .	72	c) Isolierter Gewinnabführungsvertrag	
3. Vertragsinhalt . . . . .	74	im Besonderen . . . . .	152
a) Zwei Mindestinhalte . . . . .	74	d) Ergänzende Regelungen . . . . .	154
aa) Vereinbarung der Leitungsunter-		e) Rückbeziehung der Gewinnabführung	
stellung . . . . .	74	im Besonderen . . . . .	155
bb) Ausgleichsregelung (§ 304 Abs 3		4. Mehrheit von Vertragsparteien . . . . .	161
Satz 1) . . . . .	76	a) Personenmehrheit als anderer Ver-	
b) Keine weiteren Mindestinhalte . . . . .	77	tragsteil . . . . .	161
aa) Bezeichnung als „Beherrschungs-		b) Keine mehreren Gewinnabführungs-	
vertrag“ . . . . .	78	verträge . . . . .	163
bb) Abfindung . . . . .	79	c) Gewinnabführungsvertrag zugunsten	
cc) Verlustausgleich . . . . .	80	Dritter . . . . .	164
dd) Ausgestaltungsgebote . . . . .	81	5. Gewinnabführungsverträge bei mehr-	
ee) Aufsichtsrechtliche Anforder-		stufigen Unternehmensverbindungen . . . . .	167
rungen . . . . .	87	6. Atypische Gewinnabführungsverträge . . . . .	168
c) Ergänzende Regelungen . . . . .	89	7. Rechtliche Behandlung von Gewinn-	
aa) Ausgestaltung des Weisungsrechts	89	abführungsverträgen . . . . .	172
bb) Sonstige Regelungen . . . . .	90	a) Vertragliche Rechte und Pflichten . . . . .	172
d) Gestaltungsschranken . . . . .	91	b) Änderungen des Legalstatuts . . . . .	173
aa) Reichweite der Leitungsunter-		aa) Vorstandsverantwortung . . . . .	173
stellung . . . . .	91	bb) Keine verdeckte Einlagenrück-	
bb) Rückwirkende Leitungsunter-		gewähr (Abs 3) . . . . .	174
stellung . . . . .	93	c) Gesetzliches Regelungsregime . . . . .	175
cc) Beschränkte Leitungsunterstellung		8. Anhang: Verlustübernahmevertrag/	
(Teilbeherrschungsverträge) . . . . .	95	Verlustdeckungszusage . . . . .	176
4. Mehrheit von Vertragsparteien . . . . .	100	<b>VI. Geschäftsführungsvertrag (Abs 1 Satz 2)</b>	
a) Personenmehrheit als anderer Ver-		1. Entstehungsgeschichte . . . . .	181
tragsteil (Mehrmüterschaft) . . . . .	101	2. Vertragsinhalt und rechtliche Behandlung	182
b) Zwischenschaltung einer GbR/ver-		a) Geschäftsführung für fremde Rech-	
mögensverwaltende OHG (mittel-		nung . . . . .	183
bare Mehrmüterschaft) . . . . .	103	b) Unentgeltlichkeit . . . . .	186
c) Mehrere parallele Beherrschungs-		c) Zusätzliche Vertragsinhalte . . . . .	187
verträge . . . . .	106	3. Abgrenzungsfragen . . . . .	188

	Rn		Rn
4. Rechte und Pflichten der Parteien . . . . .	192	4. Rechtsnatur des Gleichordnungs-	
a) Übertragung des für fremde Rech-		konzernvertrags . . . . .	209
nung erwirtschafteten Ergebnisses . . . . .	193	5. Vertragsarchitektur und Vertragsschluss	211
b) Weitere Vertragspflichten . . . . .	197	6. Hauptversammlungenzustimmung und	
5. Entgeltlicher Geschäftsführungsvertrag . . . . .	199	Eintragung . . . . .	213
<b>VII. Kombination mehrerer Unternehmens-</b>		a) Zustimmungserfordernis . . . . .	213
<b>vertragsarten . . . . .</b>	<b>202</b>	b) Eintragungserfordernis . . . . .	215
<b>VIII. Gleichordnungskonzernverträge (Abs 2)</b>		7. Konzernleitung und Haftung . . . . .	216
1. Entstehungsgeschichte . . . . .	206	a) Weisungsrecht . . . . .	216
2. Allgemeines . . . . .	207	b) Haftung . . . . .	219
3. Vertragsbeteiligte . . . . .	208	8. Regelungsregime . . . . .	222

## Schrifttum

### I. Beherrschungs-, Gewinnabführungs-, Geschäftsführungsverträge

*Acher* Vertragskonzern und Insolvenz, 1987; *Ahrens* Die Problematik des Mehrmütter-Konzerns in aktien- und mitbestimmungsrechtlicher Sicht, AG 1975, 151; *Altmeppen* Abschied vom „qualifiziert faktischen“ Konzern, 1991; *ders* Zu Formfragen bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen der GmbH, Betrieb 1994, 1273; *ders* Zur Delegation des Weisungsrechts im mehrstufigen Konzern, in: FS Lutter, 2000, S 975; *ders* Interessenkonflikte im Konzern, ZHR 171 (2007), 320; *Bachelin* Der konzernrechtliche Minderheitenschutz, 1969; *Bälz* Einheit und Vielheit im Konzern, in: FS Raiser, 1974, S 287; *ders* Verbundene Unternehmen, AG 1992, 277; *Ballerstedt* Handels- und gesellschaftsrechtliche Probleme der Organschaft, Betrieb 1956, 813 (Teil I), 837 (Teil II); *ders* Die Verfassung der Aktiengesellschaft und der Organschaftsvertrag, Betrieb 1957, 837; *ders* Schranken der Weisungsbefugnis aufgrund eines Beherrschungsvertrages, ZHR 137 (1973), 388; *Balthasar* Zum Austrittsrecht nach § 305 AktG bei „faktischer Beherrschung“, NZG 2008, 858; *Bärwaldt/Schabacker* Wirksamkeitserfordernisse grenzüberschreitender Unternehmensverträge iSd. § 291 AktG, AG 1998, 182; *Baumgartl* Die konzernbeherrschte Personengesellschaft, 1986; *W Bayer* Der grenzüberschreitende Beherrschungsvertrag, 1988; *ders* Herrschaftsveränderungen im Vertragskonzern, ZGR 1993, 599; *W F Bayer*, Mehrstufige Unternehmensverträge, in: FS Ballerstedt, 1975, S 157; *ders* Europäische Vertragskonzerne und europäisches Gesellschaftsrecht, in: FS Gefler, 1970, S 227; *Becker* Die Behandlung des Konzerns nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen im deutschen Recht, in: *Mestmäcker/Behrens* (Hrsg), Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, 1991, S 419; Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, Bundesministerium der Justiz, 1980; *Bezenberger/Schuster* Die öffentliche Anstalt als abhängiges Konzernunternehmen, ZGR 1996, 481; *Beuthien* Konzernbildung und Konzernleitung kraft Satzung, ZIP 1993, 1589; *Binnewies* Die Konzerneingangskontrolle in der abhängigen Gesellschaft, 1996; *Bitter* Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000; *Born* Die abhängige KG auf Aktien, 2004, S 80; *Burbach* Das Recht der konzernabhängigen Personengesellschaft, 1989; *Cahn* Zur Anwendbarkeit der §§ 311 ff AktG im mehrstufigen Vertragskonzern, BB 2000, 1477; *Cahn/Simon* Isolierte Gewinnabführungsverträge, Konzern 2003, 1; *Crezelius* Organschaft und Ausland, in: FS Beusch, 1993, S 153; *Däubler* Ausklammerung sozialer und personeller Angelegenheiten aus einem Beherrschungsvertrag?, NZG 2005, 617; *Decher* Das Business Combination Agreement – ein verdeckter Beherrschungsvertrag oder sonstiger strukturändernder Vertrag?, in: FS Hüffer, 2010, S 179; *Detle* Verdeckte und atypische Beherrschungsverträge im Aktienrecht, 2012; *Dielmann* Die Beteiligung der öffentlichen Hand an Kapitalgesellschaften und die Anwendbarkeit des Rechts der verbundenen Unternehmen, 1977; *Dierdorf* Herrschaft und Abhängigkeit einer Aktiengesellschaft auf schuldvertraglicher und tatsächlicher Grundlage, 1978; *Duden* Aktienrechtliche Fragen zur „Organschaft“ mit einem Großaktionär, BB 1957, 49; *ders* Die Diskussion über das Konzernrecht, BB 1957, 1230; *Ebenroth* Die verdeckten Vermögenszuwendungen im transnationalen Unternehmen, 1979; *Ebenroth/Parche* Konzernrechtliche Beschränkungen der Umstrukturierung des Vertragskonzerns, BB 1989, 637; *Eberth* Die Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung, 2000; *Ederle*, Verdeckte Beherrschungsverträge, 2010; *Ebinge* Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts als herrschende Unternehmen, 2000; *Ellerich* Zur Bedeutung und den Auswirkungen der aktien-

rechtlichen Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand unter Berücksichtigung ökonomischer Gesichtspunkte, 1980; *Emmerich* Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969; *ders* Die öffentliche Unternehmung im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht, AG 1976, 225; *ders* Bestandsschutz im GmbH-Vertragskonzern, in: Hommelhoff (Hrsg), Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, 1986, S 64; *ders* Zur Organhaftung im Vertragskonzern, GS Sonnenschein, 2002, S 651; *ders* Über atypische und verdeckte Beherrschungsverträge, in: FS Hüffer, 2010, S 179; *Emmerich/Gansweid* Die Problematik der Gemeinschaftsunternehmen – BGHZ 62, 193, JuS 1975, 294; *Erlinghagen* Der Organschaftsvertrag mit Ergebnisausschlußklausel im Aktienrecht, 1960; *Eschenbruch*, Konzernhaftung, 1996; *Exner*, Vollmacht und Beherrschungsvertrag, AG 1981, 175; *ders* Beherrschungsvertrag und Vertragsfreiheit, 1984; *Fabian* Inhalt und Auswirkungen des Beherrschungsvertrags, 1997; *v Falkenhause*n Zur Fortgeltung alter Unternehmensverträge nach neuem Aktienrecht, BB 1966, 190; *Fikentscher* Die Interessengemeinschaft, 1966; *Flume* Die Organschaft im Gewerbesteuerrecht, Betrieb 1955, 485; *ders* Die Organschaft im Körperschaftsteuerrecht, Betrieb 1956, 455; *ders* Nochmals zur Organschaft im Körperschaftsteuerrecht, Betrieb 1956, 672; *ders* Stellungnahme zum Gutachten des BFH zur Besteuerung der Dividendengarantie bei Organschaftsverhältnissen, Betrieb 1957, 439; *ders* Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, 1958; *ders* Die abhängige Aktiengesellschaft und die Aktienrechtsreform, Betrieb 1959, 190; *ders* Grundfragen der Aktienrechtsreform, 1960, abgedruckt in Gesammelte Schriften, Bd II, 1988, S 123; *ders* Die konzernrechtliche Gestaltung im Aktienrecht, 1962, abgedruckt in Gesammelte Schriften, 1988, Bd II, S 169; *ders* Der Gewinn- und Verlustübernahmevertrag im GmbH-Recht, Betrieb 1989, 665; *Gäbelein* Unternehmensverträge bei der Einpersonen-GmbH, GmbHR 1992, 786; *Gansweid* Gemeinsame Tochtergesellschaften im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht, 1976; *Gerth* Die Beendigung des Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages, BB 1978, 1497; *Gesler* Probleme des neuen Konzernrechts, Betrieb 1965, 1691; *ders* Probleme des neuen Konzernrechts (Teil II), Betrieb 1965, 1729; *ders* Aktuelle gesellschaftsrechtliche Probleme, Betrieb 1966, 215; *ders* Abgrenzungs- und Umgehungsprobleme bei Unternehmensverträgen, in: FS Ballerstedt, 1975, S 219; *ders* Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im Vertragskonzern?, ZHR 140 (1976), 433; *ders* Atypische Beherrschungsverträge, in: FS Beitzke, 1979, S 923; *Glaser* Grenzen des Weisungsrechts im Vertragskonzern, 1982; *Goslar* Verdeckte Beherrschungsverträge – Zugleich Besprechung von LG München I, Urt. v. 31.1.2008 – 5 HK O 19782/06, Betrieb 2008, 800; *Grobecker* Der Teilbeherrschungsvertrag, DStR 2002, 1953; *Grüner* Die Beendigung von Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen, 2003; *Haar* Die Personengesellschaft im Konzern, 2006; *Haesen* Der Abhängigkeitsbericht im faktischen Konzern, 1970; *Hamburger*, Die Organgesellschaft, in: Gedächtnisschrift Seckel, 1927, S 261; *Harbarth* Dual Headed Companies, AG 2004, 573; *Havermann* Die verbundenen Unternehmen und ihre Pflichten nach dem Aktiengesetz 1965, WPg 1966, 30; *ders* Die verbundenen Unternehmen und ihre Pflichten nach dem Aktiengesetz 1965 (II. Teil), WPg 1966, 66; *ders* Die verbundenen Unternehmen und ihre Pflichten nach dem Aktiengesetz 1965 (Schluß), WPg 1966, 90; *Heidinger* Das Ende des Vertragskonzerns?, NZG 2005, 502; *Hirte* Bezugsrechtsausschluss und Konzernbildung, 1986; *ders* Der Vertragskonzern im Gesellschaftsrecht, 1993; Grenzen der Vertragsfreiheit bei aktienrechtlichen Unternehmensverträgen, ZGR 1994, 644; *Hirte/Schall* Zum faktischen Beherrschungsvertrag, Konzern 2006, 243; *Hösch* Konzernbildung und zwingende gesetzliche Kompetenzverteilung in der AG, der GmbH und bei Personengesellschaften, WiB 1997, 231; *Hommelhoff* Die Konzernleitungspflicht, 1982; *ders* Verlustausgleich im Mehrmütter-Vertragskonzern, in: FS Goerdeler, 1987, S 221; *Hueck* Zur Frage der Wirksamkeit der Organschaftsverträge, Betrieb 1959, 223; *Hüchting* Abfindung und Ausgleich im aktienrechtlichen Beherrschungsvertrag, 1972; *Jurkat* Die Organschaft im Körperschaftsteuerrecht, 1975; *Kerkhoff* Abschluß und Beendigung von GmbH-Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen, GmbHR 1999, 226; *Kienzle* Verdeckte Beherrschungsverträge im Aktienrecht, 2010; *Kleindiek* Fehlerhafte Unternehmensverträge im GmbH-Recht, ZIP 1988, 613; *ders* Strukturvielfalt im Personengesellschafts-Konzern, 1991; *Kley* Die Rechtsstellung der außenstehenden Aktionäre bei der vorzeitigen Beendigung von Unternehmensverträgen, 1986; *Klöhn* Das System der aktien- und umwandlungsrechtlichen Abfindungsansprüche, 2009; *Knepper* Bedeutung, Anwendungsformen und steuerliche Wirkungen von Unternehmensverträgen, BB 1982, 2061; *Knütel* Weisungen bei Geschäftsbesorgungsverhältnissen, insbesondere bei Kommission und Spedition, ZHR 137 (1973), 285; *Koch* Kommunale Unternehmen im Konzern, DVBl 1994, 667; *Koppensteiner* Unternehmergemeinschaften im Konzerngesellschaftsrecht, ZHR

131 (1968), 289; *ders* Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht, 1971; *ders* Zur Anwendung konzerngesellschaftlicher Normen auf die Bundesrepublik, ZGR 1979, 91; *ders* Zur konzernrechtlichen Behandlung von BGB-Gesellschaften und Gesellschaftern, in: FS Ulmer, 2003, S 349; *ders* Organisationsautonomie und Legitimationswirkung im Recht der Unternehmensverträge, in: FS Canaris II, 2007, S 209; *Kort* Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht, 1986; *ders* Zur Vertragsfreiheit bei Unternehmensverträgen, BB 1988, 79; *ders* Handelsregistereintragung bei Unternehmensverträgen im GmbH-Konzernrecht – de lege lata und de lege ferenda, AG 1988, 369; *ders* Rechtsfortbildung im GmbH-Konzernrecht, ZIP 1989, 1309; *Krieger* Änderung und Beendigung von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen, in: U H Schneider (Hrsg), Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, 1989, S 99; *ders* Inhalt und Zustandekommen von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im Aktien- und GmbH-Recht, DStR 1992, 432; *ders* Abschluß eines Gewinnabführungsvertrages zwischen Mutter und Enkel, in: FS K Schmidt, 2009, S 999; *Kropff* Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, BB 1965, 1281; *ders* Aufgaben des Registergerichts nach dem Aktiengesetz 1965, RPfleger 1966, 33; *ders* Zur Anwendung des Rechts der verbundenen Unternehmen auf den Bund, ZHR 144 (1980), 74; *ders* Zur Konzernleitungspflicht, ZGR 1984, 112; *ders* Der GmbH-Beherrschungsvertrag: Voraussetzung für den Vorrang von Konzerninteressen?, in: FS Semler, 1993, S 517; *Leuering* Der Erwerb von Beteiligungen durch Versicherungsunternehmen an Unternehmen anderer Wirtschaftszweige, 1997; *Löffler* Die abhängige Personengesellschaft, 1988; *Luchterhandt* Deutsches Konzernrecht bei grenzüberschreitenden Konzernverbindungen, 1971; *Lutter* Zur Binnenstruktur des Konzerns, in: FS Westermann, 1974, S 347; *Marchand* Abhängigkeit und Konzernzugehörigkeit von Gemeinschaftsunternehmen, 1985; *Martens* Die existenzielle Wirtschaftsabhängigkeit, 1979; *Meilicke* Korporative Versklavung deutscher Aktiengesellschaften durch Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge gegenüber in- und ausländischen Unternehmen, in: FS Hirsch, 1968, S 99; *ders* Konzentration durch Beherrschungs- und Ergebnisübernahmeverträge, in: *Arndt* (Hrsg), Die Konzentration in der Wirtschaft, Materialband I, 2. Aufl, 1971, S 647; *B Mertens* Die Geltendmachung von Mängeln eines Unternehmensvertrages durch Aktionäre, BB 1995, 1417; *H-J Mertens* Empfiehlt sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahrens?, ZGR 1984, 542; *Mestmäcker* Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1958; *ders* Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen im neuen Aktiengesetz, FG Kronstein, 1967, S 129; *ders* Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und europäischen Konzern- und Kartellrecht, in: *Mestmäcker/Blaise/Donaldson* (Hrsg), Gemeinschaftsunternehmen (Joint venture – Filiale commune) im Konzern- und Kartellrecht, 1979, S 9; *Miederhoff* Bankaufsichtsrechtliche Beurteilung von Unternehmensverträgen unter vergleichender Berücksichtigung des Versicherungsaufsichtsrechts, WM 2001, 2041; *Möhring* Die gesetzliche Regelung der Unternehmensverbindungen im neuen Aktiengesetz, NJW 1967, 1; *Möller* Änderungen des Aktienrechts durch das MoMiG, Konzern 2008, 1; *Mülbert* Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 2. Aufl, 1996; *ders* Unternehmensbegriff und Konzernorganisationsrecht, ZHR 163 (1999), 1; *H-P Müller* Zur Gewinn- und Verlustermittlung bei aktienrechtlichen Gewinnabführungsverträgen, in: FS Goedeler, 1987, S 375; *T Müller* Rechtsnatur und Wirkung so genannter „atypischer Beherrschungsverträge“, 2012; *W Müller* Bilanzierungsfragen bei der Beendigung von Unternehmensverträgen, in: FS Kropff, 1997, S 517; *Mutze* Erfahrungen aus der Anwendung der Unternehmensverträge des Aktiengesetzes 1965, AG 1967, 215; *Neumann/Rux* Einbindung öffentlich-rechtlicher Einrichtungen in einen privatrechtlichen Konzern?, Betrieb 1996, 1659; *Oechsler* Die Anwendung des Konzernrechts auf Austauschverträge mit organisationsrechtlichem Bezug, ZGR 1997, 464; *Oesterreich* Die Betriebsüberlassung zwischen Vertragskonzern und faktischem Konzern, 1979; *Paschke* Rechtsfragen der Durchgriffsproblematik im mehrstufigen Unternehmensverbund, AG 1988, 196; *Paschos/Goslar* Die Beendigung von Gewinnabführungsverträgen mit einer abhängigen GmbH während des laufenden Geschäftsjahres, Konzern 2006, 479; *Pentz* Die Rechtsstellung der Enkel-AG in einer mehrstufigen Unternehmensverbindung, 1994; *ders* Schutz der AG und der außenstehenden Aktionäre in mehrstufigen faktischen und unternehmensvertraglichen Unternehmensverbindungen, NZG 2000, 1103; *ders* Zustimmungserfordernisse beim Stufen übergreifenden Unternehmensvertrag in Mehrstufigkeitsverhältnissen, Betrieb 2004, 1543; *Praël* Eingliederung und Beherrschungsvertrag als körperschaftliche Rechtsgeschäfte, 1978; *Priester* Liquiditätsausstattung der abhängigen Gesellschaft und unterjährige Verlustdeckung bei Unternehmensverträgen, ZIP 1989, 1301; *ders* Herr-

schaftswechsel beim Unternehmensvertrag, ZIP 1992, 293; *Raiser* Beherrschungsvertrag im Recht der Personengesellschaften, ZGR 1980, 558; *ders* Konzernverflechtungen unter Einschluß öffentlicher Unternehmen, ZGR 1996, 458; *Rasch* Deutsches Konzernrecht, 5. Aufl, 1974; *Raupach* Schuldvertragliche Verpflichtungen anstelle beteiligungsgestützter Beherrschung, in: FS Bezzenberger, 2000, S 327; *ders* Das Steuerrecht – eine unerwünschte Quelle des Konzernrechts?, in: FS Priester, 2007, S 633; *Raupach/Klotz* Die Mehrmütterorganschaft – Rechtsinstitut zwischen Konzernrecht und Konzernsteuerrecht, WiB 1994, 137; *Rehbinder* Gesellschaftsrechtliche Probleme mehrstufiger Unternehmensverbindungen, ZGR 1977, 581; *ders* Buchbesprechung: Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht, ZHR 147 (1983), 464; *Reute* Die Personengesellschaft als abhängiges Unternehmen, ZHR 146 (1982), 1; *ders* Ansätze eines Konzernrechts der Personengesellschaft in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, AG 1986, 130; *Rittner* Der Staat – ein Unternehmen im Sinne des Aktiengesetzes?, in: FS Flume, Bd II, 1978, S 241; *ders* Konzernorganisation und Privatautonomie, AcP 183 (1983), 295; *Rottbauer* Vertragsgestaltungproblematik bei „Mehrmütterorganschaft“ im GmbH-Konzernrecht, Betrieb 1991, 27; *Rubner* Der Privataktionär als Partei eines Beherrschungsvertrages, Konzern 2003, 735; *C van de Sande* Die Unternehmensgruppe im Banken- und Versicherungsaufsichtsrecht, 2003; *Schaber/Hertstein* Zurückwirkung eines Gewinnabführungsvertrags aus gesellschaftsrechtlicher und handelsbilanzieller Sicht, Konzern 2004, 6; *C Schäfer* Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 2002; *Schießl* Die beherrschte Personengesellschaft, 1985; *Schilling* Alte Unternehmensverträge im neuen Aktienrecht, BB 1965, 1428; *K Schmidt* Abhängigkeit, faktischer Konzern, Nichtaktienkonzern und Divisionalisierung im Bericht der Unternehmensrechtskommission, ZGR 1981, 455; *ders* Die konzernrechtliche Verlustübernahmepflicht als gesetzliches Dauerschuldverhältnis, ZGR 1983, 513; *ders* Die isolierte Verlustdeckungszusage unter verbundenen Unternehmen als Insolvenzabweidungsinstrument, in: FS Werner, 1984, S 777; *ders* Zwingend gesamtschuldnerischer Verlustausgleich bei der Mehrmütterorganschaft?, Betrieb 1984, 1181; *ders* Konzernunternehmen, Unternehmensgruppe, und Konzern-Rechtsverhältnis, in: FS Lutter, 2000, S 1167; *ders* Unternehmensbegriff und Vertragskonzern – zum Funktionswandel des § 291 AktG, in: FS Koppensteiner, 2001, S 191; *R Schmidt* Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen, ZGR 1996, 345; *E Schmitt* Schutz der außenstehenden Gesellschafter einer abhängigen Personengesellschaft im mehrstufigen Unternehmensverbund, 2003; *U H Schneider* Die Personengesellschaft als verbundenes Unternehmen, ZGR 1975, 253; *ders* Konzernleitung als Rechtsproblem, BB 1981, 244; *ders* Die vertragliche Ausgestaltung der Konzernverfassung, BB 1986, 1993; *ders* (Hrsg), Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, 1989; *ders* Konzernbildung, Konzernleitung und Verlustausgleich im Konzernrecht der Personengesellschaften, ZGR 1980, 511; *ders* Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge mit einer GmbH, in: U H Schneider (Hrsg), Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, 1989, S 7; *ders* Der Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens im Konzern, in: FS Hadding, 2004, S 26; *Schön* Deutsches Konzernprivileg und europäischer Kapitalschutz, ein Widerspruch?, in: FS Kropff, 1997, S 285; *ders* Abschied vom Vertragskonzern?, ZHR 168 (2004), 629; *Schürmbrand* „Verdeckte“ und „atypische“ Beherrschungsverträge im Aktien- und GmbH-Recht, ZHR 169 (2005), 35; *Schulze-Osterloh* Das Recht der Unternehmensverträge und die stille Beteiligung an einer Aktiengesellschaft, ZGR 1974, 427; *S Simon* Steuerumlagen im Konzern, ZGR 2007, 71; *Silny* Der Gläubiger- und Minderheitenschutz bei verdeckten Beherrschungsverträgen, 2009; *Sina* Grenzen des Konzern-Weisungsrechts nach § 308 AktG, AG 1999, 1; *Sonnenschein* Die Eingliederung im mehrstufigen Konzern, BB 1975, 1088; *ders* Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, 1976; *ders* Der Gewinnabführungsvertrag zugunsten Dritter im Gesellschaftsrecht und im Steuerrecht, AG 1976, 147; *ders* Der aktienrechtliche Vertragskonzern im Unternehmensrecht, ZGR 1981, 429; *Theisen* Der Konzern, 2. Aufl 2000; *Timm* Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, 1980; *ders* Der Abschluß des Ergebnisübernahmevertrags im GmbH-Recht, BB 1981, 1491; *ders* Geklärte und offene Fragen im Vertragskonzernrecht der GmbH, GmbHR 1987, 8; *ders* Unternehmensverträge im GmbH-Recht, GmbHR 1989, 11; *ders* Rechtsfragen der Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen, in: FS Kellermann, 1991, S 461; *Ubrmann* Probleme bei der steuerlichen Behandlung der Gewinnabführung an Gesellschafter im Falle der Mehrmütterorganschaft, StBp 1993, 175; *Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts*, Bericht der Studienkommission des DJT, 1967; *Veil* Unternehmensverträge, 2003; *ders* Haftung in der Betriebsaufspaltung, in: Theobald, Entwicklungen zur Durchgriffs- und Konzernhaftung, 2002, S 81; *van Venrooy* Weisungen im Rahmen von

Geschäftsführungs- und Gewinnabführungsverträgen, Betrieb 1981, 675; *ders* Isolierte Unternehmensverträge nach § 291 AktG?, BB 1986, 612; *Veelken* Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht, 1975; *Voigt* Haftung aus Einfluß auf die AG, 2004; *Wackerbarth* Die Abschaffung des Konzernrechts, Der Konzern 2005, 562; *Wanner* Konzernrechtliche Probleme mehrstufiger Unternehmensverbindungen nach Aktienrecht, 1998; *Werner* Probleme des neuen Konzernrechts, NB 1967, Heft 4, 1; *H Westermann* Die Folgen von Verschmelzung und Umwandlung nach § 15 Umwandlungsgesetz von Aktiengesellschaften für Beherrschungsverträge, in: FS Schilling, 1973, S 271; *Wiechmann* Verlustausgleich bei „Mehrmütter-Organschaft“, Betrieb 1985, 2031; *Wiedemann* Die Auslegung von Satzungen und Gesellschaftsverträgen, DNotZ Sonderheft 1977, 99; *Wiedemann/Martens* Die Unternehmensqualifikation von Gebietskörperschaften im Recht der verbundenen Unternehmen (Teil II und Schluß), AG 1976, 232; *H Wilhelm* Die Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages, 1976; *J Wilhelm* Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, 1981; *Windbichler* Unternehmensverträge und Zusammenschlußkontrolle, 1977; *Wolf* Inhalt und Fälligkeit des Gewinnabführungsanspruchs im Vertragskonzern, NZG 2007, 641; *Würdinger* Betrachtungen zur Regelung der Konzernverfassung im Entwurf eines Aktiengesetzes, Betrieb 1958, 1447; *Zeidler* Ausgewählte Probleme des GmbH-Vertragskonzernrechts, NZG, 1999, 692; *Zöllner* Inhalt und Wirkungen von Beherrschungsverträgen bei der GmbH, ZGR 1992, 173.

## II. Gleichordnungskonzernverträge

*Drygala* Der Gläubigerschutz bei der typischen Betriebsaufspaltung, 1991; *Gromann* Die Gleichordnungskonzerne im Konzern- und Wettbewerbsrecht, 1979; *Henssler* Die Betriebsaufspaltung – Konzernrechtliche Durchgriffshaftung im Gleichordnungskonzern, ZGR 2000, 479; *Lutter/Drygala* Grenzen der Personalverflechtung und Haftung im Gleichordnungskonzern, ZGR 1995, 557; *Milde* Der Gleichordnungskonzern im Gesellschaftsrecht, 1996; *K Schmidt* Konzentrationsprivileg und Gleichordnungsvertragskonzern – Kartellrechtsprobleme des Gleichordnungskonzerns, in: FS Ritter, 1991, S 561; *ders* Gleichordnung im Konzern: terra incognita?, ZHR 155 (1991), 417; *Timm/Messing* Die Kündigung von Gleichordnungsverbindungen im Konzernrecht und ihre Rechtsfolgen, in: FS Hommelhoff, 2012, 1237; *Wellkamp* Der Gleichordnungskonzern – Ein Konzern ohne Abhängigkeit?, Betrieb 1993, 2517.

## Rechtsprechung

BGH (2.2.1955) WM 1955, 412 = BB 1955, 236 = JR 1955, 384

BGH (4.3.1974) BGHZ 62, 193 = WM 1974, 319 = AG 1974, 220 = NJW 1974, 855 = Betrieb 1974, 767 = BB 1974, 572

BGH (5.2.1979) WM 1979, 937 = AG 1980, 47 = NJW 1979, 2245 = NJW 1980, 231 = Betrieb 1979, 1833 = BB 1979, 1735 = GmbHR 1979, 246 – Mette KG/Gervais – Danone AG

BGH (5.10.1981) WM 1982, 394 = ZIP 1982, 578 = NJW 1982, 1817 = Betrieb 1982, 846 – Holiday Inn

BGH (16.11.1981) BGHZ 82, 188 = WM 1982, 86 = ZIP 1982, 172 = NJW 1982, 933 = Betrieb 1982, 421 = BB 1982, 269 = JZ 1982, 426 – Hoesch/Hoogovens

BGH (14.12.1987) BGHZ 103, 1 = WM 1988, 258 = AG 1988, 133 = ZIP 1988, 229 = NJW 1988, 1326 = Betrieb 1988, 596 = BB 1988, 361 = DNotZ 1988, 621 – Familienheim

BGH (24.10.1988) BGHZ 105, 324 = AG 1989, 91 = ZIP 1989, 29 = NJW 1989, 295 = Betrieb 1988, 2623 = BB 1989, 95 = DNotZ 1989, 102 – Supermarkt

BGH (11.11.1991) BGHZ 116, 37 = WM 1991, 2137 = AG 1992, 83 = ZIP 1992, 29 = NJW 1992, 505 = Betrieb 1992, 29 = BB 1992, 15 = GmbHR 1992, 34 = DNotZ 1992, 721 – Stromlieferung

BGH (30.1.1992) WM 1992, 524 = AG 1992, 192 = ZIP 1992, 395 = NJW 1992, 1452 = Betrieb 1992, 828 = BB 1992, 662 = GmbHR 1992, 253 = JZ 1992, 733 = DNotZ 1993, 176 – Siemens/NRG

BGH (15.6.1992) BGHZ 119, 1 = WM 1992, 1479 = AG 1992, 450 = ZIP 1992, 1227 = NJW 1992, 2760 = Betrieb 1992, 1873 = BB 1992, 1949 = DNotZ 1993, 247 – ASEA/BBC ISSI

BGH (5.4.1993) BGHZ 122, 211 = WM 1993, 1087 = AG 1993, 422 = ZIP 1993, 751 = NJW 1993, 1976 = Betrieb 1993, 1074 – SSI

BGH (20.5.1997) BGHZ 135, 374 = WM 1997, 1288 = AG 1997, 515 = ZIP 1997, 1193 = NJW 1997, 2242 = Betrieb 1997, 1397 = BB 1997, 1705 = JZ 1997, 1181 – Guano

BGH (4.3.1998) BGHZ 138, 136 = WM 1998, 867 = AG 1998, 286 = NZG 1998, 379 = ZIP 1998, 690 = NJW 1998, 1866 = DStR 1998, 898 = Betrieb 1998, 872 = BB 1998, 912 – ASEA/BBC II

BGH (2.6.2003) BGHZ 155, 110 = WM 2003, 1766 = AG 2003, 629 = NZG 2003, 1113 = ZIP 2003, 1600 = DStR 2003, 2082 = Betrieb 2003, 2166 = BB 2003, 1860 – Philips I

BGH (2.6.2003) ZIP 2003, 1933 – Philips II

BGH (1.12.2003) WM 2004, 228 = AG 2004, 205 = NZG 2004, 185 = ZIP 2004, 164 = NJW-RR 2004, 474 = DStR 2004, 468 = Betrieb 2004, 241 = BB 2004, 175 = GmbHR 2004, 258

BGH (8.5.2006) BGHZ 167, 299 = WM 2006, 1389 = AG 2006, 543 = NZG 2006, 623 = ZIP 2006, 1392 = NJW 2006, 3146 = Betrieb 2006, 1547 = BB 2006, 1873

BGH (3.3.2008) BGHZ 175, 365 = WM 2008, 787 = AG 2008, 375 = NZG 2008, 389 = ZIP 2008, 785 = NJW 2008, 1583 = DStR 2008, 1104 = Betrieb 2008, 918

BGH (1.12.2008) BGHZ 179, 71 = WM 2009, 78 = AG 2009, 81 = NZG 2009, 107 = ZIP 2009, 70 = NJW 2009, 850 = DStR 2009, 234 = Betrieb 2009, 106 = BB 2009, 118 = GmbHR 2009, 199 – MPS

BGH (31.5.2011) BGHZ 190, 45 = WM 2011, 1416 = AG 2011, 668 = NZG 2011, 902 = ZIP 2011, 1465 = Betrieb 2011, 1682 = BB 2011, 2066 = NJW-RR 2011, 1117

BFH (12.10.1972) BFHE 107, 282 = WM 1973, 427 = Betrieb 1973, 36 = BB 1973, 181 = DStR 1973, 89

BFH (16.2.1979) BFHE 127, 56 = WM 1979, 1266 = AG 1980, 309 = Betrieb 1979, 1163 = BB 1979, 565 = DStR 1979, 390

BFH (13.9.1989) BFHE 158, 346 = AG 1990, 304 = Betrieb 1990, 407 = BB 1989, 2462 = GmbHR 1990, 144

BFH (9.6.1999) BFHE 189, 518 = AG 2000, 181 = NZG 2000, 329 = BB 2000, 25 = DStR 1999, 2070 = GmbHR 2000, 43

BFH (8.8.2001) BFHE 196, 485 = AG 2002, 680 = NZG 2002, 832 = Betrieb 2002, 408 = BB 2002, 607 = DStR 2002, 307 = GmbHR 2002, 274

- BFH (21.10.2010) BFHE 231, 198 = AG 2011, 87 = DStR 2010, 2502 = BB 2011, 368  
BFH (12.1.2011) BFHE 232, 426 = AG 2011, 417 = NZG 2011, 596 = DStR 2011, 717 = Betrieb 2011, 914 = GmbHR 2011, 544
- OLG Karlsruhe (14.11.1966) AG 1967, 202 = NJW 1967, 831  
OLG München (11.7.1979) AG 1980, 272 – Kolb Wohnungsbau AG  
OLG Celle (7.9.1983) WM 1984, 494 = AG 1984, 494 – Pelikan AG  
OLG Düsseldorf (17.2.1984) WM 1984, 732 = ZIP 1984, 586 = Betrieb 1984, 817 = BB 1984, 742  
OLG Frankfurt (23.3.1988) AG 1988, 267 – IG Farben AG/Interhandel AG  
BayObLG (16.6.1988) BayObLGZ 1988, 201 = WM 1988, 1229 = AG 1988, 379 = NJW 1989, 128 = Betrieb 1988, 1646 = GmbHR 1988, 389  
OLG Hamm (20.6.1988) WM 1988, 1164 = AG 1989, 31 = ZIP 1988, 1051 = Betrieb 1988, 1842 – Kochs Adler AG/Dürkoppwerke GmbH  
OLG Hamburg (6.10.1989) WM 1989, 1767 = AG 1991, 23 = ZIP 1989, 1326 = NJW 1990, 521 = Betrieb 1989, 2214 = GmbHR 1990, 83  
OLG Hamburg (13.7.1990) WM 1990, 1741 = AG 1991, 21 = ZIP 1990, 1071 = NJW 1990, 3024 = Betrieb 1990, 1808 = GmbHR 1991, 417 – Texaco/RWE-DEA  
OLG Karlsruhe (7.12.1990) AG 1991, 144 = ZIP 1991, 101 = Betrieb 1991, 86 = NJW-RR 1991, 553 = DStR 1991, 360 – ASEA/BBC I  
OLG München (14.6.1991) WM 1991, 1843 = AG 1991, 358 = ZIP 1992, 327 = Betrieb 1991, 1970 = DStR 1991, 1666 – SSI  
OLG Düsseldorf (4.9.1991) OLGR Düsseldorf 1991, Nr 5, 8–10 = WM 1991, 2103 = AG 1992, 60 = Betrieb 1991, 2381 = BB 1991, 2105 = GmbHR 1991, 526  
BayObLG (10.12.1992) BayObLGZ 1992, 367 = WM 1993, 550 = AG 1993, 177 = ZIP 1993, 263 = NJW 1993, 1804 = Betrieb 1993, 789 – BSW  
OLG Karlsruhe (12.10.1993) WM 1993, 2092 = AG 1994, 283 = GmbHR 1994, 810  
OLG Stuttgart (21.12.1993) AG 1994, 411 = ZIP 1995, 1515 = Betrieb 1994, 205  
OLG Hamm (10.5.1995) AG 1995, 512 = ZIP 1995, 1263 – Harpener/Omni  
OLG Frankfurt (30.11.1995) AG 1996, 324 = BB 1996, 445 – Küppersbusch/AEG  
OLG Nürnberg (17.1.1996) AG 1996, 228 = ZIP 1997, 786 = Betrieb 1996, 464 – Tucherbräu AG  
OLG Celle (15.5.1996) AG 1996, 370 – Pensions-Sparplan der Göttinger Vermögensanlagen AG  
OLG Düsseldorf (12.7.1996) AG 1996, 473 = Betrieb 1996, 1862 – Citicorp Deutschland AG  
OLG Stuttgart (29.10.1997) AG 1998, 585 = NZG 1998, 601 = DStR 1998, 1146 = GmbHR 1998, 943 – Dornier/DB  
OLG Frankfurt (29.6.1999) NZG 2000, 603  
OLG Hamburg (29.10.1999) AG 2001, 91 = NZG 2000, 421 = Betrieb 2000, 314

OLG Oldenburg (23.3.2000) NZG 2000, 1138 = GmbHR 2000, 1267

OLG Frankfurt (4.4.2000) OLGR Frankfurt 2000, 231 = WM 2000, 1402 = AG 2001, 53 = NZG 2000, 790 = ZIP 2000, 926 = Betrieb 2000, 1066 = BB 2000, 1487

KG (30.6.2000) AG 2001, 186 = NZG 2000, 1132 = Betrieb 2000, 1755 = BB 2000, 2062 – Allianz

OLG Oldenburg (28.11.2000) AG 2002, 96

KG (28.3.2001) AG 2002, 289

BayObLG (23.10.2002) AG 2003, 631 = NZG 2002, 36 = ZIP 2002, 2257 = Betrieb 2002, 2525 = BB 2003, 15 – PKV/Philips AG

OLG Düsseldorf (27.2.2004) AG 2004, 324 = NZG 2005, 280 = ZIP 2004, 753 = Betrieb 2004, 1032 – Eisenbahn Verkehrsmittel-AG für Transport und Lagerung (EVA)

OLG München (15.12.2004) AG 2005, 486 = NZG 2005, 181

OLG Düsseldorf (20.10.2006) AG 2007, 170

KG (9.6.2008) AG 2009, 30 = ZIP 2009, 1223

OLG München (24.6.2008) WM 2008, 1932 = AG 2008, 672 = NZG 2008, 753 = ZIP 2008, 1330 = BB 2008, 1533

OLG Schleswig (27.8.2008) WM 2008, 2253 = AG 2009, 374 = NZG 2008, 868 = ZIP 2009, 124 = Betrieb 2008, 2076 – MobilCom AG I

OLG München (9.12.2008) WM 2009, 1038 = AG 2009, 675 = NZG 2009, 1315 = ZIP 2009, 2295 = Betrieb 2009, 168 = BB 2009, 631 = GmbHR 2009, 148

OLG Köln (8.10.2009) AG 2010, 336 = NZG 2010, 225

OLG Frankfurt (13.12.2011) AG 2012, 217 = ZIP 2012, 79 = Betrieb 2012, 1090 – Eurohypo/Rheinhyp

OLG München (18.7.2012) AG 2012, 802

LG Düsseldorf (22.12.1978) AG 1979, 290 – Augsburgener Kammgarn-Spinnerei AG

LG Frankfurt (8.1.1990) Betrieb 1990, 624

LG Hamburg (11.1.1990) ZIP 1990, 376

LG Ingolstadt (12.6.1990) WM 1991, 685 = AG 1991, 24 = ZIP 1990, 1128

LG Hamburg (29.1.1991) WM 1991, 1081 = AG 1991, 365 – Bau Verein AG, Hamburg

LG Konstanz (26.11.1992) WM 1993, 953 = AG 1993, 237 = ZIP 1992, 1736 = GmbHR 1993, 169 = GmbHR 1993, 443

LG Kassel (15.11.1995) AG 1997, 239 = GmbHR 1996, 292

LG Stuttgart (3.5.1997) Betrieb 1997, 1661

LG Frankfurt (16.11.1998) AG 1999, 238 = Betrieb 1999, 271 – Deutsche Effekten- und Wechsel Beteiligungsges. AG/Jenoptik

LG München I (2.5.2000) AG 2001, 318 = Betrieb 2000, 1217 – Bayerische Brauerei-Holding

LG Berlin (19.7.2000) AG 2001, 95 = Betrieb 2000, 2466 – Deutsche Hypothekenbank AG

LG Frankfurt (21.2.2006) AG 2007, 48 – Celanese AG

LG München I (31.1.2008) ZIP 2008, 555 = BB 2008, 441 = BB 2008, 522

LG Nürnberg-Fürth (18.12.2008) AG 2010, 179

LG München I (12.5.2011) ZIP 2011, 1511

## I. Grundlagen

### 1. Gesetzesgeschichte

- 1** § 291 geht nur in Teilen auf den mit „Gewinngemeinschaft“ überschriebenen § 256 AktG 1937 zurück. Nach dessen Abs 1 bedurfte jegliche Vereinbarung, in der sich eine AG oder KGaA zur Abführung von mehr als drei Vierteln ihres Gesamtgewinns verpflichtete, der Zustimmung ihrer Hauptversammlung, und das galt nach Abs 2 Var 3 auch für den nunmehr in § 291 Abs 1 Satz 2 erfassten Vertrag, durch den eine Gesellschaft es übernimmt, ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen zu führen. Eine Änderung erfuhr § 291 erstmals durch das MoMiG.<sup>1</sup> In der Neufassung des Abs 3 sind Leistungen „bei Bestehen“ eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags vom Konzernprivileg umfasst, nicht wie zuvor lediglich Leistungen „aufgrund“ eines solchen Vertrags. Weitere Einzelheiten zur Entstehungsgeschichte finden sich bei den einzelnen Vertragsarten; s Rdn 57, 140, 181, 206.

### 2. Regelungsgegenstand

- 2** § 291 Abs 1 Satz 1 führt erstens – insoweit im Zusammenspiel mit § 292 Abs 1 – den neuen **Sammelbegriff** (Vorbem 2 zu §§ 291 ff) des **Unternehmensvertrags** für das Aktienkonzernrecht ein. Zweitens enthält Satz 1 zwei Begriffsbestimmungen, die – formal nach Art einer Legaldefinition (Vorbem 3 zu §§ 291 ff) – die notwendigen Merkmale der beiden Vertragstypen des Beherrschungsvertrags und des Gewinnabführungsvertrags benennen: Alternative 1 charakterisiert den **Beherrschungsvertrag** anhand zweier den Vertragsgegenstand<sup>2</sup> in Bezug nehmender Merkmale dahingehend, dass eine AG oder KGaA „die Leitung ihrer Gesellschaft“ dem anderen Vertragsteil vertraglich „unterstellt“; Alternative 2 kennzeichnet den **Gewinnabführungsvertrag** dergestalt, dass die Gesellschaft sich gegenüber einem anderen Unternehmen zur Abführung ihres ganzen Gewinns verpflichtet. Satz 1 nimmt drittens eine **Beschränkung** des Personenkreises vor, der **anderer Vertragsteil** eines Unternehmensvertrags iS von § 291 sein kann (Rdn 46 ff), und begrenzt viertens den **Anwendungsbereich** der §§ 291 ff auf den Fall, dass eine AG oder KGaA die vertragstypisch verpflichtete Partei eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags ist.
- 3** **Abs 1 Satz 2** fingiert das Vorliegen eines Gewinnabführungsvertrags für die allgemein als Geschäftsführungsvertrag bezeichnete Fallgestaltung, dass die Gesellschaft es vertraglich übernimmt, ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen Unternehmens zu führen.

<sup>1</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008, BGBl I S 2026.

<sup>2</sup> **AA Hüffer**<sup>10</sup> 1 (Definition von den Rechtsfolgen her).

Der deklaratorische **Abs 2** rundet diese Begriffsbeschreibungen negativ dahin ab, dass ein Vertrag zwischen unabhängigen Gesellschaften, in welchem sich diese ohne Begründung eines Abhängigkeitsverhältnisses der einheitlichen Leitung unterstellen (Gleichordnungskonzernvertrag, vgl § 18 Abs 2), kein Beherrschungsvertrag ist.

**Abs 3** klärt das Verhältnis von Unternehmensvertragsrecht und allgemeinen Kapitalerhaltungsregeln. Von der verpflichteten Gesellschaft bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags erbrachte Leistungen bilden keinen Verstoß gegen die §§ 57, 58 und 60 (sog Konzernprivileg). 4

### 3. Normzweck

Gewinnabführungsvertrag und Beherrschungsvertrag in ihrer heutigen Form wurzeln beide in der steuerlichen Organschaft (§§ 14-17 KStG). Herkömmlich erforderte diese eine organisatorische, wirtschaftliche und finanzielle Eingliederung der Organgesellschaft (Rdn 12) mittels eines so genannten Ergebnisausschlussvertrags (= **Organschaftsvertrag**). Unter Geltung des **AktG 1937** bedurfte es hierfür neben dem in § 256 Abs 1 AktG 1937 verankerten Gewinnabführungsvertrag einer so genannten Beherrschungsabrede (Rdn 57). Gesellschaftsrechtlich blieb die Zulässigkeit des Organschaftsvertrags insbesondere wegen der Beherrschungsabrede,<sup>3</sup> aber auch wegen der Gewinnabführung<sup>4</sup> bis zum AktG 1965 allerdings bestritten. 5

Das **AktG 1965** räumte die gesellschaftsrechtlichen Bedenken in der Sache aus. § 291 AktG hat die steuerrechtlichen Vorgaben zwar nicht nachempfunden, sondern zur besseren Normsystematisierung den Beherrschungsvertrag und den Gewinnabführungsvertrag als zwei gesonderte Vertragstypen geregelt.<sup>5</sup> Zugleich wurden hierdurch der Beherrschungsvertrag – und in der Sache auch der Gewinnabführungsvertrag – für zulässig erklärt, „um einem wirtschaftlichen Bedürfnis namentlich bei Konzernen zu entsprechen“.<sup>6</sup> 6

Die Neufassung des **Abs 3** durch Art 5 Nr 16 des MoMiG verfolgt ausweislich der Regierungsbegründung den Zweck, die Unterhaltung und Abwicklung wirtschaftlich sinnvoller Leistungsbeziehungen zwischen der vertragskonzernierten Gesellschaft und ihren Aktionären zu ermöglichen; insoweit hat der Gesetzgeber insbesondere an sog upstream-Darlehen und dort vor allem an den Betrieb sog Cash Pooling-Systeme gedacht.<sup>7</sup> Zudem sollen Leistungen an Dritte auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens von der Kapitalbindung ausgenommen werden;<sup>8</sup> freilich war schon unter der Geltung von § 291 Abs 3 aF nicht zweifelhaft, dass auch derartig veranlasste Leistungen an Dritte vom Konzernprivileg erfasst werden.<sup>9</sup> Die Neufassung korrespondiert schließlich mit den §§ 57 Abs 1 Satz 3 und 71a Satz 3, welche vergleichbare Freistellungen für Leistungen bzw Rechtsgeschäfte „bei Bestehen“ eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags beinhalten.<sup>10</sup> 7

<sup>3</sup> S *Rasch* Konzernrecht<sup>5</sup>, S 84 f; MünchKommAktG/*Altmeyen*<sup>3</sup> 141.

<sup>4</sup> MünchKommAktG/*Altmeyen*<sup>3</sup> 141; vgl dazu auch *Duden* BB 1957, 49; *Würdinger* Betrieb 1958, 1447, 1452; *Ballerstedt* Betrieb 1956, 837; *ders* Betrieb 1957, 837; *Erlinghagen* Organschaftsvertrag, S 103 ff.

<sup>5</sup> MünchKommAktG/*Altmeyen*<sup>3</sup> 51, 142.

<sup>6</sup> Begründung RegE in: *Kropff* AktG, S 376 f.

<sup>7</sup> S BT-Drucks 16/6140, S 41; *Emmerich/Haber-*

*sack*<sup>6</sup> 74 f; *Spindler/Stilz/Veil*<sup>2</sup> 72; *Hüffer*<sup>10</sup> 36; MünchKommAktG/*Altmeyen*<sup>3</sup> 228; *K Schmidt/Lutter/Langenbucher*<sup>2</sup> 71.

<sup>8</sup> BT-Drucks 16/9737, S 56; *K Schmidt/Lutter/Langenbucher*<sup>2</sup> 72; MünchKommAktG/*Altmeyen*<sup>3</sup> 229c.

<sup>9</sup> So zu Recht MünchKommAktG/*Altmeyen*<sup>3</sup> 229c.

<sup>10</sup> Näher *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> 74; *Spindler/Stilz/Veil*<sup>2</sup> 71.

## 4. Steuerliche Organschaft

- 8 a) Zweck.** Wirtschaftlich tragendes Motiv der weitaus meisten Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge ist seit jeher die Begründung einer steuerlichen Organschaft.<sup>11</sup> Mit dieser Konstruktion wird steuerlich an den Konzern als Wirtschaftseinheit angeknüpft, indem ungeachtet des Vorhandenseins juristisch selbständiger Rechtsträger die Gewinne und Verluste der Konzernunternehmen innerhalb des Organkreises saldiert werden.<sup>12</sup> Anders gewendet wird für die Zwecke der Besteuerung ein selbstständiger Rechtsträger (**Organgesellschaft**) in einen anderen selbständigen Rechtsträger (**Organträger**) integriert und das Einkommen der Organgesellschaft vorbehaltlich der in § 16 KStG getroffenen Regelung dem Träger des Unternehmens (Organträger) gemäß § 14 Abs 1 Satz 1 KStG zugerechnet.<sup>13</sup> Hiermit kann eine Senkung der effektiv zu tragenden Steuerlast verbunden sein,<sup>14</sup> was insbesondere seit Inkrafttreten des § 8b KStG in der Fassung des StSenkG<sup>15</sup> von Bedeutung ist.<sup>16</sup> Zusätzliche Vorteile der Organschaft bestehen unter anderem darin, zu Gunsten des Organträgers eine möglichst weitreichende Abzugsfähigkeit von Betriebsausgaben zu gewährleisten,<sup>17</sup> gewerbsteuerliche Doppelerfassungen zu vermeiden,<sup>18</sup> die Gefahr verdeckter Gewinnausschüttungen zu reduzieren<sup>19</sup> und den Organkreis gemäß § 15 Satz 1 Nr 3 KStG als einen einheitlichen Betrieb für Zwecke der Zinsschranke des § 4h EStG zusammenzufassen.<sup>20</sup> Auch und gerade für die öffentliche Hand ist die Organschaft von besonderer Bedeutung.<sup>21</sup>
- 9 b) Voraussetzungen.** Die körperschaftsteuerrechtlichen Anforderungen an die Organschaft sind in den §§ 14 ff KStG<sup>22</sup> geregelt und gelten seit dem Veranlagungszeitraum 2002<sup>23</sup> auch für eine gewerbsteuerliche Organschaft; die umsatzsteuerliche Organschaft lässt sich demgegenüber auch ohne Abschluss eines Unternehmensvertrages begründen.<sup>24</sup>

<sup>11</sup> MünchKommAktG/*Altmeyen*<sup>3</sup> 52, 144; *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> 5, 47; *Emmerich/Habersack*<sup>9</sup> § 1, 34 ff; § 11, 5; *KK/Koppensteiner*<sup>3</sup> 5, 79; MünchHdbAG/*Krieger*<sup>3</sup> § 70, 1, § 71, 1a; *Spindler/Stilz/Veil*<sup>2</sup> Vor § 291, 3 ff, 15 ff; *Bürgers/Körber/Schenk*<sup>2</sup> 34; näher zur Entwicklung der Organschaft *Gosch/Neumann* KStG<sup>2</sup>, § 14, 10 ff.

<sup>12</sup> Vgl BFHE 107, 282, 286 = WM 1973, 427 = DStR 1973, 89; *Dötsch/Witt* KStG, § 14, 31; *Bürgers/Körber/Schenk*<sup>2</sup> 34; *Gosch/Neumann* KStG<sup>2</sup>, § 14, 33; *Altendorf* in *Breithaupt/Ottersbach*, *Kompodium Gesellschaftsrecht*, Rdn 454; *Kessler/Kröner/Köhler/Dötsch* *Konzernsteuerrecht*<sup>2</sup>, § 3, 134.

<sup>13</sup> S auch *Spindler/Stilz/Veil*<sup>2</sup> Vor § 291, 16; *Wachter/K J Müller* 22.

<sup>14</sup> *Spindler/Stilz/Veil*<sup>2</sup> Vor § 291, 16 mwN.

<sup>15</sup> Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (Steuersenkungsgesetz) vom 23. Oktober 2000, BGBl I S 1460.

<sup>16</sup> Näher *Gosch/Neumann* KStG<sup>2</sup>, § 14, 28; *Kessler/Kröner/Köhler/Dötsch* *Konzernsteuerrecht*<sup>2</sup>, § 3, 134.

<sup>17</sup> S *Altendorf* in: *Breithaupt/Ottersbach*, *Kompodium Gesellschaftsrecht*, Rdn 454.

<sup>18</sup> *Müller/Rödter* *Beck'sches Handbuch AG*<sup>2</sup>, § 13, 67; *Altendorf* in *Breithaupt/Ottersbach*, *Kompodium Gesellschaftsrecht*, Rdn 454; näher zur Berechnung der Gewerbesteuer *Schüppen/Schaub/Rub/Schlösser* MAH *Aktienrecht*<sup>2</sup>, § 54, 202 ff.

<sup>19</sup> S *Förschle/Büssow* in *Beck'scher Bilanz-Kommentar*<sup>8</sup>, § 278 HGB, 133; *Altendorf* in *Breithaupt/Ottersbach*, *Kompodium Gesellschaftsrecht*, Rdn 454.

<sup>20</sup> *Schüppen/Schaub/Rub/Schlösser* MAH *Aktienrecht*<sup>2</sup>, § 54, 137a.

<sup>21</sup> Näher hierzu *Gosch/Neumann* KStG<sup>2</sup>, § 14, 35 mwN.

<sup>22</sup> IdF des Gesetzes zum Abbau von Steuervergünstigungen (StVergAbG) v 16.5.2003, BGBl I, S 660.

<sup>23</sup> Aufgrund des Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetzes (UntStFG) vom 20.12.2001, BGBl I, S 3858.

<sup>24</sup> Überblick über die Anforderungen an eine Organschaft im Gewerbe-, Umsatz- und Grunderwerbssteuerrecht bei *Gosch/Neumann* KStG<sup>2</sup>, § 14, 29. S auch *Erle/Sauter/Heurung* KStG<sup>3</sup>, § 14, 633 ff; *Spindler/Stilz/Veil*<sup>2</sup> Vor § 291, 16 ff.

Die **Organgesellschaft** kann nach § 14 Abs 1 Satz 1 KStG eine Aktiengesellschaft, eine Kommanditgesellschaft auf Aktien oder eine Europäische Gesellschaft mit Geschäftsleitung und Sitz im Inland<sup>25</sup> sein.<sup>26</sup> Über den derzeitigen Gesetzeswortlaut hinaus erkennt das BMF bereits seit 2011 (andere) im EU/EWR-Ausland gegründete Kapitalgesellschaften mit Geschäftsleitung in Deutschland als Organgesellschaft an.<sup>27</sup>

§ 14 Abs 1 Satz 1 Nr 2 KStG bestimmt den Kreis der möglichen **Organträger**. Danach kommen **bislang** (1.) eine unbeschränkt steuerpflichtige natürliche Person, (2.) eine nicht steuerbefreite Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse iS des § 1 KStG, deren Geschäftsleitung sich im Inland befindet, (3.) – unter bestimmten Umständen – eine Personengesellschaft iS des § 15 Abs 1 Nr 2 EStG mit Geschäftsleitung im Inland, (4.) unter den Voraussetzungen des § 18 KStG der Träger eines ausländischen Unternehmens und letztlich (5.) eine Körperschaft des öffentlichen Rechts mit ihren Betrieben gewerblicher Art in Betracht. Neben den Anforderungen an die Rechtsform muss nach § 14 Abs 1 Satz 1 KStG hinzukommen, dass ein Organträger der Inhaber eines **gewerblichen Unternehmens** ist. Diese Voraussetzung liegt vor, wenn die Tatbestandsmerkmale der § 2 Abs 1 Satz 2 GewStG iVm § 2 Abs 1 GewStDV, § 15 Abs 2 Satz 1 EStG erfüllt sind.<sup>28</sup>

In der **Zukunft** soll es nach der sog kleinen Organschaftsreform für alle an der steuerlichen Organschaft beteiligten Personen darauf ankommen, ob die Beteiligung des Organträgers an der Organgesellschaft einer inländischen Betriebsstätte des Organträgers im Sinne des § 12 der Abgabenordnung zuzurechnen ist (§ 14 Abs 1 Nr 2 KStG-E).<sup>29</sup>

Als weitere Voraussetzung muss eine **finanzielle Eingliederung** gegeben sein. Dies erfordert nach § 14 Abs 1 Satz 1 Nr 1 Satz 1 KStG, dass dem Organträger die **Mehrheit der Stimmrechte** an der Organgesellschaft zusteht,<sup>30</sup> das nach früherem Recht bestehende – und den zusätzlichen Abschluss eines Beherrschungsvertrags bedingende – Erfor-

<sup>25</sup> Spindler/Stilz/*Veil*<sup>2</sup> Vor § 291, 19; krit zum doppelten Inlandsbezug *Gosch* StBp 2002, 374, 378 unter Hinweis auf die Überseering-Entscheidung des EuGH (Rs C-208/00 v 5.11.2002, NJW 2002, 3614); zustimmend *Erle/Sauter/Heurung* KStG<sup>3</sup>, § 14, 27. Der Fraktionenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Vereinfachung der Unternehmensbesteuerung und des steuerlichen Reisekostenrechts vom 25.9.2012 (BT-Drucks 17/10774) („Kleine Organschaftsreform“) ändert § 14 Abs 1 Satz 1 Nr 1 KStG dahin, dass bei inländischer Geschäftsleitung der Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Vertragsstaat des EWR-Abkommens genügt. Ausweislich der Gesetzesbegründung (ebenda S 18) liegt darin eine Reaktion auf das Vertragsverletzungsverfahren Nr 2008/4909 der Europäischen Kommission.

<sup>26</sup> Zur Anerkennung von Vorgründungs- und Vorgesellschaften als Organgesellschaften s *Gosch/Neumann* KStG<sup>2</sup>, § 14, 46 ff. Nach § 17 iVm § 1 Abs 1 Nr 1 KStG kommt ferner eine GmbH in Betracht, wenn sich Geschäftsleitung und Sitz im Inland befin-

den; auch insoweit verzichtet der Art 2 Nr 3 des FrakE BT-Drucks 17/10774 auf den doppelten Inlandsbezug.

<sup>27</sup> S BMF DStR 2011, 674; MünchKommBilanzR/*Witt* Anh § 271 HGB, 6 mwN.

<sup>28</sup> *Gosch/Neumann* KStG<sup>2</sup>, § 14, 105; *Erle/Sauter/Heurung* KStG<sup>3</sup>, § 14, 45, 46; BFHE 158, 346, 348 = AG 1990, 304 = BStBl II 1990, 24; BMF 26.8.2003, BStBl I 2003, 437 Rdn 2.

<sup>29</sup> Art 2 Nr 2 bbb) des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung und Vereinfachung der Unternehmensbesteuerung und des steuerlichen Reisekostenrechts vom 25.9.2012, FrakE BT-Drucks 17/10775. Hiermit reagiert der Steuergesetzgeber auf die die Rechtsprechung des BFH (BFHE 232, 476 = AG 2011, 591 = NZG 2011, 598) zur Reichweite des abkommensrechtlichen Gesellschafterdiskriminierungsverbots des Art 24 Abs 5 des OECD-Musterabkommens; s Begründung ebenda S 18.

<sup>30</sup> Statt vieler MünchKommBilanzR/*Witt* Anh § 271 HGB, 16; Spindler/Stilz/*Veil*<sup>2</sup> Vor § 291, 17.

dernis auch einer wirtschaftlichen und organisatorischen Eingliederung ist seit dem Veranlagungszeitraum 2001 entfallen.<sup>31</sup> Für die finanzielle Eingliederung genügt auch eine **mittelbare Beteiligung** an der Organgesellschaft, sofern die Beteiligung an jeder vermittelnden Gesellschaft die Mehrheit der Stimmrechte (§ 133 Abs 1) gewährt; hierfür lassen sich unmittelbar und qua Stimmrechtsmehrheit mittelbar gehaltene Beteiligungen auch zusammenrechnen.<sup>32</sup> Stets muss die finanzielle Eingliederung ununterbrochen von Beginn bis zum Ende des Wirtschaftsjahres der Organgesellschaft bestehen. Jede auch nur vorübergehende Unterbrechung hat zur Folge, dass für das gesamte Wirtschaftsjahr eine Organschaft entfällt.<sup>33</sup>

- 13** Erforderlich ist sodann gemäß § 14 Abs 1 Satz 1 Nr 3 KStG ein nach Maßgabe des jeweils anzuwendenden Organisationsrechts – bei Beteiligung zweier Aktiengesellschaften also der §§ 291, 293 ff – wirksamer<sup>34</sup> und den **gesamten** Gewinn der Untergesellschaft erfassender<sup>35</sup> **Gewinnabführungsvertrag** iS des § 291 Abs 1 zwischen zwei Vertragsparteien, von denen die gewinnabführungspflichtige Gesellschaft steuerlich als Organgesellschaft (Rdn 10) und der andere Vertragsteil steuerlich als Organträger (Rdn 11) fungieren kann.<sup>36</sup>
- 14** Der Gewinnabführungsvertrag muss nach § 14 Abs 1 Satz 1 Nr 3 KStG eine ausdrücklich vertraglich vereinbarte **Mindestlaufzeit** von **fünf Jahren** aufweisen, um sicherzustellen, dass für den Unternehmensvertrag zumindest auch außersteuerliche Gründe bestehen, die konzernrechtliche Gestaltung also nicht lediglich aus steuerlichen Gründen missbraucht wird. Diese Mindestlaufzeit bemisst sich nach der Rechtsprechung des BFH nach **Zeitjahren**<sup>37</sup> und nicht etwa nach Wirtschaftsjahren, so dass sie insgesamt genau 60 Monate beträgt. Der relevante **Anfangszeitpunkt** hierfür folgt aus § 14 Abs 1 Satz 2 KStG. Danach kann dem Organträger das Einkommen der Organgesellschaft erstmals für das Kalenderjahr zugerechnet werden, in dem das Wirtschaftsjahr der Organgesellschaft endet, in dem der Gewinnabführungsvertrag wirksam wird, wobei der maßgebliche Wirksamkeitszeitpunkt regelmäßig derjenige ist, zu dem die Eintragung des Gewinnabführungsvertrags in das Handelsregister erfolgt (arg § 294 Abs 2).<sup>38</sup> Damit können die Folgen der Organschaft erstmals für das **Wirtschaftsjahr** eintreten, in dem die **Handelsregistereintragung** erfolgt. In diesem beschränkten Umfang ist steuerlich eine

<sup>31</sup> Abschaffung durch das Steuersenkungsgesetz vom 23.10.2000, BGBl I, 1433; BStBl I, 1428; Erle/Sauter/Heurung KStG<sup>3</sup> § 14, 107; Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> Vor § 291, 17.

<sup>32</sup> Vertiefend mit Beispielen Gosch/Neumann KStG<sup>2</sup>, § 14, 137 f; Erle/Sauter/Heurung KStG<sup>3</sup>, § 14, 117 ff; MünchKommBilanzR/Witt Anh § 271 HGB, 19; Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> Vor § 291, 17; Dötsch/Dötsch KStG, § 14, 120.

<sup>33</sup> Gosch/Neumann KStG<sup>2</sup>, § 14, 155; Erle/Sauter/Heurung KStG<sup>3</sup>, § 14, 113; MünchKommBilanzR/Witt Anh § 271 HGB, 22; Walter/Götz GmbHHR 2001, 619, 620 mwN.

<sup>34</sup> Die Vertragswirksamkeit wird von § 14 Abs 1 S 1 Nr 3 KStG vorausgesetzt und bildet auch nach dem Telos der Vorschrift eine unerlässliche Voraussetzung für die Annahme einer Organschaft. S auch BFH I R 25/00,

GmbHHR 2002, 274, 275. Zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen siehe auch Erle/Heurung KStG<sup>3</sup>, § 14, 154 ff; Dötsch/Dötsch KStG, § 14, 168.

<sup>35</sup> Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> Vor § 291, 17.

<sup>36</sup> Gosch/Neumann KStG<sup>2</sup>, § 14, 186, 193; Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> Vor § 291, 17.

<sup>37</sup> BFHE 232, 426 = AG 2011, 417 = NZG 2011, 596, 597 (hierzu Olbing NZG 2011, 773 ff); allgemeiner zum Mindestlaufzeiten-erfordernis Gosch/Neumann KStG<sup>2</sup>, § 14, 212; Erle/Sauter/Heurung KStG<sup>3</sup>, § 14, 177, 181; MünchKommBilanzR/Witt Anh § 271 HGB, 22; Dötsch/Dötsch KStG, § 14, 216.

<sup>38</sup> Gosch/Neumann KStG<sup>2</sup>, § 14, 210 f; Erle/Heurung KStG<sup>3</sup>, § 14, 179; Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> Vor § 291, 16; K Schmidt/Lutter/Langenbucher<sup>2</sup> 54; s auch BMF vom 10.11.2005, BStBl I 2005, 1038.

Rückbeziehung des Gewinnabführungsvertrages noch zulässig (s § 294, 72). Eine solche Vorverlagerung des Beginns der Organschaft auf den Anfang des laufenden Wirtschaftsjahres erfordert allerdings eine Vereinbarung, dass die Gewinnabführungspflicht rückwirkend bereits ab diesem Zeitpunkt besteht.<sup>39</sup>

§ 14 Abs 1 Satz 1 Nr 3 KStG fordert schließlich die **tatsächliche Durchführung** des Gewinnabführungsvertrages während seiner gesamten Geltungsdauer. Eine buchmäßige Berücksichtigung als Forderungen oder Verbindlichkeiten gegenüber dem verbundenen Unternehmen genügt nicht. Die an der Organschaft Beteiligten müssen also ihren aus dem Gewinnabführungsvertrag resultierenden Pflichten – Abführung ihres unter Beachtung der zwingenden Rechnungslegungsvorschriften und den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ermittelten Gewinns durch die Organgesellschaft oder Ausgleich des bei objektiv ordnungsgemäßer Bilanzierung sich ergebenden Verlusts (§ 302 Abs 1) durch den Organträger – vertragskonform nachkommen. Ein tatsächlich abweichendes – und also pflichtwidriges – Verhalten der Vertragsparteien vom Vertrag führt zur steuerlichen Aberkennung der Organschaft, unabhängig von den zivilrechtlichen Folgen einer Vertragsabweichung.<sup>40</sup> Das gilt auch, wenn bei der Gewinn- bzw. Verlustermittlung materiell gegen Bilanzierungsvorschriften verstoßen wird, dh nicht lediglich geringfügige Fehler bei Bilanzansätzen oder der Bewertung von Bilanzposten vorliegen.<sup>41</sup> Um diesbezüglich Erleichterungen zu schaffen, soll ein Gewinnabführungsvertrag nach § 14 Abs 1 Satz 3 KStG-E idF der kleinen Organschaftsreform (Rdn 12 aE) auch dann als durchgeführt gelten, wenn der der Gewinnabführung zugrunde liegende festgestellte Jahresabschluss fehlerhafte Bilanzansätze enthält, die zwar eine Korrektur der Handelsbilanz erfordern, aber gleichwohl nicht bereits bei der Erstellung des Jahresabschlusses hätten erkannt werden müssen – wobei ein Wirtschaftsprüfertestat oder eine qualifizierte Bescheinigung eines Wirtschaftsprüfers oder Steuerberaters entlastet (Satz 4) –, und wenn die auf Basis des korrigierten Jahresabschlusses sich ergebenden Verpflichtungen zur Gewinnabführung oder zum Verlustausgleich erfüllt werden.

c) **Die frühere Mehrmütterorganschaft.** Die frühere körperschaftsteuerliche **Mehrmütterorganschaft** hatte zum Ausgangspunkt, dass mehrere gewerbliche organträgerfähige (Rdn 11) Unternehmen jeweils Anteile an einer Tochtergesellschaft, der Organgesellschaft, halten und sich zur Bündelung ihrer Interessen und der Koordinierung ihres Abstimmungsverhaltens zu einer Innengesellschaft, regelmäßig einer GbR, zusammenschließen.<sup>42</sup> Um den beteiligten Unternehmen die Vorteile der Organschaft zu vermitteln, bedurfte es der finanziellen, rechtlichen und wirtschaftlichen Eingliederung durch Abschluss eines kombinierten Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags (Rdn 5). Da nach ganz hM nur die Personengesellschaft selbst als Vertragspartnerin und Organträgerin fungieren konnte<sup>43</sup> – dies ungeachtet ihrer fehlenden Rechtsfähigkeit als Innen-GbR –, wurde der kombinierte Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag mit dieser abgeschlossen. Dementsprechend war das Einkommen der Organgesellschaft zunächst an die GbR abzuführen und erst im Anschluss hieran im Wege der einheitlichen und geson-

<sup>39</sup> Gosch/Neumann KStG<sup>2</sup>, § 14, 249; vertiefend Erle/Sauter/Heurung KStG<sup>3</sup>, § 14, 180 ff.

<sup>40</sup> Gosch/Neumann KStG<sup>2</sup>, § 14, 310; Erle/Sauter/Heurung KStG<sup>3</sup>, § 14, 173; Dötsch/Dötsch KStG, § 14, 210.

<sup>41</sup> S etwa BFHE 231, 198 = AG 2011, 87; Schnitger/Fehrenbacher/Brink KStG § 14, 333 f; Frotsher/Maas/Frotsher KStG § 14, 371.

<sup>42</sup> Näher zur Mehrmütterorganschaft etwa auch Kessler/Kröner/Köhler/Dötsch Konzernsteuerrecht<sup>2</sup>, § 3, 335 ff; MünchKomm-BilanzR/Witt Anh § 271 HGB, 75 ff mwN.

<sup>43</sup> Abschnitt 52 Abs 6 Satz 2 KStR 1995 zu § 14 KStG; Erle/Sauter/Heurung KStG<sup>3</sup>, § 14, 354; näher hierzu *Krebühl* DStR 2001, 1737 f.

erten Feststellung (§ 180 Abs 1 Nr 2 lit a AO) anteilig den Gesellschaftern der GbR körperschaftssteuerlich zuzurechnen.<sup>44</sup> Eine gewerbsteuerliche Mehrmütterorganschaft schied hingegen aus, da die GbR als Mitunternehmer selbst gewerbsteuerpflichtig war.<sup>45</sup>

- 17** Tiefgreifende **Veränderungen** dieses jahrzehntelang jedenfalls gewohnheitsrechtlich anerkannten Körperschaftssteuerinstituts wurden im Jahre 1999 durch zwei Urteile des BFH<sup>46</sup> ausgelöst, mit denen dieser von seiner bisherigen Judikatur abwich. Entgegen seiner bisherigen Rechtsauffassung – an der die Finanzverwaltung allerdings weiterhin festhielt – war er nunmehr der Ansicht, dass die Unternehmensverträge mit den Gesellschaftern der Organgesellschaft selbst und nicht mit der Willensbildungs-GbR abzuschließen seien. Der BFH leitete dies aus aktienkonzernrechtlichen Regeln der verbundenen Unternehmen ab (Lehre von der mehrfachen Abhängigkeit im Konzernrecht) und glich damit das Steuerrecht dem dogmatischen Entwicklungsstand des Konzerngesellschaftsrechts an.<sup>47</sup> Die Finanzverwaltung reagierte hierauf mit einem Nichtanwendungserlass,<sup>48</sup> insbesondere um die gebotene gewerbsteuerliche Konsequenz dieser neuen Rechtslage in Gestalt der (auch) gewerbsteuerlichen anteiligen Zurechnung der Gewinne und Verluste der Organgesellschaft an die Gesellschafter zu vermeiden. Der Gesetzgeber seinerseits bestätigte dann zunächst die Position der Finanzverwaltung mit der erstmaligen Kodifizierung der Mehrmütterorganschaft in § 14 Abs 2 KStG aF.<sup>49</sup> Diese Vorschrift orientierte sich am ursprünglichen Rechtszustand und ignorierte steuerlich die gesellschaftsrechtliche Lehre von der mehrfachen Abhängigkeit.
- 18** Nur wenig später erfolgte schließlich die gänzliche **Abschaffung** der Mehrmütterorganschaft durch Aufhebung des § 14 Abs 2 KStG aF.<sup>50</sup> Seit Beginn des Veranlagungszeitraums 2003 ist eine Mehrmütterorganschaft ertragssteuerlich daher nicht mehr möglich; nach § 14 Abs 1 Satz 1 KStG muss sich die Organgesellschaft verpflichten, ihren ganzen Gewinn an **ein einziges** anderes gewerbliches Unternehmen abzuführen. Nach der Gesetzesbegründung sollen auch solche Gestaltungen verhindert werden, mit denen das steuerliche Ergebnis einer Mehrmütterorganschaft erreicht werden könnte.<sup>51</sup> Ist die als Zwischenholding eingeschaltete Personengesellschaft nicht selbst tauglicher Organträger (Rdn 11), ist für die Herstellung einer Organschaft die Begründung der Gewinnabführungspflicht gegenüber dem die Stimmenmehrheit an der Personengesellschaft haltenden Organträger erforderlich. Die Beweggründe für diesen unvermittelten Kurswechsel des Steuergesetzgebers dürften allein in der Verhinderung eines Abschmelzens des Gewerbesteueraufkommens bestanden haben.<sup>52</sup>

<sup>44</sup> Erle/Sauter/Heurung KStG<sup>3</sup>, § 14, 354; Kirchhof/Paupach Betrieb 2001, Beilage Nr 3, S 1 ff.

<sup>45</sup> Frotscher/Maas KStG, § 14, 986; Erle/Sauter/Heurung KStG<sup>3</sup>, § 14, 354; Dötsch/Dötsch KStG, § 14, 107.

<sup>46</sup> BFHE 189, 518 = AG 2000, 181 = NZG 2000, 329 = DStR 1999, 2070.

<sup>47</sup> Erle/Sauter/Heurung KStG<sup>3</sup>, § 14, 355; KK/Koppensteiner<sup>3</sup> § 291, 59 mwN.

<sup>48</sup> BMF IV A 2-S 2770-3/00 vom 4.12.2000 = BStBl I 2000, 1571.

<sup>49</sup> Eingeführt durch das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz (UntStFG) vom 20.12.2001, BGBl I, S 3858; s Schüppen/Schaub/Ruh/Schlösser MAH Aktienrecht<sup>2</sup>, § 54, 222 f.

<sup>50</sup> Aufhebung durch das Gesetz zum Abbau von Steuervergünstigungen (StVergAbG) v 16.5.2003, BGBl I, S 660; s hierzu Gosch/Neumann KStG<sup>2</sup>, § 14, 385; Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> Vor § 291, 18.

<sup>51</sup> Zur Diskussion s Rödder DStR 2002, 1802. Zu alternativen Gestaltungsmöglichkeiten nach Abschaffung der Mehrmütterorganschaft s Raupach DStR 2003, 1901 ff; Gosch/Neumann KStG<sup>2</sup>, § 14, 385; Schüppen/Schaub/Ruh/Schlösser MAH Aktienrecht<sup>2</sup>, § 54, 224 ff.

<sup>52</sup> Rödder/Schumacher DStR 2003, 805, 807; Erle/Sauter/Heurung KStG<sup>3</sup>, § 14, 360.

## 5. Altverträge

Unternehmensverträge, die vor dem Inkrafttreten des AktG 1965 am 1.1.1966 auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden waren, gelten grundsätzlich fort, sofern sie dem früher geltenden Recht entsprachen und nach dem Inkrafttreten des AktG 1965 gemäß § 22 Abs 2 EGAktG unverzüglich unter der Vertragsbezeichnung des neuen AktG in das Handelsregister eingetragen wurden.<sup>53</sup> Etwaige Mängel wurden hierdurch zwar nicht geheilt.<sup>54</sup> Andererseits kam es für die Vertragsfortgeltung auf die materielle Vereinbarkeit der Altverträge mit den §§ 293 ff nF, insbesondere auf eine – mit der Dividenden-garantie<sup>55</sup> unter Geltung des § AktG 1937 nicht identische – Ausgleichsregelung gemäß § 304 AktG,<sup>56</sup> nicht an,<sup>57</sup> weil das neue Aktienrecht eben lediglich die Eintragungspflicht nach § 22 Abs 2 EGAktG einführt, nicht aber eine Rückwirkung der §§ 293 ff anordnete.<sup>58</sup> Dasselbe gilt im Falle eines Beherrschungsvertrags beim Fehlen eines konsentierenden Hauptversammlungsbeschlusses unter der Annahme, dass ein Zustimmungsbeschluss unter Geltung des AktG 1937 nicht erforderlich war.<sup>59</sup> Entscheidend ist einzig die Wirksamkeitsbeurteilung auf Basis des AktG 1937. Im Einklang hiermit sah der Gesetzgeber auch davon ab, Auslaufzeiten vorzusehen. Auf bestimmte Zeit geschlossene und daher ablaufende Verträge sind hingegen nach Maßgabe der §§ 291 ff neu abzuschließen. Dies folgt im Gegenschluss aus § 22 Abs 1 Satz 1 EGAktG, der lediglich auf die Vorschriften zur Änderung, Aufhebung und Kündigung von Verträgen (§§ 295 ff) verweist.<sup>60</sup>

19

## II. Rechtsnatur der Unternehmensverträge des Abs 1

### 1. Organisationsvertrag

Beherrschungsvertrag<sup>61</sup> und Gewinnabführungsvertrag<sup>62</sup> werden – wie schon der Organschaftsvertrag<sup>63</sup> (Rdn 5) – nahezu alleits als der Satzung vergleichbare körper-

20

<sup>53</sup> Emmerich/*Habersack*<sup>6</sup> Vor § 291, 3; Münch-KommAktG/*Altmeyen*<sup>3</sup> 231 f (dort auch näher zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen unter dem AktG 1937); KK/*Koppensteiner*<sup>3</sup> Vorb § 291, 168; Heidel/*Peres*<sup>3</sup> 7.

<sup>54</sup> MünchKommAktG/*Altmeyen*<sup>3</sup> 231; KK/*Koppensteiner*<sup>3</sup> Vorb § 291, 168.

<sup>55</sup> Dazu *Erlinghagen* Organschaftsvertrag, S 26 f; *Mestmäcker* Verwaltung, S 357 ff.

<sup>56</sup> AA MünchKommAktG/*Altmeyen*<sup>3</sup> 232; KK/*Koppensteiner*<sup>3</sup> Vorb § 291, 167.

<sup>57</sup> KG AG 2001, 186, 187 = NZG 2000, 1132; OLG Karlsruhe NJW 1967, 831, 832 = AG 1967, 202; Heidel/*Peres*<sup>3</sup> 7; *Hüffer*<sup>10</sup> 22; nicht eindeutig KK/*Koppensteiner*<sup>3</sup> Vorb § 291, 167; K Schmidt/*Lutter/Langenbacher*<sup>2</sup> 74; Emmerich/*Habersack*<sup>6</sup> Vor § 291, 3; MünchKommAktG/*Altmeyen*<sup>3</sup> 232.

<sup>58</sup> KG AG 2001, 186, 187 = NZG 2000, 1132.

<sup>59</sup> KG AG 2001, 186, 187 = NZG 2000, 1132; aA OLG Karlsruhe NJW 1967, 831, 832 = AG 1967, 202. MünchKommAktG/*Alt-*

*meppen*<sup>3</sup> 232 m Fn 420; Emmerich/*Habersack*<sup>6</sup> Vor § 291, 5.

<sup>60</sup> Heidel/*Peres*<sup>3</sup> 7.

<sup>61</sup> BGHZ 103, 1, 4 = WM 1988, 258 = AG 1988, 133; 105, 324, 331 = WM 1988, 1819 = AG 1989, 91; 190, 45, 50 = WM 2011, 1416 = AG 2011, 668 = NZG 2011, 902; BGH WM 1992, 524 = AG 1992, 192, 193 f; OLG Hamm WM 1988, 1164, 1168 f = AG 1989, 31; OLG Frankfurt AG 1988, 267, 270; OLG Düsseldorf WM 1991, 2103 = AG 1992, 60; BayObLGZ 1992, 367 = AG 1993, 177; OLG Karlsruhe WM 1993, 2092 = AG 1994, 283; OLG Stuttgart AG 1998, 585, 586 = NZG 1998, 601; OLG Hamburg AG 2001, 91 = NZG 2000, 421; OLG Oldenburg NZG 2000, 1138, 1139; KG AG 2001, 186 = NZG 2000, 1132; OLG Düsseldorf AG 2004, 324, 326 = NZG 2005, 280; OLG München WM 2009, 1038, 1140 = AG 2009, 675 = NZG 2009, 1315. – Aus dem Schrifttum MünchKommAktG/*Altmep-*

schaftliche **Organisationsverträge** eingeordnet.<sup>64</sup> Diese Unternehmensverträge würden die durch Gesetz und Satzung bestimmte innergesellschaftliche Organisationsstruktur abändern und so der vertragstypisch verpflichteten Gesellschaft ohne Satzungsänderung (§ 293, 56 ff) eine neue Verbandsstruktur verleihen.<sup>65</sup> Beherrschungs- und auch Gewinnabführungsverträge hätten durch die Lockerung der Kapitalerhaltungsregeln nach § 291 Abs 3 eine neue Finanzstruktur der Untergesellschaft zur Folge.<sup>66</sup> Beim Beherrschungsvertrag ergebe sich dies zudem aus der § 76 Abs 1 derogierenden Weisungsgebundenheit des Vorstands nach § 308 sowie der Ausrichtung der Gesellschaft auf das Konzerninteresse, also der Herausbildung einer neuen Organisationsstruktur.<sup>67</sup>

## 2. Strukturänderungsgestaltender einseitiger Schuldvertrag

- 21 a) Schuldvertrag mit drei Regelungsebenen.** Die Unternehmensverträge des § 291 zielen, darin ist der hM beizupflichten, auf eine Änderung der Organisations- und Finanzverfassung der unternehmensvertraglich verpflichteten Gesellschaft. Gleichwohl kommt ihnen nicht der Charakter eines satzungsgleichen körperschaftlichen Organisationsvertrags zu.<sup>68</sup> Vielmehr handelt es sich hierbei um ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft zwischen der Gesellschaft und einem anderen Unternehmen, das sich auf **drei** Regelungsebenen auf den in § 293 Abs 1 als Zustimmungsbeschluss bezeichneten strukturändernden Hauptversammlungsbeschluss bezieht: Es begründet erstens die Leistungspflicht der sich vertragstypisch verpflichtenden Gesellschaft, die Modifikationen deren Regelungsstatuts erforderlich macht, zeichnet hierdurch zweitens – insoweit dem umwandlungsrechtlichen

*pen*<sup>3</sup> 25 f; *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> 25 f; *Emmerich/Habersack*<sup>9</sup> § 11, 19 f; *Hüffer*<sup>10</sup> 17; *Heidel/Peres*<sup>3</sup> 8; *Spindler/Stilz/Veil*<sup>2</sup> Vor § 291, 25 ff; *Leuschner* Konzernrecht, S 290; *Bälz* in: FS Raiser, 1974, S 287, 323 ff; *ders* AG 1992, 277, 286 f; *W Bayer* Beherrschungsvertrag, S 13 ff; *Ebenroth* Vermögenszuwendungen, S 378; *Exner* Beherrschungsvertrag, S 56 ff; *Geßler/Geßler* 24; *Hohner* Betrieb 1973, 1487, 1488; *Koppensteiner* Internationale Unternehmen, S 153 f; *Luchterhandt* Konzernrecht, S 65; *Mestmäcker* Verwaltung, S 337 ff; *Praël* Eingliederung und Beherrschungsvertrag, S 72 ff; *Raiser/Veil*<sup>5</sup> § 54, 5; *Sapper* Unternehmensverträge, S 121 f; *K Schmidt* GesR<sup>4</sup>, § 31 III 1a (S 948 ff); *Würdinger* Aktienrecht<sup>4</sup>, S 323; *Sonnenschein* Eingliederung, S 321; wohl ebenso *MünchHdbAG/Krieger*<sup>3</sup> § 70, 1 mit Fn 2; krit *KK/Koppensteiner*<sup>3</sup> Vorb § 291, 156 f; dahin gestellt von *Rasch* Konzernrecht<sup>5</sup>, S 86.

<sup>62</sup> Für den Gewinnabführungsvertrag BGHZ 105, 324, 331 = AG 1989, 91; OLG Düsseldorf AG 2004, 324 = ZIP 2004, 753, 755; BayOblGZ 1988, 201 = AG 1988, 379, 380, 38; BFHE 127, 56 = WM 1979, 1266 = AG 1980, 309; *MünchKommAktG/Altmeppen*<sup>3</sup> 143; *Hüffer*<sup>10</sup> 23; *Heidel/Peres*<sup>3</sup> 9;

*Spindler/Stilz/Veil*<sup>2</sup> Vor § 291, 25 ff; *Wachter/K J Müller* 24; *Geßler/Geßler* 77; *Würdinger* Aktienrecht<sup>4</sup>, S 337; *Sonnenschein* S 321 f; krit *KK/Koppensteiner*<sup>3</sup> Vorb § 291, 160 mwN.

<sup>63</sup> Grundlegend *Flume* Betrieb 1955, 485; *ders* Betrieb 1956, 455; *ders* Betrieb 1956, 672; *ders* Betrieb 1957, 439; *ders* Betrieb 1959, 190, 195 f; ferner *Würdinger* Betrieb 1958, 1447, 1452; aA – rein schuldrechtliches Austauschverhältnis – noch *Kronstein* Die abhängige juristische Person, 1931, S 46 ff.

<sup>64</sup> Die Begründung RegE in: *Kropff* AktG, S 376 ließ die Frage noch ausdrücklich offen.

<sup>65</sup> *MünchKommAktG/Altmeppen*<sup>3</sup> 28; *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> 26; *Hüffer*<sup>10</sup> 2; zunehmend krit *K Schmidt* in: FS Druey 2002, S 551, 563 f; s auch *ders* in: FS Koppensteiner 2001, S 191, 206 ff.

<sup>66</sup> Zum Gewinnabführungsvertrag *MünchKommAktG/Altmeppen*<sup>3</sup> 143; *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> 52; *Hüffer*<sup>10</sup> 23.

<sup>67</sup> S nur *MünchKommAktG/Altmeppen*<sup>3</sup> 26; *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> 26; *Emmerich/Habersack*<sup>9</sup> § 11, 20; *Hüffer*<sup>10</sup> 17.

<sup>68</sup> Schon *MünchKommHGB/Mülberr*<sup>3</sup> Konzernrecht, 148 (zur Beherrschungsvertrag mit einer Personengesellschaft).

Verschmelzungsvertrag vergleichbar – die Inhalte des Zustimmungsbeschlusses der Hauptversammlung nach § 293 Abs 1 als dem die Änderungen des Regelungsstatuts der Gesellschaft bewirkenden korporationsrechtlichen Rechtsgeschäft inhaltlich vor und gestaltet drittens die mit der Strukturänderung entstehenden Ausgleichs- und Abfindungsansprüche der außenstehenden Aktionäre (§§ 304 f) aus. Terminologisch führt dies zur Bezeichnung als **strukturänderungsgestaltender einseitiger**<sup>69</sup> **Schuldvertrag**.

## b) Begründung

**aa) Allgemeine gesellschaftsrechtliche Prinzipien.** Die mit dem Begriff des **Organisationsvertrags** implizierte Vorstellung, dass der namens der Gesellschaft vom Vorstand mit einem Dritten geschlossenen Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag selbst die durch Gesetz und Satzung bestimmte innergesellschaftliche Zweck-, Organisations- und Finanzverfassung der Gesellschaft unmittelbar abändert, steht im **Widerspruch** zu fundamentalen **gesellschaftsrechtlichen Prinzipien**. Denn danach liegt die Umgestaltung des durch Gesetz und Satzung etablierten Regelungsstatuts einer Gesellschaft ausschließlich in der Zuständigkeit des Mitgliederorgans (Hauptversammlung), es sei denn, dass Gesetz oder Satzung eine abweichende innergesellschaftliche Zuständigkeitszuweisungen vorsehen. Vorbehaltlich einer diesbezüglichen Ermächtigung können Maßnahmen des Vorstands, und dazu gehört auch der Abschluss von Verträgen im Außenverhältnis, die Satzung der Gesellschaft daher nicht wirksam ändern, sondern allenfalls gegen die unverändert fortbestehende Satzung verstoßen.<sup>70</sup>

**bb) Parallele zum Verschmelzungsvertrag.** Für die Unternehmensverträge des § 291 Abs 1 verbietet es sich dementsprechend, eine unmittelbare Änderung der Binnenverfassung aus der Qualifizierung dieser Verträge als Organisationsverträge zu deduzieren.<sup>71</sup> Hierin läge ein Zirkelschluss, der sich über fundamentale gesellschaftsrechtliche Prinzipien hinwegsetze, und im Verschmelzungsrecht bezeichnenderweise keine Parallele fände. Obgleich das verschmelzungsrechtliche Schrifttum – zu Recht – eine enge Funktionsparallele zwischen dem **Verschmelzungsvertrag** und den Unternehmensverträgen des § 291 konstatiert,<sup>72</sup> wird der Verschmelzungsvertrag als bloßer Bestandteil eines gesellschaftsrechtlichen Organisationsaktes in Form der Verschmelzung gesehen, der durch den Verschmelzungsbeschluss und nicht etwa durch den zugrundeliegenden Vertrag ins Werk gesetzt wird.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Keine Gegenleistung bilden Ausgleichs- und Abfindungsanspruch (§§ 304, 305); ausdrücklich BGHZ 138, 136, 138 = WM 1998, 867 = AG 1998, 286 = NZG 1998, 379; KK/*Koppensteiner*<sup>3</sup> Vorb § 291, 153; *Martens* Wirtschaftsabhängigkeit, S 19 ff; *aA Veil* Unternehmensverträge, S 216; *Geßler/Geßler* § 291, 25, § 304, 36; *Oesterreich* Betriebsüberlassung, S 74 f; s auch *Hommelhoff* in: FS Claussen 1997, S 129, 132; *Praël* Eingliederung, S 75; *Geßler* in: FS Ballerstedt 1975, S 219, 223 (für den Geschäftsführungsvertrag). Das trifft schon deswegen das Richtige, weil es sich hierbei um gesetzliche Ansprüche handelt, nicht um solche aus

einem Vertrag zugunsten Dritter; unten Rdn 33. Vgl. ferner noch Rdn 186 zum Geschäftsführungsvertrag des § 291 Abs 1 Satz 2.

<sup>70</sup> S nur *Wiedemann* in diesem Kommentar, § 179, 96.

<sup>71</sup> Insoweit wie hier auch KK/*Koppensteiner*<sup>3</sup> Vorb § 291, 156 aE; MünchKommAktG/*Altmeppen*<sup>3</sup> 28.

<sup>72</sup> *Lutter/Lutter/Drygala* UmwG<sup>4</sup> § 4, 4; s aber auch *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> 1.

<sup>73</sup> ZB *Semler/Stengel/Schröer* UmwG<sup>3</sup> § 4, 3; *Lutter/Lutter/Drygala* UmwG<sup>4</sup> § 4, 4; *Maulbetsch/Klumpp/Rose* UmwG § 4, 26.

- 24** cc) Die positive Regelung der §§ 291 Abs 1 Satz 1 Alt 1, 293 Abs 1, 308. Der positiven gesetzlichen Regelung der §§ 291 ff sind keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass – in Abweichung von fundamentalen gesellschaftsrechtlichen Prinzipien – die vom Vorstand abgeschlossenen Unternehmensverträge des § 291 Abs 1 als solche die innergesellschaftliche Zweck-, Organisations- und Finanzverfassung ändern würden.
- 25** (1) **Weisungsrecht.** Das beherrschungsvertragliche Weisungsrecht des anderen Vertragsteils nach § 308 erfordert kein Verständnis des Beherrschungsvertrags als eines satzungsgleichen Organisationsvertrags. Das zeigt schon das unternehmensvertragsunabhängige Regelungsregime der Eingliederung, das in § 323 Abs 1 trotz Fehlen eines Unternehmensvertrags ein § 308 Abs 1 entsprechendes Weisungsrecht der Hauptgesellschaft vorsieht und in § 323 Abs 1 für die Befolgungspflicht des Vorstands der eingegliederten Gesellschaft auf § 308 Abs 2 Satz 1 verweist.
- 26** Diese Regelung des § 323 weist dem Eingliederungsbeschluss nach §§ 319 Abs 1, 320 Abs 1 – und für den Zustimmungsbeschluss nach § 293 Abs 1 beim Beherrschungsvertrag gilt dasselbe – die zentrale Rolle zu.<sup>74</sup> Diese materiell satzungsändernden **Hauptversammlungsbeschlüsse** modifizieren nämlich die weisungsunabhängige Leitungsverantwortung des Vorstands (§ 76 Abs 1) durch eine Änderung der Organisationsverfassung dergestalt, dass der Hauptgesellschaft bzw dem anderen Vertragsteil eine Entscheidungszuständigkeit zugewiesen und Entscheidungen dieses Dritten für den Vorstand zu bindenden Vorgabe erhoben werden. Das vom Hauptversammlungsbeschluss modifizierte Organisationsstatut der Gesellschaft bestimmt mithin, dass die vom Dritten getroffene Entscheidung für den Vorstand an die Stelle einer andernfalls von ihm selbst nach Maßgabe der §§ 76 Abs 1, 93 zu treffenden eigenen Entscheidung tritt und dass diese Weisung die ihm gegenüber seiner Gesellschaft obliegende Geschäftsführungspflicht konkretisiert.<sup>75</sup> Wenn das Gesetz in § 308 Abs 3 von einer Pflicht des Vorstands zur Befolgung der Weisungen spricht, meint dies daher eine gegenüber der eigenen Gesellschaft bestehende **Organpflicht** des Vorstands, die Entscheidungen des gemäß der Organisationsverfassung entscheidungsbefugten Dritten zu beachten und gegebenenfalls umzusetzen, nicht eine gegenüber dem anderen Vertragsteil bestehende Pflicht des Organs Vorstands<sup>76</sup> oder gar des einzelnen Organwalters.<sup>77</sup>
- 27** Der **Beherrschungsvertrag** bildet das hierzu komplementäre Gegenstück im Außenverhältnis, indem er dem anderen Vertragsteile einen **schuldrechtlichen Anspruch** gegen die Gesellschaft auf **Tätigwerden** nach Maßgabe der vom anderen Vertragsteil erteilten **Weisungen** begründet. Diese Gestaltung geht zwar über die bloße Einräumung eines ein-

<sup>74</sup> Schon *Mülbert* Aktiengesellschaft<sup>2</sup>, S 165 f; MünchKommHGB/*Mülbert*<sup>3</sup> Konzernrecht, 148; aA *Leuschner* S 290 Fn 209 bei Fokussierung auf den Beherrschungsvertrag: unselbständiges Tatbestandsmerkmal des Rechtsgeschäfts, das den Vertrag in Geltung setzen soll.

<sup>75</sup> Insoweit ebenso *Hirte* in diesem Kommentar, § 308, 27, 52.

<sup>76</sup> Ebenso MünchKommAktG/*Altmeyen*<sup>3</sup> § 308, 68; aA *Hüffer*<sup>10</sup> § 308, 1, 20; s auch *Hirte* in diesem Kommentar, § 308, 27:

Befolgungspflicht gegenüber anderem Vertragsteil, ohne dass dies ein gesetzliches Schuldverhältnis begründet.

<sup>77</sup> *Hirte* in diesem Kommentar, § 308, 53; MünchKommAktG/*Altmeyen*<sup>3</sup> § 308, 66 ff; aA *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> § 308, 17; KK/*Koppensteiner*<sup>3</sup> § 308, 62; K Schmidt/Lutter/*Langenbucher*<sup>2</sup> § 308, 37; 52, 144; *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> 5, 47; *Emmerich/Habersack*<sup>9</sup> § 1, 34 ff; § 11, 5; KK/*Koppensteiner*<sup>3</sup> 5, 79; MünchHdbAG/*Krieger*<sup>3</sup> § 70, 158.

seitigen Leistungsbestimmungsrechts (§ 315 BGB) und damit über einen rein schuldrechtlichen Beherrschungsvertrag<sup>78</sup> hinaus, indem die Parteien vereinbaren, dass die Weisung für den Vorstand selbst bindend sein soll. Gleichwohl ist dieser Anspruch rein schuldrechtlicher Natur, nicht etwa ein Bestandteil des von Gesetz und Satzung konstituierten Regelungsstatuts der Gesellschaft bzw eine beherrschungsvertragliche Ergänzung oder Überlagerung desselben. Der andere Vertragsteil wird ungeachtet des ihm zukommenden Weisungsrechts nämlich nicht zu einem durch den Zustimmungsbeschluss nach § 293 Abs 1 neu geschaffenen Organ, sondern verbleibt im Außenverhältnis als Vertragspartner. Es wird ihm mithin keine körperschaftliche Zuständigkeit eingeräumt,<sup>79</sup> deren komplementäres Gegenstück in Form des Befolungsanspruchs des herrschenden Vertragsteils dann notwendig ein körperschaftlicher – organschaftlicher oder innergesellschaftlicher – Anspruch statt eines schuldrechtlichen Anspruchs aus dem Beherrschungsvertrag sein müsste.<sup>80</sup>

Gegen die **Organthese**<sup>81</sup> spricht schon, dass einem Organ kein Befolungsanspruch gegen die Verbandsperson selbst zukommen kann, sondern allenfalls im Wege des Organstreits zu verfolgende binnenrechtliche Ansprüche gegen andere Organe. Ein Organ formuliert nämlich kraft organschaftlicher Zurechnung innerhalb seines Zuständigkeitsbereichs verbindlich den Willen der ihrerseits nicht handlungsfähigen Verbandsperson, weswegen für einen Befolungsanspruch des Organs gegen „seine“ Gesellschaft von vornherein kein Raum ist. Auf dem Boden der Organthese könnte dem anderen Vertragsteil daher allenfalls ein Befolungsanspruch unmittelbar gegen den Vorstand als Organ zustehen. Doch auch dies käme bei näherem Zusehen per se nicht in Betracht, weil der andere Vertragsteil allenfalls Mitglied eines neu geschaffenen Organs sein könnte, nicht aber das Organ selbst, und also auch bei diesem Verständnis der vertragliche Befolungsanspruch des anderen Vertragsteils gegenüber der verpflichteten Gesellschaft ein schuldrechtlicher Anspruch im Außenverhältnis wäre. Nach alledem gibt auch dieser Befolungsanspruch keinen Anlass, im Beherrschungsvertrag einen satzungsgleichen Organisationsvertrag zu sehen.

(2) **Beherrschungsvertrag mit Alleinaktionär.** Dass der **Zustimmungsbeschluss** nach § 293 Abs 1 – und nicht der Unternehmensvertrag – die Binnenverfassung abändert (§ 293, 43) und dass die Unternehmensverträge des § 291 Abs 1 daher keine Organisationsverträge sind, erhellt ferner der Umstand, dass das Gesetz einen solchen Strukturänderungsbeschluss selbst beim Abschluss eines Unternehmensvertrags mit dem **Alleinaktionär** verlangt. Käme dem außenwirksamen Zustimmungserfordernis des § 293 Abs 1 lediglich die Funktion zu, die außenstehenden Aktionäre dagegen abzu-

<sup>78</sup> Dazu MünchKommHGB/Mülbert<sup>3</sup> Konzernrecht, 169 f.

<sup>79</sup> AA *Hirte* in diesem Kommentar, § 308, 16.

<sup>80</sup> So aber konsequent *Hirte* in diesem Kommentar, § 308, 16.

<sup>81</sup> Gegen Organstellung der Position des herrschenden anderen Vertragsteils MünchKommHGB/Mülbert<sup>3</sup> Konzernrecht, 148, 230; Mülbert Funktionsauslagerung, S 3, 27 f; *Veil* Unternehmensverträge, S 180 ff; s auch MünchKommAktG/Altmeyen<sup>3</sup> § 309, 138 („fehlende Organbeziehung zwischen dem Konzerngeschäftsführer und der ...

Gesellschaft“); aA – für die Organthese – *Würdinger* in Vorauf 12; *Schürmbrand* Organschaft, S 179 ff; *W Bayer* Beherrschungsvertrag, S 17; *Baumbach/Hueck*<sup>13</sup> § 309, 4; *Mestmäcker* in: FG Kronstein 1967, S 129, 135; *Immenga* ZGR 1978, 269, 276; wohl auch *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> § 308, 17 mit Fn 22; *Beuthien* ZIP 1993, 1589, 1594; s ferner BGHZ 135, 374, 377 = WM 1997, 1288 = AG 1997, 515: herrschendes Unternehmen übernimmt organschaftliche Verantwortlichkeit bei Weisungserteilung.

sichern, dass der Vorstand eine Satzungsänderung selbständig herbeiführt, wäre der Zustimmungsbeschluss beim Abschluss eines Unternehmensvertrags mit dem Alleinaktionär ganz entbehrlich; in diesem Fall ist per se kein schutzwürdiger außenstehender Aktionär vorhanden. Bekräftigt wird dieses Verständnis noch durch § 293 Abs 1 Satz 4, wonach die Vorschriften über die Satzungsänderung auf den Zustimmungsbeschluss nicht anzuwenden sind. Diese Regelung bringt, indem der Unternehmensvertrag selbst gar keine Erwähnung findet, zum Ausdruck, dass die organisationsrechtlichen Wirkungen des Vorgangs – durch eine materielle Satzungsänderung, nicht eine bloße Satzungsüberlagerung (näher § 293, 58 f) – allein durch den strukturändernden Zustimmungsbeschluss bewirkt werden, nicht durch den Abschluss eines Vertrages im Außenverhältnis.

- 30** (3) **Kündigungsmöglichkeit durch Vorstand: ein Einwand?** Dass die Abänderung der Binnenverfassung durch den Zustimmungsbeschluss nach § 293 Abs 1 und nicht durch den Unternehmensvertrag erfolgt, wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass diese Änderung mit der Beendigung des Beherrschungsvertrags entfällt und dass es dem Vorstand der vertragstypisch verpflichteten Gesellschaft jedenfalls unter den Voraussetzungen des § 297 möglich ist, den Unternehmensvertrag einseitig zu beenden, er mithin auf die Binnenverfassung einwirken kann. Der Hauptversammlungsbeschluss nach § 293 Abs 1 beschränkt sich nach seinem Regelungsgehalt nämlich von vornherein auf eine **vorübergehende**, im Beendigungszeitpunkt des Unternehmensvertrags wieder entfallende Änderung der Zweck-, Organisations- und Finanzverfassung. Diese im Strukturänderungsbeschluss je nach Vertragslaufzeit als Befristung oder Bedingung angelegte Verknüpfung ermöglicht es dem Vorstand überhaupt, mittelbar auf die Binnenverfassung einzuwirken.
- 31** (4) **Der atypische Beherrschungsvertrag als Bestätigung.** Die Anerkennung atypischer Beherrschungsträge, also der Behandlung eines Vertragswerks als Beherrschungsvertrag unabhängig vom Willen der Parteien oder sogar entgegen deren Willen (Rdn 116), erweist die These vom Organisationsvertrag schließlich als geradezu unhaltbar. Den als atypische Beherrschungsverträge diskutierten Vertragsgestaltungen ist im Wesentlichen gemein, dass die erforderliche Leitungsunterstellung iS des § 291 Abs 1 Satz 1 Alt 1 nicht mittels Einräumung eines den Vorstand bindenden Weisungsrechts gemäß § 308 erfolgt, sondern durch andersartige schuldvertragliche Gestaltungen und Führungsstrukturen (Rdn 122). Weithin akzeptiertes Beispiel eines atypischen Beherrschungsvertrags in diesem Sinne ist der Betriebspachtvertrag iS des § 292 Abs 1 Nr 3 Alt 1, der dem Pächter hinsichtlich der Verwendung des Pachtentgelts ein Weisungsrecht einräumt (Rdn 128). Es ist nicht zu erkennen, dass dieses Weisungsrecht den Unterschied zwischen einem Pachtvertrag als Schuldvertrag oder als Organisationsvertrag begründen kann.
- 32** c) **Konsequenzen.** Die als strukturänderungsgestaltendes Schuldverhältnis zu qualifizierenden Unternehmensverträge des § 291 Abs 1 unterliegen im **Grundsatz** den allgemeinen **schuldrechtlichen** Bestimmungen. Ihre Ausrichtung auf den die Binnenverfassung abändernden Zustimmungsbeschluss nach § 293 Abs 1 bedingt freilich, dass aktien(konzern)rechtliche Wertungen im Einzelfall an die Stelle der entsprechend zu reduzierenden schuldrechtlichen Vorschriften und Wertungen treten. Konsequenzen zeitigt dieser der hM entgegengesetzte Ausgangspunkt insbesondere in drei Punkten:
- 33** aa) **Schuldrechtliche Ansprüche und ihre Durchsetzung.** Die Unternehmensverträge des § 291 Abs 1 können ohne weiteres schuldrechtliche **Leistungspflichten** einer Vertragspartei begründen. Diesbezügliche Vereinbarungen betreffen allerdings im Wesentlichen nur Leistungspflichten gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner; die Abfindungs- und

Ausgleichsansprüche der Aktionäre (§§ 304 f) lassen sich als gesetzliche<sup>82</sup> Ansprüche im Unternehmensvertrag lediglich näher ausgestalten.<sup>83</sup> Bei der Pflicht der Gesellschaft zum Tätigwerden nach Weisungen des anderen Vertragsteils und der Pflicht zur Abführung des gesamten Gewinns handelt es sich sogar um essentialia des Beherrschungs- bzw Gewinnabführungsvertrags (Rdn 74 iVm 58 ff, 150), und das müsste auch für einen vertraglich<sup>84</sup> konzipierten Verlustausgleichsanspruch gemäß § 302 Abs 1 gelten. Als freiwillige zusätzliche Leistungspflicht kommt insbesondere die Zusage von Wiederaufbauhilfen des anderen Vertragsteils (Rdn 82) in Betracht. Im Übrigen konzidiert auch die der These vom Organisationsvertrag verpflichtete hM nicht zuletzt aufgrund der §§ 302, 304 f weithin, dass die Vertragsparteien beiderseits Leistungspflichten übernehmen können;<sup>85</sup> nur wenige Stimmen nehmen an, dass die Unternehmensverträge des § 291 überhaupt nur (Weisungs-)Zuständigkeiten und keinerlei Leistungspflichten begründeten.<sup>86</sup>

Der leistungspflichtigen Vertragspartei kann ein **Leistungsverweigerungsrecht** aus § 273 Abs 1 BGB oder im Einzelfall auch einmal aus § 320 BGB erwachsen. Dies ermöglicht etwa der beherrschungsvertraglich gebundenen Gesellschaft, die Befolgung einer Weisung solange zu verweigern, als das herrschende Unternehmen seiner Verlustausgleichspflicht nicht nachkommt. Selbst die Vertreter der Lehre vom Organisationsvertrag bejahen ein Recht zur Leistungsverweigerung als einem notwendigen Druckmittel in der Hand der verpflichteten Gesellschaft,<sup>87</sup> das im Gegensatz zum Kündigungsrecht (§ 297) den Unternehmensvertrag aufrechterhält.<sup>88</sup> Spezifisch konzernrechtliche Wertungen bedingen allerdings **Einschränkungen** der Möglichkeit zur Geltendmachung des Leis-

34

<sup>82</sup> Die konkreten Einzelansprüche sind als vertraglicher Modifikation zugängliche gesetzliche Ansprüche (*Mülbert/U H Schneider* WM 2003, 2301, 2307 ff; *Weißhaupt* Kompensationsbezogene Informationsmängel, S 48 ff), nicht als rechtsgeschäftliche Ansprüche (hM; s *Hasselbach/Hirte* in diesem Kommentar, § 304, 40, § 305, 7 f; *Bilda* in: FS Hüffer 2009, S 49, 50 ff mwN; für den „Normalfall“ auch der BGH, s BGHZ 167, 299, 306 = WM 2006, 1389 = AG 2006, 543 = NZG 2006, 623; 135, 374, 380 = WM 1997, 1288 = AG 1997, 515) oder als sowohl gesetzlich als auch rechtsgeschäftlich begründete parallele Ansprüche mit identischem Inhalt (etwa *Klöbn* Das System der aktien- und umwandlungsrechtlichen Abfindungsansprüche, 2009, S 131 ff) einzuordnen.

<sup>83</sup> Näher zur Ausgestaltung der Ansprüche *Hasselbach/Hirte* in diesem Kommentar, § 304, 40, 45, § 305, 53.

<sup>84</sup> Zur Einordnung des § 302 Abs 1 als vertraglicher oder gesetzlich begründeter Anspruch s *Hirte* in diesem Kommentar, § 302, 4 ff mwN.

<sup>85</sup> S OLG Frankfurt NZG 2000, 603, 604; MünchKommAktG/*Altmeppen*<sup>3</sup> 35; *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> 27 (Beherrschungsvertrag), 53 (Gewinnabführungsvertrag); *Emmerich/Habersack*<sup>9</sup> § 11, 22; *Hüffer*<sup>10</sup> 18; KK/*Kop-*

*pensteiner*<sup>3</sup> Vorb § 291, 157; *Geßler/Geßler* 25; *Raiser/Veil*<sup>5</sup> § 54, 5; *Krejci* Partnerschaft, S 322 f; *Brachvogel* Leitungsmacht und Verantwortlichkeit, S 127; *Straßberger* Beherrschungsvertrag, S 32; *H Wilhelm* Beendigung, S 119; für den Gewinnabführungsvertrag ebenso öOGH AG 2000, 331 = NZG 1999, 1216; iE auch *van Venroy* Betrieb 1981, 675, 678, 680, Anm 42; vgl auch Begründung RegE in: *Kropff* AktG, S 384; § 328 BGB grundsätzlich anwendbar; *aA Praël* Eingliederung, S 76, 93.

<sup>86</sup> *Bälz* AG 1992, 277, 286 f; *W Bayer* Beherrschungsvertrag, S 17 f; *Praël* Eingliederung, S 93.

<sup>87</sup> OLG Frankfurt NZG 2000, 603; *Hüffer*<sup>10</sup> 18; MünchKommAktG/*Altmeppen*<sup>3</sup> 36; *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> 27; *Emmerich/Habersack*<sup>9</sup> § 11, 22; KK/*Koppensteiner*<sup>3</sup> Vorb § 291, 157 (aus spezifisch konzernrechtlichen Erwägungen unter Hinweis darauf, auch bei dem anerkanntermaßen als Organisationsvertrag kategorisierten Personengesellschaftsvertrag sei § 320 BGB bei zwei Gesellschaftern anzuwenden); *Glaser* Grenzen, S 10 (nur für § 273 BGB); *aA Praël* Eingliederung, S 74; *Sapper* Unternehmensverträge, S 132.

<sup>88</sup> *Hüffer*<sup>10</sup> 18; MünchKommAktG/*Altmeppen*<sup>3</sup> 36.

tungsverweigerungsrechts. Der andere Vertragsteil kann die Leistung von Verlustausgleich nach § 302 Abs 1 an die beherrschungsvertraglich gebundene Gesellschaft oder Ausgleichs- und Abfindungsleistungen an die außenstehenden Aktionäre nicht deswegen verweigern, weil die Gesellschaft eine beherrschungsvertragliche Weisung nicht befolgt.<sup>89</sup> Ebenso wenig kann er Zahlungen an die außenstehenden Aktionäre bis zum Ausgang eines Spruchverfahrens verweigern.<sup>90</sup>

- 35** Die Erfüllung der im Unternehmensvertrag begründeten Leistungspflichten ist **einklagbar**,<sup>91</sup> wie auch die Leistungspflichten anerkennenden Verfechter der Organisationsvertragsthese (Rdn 20) annehmen.<sup>92</sup> Die Klage auf Befolgung einer beherrschungsvertraglichen Weisung ist dabei trotz des Wortlauts des § 308 Abs 1 gegen die unternehmensvertraglich verpflichtete Gesellschaft und nicht gegen deren „ungehorsamen“ Vorstand zu richten. Näher Rdn 26 f.
- 36** Beiden Teilen eines Unternehmensvertrags können ferner **Schadensersatzansprüche** als unternehmensvertragliche Sekundäransprüche erwachsen, insbesondere wenn eine Vertragspartei unternehmensvertragliche (Haupt-)Leistungspflichten nicht oder schlecht erfüllt<sup>93</sup> oder wenn sie eine Nebenpflicht des Unternehmensvertrags verletzt. So kann sich etwa die gewinnabführungspflichtige Gesellschaft durch die Ausübung von Bilanzierungswahlrechten im Hinblick auf die ihr obliegende Gewinnabführungspflicht schadensersatzpflichtig machen.<sup>94</sup>
- 37** Vereinzelt werden als **Nebenpflichten** des herrschenden Unternehmens besondere Schutz- und Fürsorgepflichten gegenüber der abhängigen Gesellschaft postuliert.<sup>95</sup> Dies ergebe sich aus einer Parallele der Unternehmensverträge des § 291 Abs 1 zum bürgerlich-rechtlichen Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB). Richtigerweise ändert jedoch auch die Bindung des herrschenden Unternehmens an die Maßstäbe der Geschäftsleitersorgfalt, die sich etwa aus § 309 Abs 1 ergibt, nichts daran, dass das herrschende Unternehmen gerade nicht im Fremdinteresse der abhängigen Gesellschaft handelt. Vielmehr stellt der Unternehmensvertrag des § 291 ein Konzept bereit, das dem der Fremdinteressenwahrung des § 675 BGB diametral entgegensteht.<sup>96</sup> Die Ausrichtung am Konzerninteresse statt am Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft verlangt schließlich die dortige Verbandszweckänderung, die durch die Hauptversammlungszustimmung herbeigeführt wird.
- 38** **bb) Inhaltsfreiheit.** Für die Unternehmensverträge des § 291 Abs 1 bestehen aufgrund ihres Charakters als strukturänderungsgestaltende Schuldverhältnisse **differenzierte inhaltliche Gestaltungsgrenzen**. Soweit die Verträge die Änderungen des Regelungsstatuts inhaltlich vorzeichnen, die der materiell satzungändernde Zustimmungsbeschluss nach

<sup>89</sup> MünchKommAktG/Altmeppen<sup>3</sup> 37.

<sup>90</sup> Hirte/Hasselbach in diesem Kommentar, § 304, 20; LG Stuttgart Betrieb 1997, 1661 mwN.

<sup>91</sup> MünchKommAktG/Altmeppen<sup>3</sup> 32; KK/Koppensteiner<sup>3</sup> Vorb § 291, 157.

<sup>92</sup> S nur KK/Koppensteiner<sup>3</sup> Vorb § 291, 157; MünchKommAktG/Altmeppen<sup>3</sup> 35; Henssler/Strohn/Paschos 4; zu Recht gegen die Möglichkeit, abstrakt auf Erfüllung eines Beherrschungs- und (gegebenenfalls) Gewinnabführungsvertrages zu klagen, und für eine Klage auf Erfüllung der Weisungspflicht nur im Einzelfall Geßler/Geßler 24.

<sup>93</sup> S OLG Frankfurt NZG 2000, 603; Emmerich/Habersack<sup>6</sup> 27; Emmerich/Habersack<sup>9</sup> § 11, 22; zur Rechtsnatur des Ergebnisabführungsvertrages als Dauerschuldverhältnis s zudem öOGH AG 2000, 331 = NZG 1999, 1216.

<sup>94</sup> OLG Frankfurt NZG 2000, 603, 604 f; Emmerich/Habersack<sup>6</sup> 65; K Schmidt/Lutter/Langenbacher<sup>2</sup> 60.

<sup>95</sup> Emmerich/Habersack<sup>9</sup> § 11, 23.

<sup>96</sup> Ähnlich MünchKommAktG/Altmeppen<sup>3</sup> 54 mit Verweis auf Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts in Fn 125: Parallele zum Auftragsrecht passt nicht.

§ 293 Abs 1 in Geltung setzt (Rdn 29), kommt den aus dem Prinzip der Satzungsstrenge (§ 23 Abs 5) resultierenden Grenzen für zulässige Inhalte des Strukturänderungsbeschlusses nach § 293 Abs 1 auch eine Vorwirkung als unternehmensvertraglichen Gestaltungsschranken zu. Was die Ausgestaltung der gesetzlichen Ausgleichs- und Abfindungsansprüche der Aktionäre anbelangt, können die Vertragsparteien die gesetzlichen Mindestanforderungen der §§ 304 f weder direkt unterschreiten noch auch nur mittelbar zu Lasten der außenstehenden Aktionäre abweichende Regelungen treffen. Im Übrigen, also insbesondere für das Verhältnis der Vertragsparteien zueinander, gilt das schuldrechtlichen Prinzip der privatautonomen **Inhaltsfreiheit** mit seinen Grenzen in Form der Unzulässigkeit von Vereinbarungen zu Lasten Dritter. Die Gestaltungsfreiheit findet daher namentlich dort ihre Grenzen, wo die Rechte der Gläubiger der vertragstypisch verpflichteten Gesellschaft unmittelbar beeinträchtigt würden.<sup>97</sup>

Die der Lehre vom Organisationsvertrag verpflichtete hM kommt dem vorstehenden Postulat grundsätzlicher Gestaltungsfreiheit sehr viel näher als ihr organisationsvertragsrechtlicher Ausgangspunkt erwarten ließe. Ausgehend von der Einordnung der Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge als Organisationsverträge müsste man die inhaltlichen Vorgaben des Aktiengesetzes eigentlich dergestalt als zwingend ansehen (§ 23 Abs 5), dass eine freie Vertragsgestaltung nur dort zulässig ist, wo dies das Gesetz ausdrücklich zulässt (zB §§ 305 Abs 2 Nr 2, 308 Abs 1 Satz 2).<sup>98</sup> Gleichwohl erblickt die hM in den §§ 291 ff lediglich Mindeststandards, die zusätzliche Parteivereinbarungen dann nicht ausschließen, wenn diesen nicht zwingende aktienrechtlichen Normen entgegenstehen.<sup>99</sup> Das bedingt eine Überprüfung dieser Normen dahingehend, ob ihnen nach ihrem Telos jeweils zwingender Charakter zukommt oder nicht.<sup>100</sup> Verneinendenfalls sind zusätzliche Vereinbarungen zulässig, etwa zusätzliche vertragliche Kündigungs- und Rücktrittsrechte über die §§ 296, 297 hinaus (§ 297, 55 ff, 99 ff).

cc) **Auslegung.** Die Auslegung der Unternehmensverträge des § 291 Abs 1 hat nach denselben Regeln wie die Auslegung von Hauptversammlungsbeschlüssen<sup>101</sup> und damit unter indirekter Anlehnung an die Interpretationsmaximen bei körperschaftlichen Satzungsbestimmungen **objektiviert** zu erfolgen.<sup>102</sup> Dieses Gebot gilt unabhängig vom organisationsrechtlichen oder aber strukturänderungsgestaltenden Rechtscharakter des Be-

39

40

<sup>97</sup> Vgl MünchKommAktG/Altmeyers<sup>3</sup> 31; Emmerich/Habersack<sup>6</sup> 18; Emmerich/Habersack<sup>9</sup> § 11, 13; Heidel/Peres<sup>3</sup> 11 ff.

<sup>98</sup> So in aller Konsequenz aber nur Geßler/Geßler 24.

<sup>99</sup> BGHZ 119, 1, 5 ff = WM 1992, 1479 = AG 1992, 450; 122, 211, 217 ff = WM 1993, 1087 = AG 1993, 422 = WM 1993, 1087; ebenso OLG München AG 1991, 358, 361; WM 2009, 1038, 1140 = AG 2009, 675 = NZG 2009, 1315; LG Frankfurt AG 2007, 48, 51; ebenso MünchKommAktG/Altmeyers<sup>3</sup> 31; Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> Vor § 291, 37; Exner Beherrschungsvertrag, S 20, 72; ders AG 1981, 175, 176 mit der Parallele zu Personengesellschaftsverträgen, die – obgleich Organisationsverträge – auch erhebliche Gestaltungsfreiheit lassen; K Schmidt GesR<sup>4</sup>, § 31 III 1a (S 948 ff); im Prinzip ähnlich

KK/Koppensteiner<sup>3</sup> Vorb § 291, 157; Koppensteiner in: FS Canaris II 2007, S 209, 212; Geßler in: FS Beitzke 1979, S 923, 931.

<sup>100</sup> S MünchKommAktG/Altmeyers<sup>3</sup> 31; Emmerich/Habersack<sup>6</sup> 18; Emmerich/Habersack<sup>9</sup> § 11, 13; ähnlich KK/Koppensteiner<sup>3</sup> Vorb § 291, 157; Exner Beherrschungsvertrag, S 72 ff; ders AG 1981, 175 f.

<sup>101</sup> Dazu Grundmann in diesem Kommentar, § 133, 50.

<sup>102</sup> OLG München WM 2009, 1038, 1140 = AG 2009, 675 = NZG 2009, 1315; MünchKommAktG/Altmeyers<sup>3</sup> 33 f (für die körperschaftlichen Regelungen im Unternehmensvertrag); Heidel/Peres<sup>3</sup> 14; unter Verweis auf den organisationsrechtlichen Charakter der Verträge Geßler/Geßler 24; Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> Vor § 291, 34 f.

herrschungs- und Gewinnabführungsvertrags.<sup>103</sup> Maßgeblich ist vielmehr, dass der strukturändernde Zustimmungsbeschluss nach § 293 Abs 1 ebenso wie ein etwaiger Zustimmungsbeschluss beim anderen Vertragsteil nach § 293 Abs 2 jeweils den Unternehmensvertrag in seiner Gesamtheit – also unter Einschluss aller von den Parteien als zusammengehörig angesehenen Abreden (§ 139 BGB) – zum Gegenstand der Beschlussfassung hat<sup>104</sup> (§ 293, 50 ff, 105) und dass der Unternehmensvertrag daher sinnvollerweise ebenso wie der Zustimmungsbeschluss bzw die Zustimmungsbeschlüsse auszulegen ist; bei Diskrepanzen läge nämlich die nach § 293 Abs 1, 2 erforderliche Hauptversammlungszustimmung zum betreffenden Unternehmensvertrag gar nicht vor. Als **Ausnahme** unterliegen solche Vertragsklauseln, die sich nicht auf die Strukturänderung beziehen und auch außerhalb des Unternehmensvertrags hätten geregelt werden können, nicht der objektivierten Auslegung. Insoweit besteht – ebenso wie bei der Auslegung von Hauptversammlungsbeschlüssen<sup>105</sup> – kein Anlass, von den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen der §§ 133, 157 BGB abzuweichen und etwa die lediglich den Vertragsbeteiligten erkennbaren Parteiabsichten nicht zu berücksichtigen.<sup>106</sup> Nach der Rechtsprechung sind zudem etwaige planwidrige Vertragslücken einer **ergänzenden** Vertragsauslegung nach Maßgabe der vertraglichen Zielsetzung (§ 157 BGB) zugänglich (s aber Rdn 159 hinsichtlich der Rückbeziehung von Gewinnabführungsverträgen).<sup>107</sup>

- 41** Bei der objektivierten Auslegung von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen darf sich die Vertragsauslegung nur auf **allgemein** zugängliche Unterlagen und allgemein erkennbare Umstände stützen. Neben Wortlaut, Sinnzusammenhang und erkennbarem Zweck des Vertragstexts – nicht aber Entstehungsgeschichte, Vorentwürfen sowie Äußerungen der an der Abfassung des Textes beteiligten Personen<sup>108</sup> – gehören hierzu auch die zu den Handelsregisterakten eingereichten Unterlagen. Daher kommt auch der Rückgriff auf solche schriftlichen Unterlagen in Betracht, die der notariell aufgenommenen Niederschrift über die Beschlussfassung in der Hauptversammlung als Anlage beigelegt bzw inhaltlich in der Niederschrift wiedergegeben (§ 130 Abs 3) und in öffentlich beglaubigten Abschrift zum Handelsregister einzureichen sind (§ 130 Abs 5). Das betrifft insbesondere freiwillige Erläuterungen des Unternehmensvertrags durch den Vorstand in der Einberufung zur Hauptversammlung.<sup>109</sup> Diese werden vom Gebot des § 130 Abs 3 zur belegförmigen Dokumentation der Einberufung ebenfalls erfasst und sind daher in der Form des § 130 Abs 5 zum Handelsregister einzureichen. Nicht heranziehen lässt sich hingegen der Vorstandsbericht nach § 293a.<sup>110</sup> Dessen wesentlicher Inhalt bedarf

<sup>103</sup> S auch KK/*Koppensteiner*<sup>3</sup> Vorb § 291, 157: als Organisationsverträge anerkannte Personengesellschaftsverträge sind nicht notwendigerweise in all ihren Bestandteilen, Austauschverträge hingegen bisweilen – etwa bei Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen – objektiviert auszuliegen; vgl auch *Wiedemann* Gesellschaftsrecht I, S 165 ff sowie *Exner* Beherrschungsvertrag, S 65 ff, je mwN; aA wohl OLG Düsseldorf WM 1984, 732, 736.

<sup>104</sup> S auch *Heidel/Peres*<sup>3</sup> 14.

<sup>105</sup> Dazu MünchHdbAG/*Semler*<sup>3</sup> § 39, 3.

<sup>106</sup> Ähnlich MünchKommAktG/*Altmeppen*<sup>3</sup> 34 aE (für individualrechtliche Bestimmungen im Unternehmensvertrag); *Heidel/Peres*<sup>3</sup> 15.

<sup>107</sup> BGHZ 103, 1, 6 f = WM 1988, 258 = AG 1988, 133; OLG München AG 1980, 272, 273; OLG Köln AG 2010, 336, 337 = NZG 2010, 225; *Heidel/Peres*<sup>3</sup> 16 f (auch für die geltungserhaltende Vertragsauslegung).

<sup>108</sup> OLG München WM 2009, 1038, 1140 = AG 2009, 675 = NZG 2009, 1315.

<sup>109</sup> Ebenso *Grundmann* in diesem Kommentar, § 133, 50; *Heidel/Peres*<sup>3</sup> 14.

<sup>110</sup> AA K Schmidt/Lutter/*Spindler*<sup>2</sup> § 133, 5. Die dortige Berufung auf BGH WM 1995, 390 geht jedoch fehl, weil das Gericht für den Bericht nach § 186 Abs 4 Satz 2 eine Bekanntmachungspflicht analog § 124 Abs 2 Satz 2 annimmt.

keiner Bekanntmachung in der Einberufung analog § 124 Abs 2 Satz 2,<sup>111</sup> unterliegt daher auch nicht den § 130 Abs 3, 5 und bildet demnach auch keine öffentlich zugängliche Unterlage.

### III. Parteien eines Unternehmensvertrags nach Abs 1

Parteien eines Unternehmensvertrags iS des § 291 Abs 1 können nach dem klaren Gesetzeswortlaut nur ein **begrenzter** Kreis von Rechtssubjekten sein. Das gilt nicht nur für die bisweilen auch als Untergesellschaft bezeichnete vertragstypisch verpflichtete Gesellschaft (Rdn 43), sondern auch den vielfach als Obergesellschaft apostrophierten anderen Vertragsteil (Rdn 46 ff). **42**

#### 1. AG/KGaA als verpflichtete Gesellschaft

Diejenige Partei eines Unternehmensvertrags iS von § 291, die die Leitung ihrer Gesellschaft dem anderen Unternehmen unterstellt (Abs 1 Satz 1 Alt 1) oder sich verpflichtet, ihren Gewinn an dieses abzuführen (Abs 1 Satz 1 Alt 2) oder ihre Geschäfte für dessen Rechnung zu führen (Abs 1 Satz 2), muss eine nach ihrem **Personal- bzw Gesellschaftsstatut** dem deutschen Aktienrecht unterliegende AG oder KGaA sein.<sup>112</sup> Hierunter fallen nach hM alle Gesellschaften mit inländischem Satzungssitz (§ 5), deren Verwaltungssitz sich im Inland, in einem Mitgliedstaat der EU oder einem sonstigen der Gründungstheorie folgenden Staat befindet.<sup>113</sup> Keine Rolle spielt dagegen, ob die verpflichtete Gesellschaft schon vor Vertragsschluss vom künftigen anderen Vertragsteil unmittelbar oder jedenfalls mittelbar abhängig (§ 17 Abs 1) ist,<sup>114</sup> auch wenn dies in der Praxis zumeist der Fall sein dürfte.<sup>115</sup> Zu Fragen des internationalen Vertragskonzernrechts s Vorbem 24 ff zu §§ 291 ff. **43**

#### 2. Anderes Unternehmen als anderer Vertragsteil

a) **Beliebige Rechtsform.** Der andere Vertragsteil eines Unternehmensvertrags nach § 291 Abs 1 wird in Abs 1 Satz 1 nur als „anderes Unternehmen“ umschrieben; seine Rechtsform spielt demnach keine Rolle.<sup>116</sup> Auch natürliche Personen – soweit es sich nicht um reine Privataktionäre handelt – sowie Vereine, Stiftungen und Körperschaften des öffentlichen Rechts kommen grundsätzlich in Betracht.<sup>117</sup> Konsequenterweise ebenso **44**

<sup>111</sup> Zu pauschal die Heranziehung erläuternder Vorstandsberichte bejahend K Schmidt/Lutter/*Spindler*<sup>2</sup> § 133, 5.

<sup>112</sup> MünchKommAktG/*Altmeppen*<sup>3</sup> 15; *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> 8, 51; *Hüffer*<sup>10</sup> 5, 23; *KK/Koppensteiner*<sup>3</sup> 7; MünchHdbAG/*Krieger*<sup>3</sup> § 70, 8, § 71, 8; *Heidel/Peres*<sup>3</sup> 30.

<sup>113</sup> S nur *Hüffer*<sup>10</sup> § 1, 30 ff mwN.

<sup>114</sup> MünchKommAktG/*Altmeppen*<sup>3</sup> 16; *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> 10, 50; *Hüffer*<sup>10</sup> 5, 23; *KK/Koppensteiner*<sup>3</sup> 7; MünchHdbAG/*Krieger*<sup>3</sup> § 70, 8, § 71, 8; *aA van Venrooy* BB 1986, 612 (mit missverständlicher

Interpretation der §§ 311 ff und problematischem arg e contrario aus § 291 Abs 3).

<sup>115</sup> S nur MünchKommAktG/*Altmeppen*<sup>3</sup> 16.

<sup>116</sup> MünchKommAktG/*Altmeppen*<sup>3</sup> 3; *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> 9, 51; *Emmerich/Habersack*<sup>9</sup> § 2, 9; *Hüffer*<sup>10</sup> 8, 23; *KK/Koppensteiner*<sup>3</sup> 8; MünchHdbAG/*Krieger*<sup>3</sup> § 70, 9, § 71, 8; *Heidel/Peres*<sup>3</sup> 31; *Windbichler* in diesem Kommentar, § 15, 15.

<sup>117</sup> *Heidel/Peres*<sup>3</sup> 31 f; *Emmerich/Habersack*<sup>9</sup> § 2, 9.

unerheblich ist, ob es sich um ein in- oder ausländisches Unternehmen handelt<sup>118</sup> und erst recht das Fehlen eines Mindestkapitals bei einer ausländischen Obergesellschaft.<sup>119</sup>

- 45** b) **Kein Ausschluss von Nichtaktionären.** Der andere Vertragsteil eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag muss nicht notwendig ein Aktionär der sich verpflichtenden Gesellschaft sein.<sup>120</sup> Gesetzeswortlaut und -systematik lassen eine solche Einschränkung nicht erkennen und auch teleologische Überlegungen legen dies nicht nahe.
- 46** c) **Unternehmenseigenschaft; Ausschluss von Nichtunternehmen.** Die Unternehmenseigenschaft ist nach dem klaren Gesetzeswortlaut **unverzichtbare Voraussetzung.**<sup>121</sup> Der Begriff des – übergeordneten oder herrschenden – Unternehmens ist nach Konzeption und Systematik der §§ 15 ff, 291 ff notwendig deckungsgleich mit demjenigen der allgemeinen konzernrechtlichen Vorschriften (§§ 15–19).<sup>122</sup> Wegen seiner heute vor allem noch in Einzelfragen – etwa bezüglich der konzernrechtlichen Behandlung der öffentlichen Hand<sup>123</sup> oder von Formkaufleuten, die über ihre Beteiligung hinaus keine weitere unternehmerischen Interessen verfolgen<sup>124</sup> – umstrittenen Auslegung kann auf die entsprechenden Kommentierungen<sup>125</sup> verwiesen werden.
- 47** Weil die Unternehmenseigenschaft unverzichtbare Voraussetzung ist, kann der **Abschluss** eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags die Unternehmensqualität **nicht konstitutiv** begründen.<sup>126</sup> Nach dem Wortlaut des § 291 Abs 1, seinen systematischen Bezügen, insbesondere mit den §§ 15 ff, und seines Telos normiert diese Vorschrift die Voraussetzungen, unter denen einem Rechtsträger mit anderweitiger unternehmerischer Interessenbindung und hieraus resultierendem Koordinationsbedarf der Zugang zu bestimmten unternehmensvertraglichen (Konzern-)Organisationsstrukturen offen steht, nicht hingegen gewisse Rechtsfolgen des Abschlusses eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags.<sup>127</sup>

<sup>118</sup> OLG Düsseldorf AG 2007, 170, 171; LG München I ZIP 2011, 1511, 1512.

<sup>119</sup> Zu eng und in der Begründung zu kurz greifend Spindler/Stilz/*Schall*<sup>2</sup> Vor § 15, 35: bei EU-ausländischen Gesellschaften irrelevant. S nur OLG Nürnberg AG 1996, 228, 229;

<sup>120</sup> MünchKommAktG/*Altmeyen*<sup>3</sup> 226 ff; *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> 74 ff; *Hüffer*<sup>10</sup> 36; *KK/Koppensteiner*<sup>3</sup> 107.

<sup>121</sup> MünchKommAktG/*Altmeyen*<sup>3</sup> 10a; *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> 9a; *KK/Koppensteiner*<sup>3</sup> 8, 13; *Mülbert ZHR* 163 (1999), 1, 29 ff; mit (auch) unionsrechtlicher Argumentation – (2.) Kapitalrichtlinie, Vorentwurf einer Konzernrechtsrichtlinie – ferner Spindler/Stilz/*Veil*<sup>2</sup> 6 f; *Veil* Unternehmensverträge, S 170 ff; K Schmidt/Lutter/*Langenbucher*<sup>2</sup> 13; *Hölters/Deilmann* 9; krit insoweit *Hirte*, *ZHR* 170 (2006), 203, 207 f.

<sup>122</sup> Näher *Mülbert ZHR* 163 (1999) 1, 10 ff, 39 f; MünchKommHGB/*Mülbert*<sup>3</sup> KonzernR, 39 ff; Spindler/Stilz/*Veil*<sup>2</sup> 6; *Hüffer*<sup>10</sup> 8; MünchHdbAG/*Krieger*<sup>3</sup> § 70, 9; auch *KK/Koppensteiner*<sup>3</sup> 9.

<sup>123</sup> Dazu *Windbichler* in diesem Kommentar, § 15, 27 ff; *Emmerich/Habersack*<sup>9</sup> § 2, 20 ff; MünchHdbAG/*Krieger*<sup>3</sup> § 68, 11; *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> § 15, 26 ff mwN.

<sup>124</sup> Zum Streitstand unter Berücksichtigung der divergierenden teleologischen, institutionellen, funktionalen und organisationsrechtlichen Ansätze etwa *Hüffer*<sup>10</sup> § 15, 11; *KK/Koppensteiner*<sup>3</sup> § 15, 60; MünchHdbAG/*Krieger*<sup>3</sup> § 68, 10 mwN; *Mülbert ZHR* 163 (1999), 1, 24 ff, 28 ff.

<sup>125</sup> S etwa *Windbichler* in diesem Kommentar, § 15, 10 ff mwN; *Hüffer*<sup>10</sup> § 15, 8 ff; *KK/Koppensteiner*<sup>3</sup> 8 ff und § 15, 9 ff; *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> § 15, 6 ff; MünchKommAktG/*Bayer*<sup>3</sup> § 15, 12 ff; ferner *Mülbert ZHR* 163 (1999), 1 ff; *Emmerich/Habersack*<sup>9</sup> § 2, 5 ff; MünchHdbAG/*Krieger*<sup>3</sup> § 68, 5 ff.

<sup>126</sup> Insoweit wie hier *KK/Koppensteiner*<sup>3</sup> 13; iE auch MünchKommAktG/*Altmeyen*<sup>3</sup> 5 ff.

<sup>127</sup> Näher *Mülbert ZHR* 163 (1999) 1, 8 ff; MünchKommHGB/*Mülbert*<sup>3</sup> KonzernR, 36 f, 39 ff.

Demgegenüber soll nach einer **Mindermeinung** jeder Rechtsträger bis hin zu einer **48**  
**Privatperson** ohne weiteres (übergeordnetes) Unternehmen im Sinne der §§ 15, 17 Abs 1  
 werden, der durch den Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages  
 das Vertragskonzernrecht nutzt,<sup>128</sup> indem er einen solchen Unternehmensvertrag mit  
 einer AG als abhängigem Unternehmen abschließt.<sup>129</sup> Im Falle eines Privataktionärs  
 würde der damit entstehende Vertrags„konzern“ strukturell einer GmbH ähneln, deren  
 Satzung das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung im Rahmen der Satzungs-  
 autonomie auf einen einzelnen ihrer Gesellschafter überträgt;<sup>130</sup> im Falle eines Nicht-  
 aktionärs wäre dieser eine Art Fremdgeschäftsführer mit statuarisch verankerter Allein-  
 geschäftsführungsbefugnis.

Zur **Begründung** der These vom abhängigkeitskonstitutiven Beherrschungsvertrags-**49**  
 schluss wird auf einen (angeblichen) Lernprozess des Vertragskonzernrechts – und  
 damit des Unternehmensbegriffs – verwiesen, welcher mittlerweile so weit gediehen  
 sei, dass § 291 nicht mehr als Zusammenfügung von Unternehmen im betriebswirt-  
 schaftlichen Sinne verstanden werden könne.<sup>131</sup> Vielmehr seien Beherrschungs- und  
 Gewinnabführungsvertrag aufgrund eines „Wandels der Normsituation“ heute als  
 Instrumente zu begreifen, der AG einen vollständig gesicherten, von den „Unwägbar-  
 keiten des gesetzlich nicht abgegrenzten Unternehmensbegriffs“ unabhängigen Status zu  
 verleihen.<sup>132</sup>

Diese Überlegungen können **keine** Reinterpretation des § 291 Abs 1 Satz 1 Alt 1 ent-**50**  
 gegen seines klaren Wortlauts, seiner systematischen Bezüge und seines Telos veran-  
 lassen. Weiterhin sind der die Unternehmenseigenschaft bereits bei Vertragsschluss zwin-  
 gend voraussetzende Wortlaut des § 291 Abs 1 Satz 1 Alt 1<sup>133</sup> und der legislatorische  
 Wille beachtlich, mit der Zulassung des Beherrschungsvertrags „einem wirtschaftlichen  
 Bedürfnis namentlich bei Konzernen zu entsprechen“<sup>134</sup>, nämlich eine konzernrechtliche  
 Organisationsform für die effiziente Organisation des koordinierten Ressourceneinsatzes  
 mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmensträger zu Verfügung zu haben.<sup>135</sup>

Dieser gesetzgeberische Wille ist schon mangels eines tiefgreifenden Wandels der **51**  
 Normsituation auch nicht obsolet. Abgesehen davon, dass wohl vor allem mit Blick auf  
 die drohende Verlustausgleichspflicht (§ 302) schon gar kein erkennbares Bedürfnis  
 dafür besteht, der konzernrechtlichen Gestaltungspraxis die Möglichkeit einzuräumen,  
 eine AG qua Abschluss von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen mit Privat-  
 personen faktisch in eine GmbH umzuformen (s Rdn 48),<sup>136</sup> läuft das Konzept insoweit

<sup>128</sup> *K Schmidt* in: FS Koppenssteiner 2001, S 191 ff; *ders* GesR<sup>4</sup>, § 31 II 1 d (S 939); s auch *ders* in: FS Lutter 2000, S 1167, 1181 f.

<sup>129</sup> *K Schmidt* in: FS Koppenssteiner 2001, S 191, 197 f; *Hüffer*<sup>10</sup> 8; MünchHdbAG/*Krieger*<sup>3</sup> § 70, 9; *Heidel/Peres*<sup>3</sup> 31; iE auch *Rubner* Der Konzern 2003, 735, 737; *Ederle* Verdeckte Beherrschungsverträge, S 70 ff: analoge Anwendung der §§ 291 Abs 1 Satz 1 Alt 1, Abs 3, 293–310 auf Nicht-unternehmen.

<sup>130</sup> Zur diesbezüglichen Möglichkeit s nur *Emmerich/Habersack*<sup>9</sup> § 32, 8; Münch-KommGmbHG/*Liebscher* Anh Konzernrecht, 637 aE.

<sup>131</sup> *K Schmidt* in: FS Koppenssteiner 2001, S 191, 207 f.

<sup>132</sup> *K Schmidt* in: FS Koppenssteiner 2001, S 191, 208.

<sup>133</sup> *KK/Koppenssteiner*<sup>3</sup> 13; *Rubner* Der Konzern 2003, 735, 736; dies relativierend MünchKommAktG/*Altmeppen*<sup>3</sup> 10a Fn 22.

<sup>134</sup> S Begründung RegE in: *Kropff* AktG, S 377.

<sup>135</sup> Schon *Mülbert* ZHR 163 (1999) 1, 30 f; ähnlich MünchKommAktG/*Altmeppen*<sup>3</sup> 10a.

<sup>136</sup> Dies einräumend *K Schmidt* in: FS Koppenssteiner 2001, S 191, 193.

auf eine Verletzung des aktienrechtlichen Grundsatzes der **Satzungsstrenge** (§ 23 Abs 5) hinaus, an dem die ganz herrschende Meinung grundsätzlich festhalten will.<sup>137</sup>

- 52** Noch schwerer wiegt die Negierung aller **systematischen Zusammenhänge** zwischen dem Vertragskonzernrecht und den §§ 311 ff. Nach der gesetzlichen Grundkonzeption des geltenden Konzernrechts stehen das faktische Abhängigkeitsverhältnis und der Vertragskonzern in einer Art Stufenverhältnis zueinander. Nicht zuletzt mit Blick auf § 18 Abs 1 Satz 2 wird konstatiert, dass Abhängigkeit als potentielle Konzernierung zu verstehen sei<sup>138</sup> oder, anders ausgedrückt, dass Abhängigkeit stets eine notwendige Vorstufe zum Konzern darstelle.<sup>139</sup> Dies ist auch Ausdruck des gesetzgeberischen Anliegens, das Instrument des Beherrschungsvertrages als konzernorganisationsrechtlich vorteilhafte Alternative zur faktischen Konzernierung zur Verfügung zu stellen.<sup>140</sup> Demgegenüber wäre nach der These vom abhängigkeitskonstitutiven Beherrschungsvertragsabschluss denkbar, dass eine reine Privatperson einen Beherrschungsvertrag abschließt, ohne potentiell, also bei hypothetischer Ausklammerung dieses Vertrages, herrschendes Unternehmen iS von § 311 Abs 1 sein zu können. Der Abschluss eines Beherrschungsvertrages kann für sie daher auch keine – wie auch immer zu bewertende – Alternative bilden.<sup>141</sup> Zudem würde diese Möglichkeit einer Konzernierung ohne sozusagen potentielle Abhängigkeit das Vertragskonzernrecht und das Recht der faktischen Abhängigkeit als Regelungskomplexe sui generis gleichrangig nebeneinander und damit zugleich in unüberbrückbaren **Widerspruch** zur gesetzlichen Grundkonzeption setzen.

#### d) Mehrheit von Parteien

- 53** aa) **Keine Unternehmensqualität aller Parteien.** Wird ein Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag auf Seiten des anderen Vertragsteils gemeinschaftlich von mehreren Personen abgeschlossen (Rdn 101 ff) oder treten eine oder mehrere Parteien dem Vertrag nachträglich bei (§ 295, 20), ist dem Unternehmensefordernis des § 291 Abs 1 genügt, wenn jedenfalls einer Person diese Eigenschaft zukommt. Allerdings folgt das nicht schon aus der Entstehung der Vorschrift. Bei deren Einführung hing die steuerliche Anerkennung der Mehrmütterorganschaft unter Zwischenschaltung einer GbR zwar davon ab, dass der Vertrag mit der Gesellschaft selbst abgeschlossen wurde (Rdn 16), doch war die GbR nach damaligem Erkenntnisstand der Gesamthandslehre nicht selbst Rechtsträger; materiell Berechtigte und Verpflichtete waren die Gesellschafter der GbR. Entscheidend für die Zulassung von Nichtunternehmen als weiterer anderer Vertragsteil neben einem übergeordneten Unternehmen iS der §§ 291 Abs 1, 15, 17 Abs 1 spricht vielmehr das Telos des § 291. Ein Bedarf an Koordination mehrerer unternehmerischer Aktivitäten besteht einerseits schon dann, wenn auch nur eine Partei auf Seiten des anderen Vertragsteils ein Unternehmen iS der §§ 291 Abs 1, 15, 17 Abs 1 ist. Andererseits ist

<sup>137</sup> Dazu *Röbri* in diesem Kommentar, § 23, 167; *Hüffer*<sup>10</sup> 34; krit *Hirte* ZHR-Sonderheft Nr 13, S 61, 82 ff; *Mertens* ZGR 1994, 426, 427 ff; differenziert *Mülb*ert in Verhandlungen des 67. DJT, 2008, Bd II/1, N 51, N 55 ff; *W Bayer* Gutachten E zum 67. DJT, 2008, E 81 ff; s ferner *C Schäfer* NJW 2008, 2536, 2538 f; mit abweichender Stoßrichtung auch *Spindler* AG 2008, 598, 600 ff.

<sup>138</sup> *Hüffer*<sup>10</sup> § 17, 4; MünchKommAktG/*Bayer*<sup>3</sup>

§ 17, 14, 25 ff; *Emmerich/Habersack*<sup>6</sup> § 17, 5.

<sup>139</sup> So oder ähnlich *Krieger* in: FS Semler 1993, 505, 510; MünchKommHGB/*Mülb*ert<sup>3</sup> KonzernR, 44; KK/*Koppensteiner*<sup>3</sup> § 17, 18.

<sup>140</sup> S Begründung RegE in: *Kropff* AktG, S 407; Relativierung dieser gesetzgeberischen Zielvorstellung bei *Leuschner* Konzernrecht, S 70 f.

<sup>141</sup> Ganz ähnlich KK/*Koppensteiner*<sup>3</sup> 8, 11.

das Hinzutreten auch eines Nichtunternehmens solange unbedenklich, als sich die Ausübung des Weisungsrechts nach § 308 Abs 1 nur am „Konzerninteresse“ des bzw der herrschenden Unternehmen orientiert, nicht am Interesse eines Nichtunternehmens als weiterem anderen Vertragsteil (dazu auch noch Rdn 92).

**bb) Keine Unternehmensqualität kraft mittelbarer Mehrmütterschaft.** Wird bei einer Mehrmütterschaft eine GbR oder eine rein vermögensverwaltende OHG nach § 105 Abs 2 als Zwischenholding eingesetzt, die weder über eine anderweitige unternehmerische Beteiligung verfügt noch in sonstiger Weise entsprechende Interessen verfolgt, ist die zwischengeschaltete Gesellschaft **kein Unternehmen** iS der §§ 291 Abs 1, 15, 17 Abs 1.<sup>142</sup> Auf der Ebene dieser Gesellschaft besteht nämlich dann, wenn lediglich eine einzige Beteiligung verwaltet wird, mangels einer anderweitigen unternehmerischen Interessenbindung kein unternehmerischer Koordinationsbedarf (Rdn 46 f). Darüber vermag auch eine vorgeblich wirtschaftliche Betrachtungsweise für die Fälle, in denen mehrere Unternehmen auf die Interessenbildung und Verwaltung der GbR mehr als nur unmaßgeblichen Einfluss nehmen und so als „eigentliche“ Vertragspartner erscheinen, nicht hinwegzuhelfen. Aus diesem Grund<sup>143</sup> lässt sich ein Beherrschungsvertrag nicht allein von der zwischengeschalteten Personengesellschaft als anderem Vertragsteil abschließen.<sup>144</sup> Näher zur mittelbaren Mehrmütterschaft unten Rdn 103 ff.

**e) Rechtsfolgen bei fehlender Unternehmenseigenschaft.** Beim Vertragsschluss der AG oder KGaA mit einem Nichtunternehmen ist der Unternehmensvertrag **nichtig**.<sup>145</sup> Diese Rechtsfolge wird für den Beherrschungsvertrag gemeinhin aus § 134 BGB iVm § 76 abgeleitet, weil die Abweichung von der dort geregelten eigenverantwortlichen Leitung durch den Vorstand der abhängigen Gesellschaft nur zugunsten der Weisungen eines Unternehmens gestattet werde.<sup>146</sup> In der Sache geht es aber – wie auch für den (isolierten) Gewinnabführungsvertrag – um einen Verstoß gegen die in § 291 festgelegten Anforderungen an die Vertragsbeteiligten, dessen Missachtung unmittelbar die Nichtigkeit begründet.<sup>147</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Vertragsschluss die Unternehmensqualität des anderen Vertragsteils voraussetzt und nicht etwa begründet (Rdn 47 ff). Der

<sup>142</sup> Wie hier etwa KK/Koppensteiner<sup>3</sup> § 15, 62 mwN (s aber auch § 291, 58 Fn 196); aA MünchKommAktG/Altmeyen<sup>3</sup> 23, 111.

<sup>143</sup> Der bisherige weitere Einwand, dass bei Zulassung einer GbR als alleinigem anderen Vertragsteil die Werthaltigkeit der Ansprüche aus den §§ 302 f gefährdet sei (Hüffer<sup>10</sup> 16; K Schmidt Betrieb 1984, 1181, 1181 f; Emmerich/Gansweid JuS 1975, 294, 298 f; Mestmäcker Gemeinschaftsunternehmen, S 25 f; Gansweid Tochtergesellschaften, S 134 ff), hat sich mit dem Bekenntnis des BGH zur akzessorischen Haftung (§ 128 HGB analog) auch der Gesellschafter einer GbR (BGHZ 142, 315 = WM 1999, 2071 = NZG 1999, 1095 = NJW 1999, 3483; 146, 341 = WM 2001, 408 = ZIP 2001, 330 = NJW 2001, 1056) erledigt; insoweit zutreffend KK/Koppensteiner<sup>3</sup> 60 mwN; Heidel/Peres<sup>3</sup> 32.

<sup>144</sup> Wie hier Marchand Abhängigkeit und Kon-

zernzugehörigkeit von Gemeinschaftsunternehmen, 1985, S 196 ff; Abrens AG 1975, 151, 153; vgl auch Boetius Betrieb 1970, 1964, 1964 f; aA iE KK/Koppensteiner<sup>3</sup> 58; MünchKommAktG/Altmeyen<sup>2</sup> 111; Heidel/Peres<sup>3</sup> 32; Henssler/Strohn/Paschos 21.

<sup>145</sup> MünchKommAktG/Altmeyen<sup>3</sup> 13; KK/Koppensteiner<sup>3</sup> 14; Geßler/Geßler 7; Veelken Betriebsführungsvertrag, S 264; aA MünchHdbAG/Krieger<sup>3</sup> § 70, 9, § 71, 8; zum Streitstand auch Emmerich/Habersack<sup>6</sup> 9a sowie Emmerich/Habersack<sup>9</sup> § 11, 10 mit dem Hinweis, dass die Frage nur selten praktische Relevanz entfalten dürfte.

<sup>146</sup> S Spindler/Stilz/Veil<sup>2</sup> 7; Emmerich/Habersack<sup>6</sup> 9a; MünchKommAktG/Altmeyen<sup>3</sup> 8 f; 21 f; Schüppen/Schaub/Henkel MAH Aktienrecht<sup>2</sup>, § 53, 6.

<sup>147</sup> Für den (isolierten) Gewinnabführungsvertrag Geßler/Geßler 7.