

GmbH-Recht

Bearbeitet von
Prof. Dr. Harald Bartl, Angela Bartl, Dr. Helmar Fichtelmann, Dr. Detlef Koch, Prof. Dr. Eberhard Schlarb,
Dr. Michaela C. Schmitt

7., neu bearbeitete Auflage 2014. Buch. XXIV, 1376 S. Gebunden
ISBN 978 3 8114 4214 6
Format (B x L): 14,7 x 21 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > GmbH-Recht](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

d) Wechselseitige Beteiligungen mit ausländischen Unternehmen. Vgl hierzu Rn 13. 57

e) Wechselseitige Beteiligungen mit Personengesellschaften. In erster Linie ist hierbei an die wechselseitige Beteiligung in einer GmbH & Co KG zu denken (die GmbH ist an der KG beteiligt, die KG an der GmbH, vgl *LG Berlin* GmbHR 1987, 396: die KG ist von der Beteiligung an der Kapitalerhöhung der GmbH ausgeschlossen; vgl auch *Scholz/Emmerich Anh § 44 Konzernrecht* Rn 39). 58

D. Unternehmensverträge

I. Rechtsnatur der Unternehmensverträge. Die Vertragsteile eines Unternehmens (§§ 291, 292 AktG) sind verbundene Unternehmen (§ 15 AktG). Bei Bestehen eines Unternehmensvertrags werden vielfach auch die Voraussetzungen für ein anderes in § 15 AktG genanntes verbundenes Unternehmen gegeben sein (zB Mehrheitsbeteiligung, Beherrschungsvertrag). 59

§ 15 AktG verweist für Unternehmensverträge auf §§ 291, 292 AktG. Die dort vorgenommene Aufzählung ist erschöpfend. Es sind zu unterscheiden: 60

- (1) Beherrschungsvertrag und Gewinnabführungsvertrag (§ 291 AktG) einerseits und
- (2) die anderen in § 292 AktG genannten Unternehmensverträge andererseits.

Der Unterschied besteht in der rechtlichen Qualifikation.

Unternehmensverträge des § 291 Abs 1 AktG (Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge einschließlich Geschäftsführungsverträge) sind keine schuldrechtlichen Verträge, sondern gesellschaftsrechtliche Organisationsverträge, die satzungsgleich den rechtlichen Status der Gesellschaft ändern und die schuldrechtlichen Bestimmungen überlagern (vgl *BGHZ* 103, 4; 105, 331; *BGHZ* 116, 43 *BayObLG* WM 1988, 1229; *Würdinger* DB 1958, 1447; *Henn* Handbuch Rn 329, *Emmerich/Habersack* aaO, § 291 Rn 25). Diese Änderung besteht darin, dass die Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung der beherrschten GmbH auf die beherrschende Gesellschaft übertragen wird, der Gesellschaftszweck am Konzerninteresse ausgerichtet ist und bei der Gewinnabführung in das Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter eingegriffen wird (aM, vgl *BGHZ* 105, 331; *OLG Koblenz* GmbHR 1991, 420; *Lutter/Hommelhoff* Anh zu § 13 Rn 48 ff). 61

Die Regeln über die faktische Gesellschaft sind auf organisationsrechtliche Unternehmensverträge anwendbar (vgl *BGHZ* 103, 4; *Ulmer* Fehlerhafte Unternehmensverträge im GmbH-Recht, BB 1989, 10). 62

Unternehmensverträge, die nicht Beherrschungs- oder Gewinnabführungsverträge sind, sind schuldrechtliche Verträge, auf die die allg schuldrechtlichen Bestimmungen anwendbar sind (vgl *Henn* Handbuch, Rn 329 mwN; *Emmerich/Habersack* Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 5. Aufl § 292 Rn 4). 63

Zur Zulässigkeit von Unternehmensverträgen mit einer Unternehmengesellschaft (nach dem MoMiG) vgl *Veil* GmbHR 2004, 1080.

II. Arten von Unternehmensverträgen. – 1. Beherrschungsvertrag. Ein Beherrschungsvertrag ist Gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag, durch den sich eine Gesellschaft der Leitung eines anderen Unternehmens unterstellt (§ 291 Abs 1 S 1 AktG). Der Gesellschaftszweck wird am Interesse des Gesamtkonzerns ausgerichtet; insoweit wird der Status der beherrschten Gesellschaft geändert (vgl *BGHZ* 103, 1; 105, 324; *KG* 64

II Konzernrecht

NZG 2000, 1223). Mit der Unterstellung wird nicht die Geschäftsführung des abhängigen Unternehmens dem herrschenden Unternehmen unterstellt, sondern die Gesellschaft als Rechtsperson. Ist das beherrschende Unternehmen mehrheitlich an der abhängigen GmbH beteiligt, steht ihr diese Position bereits auf Grund ihres Weisungsrechts als Gesellschafter zu. Es ist jedoch zu bedenken, dass die einzelne Weisung eines Gesellschafterbeschlusses bedarf (was uU sehr aufwendig sein kann). Auf Grund des Beherrschungsvertrags kann die beherrschende Gesellschaft den Umweg über die Gesellschafterversammlung vermeiden und direkt Weisungen erteilen. Ob ein Beherrschungsvertrag vorliegt, richtet sich nach dem materiellrechtlichen Inhalt der Vereinbarung, nicht nach der gewählten Bezeichnung (*KG NZG 2000, 1223*).

- 65 Der Beherrschungsvertrag gewährleistet den **Vorrang des Konzerninteresses** vor dem Interesse der abhängigen Gesellschaft, so dass die Weisungen für die abhängige Gesellschaft auch nachteilig sein können (vgl § 308 AktG analog). Bei Weisung der beherrschenden Gesellschaft entfällt auch eine Anfechtungsmöglichkeit, die bei einer Weisung durch Gesellschafterbeschluss möglich wäre (vgl §§ 243 ff AktG analog).
- 66 Durch den Beherrschungsvertrag wird die Weisungsbefugnis der Gesellschafter durch die **Weisungsbefugnis der beherrschenden Gesellschaft** ersetzt. Es genügt ein Weisungsrecht insofern, als damit ein auf das Gesamtinteresse des Konzerns ausgerichtete Zielkonzeption durchgesetzt werden kann (*BGHZ 103, 1; KG NZG 2000, 1223*). Sie geht allen in der Satzung festgelegten Weisungsrechten vor (soweit ein solches einem anderen Organ als der Gesellschafterversammlung übertragen ist, zB Aufsichtsrat). Der Beherrschungsvertrag muss nicht notwendigerweise mit einem Gewinnabführungsvertrag verbunden sein, obwohl die Verbindung die Regel ist. Systematisch handelt es sich nicht um einen einheitlichen Vertrag, sondern um getrennte Verträge. Bei Verbindung von Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag wird in Anlehnung an die steuerliche Terminologie auch von Organschaft (vgl §§ 14 ff KStG) gesprochen (vgl *Roth/Altmeppen Anh § 13 Rn 18; Scholz/Emmerich Anh Konzernrecht Rn 204*).
- 67 Der Beherrschungsvertrag begründet einen Vertragskonzern (§ 18 Abs 1 S 2 AktG).
- 68 **2. Gewinnabführungsvertrag.** Durch den Gewinnabführungsvertrag verpflichtet sich ein Unternehmen, den **ganzen** Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen (§ 291 Abs 1 S 1 AktG). Als Vertrag über die Abführung des ganzen Gewinns gilt auch ein Vertrag, durch den ein Unternehmen es übernimmt, ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen Unternehmens zu führen (Betriebsführungsvertrag, § 291 Abs 1 S 2 AktG; vgl auch Rn 84). Die Gewinnabführungsverpflichtung wird mit Feststellung des Jahresabschlusses fällig (*Koppensteiner/Schnorbus* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 52 Anh Rn 117).
- 69 Als Gewinnabführungsvertrag im vorgenannten Sinne gilt nicht ein Vertrag, mit dem sich eine GmbH im Rahmen eines Austauschvertrags verpflichtet, einen Teil ihres Gewinns an ein anderes Unternehmen abzuführen (*BayObLG GmbHR 2003, 534*). Es fallen darunter gewinnabhängige Schuldverhältnisse (partiarische Darlehen) und stille Gesellschaften.
- 70 Notwendige Folge des Gewinnabführungsvertrags ist die Pflicht des beherrschenden Unternehmens, einen Fehlbetrag der abhängigen GmbH zu übernehmen (§ 302 AktG analog). Insoweit gibt die Bezeichnung „Gewinnabführungsvertrag“ den Tatbestand nicht vollständig wieder. Zutr ist der Ausdruck „Ergebnisabführungsvertrag“, der

auch zunehmend Eingang in die Terminologie findet. Der Ergebnisabführungsvertrag erlangt va auf steuerlichem Gebiet für einen Verlustausgleich Bedeutung.

Erträge und Aufwendungen (Verlustübernahme) auf Grund eines Ergebnisabführungsvertrags sind jeweils gesondert unter entspr Bezeichnung auszuweisen (§ 277 Abs 3 S 2 HGB). Sie sind nicht als Erträge aus Beteiligungen iSd § 275 Abs 2 Nr 9 HGB auszuweisen (*Baumbach/Hopt* HGB 33. Aufl, § 275 Rn 13). 71

3. Gewinngemeinschaft. Eine Gewinngemeinschaft liegt vor, wenn sich eine Gesellschaft verpflichtet, ihren Gewinn oder den Gewinn aus einzelnen ihrer Betriebe ganz oder zT mit dem Gewinn anderer Unternehmen oder einzelner Betriebe anderer Unternehmen zur Aufteilung des gemeinschaftlichen Gewinns zuzulegen (§ 292 Abs 1 Nr 1 AktG, Gewinn-Poolung). Eine Gewinn-Poolung liegt nicht vor, wenn der Gewinn für gemeinschaftliche Zwecke (zB Interessengemeinschaft im Rahmen eines Gleichordnungskonzerns nach § 18 Abs 2 AktG) verwendet wird (vgl *Henn* Handbuch, Rn 369). 72

Der Gewinn-Poolungs-Vertrag ist seiner Rechtsform nach eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (705 ff BGB, vgl *BGHZ* 24, 279; *Kübler/Assmann* 6. Aufl, Gesellschaftsrecht, S 430). Wird auch die Geschäftsführung koordiniert, dann liegt zugleich eine Verwaltungsgemeinschaft oder – bei einheitlicher Leitung – ein Gleichordnungskonzern vor (vgl *Kübler/Assmann* S 430). 73

Die Gewinn-Poolung beinhaltet nicht zugleich Verlust-Poolung. Das AktG enthält hierüber keine Regelung, so dass ein solcher einer ausdrücklichen Vereinbarung bedarf. Die Verlust-Poolung steht außerhalb der Gewinngemeinschaft. Einen Unternehmensvertrag stellt sie nur dann dar, wenn sie mit einer Gewinn-Poolung verbunden ist (vgl *Henn* Handbuch Rn 369). 74

Die Voraussetzungen für den Abschluss eines Gewinn-Poolungs-Vertrags sind weitgehend ungeklärt (vgl *Scholz/Emmerich* Anh § 44 Konzernrecht Rn 216). In der Gewinn-Poolung ist eine Satzungsänderung zu sehen, der die Gesellschafterversammlung mit qualifizierter Mehrheit zustimmen muss (vgl auch *Scholz/Emmerich* aaO). Stellt die Gewinngemeinschaft in Wirklichkeit eine Teilgewinnabführung dar, sind die dafür erforderlichen Voraussetzungen (vgl Rn 76) zu erfüllen (*Scholz/Emmerich* Anh § 44 Konzernrecht Rn 218). 75

4. Teilgewinnabführungsvertrag. Ein Teilgewinnabführungsvertrag liegt vor, wenn sich eine Gesellschaft verpflichtet, einen Teil ihres Gewinns oder den Gewinn einzelner ihrer Betriebe ganz oder zT an einen anderen abzuführen (§ 292 Abs 1 Nr 2 AktG). Der Empfänger der Gewinnabführung muss nicht Unternehmer sein. 76

Teilgewinnabführungsverträge stehen weitgehend einem Gewinnabführungsvertrag gleich. 77

5. Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrag. Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträge (§ 292 Abs 1 Nr 3 AktG) stellen nur dann Unternehmensverträge dar, wenn sie den ganzen Betrieb umfassen. Gemeinsam ist beiden Vertragstypen, dass die Gesellschaft aufhört, das Unternehmen selbst zu betreiben. Im Falle der Betriebspacht betreibt der Pächter den Betrieb im eigenen Namen und für eigene Rechnung (§§ 581 ff BGB; vgl *Scholz/Emmerich* Anh § 44 Konzernrecht Rn 220), beim Betriebsüberlassungsvertrag wird der Betrieb auf Grund einer Vollmacht im Namen 78

II Konzernrecht

des überlassenden Unternehmens betrieben (vgl. *Scholz/Emmerich* Anh § 44 Konzernrecht Rn 220). Unter „Überlassung“ ist jede nicht pachtrechtliche Gebrauchsüberlassung zu verstehen.

- 79 Als Vertragspartner eines Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrags kommt jede Person in Betracht.
- 80 Als Folge eines Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsvertrags bestimmt § 302 Abs 2 AktG, dass bei Verpachtung/Überlassung durch die abhängige Gesellschaft an das beherrschende Unternehmen das herrschende Unternehmen jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen hat, soweit die vereinbarte Gegenleistung das angemessene Entgelt nicht erreicht.
- 81 Die Regelung des § 302 Abs 2 AktG wird für die GmbH dann als ausreichend angesehen, wenn Verpächter und Pächter als abhängiges bzw. beherrschendes Unternehmen anzusehen sind. Da der abhängigen Gesellschaft dieselben Gefahren drohen wie bei einem Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag, wird gefordert, bei einer abhängigen GmbH die Regeln des Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags anzuwenden (vgl. *Lutter/Hommelhoff* Anh § 13 Rn 32).
- 82 Der Abschluss eines Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsvertrags ist Satzungsänderung und bedarf daher einer qualifizierten Mehrheit (vgl. *Scholz/Emmerich* Anh § 44 Konzernrecht Rn 221; *Lutter/Hommelhoff* Anh § 13 Rn 51; *Koppensteiner* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Anh § 52 Rn 67).
- 83 Der Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsvertrag kann einen Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag verbergen. Dann ist den strengeren Anforderungen dieser Verträge Genüge zu leisten (vgl. *Scholz/Emmerich* Anh § 44 Konzernrecht Rn 222).
- 84 **6. Betriebsführungsvertrag.** Der Betriebsführungsvertrag gilt als eine Unterart des auf den ganzen Gewinn gerichteten Gewinnabführungsvertrags (§ 291 Abs 1 S 2 AktG). Durch diesen verpflichtet sich die GmbH, ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen zu führen. Die GmbH wird nur noch als Geschäftsführer tätig, so dass sie das Erlangte an den Vertragspartner herausgeben muss (§ 667 BGB).
- 85 Der Betriebsführungsvertrag ist das Gegenstück zum Geschäftsführungsvertrag, wo der andere Vertragsteil das Unternehmen für Rechnung der überlassenden Gesellschaft führt.

E. Vertragskonzern

- 86 **I. Konzernbildung auf vertraglicher Grundlage.** Als Vertragskonzern wird der Konzern bezeichnet, der durch einen besonderen Vertrag zwischen herrschendem und abhängigen Unternehmen (Beherrschungsvertrag, § 291 AktG) zustande kommt (vgl. *Baumbach/Hueck/Zöllner* GmbH-KonzernR, Rn 45). Im Allgemeinen wird mit dem Beherrschungsvertrag auch eine Ergebnisabführungsverpflichtung verbunden (Organschaftsvertrag, der als einheitliches Vertragswerk anzusehen ist, *OLG Karlsruhe* GmbHR 2001, 523; *Scholz/Emmerich* Anh § 44 Konzernrecht Rn 204; zur Entstehung des Konzerns ist dies jedoch nicht unbedingte Voraussetzung. Zur Entstehung eines Unterordnungskonzerns durch Nebenabreden vgl. *Joussen* GmbHR 1996, 574).