

Gesellschaftervereinbarungen

Kinzl

2021

ISBN 978-3-406-65051-2

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Kapitel 16. Gesellschaftervereinbarungen als verdeckte Beherrschungsverträge

Gesellschaftervereinbarungen können, wenn sie besonders weitgehend sind und erheblichen Einfluss auf eine Gesellschaft gewähren, den Charakter eines Beherrschungsvertrages annehmen, ohne dass die rechtlichen Voraussetzungen für einen solchen erfüllt wären.

Unternehmensverträge sind gemäß § 291 Abs. 1 AktG Verträge, durch die eine Aktiengesellschaft oder KGaA die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt (Beherrschungsvertrag) oder sich verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen (Gewinnabführungsvertrag). Unternehmensverträge unterliegen strikten Regelungen (§§ 291 ff. AktG). Nach § 293 Abs. 3 AktG bedarf ein Unternehmensvertrag beispielsweise der Schriftform (§ 126 BGB).¹ Ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis führt gemäß § 125 BGB zur Nichtigkeit des Unternehmensvertrages.² Der Unternehmensvertrag muss zudem einen Ausgleich für die außenstehenden Aktionäre bestimmen, anderenfalls ist er gemäß § 304 Abs. 3 S. 1 AktG nichtig. In der Praxis kommt es vor, dass schuldrechtliche Nebenvereinbarungen zu einem erheblichen Einfluss auf die Leitung einer Gesellschaft führen, ohne aber die Voraussetzungen der §§ 291 ff. AktG einzuhalten. Man spricht von „verdeckten“ Unternehmensverträgen. In Grenzfällen ist es notwendig, die schuldrechtliche Nebenvereinbarung von einem Unternehmensvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 AktG abzugrenzen. Denn schuldrechtliche Nebenvereinbarungen können auch formfrei wirksam geschlossen werden und müssen zu ihrer Wirksamkeit keinen Ausgleich im Sinne von § 304 Abs. 3 S. 1 AktG vorsehen. Liegt tatsächlich ein verdeckter Unternehmensvertrag vor, ist strittig, welche Rechtsfolgen dies auslöst.

§ 51 Persönliche und materielle Anforderungen an Unternehmensverträge

§ 291 Abs. 1 S. 1 AktG ist seinem Wortlaut nach unmittelbar zunächst nur auf Beherrschungsverträge zwischen einer abhängigen AG oder KGaA mit Sitz im Inland und einem in- oder ausländischen Unternehmen beliebiger Rechtsform als herrschendem Unternehmen anwendbar.³ Mit anderen Worten: Vertragspartner einer Aktiengesellschaft oder KGaA in einem Beherrschungsvertrag muss nach § 291 Abs. 1 S. 1 AktG ein „Unternehmen“ sein,⁴ was aber schon ausreichend ist; weitere Anforderungen bestehen keine. Der Unternehmensbegriff (vgl. § 15 AktG) schließt es nach seinem Wortlaut aus, dass andere Personen als „Unternehmen“ einschließlich privater Aktionäre Vertragspartner eines Beherrschungsvertrages sein können.⁵ Daher ist umstritten, ob „Privataktionäre“ als Partei eines Beherrschungsvertrages in Betracht kommen; tritt diese Frage in der Praxis tatsächlich einmal auf und bejaht man die Wirksamkeit des Beherrschungsvertrages, erlangt die Privatperson aber mit Abschluss des Beherrschungsvertrages Unternehmensqualität.⁶ Hingegen sind Sitz und Rechtsform des herrschenden Unternehmens ohne Bedeutung, solange das herrschende

¹ *Deilmann* in: Hölters, AktG § 293 Rn. 33; *Paschos* in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, AktG, § 293 Rn. 16; *Veil* in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 293 Rn. 9.

² *Paschos* in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, AktG, § 293 Rn. 16; *Veil* in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 293 Rn. 9.

³ *Emmerich* in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, AktG, § 291 Rn. 8 und Rn. 33 (zum internationalen Anwendungsbereich).

⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 13.12.2004 – II ZR 256/02, NZG 2005, 214, 215; *Paschos* in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, AktG, § 291 Rn. 5; *Koch* in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 291 Rn. 5.

⁵ *Emmerich* in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, AktG, § 291 Rn. 9.

⁶ *Emmerich* in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, AktG, § 291 Rn. 9a.

Rechtssubjekt „Unternehmenseigenschaft“ hat.⁷ Der Unternehmensbegriff des § 293 AktG entspricht jenem gemäß §§ 15 ff. AktG.⁸ Als herrschende Unternehmen kommen daher z. B. Einzelkaufleute, Personengesellschaften⁹ und ausländische Unternehmen in Betracht, ebenso aber auch Stiftungen oder Vereine, wobei bei den beiden letzteren die Unternehmenseigenschaft im Sinne der §§ 15 ff. AktG besonders genau zu untersuchen ist.¹⁰

- 4 Nach § 293 Abs. 1 AktG wird ein Unternehmensvertrag mit einer Aktiengesellschaft oder KGaA nur bei Zustimmung der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft mit qualifizierter Mehrheit wirksam.¹¹ Diese Vorschrift betrifft bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen allein die abhängige oder zur Gewinnabführung verpflichtete Gesellschaft, während sie bei dem Teilgewinnabführungsvertrag im Sinne des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG die zur Abführung eines Teils ihres Gewinnes verpflichtete Gesellschaft und bei dem Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrag die verpachtende oder überlassende Gesellschaft im Auge hat.¹² Lediglich im Falle der Gewinngemeinschaft nach § 292 Abs. 1 Nr. 1 AktG muss die Hauptversammlung jeder beteiligten AG oder KGaA mit Sitz im Inland zustimmen.¹³ Bei einer KGaA ist noch zusätzlich die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter nötig, wie sich aus § 285 Abs. 2 S. 1 ergibt.¹⁴
- 5 Ein Beherrschungsvertrag ist nach der Legaldefinition in § 291 Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 AktG ein Vertrag, durch den eine AG die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt, wobei der Leitungsbegriff des § 291 Abs. 1 S. 1 AktG demjenigen des § 76 Abs. 1 AktG entspricht und insbesondere Unternehmensplanung, -koordination und -kontrolle sowie Besetzung der nachgeordneten Führungsstellen umfasst.¹⁵ Für eine Beherrschung ist ausreichend, dass einzelne wesentliche unternehmerische Funktionen dem anderen Unternehmen unterstellt werden,¹⁶ wobei im einzelnen Streit herrscht, welche unternehmerischen Funktionen jedenfalls unterstellt werden müssen.¹⁷
- 6 Der Vertrag muss stets einen Ausgleich für die außenstehenden Aktionäre bestimmen, anderenfalls ist er gemäß § 304 Abs. 3 S. 1 AktG nichtig.¹⁸ Eine fehlende Regelung über die Abfindung der außenstehenden Aktionäre wird auf Antrag vom Gericht getroffen (§ 305 Abs. 5 S. 2 AktG), so dass der Vertrag auch ohne entsprechende Bestimmung wirksam wird.¹⁹ Ebenso wenig wie das Weisungsrecht muss die Verlustausgleichspflicht ausdrücklich im Vertrag geregelt werden, sie ergibt sich bereits aus § 302 AktG.²⁰

⁷ *Paschos* in: Hensler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, AktG, § 291 Rn. 6; *Emmerich* in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, AktG, § 291 Rn. 9.

⁸ *Paschos* in: Hensler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, AktG, § 291 Rn. 6; *Veil* in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 291 Rn. 6.

⁹ Siehe hierzu näher *Jäger* DStR 1997, 1770–1776.

¹⁰ *Emmerich* in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, AktG, § 291 Rn. 9.

¹¹ *Deilmann* in: Hölter, AktG § 293 Rn. 2; *Emmerich* in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, AktG, § 293 Rn. 5.

¹² *Emmerich* in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, AktG, § 293 Rn. 5.

¹³ *Paschos* in: Hensler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, AktG, § 291 Rn. 3;

Emmerich in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, AktG, § 293 Rn. 5.

¹⁴ *Deilmann* in: Hölter, AktG § 293 Rn. 3; *Paschos* in: Hensler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, AktG, § 293 Rn. 2.

¹⁵ OLG München, Beschl. v. 24.6.2008 – 31 Wx 83/07, NZG 2008, 753; vgl. *Koch* in: *Hüffer/Koch*, AktG, 14. Aufl. 2020, § 291 Rn. 10; *Koppensteiner* in: *Kölner Komm.AktG*, Band 6, 3. Aufl. 2004, § 291 Rn. 20.

¹⁶ vgl. OLG München, Beschl. v. 24.6.2008 – 31 Wx 83/07, NZG 2008, 753 mwN; ähnlich auch OLG Schleswig, Beschl. v. 27.8.2008 – 2 W 160/05, NZG 2008, 868, 869.

¹⁷ OLG München, Beschl. v. 24.6.2008 – 31 Wx 83/07, NZG 2008, 753; vgl. *Koppensteiner* in: *Kölner Komm., AktG*, Band 6, 3. Aufl. 2004, § 291 Rn. 44 ff.

¹⁸ *MüKoAktG/Altmeyen*, 5. Aufl. 2019, § 291 Rn. 76.

¹⁹ *Servatius* in: *MHLS, GmbHG*, 3. Aufl. 2017, Systematische Darstellung 4, Rn. 103; *MüKoAktG/Altmeyen*, 5. Aufl. 2019, § 291 Rn. 76.

²⁰ *MüKoAktG/Altmeyen*, 5. Aufl. 2019, § 291 Rn. 77.

§ 52 Formelle Voraussetzungen von Unternehmensverträgen

Die Bezeichnung des Vertrages spielt keine Rolle, weil § 291 Abs. 1 S. 1 AktG auf den Vertragsinhalt und nicht auf dessen Bezeichnung abstellt.²¹ Der Vorstand der Gesellschaft entscheidet über den Abschluss eines Unternehmensvertrags, bereitet den Vertragsschluss vor und bestimmt dessen Inhalt, wozu ihn die Hauptversammlung mit der für den Zustimmungsbeschluss erforderlichen Mehrheit anweisen kann.²² Ob Satzung oder Aufsichtsrat bestimmen können, dass der Abschluss eines Unternehmensvertrags nur mit vorheriger Zustimmung des Aufsichtsrats erfolgen darf, ob also § 111 Abs. 4 S. 2 AktG Anwendung findet, ist strittig. Diese Frage betrifft aber ohnehin nur das Innenverhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat und damit zwar die Rechtmäßigkeit des Vorstandshandelns; im Außenverhältnis ist der unter Verstoß gegen einen solchen Zustimmungsvorbehalt abgeschlossene Vertrag gleichwohl wirksam.²³ Nach § 293 Abs. 3 AktG bedarf ein Unternehmensvertrag der Schriftform, vgl. § 126 BGB,²⁴ um für Rechtsklarheit zu sorgen und dem Vertrag Publizität zu verschaffen.²⁵ Die Vertragsurkunde muss zusammen mit allen Anlagen und sonstigen Bestandteilen eine Einheit bilden, ein Verstoß gegen die Schriftform macht den Vertrag gemäß § 125 BGB nichtig.²⁶

Vom Unternehmensvertrag selbst zu trennen sind der oder die Zustimmungsbeschlüsse der Hauptversammlungen der beteiligten Gesellschaften nach § 293 Abs. 1 und Abs. 2 AktG.²⁷ Erforderlich ist zunächst nach § 293 Abs. 1 AktG die Zustimmung der Hauptversammlung derjenigen Aktiengesellschaft oder KGaA, die die vertragstypischen Verpflichtungen übernimmt, im Fall eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages somit die Zustimmung der Hauptversammlung der abhängigen bzw. verpflichteten Gesellschaft.²⁸ Der Zustimmungsbeschluss bedarf einer qualifizierten Mehrheit von mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals, wobei diese Erfordernisse durch die Satzung zwar verschärft, nicht aber herabgesetzt werden können (§§ 23 Abs. 5, 293 Abs. 1 S. 3 AktG).²⁹

Die Hauptversammlung des herrschenden Unternehmens kann gegenüber ihrem Vorstand den Abschluss eines Unternehmensvertrags nicht durchsetzen.³⁰ Ob sie ihn anweisen kann, einen Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag zu schließen, ist umstritten.³¹ Gemäß § 293 Abs. 2 S. 1 AktG ist auch die Zustimmung der Hauptversammlung der Obergesellschaft erforderlich, wenn es sich um einen Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag handelt und der andere Vertragsteil die Rechtsform einer Aktiengesellschaft oder KGaA hat.³² Ohne diese Zustimmung wird der Vertrag nicht wirksam.³³

²¹ Koch in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 291 Rn. 13.

²² Veil in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 293 Rn. 2.

²³ Altmeyen in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2015, § 293 Rn. 10 bis 15 mit Darstellung der Argumente.

²⁴ Deilmann in: Hölter, AktG § 293 Rn. 33; Paschos in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, AktG, § 293 Rn. 16; Veil in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 293 Rn. 9.

²⁵ Veil in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 293 Rn. 9.

²⁶ Paschos in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, AktG, § 293 Rn. 16; Veil in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 293 Rn. 9.

²⁷ Emmerich in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, AktG § 293 Rn. 23.

²⁸ Emmerich in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, AktG § 293 Rn. 23 mit dem Hinweis, dass bei einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ferner die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter einzuholen ist.

²⁹ Emmerich in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, AktG § 293 Rn. 23.

³⁰ Veil in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 293 Rn. 3.

³¹ Einzelheiten bei Veil in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 293 Rn. 3; MüKoAktG/Altmeyen, 5. Aufl. 2019, § 293 Rn. 5.

³² Koch in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 293 Rn. 17.

³³ Deilmann in: Hölter, AktG § 293 Rn. 2; Veil in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 293 Rn. 10; Koch in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 293 Rn. 17.

- 10 Nach § 294 Abs. 2 AktG wird der Unternehmensvertrag erst mit Eintragung in das Handelsregister wirksam, die damit konstitutiv und nicht bloß deklaratorisch wirkt.³⁴ Die Eintragungspflicht bezweckt Publizität:³⁵ Gläubiger, künftige Aktionäre und die Öffentlichkeit sollen über die mit dem Abschluss des Unternehmensvertrages übernommenen Verpflichtungen informiert werden.³⁶

§ 53 Änderung und Aufhebung von Unternehmensverträgen, §§ 295–298 AktG

- 11 § 295 Abs. 1 AktG regelt die Änderung von Unternehmensverträgen. Er stellt klar, dass für Änderungen grundsätzlich dieselben Erfordernisse wie für den Abschluss der Unternehmensverträge gelten.³⁷ In § 295 Abs. 1 S. 2 AktG nimmt das Gesetz außerdem Bezug auf §§ 293a bis 293g AktG, sodass eine Vertragsänderung auch die Berichtspflicht des Vorstandes sowie die Pflicht zur Prüfung der Änderung durch sachverständige Prüfer auslöst.³⁸
- 12 Die Vorschriften über die Beendigung von Unternehmensverträgen sind verstreut in §§ 296 bis 299, 303 und 307 AktG geregelt. Seinem Wortlaut nach kennt das Gesetz nur drei Gründe der Vertragsbeendigung, und zwar die einverständliche Aufhebung (§ 296 AktG), die Kündigung des Vertrages (§ 297 AktG) sowie nach § 307 AktG den Hinzutritt eines außenstehenden Aktionärs nach Abschluss eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages mit einer ursprünglich 100%igen Tochtergesellschaft. Gemäß § 298 AktG ist die Beendigung des Unternehmensvertrages ebenso wie der Abschluss des Vertrages in das Handelsregister einzutragen, wobei dieser Eintragung nur deklaratorische Wirkung zukommt.³⁹

§ 54 Verdeckter Beherrschungsvertrag

I. Begriff

- 13 Gesellschaftervereinbarungen, bei denen die Gesellschaft selbst nicht Vertragspartei ist und die nicht die formellen Voraussetzungen eines Beherrschungsvertrages gemäß §§ 291 ff. AktG erfüllen, gleichwohl aber die Wirkungen eines solchen entfalten, gehören zu der umstrittenen Fallgruppe des verdeckten Beherrschungsvertrages.⁴⁰ Je nach konkreter Ausgestaltung zählen hierzu auch die sog. **Business Combination Agreements**⁴¹ („BCA“), die in der Praxis in vielgestaltiger Form anzutreffen sind.⁴² Bereits die Benennung dieser

³⁴ Im Falle einer mitverantworteten GmbH gilt entsprechend § 54 Abs. 3 GmbHG das Gleiche, vgl. Koch in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 294 Rn. 17.

³⁵ Paschos in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019 AktG, § 294 Rn. 1; Koch in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 294 Rn. 1.

³⁶ Koch in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 294 Rn. 1.

³⁷ Paschos in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, AktG, § 295 Rn. 9; Emmerich in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, AktG, § 295 Rn. 1.

³⁸ Emmerich in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, AktG, § 295 Rn. 1.

³⁹ Emmerich in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, AktG, § 296 Rn. 1.

⁴⁰ Koch in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 291 Rn. 14; Veil in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 291 Rn. 69; Noack NZG 2013, 281, 282.

⁴¹ Instrukтив Aha BB 2001, 2225; Wieneke NZG 2004, 61, 62 ff; solche Unternehmenszusammenschlüsse unter Einsatz von Aktien als Kaufwährung („Aktientausch“) werden zunehmend durch schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen den beteiligten Gesellschaften bzw. deren Gesellschaftern vorbereitet. Im Vordergrund der Abreden steht häufig eine Vereinbarung, wonach den Anteilseignern der Zielgesellschaft verbindlich der Bezug von Aktien im Rahmen der Sachkapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss zugesagt wird. Die Praxis neigt zur Zulassung solcher Vereinbarungen; vgl. zum Ganzen Servatius in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 187 Rn. 19 (zu Business Combination Agreements).

⁴² Emmerich in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, AktG, § 291 Rn. 24 und 24d bis 24f; Koch in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 76 Rn. 41; Reichert ZGR 2015, 1, 4.

Fallgruppe ist in der Fachliteratur umstritten. Als sog. atypischer Beherrschungsvertrag wird in Abgrenzung zum verdeckten Beherrschungsvertrag ein Vertrag bezeichnet, mit dem die Parteien von dem gesetzlich vorgesehenen Inhalt eines Beherrschungsvertrages in einigen Punkten abweichen wollen, jedoch die gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen einhalten, um so die Vorteile eines (wirksamen) Beherrschungsvertrages wie etwa die Aufhebung der Kapitalerhaltungsvorschriften gemäß § 291 Abs. 3 AktG erlangen zu können.⁴³ Der verdeckte Beherrschungsvertrag, der teilweise auch als „verschleierter“, „getarnter“, „versteckter“, „heimlicher“ oder „faktischer“ Beherrschungsvertrag bezeichnet wird,⁴⁴ zeichnet sich dadurch aus, dass sich diese Vereinbarung bei formaler Betrachtung auf Abreden unter den Gesellschaftern beschränken, jedoch einem oder mehreren Gesellschaftern durch die mittelbare Einbeziehung der Gesellschaft – etwa durch Einbindung des Vorstandes – ein Weisungsrecht gegenüber der Gesellschaft einräumen.⁴⁵ Bei wertender Betrachtung begründet eine solche Gesellschaftervereinbarung damit eine Beherrschung, ohne als Beherrschungsvertrag bezeichnet zu werden und ohne dessen formale Wirksamkeitsvoraussetzungen zu erfüllen.

II. Gesellschaftervereinbarungen als verdeckte Beherrschungsverträge

Da es für einen Beherrschungsvertrag ausreichend ist, einzelne wesentliche unternehmerische Funktionen dem anderen Unternehmen zu unterstellen,⁴⁶ auch wenn im einzelnen Streit herrscht, welche unternehmerischen Funktionen jedenfalls unterstellt werden müssen,⁴⁷ ist es von einer unverdächtigen Gesellschaftervereinbarung zu einem unwirksamen Beherrschungsvertrag in manchen Konstellationen nur ein kleiner Schritt. Die Einordnung einer schuldrechtlichen Nebenvereinbarung unter Gesellschaftern als Beherrschungsvertrag erfolgt durch Auslegung des Vertrages in seiner Gesamtschau. Es sind auch mit dem fraglichen Vertrag in Verbindung stehende Abreden in die Auslegung einzubeziehen.⁴⁸ Entscheidend ist der tatsächliche Wille der Parteien, unabhängig davon, wie die Parteien die Vereinbarung konkret bezeichnen. Anders als manche Begrifflichkeiten für einen solchen Vertrag suggerieren mögen, beispielsweise der Begriff verdeckter Beherrschungsvertrag, ist eine Absicht zur Umgehung der gesetzlichen Vorschriften zum Beherrschungsvertrag gerade nicht erforderlich.⁴⁹

Das LG München I hatte in seinem Urteil vom 31.1.2008 ein **Business Combination Agreement** zu prüfen und kam zu dem Ergebnis, dass der herrschende Vertragspartner durch das **Business Combination Agreement** in die Lage versetzt würde, „eine auf das Gesamtinteresse der verbundenen Unternehmen ausgerichtete Zielkonzeption zu entwickeln und gegenüber dem Vorstand der beherrschten Gesellschaft durchzusetzen.“⁵⁰ Deswegen entsprach das **Business Combination Agreement** inhaltlich einem Beherrschungsvertrag und war an §§ 291 ff. AktG zu messen.⁵¹ Dieser Urteilsfall verdeutlicht, dass Nebenvereinbarungen, wenn sie unbedacht formuliert werden, deswegen nichtig sein können, weil sie in Wahrheit einen Beherrschungsvertrag darstellen, ohne dass dessen gesetzliche Voraussetzungen eingehalten würden. Die Parteien der Nebenvereinbarung wollen diese zumeist auch nicht einhalten, weil sie gerade keinen Beherrschungsvertrag abschließen wollen. Es mag auch vorkommen, dass den Parteien nicht bewusst war, dass sie

⁴³ Kienzle, Verdeckte Beherrschungsverträge im Aktienrecht, 2009, S. 20; Ederle AG 2010, 273.

⁴⁴ Dette, Verdeckte und atypische Beherrschungsverträge im Aktienrecht, 2011, S. 28.

⁴⁵ Emmerich in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, AktG, § 291 Rn. 24.

⁴⁶ Rubner/Leuring NJW-Spezial 2010, 143; vgl. Veil in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 291 Rn. 24.

⁴⁷ Rubner/Leuring NJW-Spezial 2010, 143; vgl. Koppensteiner in: Kölner Komm., AktG, Band 6, 3. Aufl. 2004, § 291 Rn. 44 ff.

⁴⁸ Rubner/Leuring NJW-Spezial 2010, 143.

⁴⁹ Koch in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 291 Rn. 14.

⁵⁰ LG München I, Urt. v. 31.1.2008 – 5 HKO 19782/06, BeckRS 2008, 02740; Ederle AG 2010, 273, 274.

⁵¹ Ederle AG 2010, 273, 274.

durch die Nebenvereinbarung tatsächlich eine Stufe der Beherrschung erreichen, die zur Anwendung der Vorschriften über Beherrschungsverträge auf die konkrete Nebenvereinbarung führt.

- 16 Vor diesem Hintergrund wurde in der Literatur zur Einordnung von Vereinbarungen als verdeckte Beherrschungsverträge ein Prüfungsschema vorgeschlagen, nach dem ein verdeckter Beherrschungsvertrag dann vorliegen soll, wenn die Gesellschaftervereinbarung auf der ersten Stufe nicht lediglich Regelungen enthält, die dem Aktionärsbereich zugeordnet sind, sondern weitergehende Regelungen getroffen werden, wie etwa die Installation fakultativer Organe.⁵² Liegen solche Regelungen, die in den Kompetenzbereich des Vorstands oder Aufsichtsrats hineinreichen, vor, so ist auf zweiter Stufe zu prüfen, ob diese derart umfassend sind, dass von einer Leitungsunterstellung gesprochen werden kann. Diese Leitungsunterstellung stellt das zentrale Kriterium eines Beherrschungsvertrages im Sinne des § 291 AktG dar.⁵³ Eine solche soll jedenfalls dann vorliegen, wenn die Gesellschaftervereinbarung nicht lediglich eine Absichtserklärung der beteiligten Parteien darstellt, sondern eine tatsächliche Pflicht des Vorstands zur Befolgung der in der Gesellschaftervereinbarung unmittelbar oder mittelbar getroffenen Entscheidungen zur Folge hat.⁵⁴

III. Unwirksamkeit eines verdeckten Beherrschungsvertrages

- 17 Die herrschende Meinung geht davon aus, dass §§ 291 ff. AktG weit auszulegen und auch auf verdeckte Beherrschungsverträge anzuwenden sind.⁵⁵ So bedarf es zunächst der oben dargestellten Prüfung des Vorliegens eines Weisungsrechts oder der sonstigen Unterstellung unter die Leitung eines oder mehrerer Gesellschafter. Wird das eine oder andere bejaht, hat die Vereinbarung, die einen verdeckten Beherrschungsvertrag darstellt, den Anforderungen der §§ 291 ff. AktG zu entsprechen.⁵⁶ Für diese Ansicht wird angeführt, dass es für die Anwendung der §§ 291 ff. AktG nicht darauf ankommen könne, wie die Parteien ihre Vereinbarung bezeichnen und ob sie darin einem Gesellschafter oder einem Dritten ein förmliches, unmittelbares Weisungsrecht einräumen wollen oder nicht. Andernfalls drohe – durch geschickte Formulierungen – eine Umgehung der §§ 291 ff. AktG. Es sei nicht entscheidend, auf welche Weise eine Beherrschung eines Unternehmens durch ein anderes bzw. durch einen Gesellschafter erfolge.⁵⁷ Zwar wird der Ansatz des LG München I, wonach die dortige Gesellschaftervereinbarung einem Beherrschungsvertrag gleichstehe, da sie den herrschenden Vertragspartner in die Lage versetze, „eine auf das Gesamtinteresse der verbundenen Unternehmen ausgerichtete Zielkonzeption zu entwickeln und gegenüber dem Vorstand der beherrschten Gesellschaft durchzusetzen“, weswegen sie an §§ 291 ff. AktG zu messen sei, in der Literatur mit dem Argument kritisiert, dass bereits eine Mehrheitsbeteiligung an der Gesellschaft zur Besetzung der Geschäftsführung befähige und mittelbar eine Möglichkeit der Entwicklung und Durchsetzung einer Zielkonzeption begründe, so dass für §§ 311 ff. AktG kein Anwendungsbereich mehr verbliebe.⁵⁸ Zutreffend bleibt aber der Ansatz, Gesellschaftervereinbarungen, die inhaltlich Beherrschungsvertragscharakter haben, an dessen Voraussetzungen zu messen, schon weil diese sonst umgegangen werden könnten.
- 18 Folgt man der zutreffenden herrschenden Meinung, so dürften in der Praxis verdeckte Beherrschungsverträge wegen der fehlenden Handelsregistereintragung und der fehlenden

⁵² Kienzle in: Verdeckte Beherrschungsverträge im Aktienrecht, 2010, S. 67.

⁵³ Kienzle in: Verdeckte Beherrschungsverträge im Aktienrecht, 2010, S. 67; Paschos in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, AktG, § 291 Rn. 9; Koch in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 291 Rn. 10.

⁵⁴ Kienzle in: Verdeckte Beherrschungsverträge im Aktienrecht, 2010, S. 67.

⁵⁵ Vgl. Emmerich in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, AktG, § 291 Rn. 24e.

⁵⁶ Vgl. OLG Schleswig, Beschl. v. 27.8.2008, 2 W 160/05, NZG 2008, 868.

⁵⁷ Reichert ZGR 2015, 1, 11.

⁵⁸ Ederle AG 2010, 273, 274.

Zustimmung der Hauptversammlung gemäß §§ 293, 294 AktG i. V. m. § 125 BGB nichtig sein.⁵⁹ Zudem sehen diese Verträge regelmäßig entgegen § 304 Abs. 1 S. 1 AktG keinen Ausgleich vor.⁶⁰ Schließlich ist bei der Beurteilung der Wirksamkeit der Gesellschaftervereinbarung ein Verstoß gegen § 76 Abs. 1 AktG zu prüfen: Da der Vorstand gemäß § 76 Abs. 1 AktG zur Leitung der Gesellschaft unter eigener Verantwortung verpflichtet ist, kollidieren Gesellschaftervereinbarungen, die Einfluss auf den unabhängigen Vorstand ermöglichen, mit der Leitungsautonomie des Vorstands.⁶¹ Damit kann sich eine Vertragsnichtigkeit gemäß § 134 BGB auch aus einer unzulässigen Einschränkung der Entscheidungsmacht des Vorstands ergeben.⁶²

IV. Rechtsfolgen der Durchführung eines verdeckten Beherrschungsvertrages

Damit stellt sich die Frage, wie die durch die tatsächliche Umsetzung eines (unwirksamen) verdeckten Beherrschungsvertrages erfolgende Einwirkung auf die Leitung einer Aktiengesellschaft zu behandeln ist.⁶³ Die Rechtsfolgen der Durchführung einer Nebenvereinbarung, die einen unwirksamen verdeckten Beherrschungsvertrag darstellt, werden kontrovers diskutiert. Eine einheitliche Linie zeichnet sich nicht ab.

1. Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft⁶⁴

Eine Möglichkeit, die Durchführung einer nach §§ 293, 294 AktG unwirksamen Nebenvereinbarung, die einen verdeckten Beherrschungsvertrag darstellt, rechtlich aufzugreifen, besteht in der entsprechenden Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft.⁶⁵ Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft in ihrer ursprünglichen Form behandelt Gesellschaften, die auf einem fehlerhaften Gesellschaftsvertrag beruhen, als im Innen- und Außenverhältnis wirksam zustande gekommen.⁶⁶ Den Parteien steht lediglich ein außerordentliches Kündigungsrecht bzw. ein Recht zur Erhebung der Auflösungsklage zu.⁶⁷ Diese Abweichung von den bürgerlich-rechtlichen Grundregeln über die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wird vor allem damit begründet, dass eine Ex-tunc-Unwirksamkeit und die damit verbundene Rückabwicklung einer bereits in Vollzug gesetzten Gesellschaft zu untragbaren Ergebnissen sowohl für die Gesellschafter als auch den Rechtsverkehr führen würde.⁶⁸ Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft können grundsätzlich auch auf andere organisationsrechtliche Verträge als den Gesellschaftsvertrag übertragen werden.⁶⁹

Der BGH hat sich zur Anwendbarkeit der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf einen Beherrschungsvertrag, der wegen Verstoßes gegen §§ 293, 294 AktG unwirksam ist, bislang nicht äußern müssen. Für die GmbH hat der BGH in einigen Fällen eine Anwendbarkeit dieser Grundsätze für in Vollzug gesetzte, unwirksame Unternehmensverträge

⁵⁹ *Emmerich* in: *Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 9. Aufl. 2019, AktG, § 291 Rn. 24f.

⁶⁰ OLG München, Beschl. v. 24.6.2008 – 31 Wx 83/07, NZG 2008, 753, 754.

⁶¹ *Detle*, *Verdeckte und atypische Beherrschungsverträge im Aktienrecht*, 2012, S. 115, 168; *Reichert* ZGR 2015, 1, 14.

⁶² *Koch* in: *Hüffer/Koch, AktG*, 14. Aufl. 2020, § 291 Rn. 14a.

⁶³ *Detle*, *Verdeckte und atypische Beherrschungsverträge im Aktienrecht*, 2012, S. 167.

⁶⁴ Siehe hierzu auch unter → Kap. 9 Rn. 23, 30 und → Kap. 12 Rn. 60

⁶⁵ *Reichert* ZGR 2015, 1, 13; *B. Mertens* BB 1995, 1417, 1418 ff.; *Timm* GmbHR 1989, 11, 17; *Koch* in: *Hüffer/Koch, AktG*, 14. Aufl. 2020, § 291 Rn. 21.

⁶⁶ *Kienzle*, *Verdeckte Beherrschungsverträge im Aktienrecht*, 2010, S. 75; *Gehrlein* in: *Ebenroth/Boujng/Joost/Strohn, HGB*, 4. Aufl. 2020, § 230 Rn. 33; *Rubner/Leuring* NJW-Spezial 2010, 143.

⁶⁷ *Rubner/Leuring* NJW-Spezial 2010, 143; *Roth* in: *Baumbach/Hopt, HGB*, 39. Aufl. 2020, § 105 Rn. 88;

⁶⁸ Ausführlich zur fehlerhaften Gesellschaft *Schäfer* in: *MüKoBGB*, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 323 ff.

⁶⁹ *Rubner/Leuring* NJW-Spezial 2010, 143; vgl. insbesondere die Fälle BGH, Urt. v. 14.12.1987 – II ZR 170/87, NJW 1988, 1326; BGH, Urt. v. 11.11.1991 – II ZR 287/90, NJW 1992, 505; BGH, Urt. v. 5.11.2001 – II ZR 119/00, NJW 2002, 822.

i. S. d. § 291 AktG bejaht.⁷⁰ In Vollzug gesetzt ist ein Unternehmensvertrag, wenn das herrschende Unternehmen die Verluste des abhängigen Unternehmens ausgeglichen⁷¹ oder das herrschende Unternehmen nachweislich in die Geschäftsleitung des abhängigen Unternehmens eingegriffen hat⁷². Auch in zwei Vermögensanlagefällen, die eine stille Beteiligung eines Kleinanlegers mit einer Aktiengesellschaft betrafen, nahm der BGH zu dem hierdurch zustande gekommenen Teilgewinnabführungsvertrag an, dass die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auch auf eine stille Gesellschaft im Verhältnis zwischen Anleger und Aktiengesellschaft anwendbar seien.⁷³ Der Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft stand nicht entgegen, dass der Teilgewinnabführungsvertrag weder im Handelsregister eingetragen noch ein Hauptversammlungsbeschluss über den Teilgewinnabführungsvertrag gefasst wurde.⁷⁴ In einer früheren Entscheidung zur Verschmelzung zweier Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die mangels Eintragung in das Handelsregister unwirksam war, stellte der BGH allerdings noch klar, dass die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft keine Anwendung finden.⁷⁵ Diese Differenzierung hat der BGH folgendermaßen gerechtfertigt: Bei der Verschmelzung zweier Kapitalgesellschaften sei die neue Organisation nicht bereits dann ins Leben gerufen, wenn der fehlerhafte gesellschaftsrechtliche Akt rein tatsächlich vollzogen ist, sondern aus Gründen der Rechtssicherheit erst mit der konstitutiv wirkenden Eintragung der neuen Organisation in das Handelsregister.⁷⁶ Bei einem Teilgewinnabführungsvertrag bestehe hingegen kein Anlass, die rechtliche Behandlung des in Vollzug gesetzten Vertrags von der Eintragung in das Handelsregister oder der Zustimmung der Hauptversammlung abhängig zu machen;⁷⁷ Chancen und Risiken sind hier sogleich geteilt worden.

- 22 Von den Obergerichten gab es Entscheidungen des OLG München⁷⁸ und des OLG Schleswig,⁷⁹ die sich im Einklang mit der herrschenden Meinung gegen eine Anwendbarkeit der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf einen verdeckten Beherrschungsvertrag aussprachen.⁸⁰ So führt das OLG Schleswig zur Begründung aus, dass eine Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft nicht in Betracht kommt, wenn gewichtige Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen entgegenstehen.⁸¹ Derartige gewichtige Interessen, die einer Übertragung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf einen verdeckten Beherrschungsvertrag entgegenstehen, bestünden aber im Fall eines verdeckten Beherrschungsvertrages: Es fehle an einem Hauptversammlungsbeschluss und damit an einem auf die gemeinschaftliche und einverständliche Durchführung des Beherrschungsvertrages gerichteten Ziels der Aktiengesellschaft.⁸² Denn eine fehlerhafte Gesellschaft setzt neben einem Akt der Invollzugsetzung ein Willenselement im Sinne einer bewussten und gewollten Herbeiführung der neuen Organisation voraus.⁸³ Daneben fehle es regelmäßig auch an der Handelsregistereintragung des Beherrschungsvertrages. Erst durch eine solche entstände ein schützenswertes Vertrauen des

⁷⁰ BGH, Urt. v. 14.12.1987 – II ZR 170/87, NJW 1988, 1326; BGH, Urt. v. 11.11.1991 – II ZR 287/90, NJW 1992, 505; BGH, Urt. v. 5.11.2001 – II ZR 119/00, NJW 2002, 822, 823.

⁷¹ Vgl. BGH, Urt. v. 11.11.1991 – II ZR 287/90, NJW 1992, 505 f.

⁷² Vgl. OLG Hamburg, Beschl. v. 1.11.2004 – 11 W 5/04, NZG 2005, 604, 605.

⁷³ Vgl. BGH, Urt. v. 29.11.2004 – II ZR 6/03, NZG 2005, 261; BGH, Urt. v. 21.3.2005 – II ZR 140/03, NZG 2005, 472.

⁷⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 29.11.2004 – II ZR 6/03, NZG 2005, 261, 262; BGH, Urt. v. 21.3.2005 – II ZR 140/03, NZG 2005, 472, 473.

⁷⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 18.12.1995 – II ZR 294/93, NJW 1996, 659.

⁷⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 18.12.1995 – II ZR 294/93, NJW 1996, 659, 660; so auch K. Schmidt AG 1991, 131, 136; ders. ZGR 1981, 373, 380 f.

⁷⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 29.11.2004 – II ZR 6/03, NZG 2005, 261, 262.

⁷⁸ OLG München, Beschl. v. 21.5.2008 – 31 Wx 62/07, NZG 2008, 755.

⁷⁹ OLG Schleswig, Beschl. v. 27.8.2008 – 2 W 160/05, NZG 2008, 868.

⁸⁰ OLG Schleswig, Beschl. v. 27.8.2008 – 2 W 160/05, NZG 2008, 868, 872 m. w. N.

⁸¹ BGH, Urt. v. 29.11.2004 – II ZR 6/03, NZG 2005, 261, 262 m. w. N.

⁸² Vgl. OLG Schleswig, Beschl. v. 27.8.2008 – 2 W 160/05, NZG 2008, 868, 874; aber Koppenteiner in: Kölner Komm., AktG, Band 6, 3. Aufl. 2004, § 297 Rn. 55.

⁸³ MüKoAktG/Altmeppen, 5. Aufl. 2020, § 291 Rn. 207; Hommelhoff ZHR 158 (1994), 11, 15.