

B. Zur Rechtsnatur der Unternehmensverträge

I. Beherrschungsvertrag (§ 291 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. AktG)

1. Die organisationsvertragliche Komponente

Seit den 50iger Jahren spricht man im Hinblick auf die heutigen Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge des § 291 AktG nicht mehr mit *Kronstein* von einer „vertragsmäßigen Abhängigkeit“ rein obligatorischen, lediglich schuldvertragliche Rechte und Pflichten begründenden Charakters³, sondern nach *Flume* und *Würdinger* von körperschaftsrechtlichen *Organisationsverträgen*⁴. Diese änderten nach inzwischen h.M. „satzungsgleich“ den Status der abhängigen Gesellschaft und seien daher ihrem Schwerpunkt gemäß nicht mehr den schuldrechtlichen Austausch-, sondern den gestaltungsrechtlichen Gesellschaftsverträgen zuzuordnen⁵.

Für den Beherrschungsvertrag nach § 291 Abs. 1 S. 1 AktG wird zur Begründung dieses Ansatzes überwiegend auf die gewandelte Situation in der *beherrschten* Gesellschaft verwiesen: An die Stelle oder zumindest neben die eigenverantwortliche Leitung durch deren Vorstand (§ 76 Abs. 1 AktG) trete eine – kraft Weisungsrechts (§ 308 Abs. 1 AktG) ermöglichte – fremdbestimmte Leitung durch das herrschende Unternehmen⁶. Die mit dem Abschluss eines Beherr-

³ *Kronstein*, Die abhängige juristische Person, S. 46 ff.; zur früheren Lehre *Mestmäcker*, Verwaltung, S. 323 (Fn. 109 bis 111).

⁴ Grundlegend *Flume*, DB 1955, 485 ff. (zur Rechtsfigur „Organschaft“); *ders.*, DB 1956, 455 ff. (zum „Rechtscharakter des Organschaftsvertrages“ unter Bezugnahme [a.a.O., Fn. 4] auf erste Andeutungen bei *Ballerstedt*, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften [1949], S. 162); *Würdinger*, DB 1958, 1447, 1451 f.; *ders.*, in: FS W. Schmidt, 1959, S. 279, 290 ff.

⁵ BGHZ 103, 1, 4 f. – *Familienheim*, bestätigt in BGHZ 105, 324, 331 – *Supermarkt*; BayObLGZ 1992, 367 = NJW 1993, 1804, 1805; OLG Düsseldorf, ZIP 2004, 753, 755; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 11 III 1 (S. 170); *ders.*, AG 2005, 709, 714 f.; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 291 Rdnr. 25 f.; *Altmeyden*, in: MünchKomm AktG, § 291 Rdnr. 25; *Hüffer*, AktG, § 291 Rdnr. 17, jeweils m.w. Rechtsprechungsnachweisen; *W. Bayer*, Beherrschungsvertrag, S. 13 ff.; *Exner*, Beherrschungsvertrag und Vertragsfreiheit, S. 49 ff.; *Gefßler*, in: Gefßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 291 Rdnr. 24 m.w. Nachweisen zur älteren Literatur; *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG, vor § 291 Rdnr. 156; *Mestmäcker*, Verwaltung, S. 323 ff., 337 ff.; *Prüß*, Eingliederung und Beherrschungsvertrag, S. 69 ff.

⁶ Soweit das herrschende Unternehmen freilich *keine* Weisungen erteilt, bleibt der Vorstand nach § 76 Abs. 1 AktG zur eigenverantwortlichen Leitung seiner Gesellschaft verpflichtet; vgl. nur *Hüffer*, AktG, § 291 Rdnr. 37; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 217 ff.; *Krieger*, in: MünchHdb AG, § 70 Rdnr. 105; a.A. *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG, § 308 Rdnr. 48; *Veil*, Unternehmensverträge, S. 110 (Pflicht zur Rückkoppelung beim herrschenden Unternehmen).

schungsvertrags verbundene Umformung der Zuständigkeitsordnung der abhängigen Gesellschaft komme überdies darin zum Ausdruck, dass die für bestimmte Arten von Geschäften erforderliche Zustimmung des Aufsichtsrats (§ 111 Abs. 4 S. 2 AktG) nach Maßgabe des § 308 Abs. 3 AktG überwunden werden könne und die Kapitalbindungsvorschriften der §§ 57, 58 und 60 AktG zugunsten des herrschenden Unternehmens außer Kraft gesetzt seien (§ 291 Abs. 3 AktG). Schließlich ändere sich mit der Unterstellung unter fremde Leitung der Zweck⁷ der abhängigen Gesellschaft und damit ihre satzungsmäßige Grundlage⁸.

Jene „satzungsgleiche“ Wirkung des Beherrschungsvertrags ist bislang nur vereinzelt auch der Ebene des *herrschenden* Unternehmens beigemessen worden⁹. Führt man sich freilich den Zuwachs an Souveränität¹⁰ der Obergesellschaft und die damit einhergehende gesteigerte Verantwortlichkeit ihrer Leitungs- (§ 309 AktG) und Überwachungsorgane vor Augen, so wird man wohl auf Seiten des herrschenden Unternehmens ebenfalls eine Veränderung der verfassungsmäßigen Ordnung konstatieren müssen. Was *Würdinger* im Hinblick auf den heutigen Beherrschungsvertrag noch als „kausallose objektive Norm“-Schaffung bezeichnet, die „gleich der Satzung die organisationsrechtlichen Grundlagen der Gesellschaft“, insbesondere „die Zuständigkeit der Konzernspitze zur Leitung der unterworfenen Gesellschaft“ bindend festlege¹¹, sollte daher im Sinne einer statutarischen Umformung (auch) des herrschenden Unternehmens fortgedacht werden. Natürlich erschöpft sich diese statutarische Umformung nicht in einer – am Konzerninteresse ausgerichteten – umfassenden Konzernleitungspflicht¹² des Vorstands, da sie überdies einen Zuwachs an Aufgaben und Zustimmungsbefugnissen sowohl des Aufsichtsrats (§ 308 Abs. 3 S. 2 AktG) als auch gebebe-

⁷ S. dazu auch unten C I 3 b cc.

⁸ *Exner*, Beherrschungsvertrag und Vertragsfreiheit, S. 44 f.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, § 3 I 3 a (S. 156 f.); *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG, vor § 291 Rdnr. 156; zur abhängigen GmbH s. ferner BGHZ 105, 324, 331 – *Supermarkt*.

⁹ Etwa von *Bälz*, in: 40 Jahre Bundesrepublik Deutschland, S. 196 f., 226 f.; *dems.*, AG 1992, 277, 285, 301; *U.H. Schneider*, ZHR 143 (1979), 485, 518; *dems.*, WM 1986, 181, 187; a.A. *Gutheil*, Auswirkungen, S. 87; *Gattineau*, Beherrschungsvertrag, S. 59 ff.; starke Zweifel an einer jedenfalls allgemeingültigen Aussage über die satzungsändernde Wirkung eines Unternehmensvertrags auf das herrschende Unternehmen hegt auch *Zöllner*, in: KölnKomm AktG, § 179 Rdnr. 127. *Praël*, Eingliederung und Beherrschungsvertrag, S. 69 ff., 80 f., wiederum vergleicht den Beherrschungsvertrag – eine in seinen Augen „organisatorische Eingliederung des herrschenden Unternehmens in eine bestehende Einheit“ – mit der typischen *Satzungsänderung*.

¹⁰ Vgl. *Rehbinder*, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, S. 77.

¹¹ *Würdinger*, in: FS W. Schmidt, 1959, S. 279, 290 f.

¹² Grundlegend *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982.

nenfalls der Hauptversammlung¹³ umfasst. Viel wichtiger ist aber noch, dass dieser erweiterte Leitungs- und Überwachungsauftrag, der sich nicht mehr nur unmittelbar auf die Geschäfte der Obergesellschaft selbst beschränkt, sondern in Verantwortlichkeit für den gesamten Konzern wahrzunehmen ist, mit Wirksamwerden des Beherrschungsvertrags eine neue Qualität erhält, in ein neues Gewand gekleidet wird: Die Aufgabenverteilung betrifft hiernach die entstandene Einheit als solche – das „gegliederte Gesamtunternehmen“¹⁴ –, innerhalb dessen die Willensbildung, die Regelung der Verantwortlichkeit, die Informations- und Rechnungslegung usw. anderen Regeln folgen als im unverbundenen Unternehmen. Die „satzungsgleiche“ Veränderung des herrschenden Unternehmens ist mithin – gewissermaßen als Spiegelbild zur Restatuierung der beherrschten Gesellschaft – Folge des neue Zuständigkeiten begründenden und korporative Unternehmensstrukturen umformenden Charakters der 1. Alternative von § 291 Abs. 1 S. 1 AktG.

2. Die schuldrechtlichen Elemente

Ist die Existenz einer organisationsvertraglichen Komponente, deren Konturen bei der Bestimmung des Sukzessionsgegenstands später noch einmal nachgezeichnet und präzisiert werden sollen¹⁵, praktisch unumstritten, so herrscht im Schrifttum zu der Frage, ob aktienrechtliche Beherrschungsverträge immer auch nicht-korporative Elemente enthalten, genauer: ob neben dem Organisationszugleich ein *Schuldrechtsverhältnis* zwischen den Vertragsparteien begründet wird,

¹³ Zur Konzernleitungskontrolle durch die Hauptversammlung des herrschenden Unternehmens, speziell bei der Spaltung nach §§ 123 ff. UmwG, ausführlich oben § 3 B I 2 b bb (*Holz Müller*-Problematik).

¹⁴ *Rebbinder*, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, S. 55 ff., 74 ff.

¹⁵ Unten C I.

erstaunlich wenig Einigkeit¹⁶. Erstaunlich deshalb, weil auch für die Gesellschaftsverträge von Personengesellschaften, die gleichermaßen als Organisationsverträge einzustufen sind¹⁷, allseits anerkannt ist, dass diese trotz ihres überwiegend korporationsrechtlichen Charakters schuldvertragliche Elemente enthalten können¹⁸. Zwar unterscheidet sich der Beherrschungsvertrag vom schuldrechtlichen Austauschgeschäft zweifellos insoweit, als sein Schwerpunkt nicht in der Begründung wechselseitiger Rechte und Pflichten oder etwa im Leistungsaustausch liegt, sondern die Regelung gesellschaftsrechtlicher Beziehungen zum Gegenstand hat und in seiner satzungsüberlagernden Wirkung eine verbandsmodifizierende – wie sich später noch herausstellen wird: zudem eine verbandskonstituierende – Funktion besitzt; ein Exklusivitäts- oder aliud-Verhältnis zwischen der allgemein-zivilrechtlichen Kategorie des Schuldvertrags und den Organisationsverträgen besteht hingegen nicht, denn Organisationsstrukturen können im Grunde genommen sämtliche Schuldverhältnisse aufweisen¹⁹.

Gleichwohl meinen einige Autoren, die gesellschaftsrechtliche Qualifikation des Beherrschungsvertrags schließe (von diesem gestiftete) schuldrechtliche Wirkungen aus²⁰ bzw. könne – häufig vorsichtiger formuliert – mittels schuld-

¹⁶ Das Vorhandensein schuldrechtlicher Elemente (in Form beiderseitiger Leistungspflichten) bejahen *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 291 Rdnr. 27, § 308 Rdnr. 68 f.; *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG, vor § 291 Rdnr. 157; *Hüffer*, AktG, § 291 Rdnr. 18; *Altmeyen*, in: MünchKomm AktG, § 291 Rdnr. 35 f.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 31 III 1 a (S. 948: Es müsse zwischen dem schuldrechtlichen und dem organisationsrechtlichen Aspekt unterschieden werden); *Laule*, AG 1990, 145, 146 (Beherrschungsvertrag als Dauerschuldverhältnis); *Kort*, ZGR 1999, 402, 407 (Unternehmensvertrag begründe „wie jeder schuldrechtliche Vertrag auch Rechte und Pflichten der Parteien [sowie Rechte Dritter]“); ähnlich zunächst auch *Würdinger*, in: FS W. Schmidt, 1959, S. 279, 291 („Unterwerfungsvertrag [könne] neben den organisatorischen Normen auch Bestandteile [enthalten], die obligatorischer Natur sind und Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaften als juristische Personen begründen“); anders aber später *ders.*, in: Großkomm AktG, § 291 Anm. 11 (keine Leistungspflichten aus Schuldvertrag). Dezidiert a.A. – Beherrschungsvertrag begründe lediglich Zuständigkeiten ohne vertragliche Erfüllungsansprüche – *Praßl*, Eingliederung und Beherrschungsvertrag, S. 76, 93; *W. Bayer*, Der grenzüberschreitende Beherrschungsvertrag, S. 13 ff.

¹⁷ Vgl. *Exner*, Beherrschungsvertrag und Vertragsfreiheit, S. 53 f. m.w.N.

¹⁸ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, § 3 II 1 b bb (S. 163 ff.); *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG, vor § 291 Rdnr. 157; s. ferner *Ulmer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rdnr. 155 ff.

¹⁹ Vgl. *Oettker*, Dauerschuldverhältnis, S. 221 f., 224 ff., 245.

²⁰ So im Ergebnis *W. Bayer*, Der grenzüberschreitende Beherrschungsvertrag, S. 13 ff., 17 ff., der zwar richtig die in die innere Struktur und die Organisation der Gesellschaft eingreifenden Bestandteile und Wirkungen des Beherrschungsvertrags als schuldrechtsfremde Elemente desselben charakterisiert, doch in seinen „rechtskonstruktiven“ Betrachtungen bei dieser Feststellung stehen bleibt, statt weiter danach zu fragen, welche zwingenden/dispositiven Bestandteile und/oder Wirkungen des Beherrschungsvertrags typischerweise nicht-organisationsrechtlicher Natur sind und demzufolge auch einer schuldrechtlichen Qualifikation nicht im Wege stehen.

rechtlicher Rechtsfiguren nicht hinreichend erfasst werden²¹. Zur Begründung wird dabei auf die größtenteils zwingende Festlegung der Rechtsfolgen des Vertragsschlusses durch das Aktiengesetz hingewiesen²² oder es werden organisationsrechtliche Bestandteile des Beherrschungsvertrags hervorgehoben in dem Glauben, ein schuldrechtliches Moment damit a priori widerlegen zu können²³. Soweit freilich nicht die nur-funktionale Betrachtung des Beherrschungsvertrags im Vordergrund steht, sondern nach Rechten und Pflichten gefragt wird, die obligatorischer Natur sind und die nach den Regeln des (Schuld-)Vertragsrechts als durchsetzbare und verweigerungsfähige Leistungen und Gegenleistungen i.S. der §§ 273, 320 BGB zu behandeln sind, führen „rechtskonstruktive“²⁴ Überlegungen zu einem anderen Ergebnis: So entspringen die Haftung des herrschenden Unternehmens gegenüber der beherrschten Gesellschaft für sorgfaltswidrige Weisungen (dazu unter a) und die Pflicht der Untergesellschaft zur Befolgung von Weisungen (dazu b) jeweils schuldrechtlichen Bindungen zwischen den Vertragsparteien²⁵, auf die grundsätzlich die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts anwendbar sind, soweit nicht die (zwingenden) Besonderheiten des Gesellschafts-, speziell des Aktienkonzernrechts, entgegenstehen. Gleiches gilt für die Verlustübernahmepflicht der Obergesellschaft nach § 302 Abs. 1 AktG (dazu c) und die Ausgleichs- und Abfindungsverpflichtungen des herrschenden Unternehmens gemäß §§ 304, 305 AktG, die – falls nicht der Vertrag selbst die Rechtsgrundlage liefert – dogmatisch jeweils als gesetzliche Schuldverhältnisse einzuordnen sind (dazu unter d). Im Einzelnen:

a) Bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags wird die Rechtsbeziehung zwischen herrschendem und beherrschtem Unternehmen vornehmlich durch das Weisungsrecht der Konzernspitze (§ 308 Abs. 1 AktG) und die Folgepflicht der abhängigen Gesellschaft (arg. §§ 291 Abs. 1 S. 1, 308 AktG) vermittelt. Wenngleich § 308 Abs. 1 S. 1 AktG davon spricht, dass das herrschende Unternehmen berechtigt sei, „dem Vorstand der Gesellschaft [...] Weisungen zu erteilen“,

²¹ Vgl. *Mestmäcker*, Verwaltung, S. 324; *Sonnenschein*, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, S. 321; *Ebenroth*, Vermögenszuwendungen, S. 378.

²² S. nur *Kropff*, BB 1965, 1281, 1286 f.

²³ Etwa *W. Bayer*, Der grenzüberschreitende Beherrschungsvertrag, S. 17 ff., und *Sonnenschein*, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, S. 321.

²⁴ So bezeichnet *W. Bayer*, a.a.O. (vorangegangene Fn.), seinen durchaus richtig gewählten, doch mit unzutreffenden Ergebnissen ausgestatteten Ansatz.

²⁵ Wobei strittig ist, ob die jeweiligen Leistungspflichten synallagmatisch miteinander verknüpft sind; bejahend: *Gefler*, in: *GeBler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG, § 291 Rdnr. 25; *Altmeyen*, in: *MünchKomm AktG*, § 291 Rdnr. 36; *Koppensteiner*, in: *KölnKomm AktG*, § 291 Rdnr. 157; *Hüffer*, AktG, § 291 Rdnr. 18; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 291 Rdnr. 27; verneinend etwa *Würdinger*, in: *FS W. Schmidt*, 1959, S. 279, 291.

und wenngleich Abs. 2 der Vorschrift ebenfalls nur den *Vorstand* der abhängigen Gesellschaft *expressis verbis* zur Befolgung der Weisungen anhält, so steht doch die Existenz einer Rechte-Pflichten-Beziehung zwischen den Vertragsparteien, d.h. zwischen dem herrschendem Unternehmen und der abhängigen Gesellschaft, außer Frage²⁶. Verletzt der Vorstand als Organ der Konzernspitze seine Pflichten aus dem Beherrschungsvertrag, wendet er m.a.W. nicht die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters an (§ 309 Abs. 1 AktG), so haftet er nach Maßgabe von § 309 Abs. 2-5 AktG der abhängigen Gesellschaft (persönlich) auf Ersatz des ihr daraus entstandenen Schadens. Eine eigene Haftung des herrschenden Unternehmens für sorgfaltswidrige Weisungen seines Vorstands hingegen wurde im AktG 1965 nicht statuiert, da solcherart Sanktionen für den Gesetzgeber bereits aus den „allgemeinen Rechtsgrundsätzen aufgrund des [Beherrschungs-]Vertrags“ folgten, deren Verfügbarkeit eine besondere aktienrechtliche Regelung überflüssig machen sollte²⁷. Diese nicht ausdrücklich geregelten Ansprüche aus „allgemeinem Recht“ werden von einem Großteil der Literatur daher völlig zu Recht als Folge der schuldrechtlichen Bindungen zwischen den Vertragsparteien angesehen und überwiegend mit einer Haftung des herrschenden Unternehmens aus § 280 BGB – den früheren Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung – i.V.m. § 31 BGB begründet²⁸, sofern die Voraussetzungen des § 309 Abs. 1, 2 AktG im einzelnen vorliegen²⁹.

b) Hat aber das herrschende Unternehmen für die Verletzung schuldvertraglicher Pflichten im Zusammenhang mit der sorgfaltswidrigen Erteilung von Wei-

²⁶ Vgl. *H. Westermann*, in: FS Schilling, 1973, S. 271, 274.

²⁷ *BegrRegE AktG 1965* zu § 309 (*Kropff*, S. 404 f.).

²⁸ So *Baumbach/Hueck*, AktG, § 309 Rdnr. 1; *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, S. 209; *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG, § 309 Rdnr. 37 m.w.N.; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 309 Rdnr. 21, alle m.w.N.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 31 III 2 c (S. 952, Fn. 69); *Altmeyden*, in: MünchKomm AktG, § 309 Rdnr. 137 f.; für eine vertragliche Haftung bereits *H. Westermann*, in: FS Schilling, 1973, S. 271, 274 f.; *Geßler*, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 309 Rdnr. 47 ff.; *Grüner*, Beendigung, S. 45 f.; für § 309 AktG als Anspruchsgrundlage einer Haftung – sei es direkt oder analog (insoweit offen) *Hüffer*, AktG, § 309 Rdnr. 26 f.; a.A. *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, § 6 IV 2 b bb (S. 350 f.: Verantwortlichkeit „aus der durch den Beherrschungsvertrag legalisierten Stellung als wirklich 'herrschendes' Unternehmen“; Haftung nach eigenständigen, von § 276 BGB und § 309 Abs. 1 AktG abweichenden Pflichtenmaßstäben); *Würdinger*, in: Großkomm AktG, § 309 Anm. 6 f. (Haftung des herrschenden Unternehmens aus § 31 BGB).

²⁹ In Betracht kommt eine Haftung insbesondere für solche Weisungen, die weder den Interessen der Konzernspitze noch jenen eines konzernverbundenen Unternehmens dienen (§ 308 Abs. 1 S. 2 AktG) oder welche die Existenz der abhängigen Gesellschaft gefährden. Auf die Haftung des herrschenden Unternehmens ist nach h.M. § 309 Abs. 3-5 AktG entsprechend anwendbar; vgl. *Hüffer*, AktG, § 309 Rdnr. 27; für eine Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 23 VI 3 d (S. 354 f.).

sungen einzustehen, so ist es nur konsequent, wenn es mit gleicher Strenge von der abhängigen Gesellschaft die Folgeleistung zu den erteilten – selbst nachteiligen (§ 308 Abs. 1 S. 2 AktG) – Weisungen verlangen und diese notfalls gerichtlich durchsetzen kann (arg. §§ 291 Abs. 1 S. 1, 308 Abs. 1 AktG)³⁰. Eine sorgfaltswidrige Nichtbefolgung der Weisungen durch die Geschäftsleitung der Untergesellschaft (§ 309 Abs. 1 AktG) bedeutet daher ebenfalls eine Vertragsverletzung, die – und an dieser Stelle kommt erneut das schuldvertragliche Element des Beherrschungsvertrags zum Tragen – mit typisch schuldrechtlichen Sanktionen bewährt ist, etwa einem Zurückbehaltungsrecht des herrschenden Unternehmens (§ 273 BGB) oder der Pflicht der abhängigen Gesellschaft zum Ersatz des der Konzernspitze entstandenen Schadens (§§ 249, 252 BGB)³¹.

c) Eine weitere schuldrechtliche Komponente des Beherrschungsvertrags findet sich in der Verpflichtung des herrschenden Unternehmens, für die Vertragsdauer jeden nach Maßgabe des § 302 Abs. 1 AktG bei der abhängigen Gesellschaft entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen. Die Vorschrift dient nach h.M.³² dem Kapitalerhaltungsschutz, dessen aktienrechtliche Sicherung durch § 291 Abs. 3 AktG zugunsten des herrschenden Unternehmens aufgehoben wird und folglich zu substituieren ist. Zwar ist für diesen Fehlbetragsausgleich – anders als bei den unter a) und b) betrachteten Verpflichtungen – der Beherrschungsvertrag nicht die (vertragliche) Haftungsgrundlage: auch ein nichtiger Beherrschungsvertrag kann und muss gegebenenfalls zum Schutz der Gesellschafter und Gläubiger der Untergesellschaft eine Verlustdeckungspflicht auslösen³³, so dass es sich letztlich nicht um eine (schuldrechtliche) Vertragshaftung handelt; jedoch ist der Abschluss des Beherrschungsvertrags maßgebliches Tatbestandsmerkmal für die Begründung des dann zwingenden Ausgleichsanspruchs der abhängigen Gesellschaft – eines mittels Vertrags hergestellten Sta-

³⁰ Vgl. *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 Rdnr. 67; *dens./Habersack*, Konzernrecht, § 11 III 2 (S. 171); *Almeppen*, in: MünchKomm AktG, § 308 Rdnr. 64; *Laule*, AG 1990, 145, 146; wohl auch *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, S. 209 f.; a.A. *Wirdinger*, Großkomm AktG, § 308 Anm. 14; *Bayer*, Der grenzüberschreitende Beherrschungsvertrag, S. 17 f.

³¹ *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 Rdnr. 68 f. m.w.N.

³² BGHZ 103, 1, 10 = NJW 1988, 1326 – *Familienbeim*; BGHZ 107, 7, 18 = NJW 1989, 1800 – *Tiefbau*; BGHZ 115, 187, 197 f. = NJW 1991, 3142 – *Video*; a.A. – Verlustübernahmepflicht als Gegenleistung für die vertragliche Einräumung von Herrschaftsrechten – etwa *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG, § 302 Rdnr. 4 ff.; ähnlich *Veil*, Unternehmensverträge, S. 118 ff., für den sich die abstrakte Übernahme des Geschäftsrisikos „aus dem umfassenden Integrationspotential“ erklärt; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 302 Rdnr. 17 m.w.N., zieht die Parallele zu §§ 670, 683 BGB; s. ferner die Nachweise bei *Krieger*, in: MünchHdb AG, § 70 Rdnr. 55 (Fn. 162).

³³ BGHZ 103, 1, 5, 9 f. – *Familienbeim*; ebenso *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 31 III 2 d (S. 954); *Hüffer*, AktG, § 302 Rdnr. 13 m.w.N.

tus', der schuldrechtliche Leistungsrechte und Leistungspflichten auslöst und dessen dogmatisch präzise Einordnung in die Kategorie des *gesetzlichen Dauer-schuldverhältnisses* vorzunehmen ist³⁴. Verstößt das herrschende Unternehmen gegen seine Verlustausgleichspflicht aus § 302 Abs. 1 AktG, so steht der abhängigen Gesellschaft im Hinblick auf die ihrerseits geschuldete Befolgung wirksamer Weisungen (neben dem Kündigungsrecht aus § 297 Abs. 1 AktG) ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB zu³⁵.

d) Bleibt schließlich noch auf die Rechtsnatur der Ausgleichs- und Abfindungsverpflichtungen nach §§ 304, 305 AktG einzugehen, um deutlich werden zu lassen, dass mit Abschluss des Beherrschungsvertrags (auch) ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien begründet wird. Anspruchsberechtigt sind, soweit vorhanden (§§ 304 Abs. 1 S. 3, 305 Abs. 1 AktG), die freien Aktionäre: Als Kompensation für die aus dem Beherrschungsvertrag resultierende Weisungsbindung der abhängigen Gesellschaft und die damit einhergehende Beeinträchtigung der mitgliedschaftlichen Verwaltungs- und Vermögensrechte³⁶ ihrer außenstehenden Aktionäre ist diesen im Vertrag ein individuelles Wahlrecht zwischen dem Verbleib in der Gesellschaft gegen feste/variable jährliche Ausgleichszahlungen (§ 304 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 AktG) und dem Ausscheiden aus der Gesellschaft gegen angemessene Abfindung (§ 305 Abs. 1, 2 AktG) einzuräumen. Anspruchsgegner ist in beiden Varianten das herrschende Unternehmen³⁷, dessen gegenüber der abhängigen Gesellschaft vertraglich fixierte Verpflichtung zu Ausgleich und Abfindung somit einen echten (bei der Abfindung: Options-)Vertrag zugunsten der freien Aktionäre als Dritte im Sinne des § 328 BGB begrün-

³⁴ Grundlegend *K. Schmidt*, ZGR 1983, 513, 516 ff.; *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 31 III 2 d (S. 953 f.); zustimmend *Hüffer*, AktG, § 302 Rdnr. 4; *Lauke*, AG 1990, 145, 146; *Veil*, Unternehmensverträge, S. 114 f.; für schuldrechtliche Verpflichtung selbst *Würdinger*, Großkomm AktG, § 309 Anm. 8; für Beherrschungsvertrag als Haftungsgrundlage, also sogar mit einer (Schuld-)Vertragshaftung sympathisierend, *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG, § 302 Rdnr. 15 m.w.N.

³⁵ *Gefler*, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 291 Rdnr. 25; *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG, § 308 Rdnr. 60; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 291 Rdnr. 27; *Altmeyppen*, in: MünchKomm AktG, § 291 Rdnr. 36; *Veil*, Unternehmensverträge, S. 205.

³⁶ Vgl. BGHZ 119, 1, 10 – *ASEA/BBC*; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 21 I 1 (S. 289 f.); *Kort*, ZGR 1999, 402, 406 ff.; *Veil*, Unternehmensverträge, S. 121 ff.; *Habersack*, AG 2005, 709, 714 f.; *Hüffer*, AktG, § 304 Rdnr. 1, § 305 Rdnr. 1 m.w.N.

³⁷ Inzwischen h.M.; s. zuletzt BGH, Urt. v. 8. 5. 2006 – II ZR 27/05, NZG 2006, 623, 625 (und Leitsatz). Strittig war dies früher lediglich für die Ausgleichsverpflichtung nach § 304 AktG; vgl. die Nachweise bei *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 21 II 3 (S. 294, Fn. 19); *Krieger*, in: MünchHdb AG, § 70 Rdnr. 65.

det³⁸. In Anbetracht der vom Gesetz zwingend ausgestalteten Natur dieser Ansprüche muss dies spätestens dann einleuchten, wenn man sich die Möglichkeit der Parteien des Beherrschungsvertrags vor Augen hält, jederzeit auch eine(n) höhere(n) als die (den) eigentlich angemessene(n) Abfindung (Ausgleich) vereinbaren zu können³⁹, um etwa die außenstehenden Aktionäre zu einem Ausscheiden aus der Gesellschaft bzw. zum Verbleib anzuhalten. Der Anspruch folgt dann nicht aus Gesetz, sondern aus vertraglicher Übereinkunft, die es der abhängigen Gesellschaft wegen § 335 BGB unter anderem eröffnet, die ihrerseits geschuldete Folgeleistung zu den vom Vorstand der Obergesellschaft erteilten Weisungen zu verweigern, sollte letztere den fälligen Ausgleichs- und/oder Abfindungsverpflichtungen nicht oder nur in ungenügendem Maße nachkommen⁴⁰.

Da der Beherrschungsvertrag zwingend eine rechtsgeschäftliche Ausgleichsregelung vorsehen muss, um nicht nichtig zu sein (§ 304 Abs. 3 S. 1 AktG), haben wir es bei dessen Wirksamkeit also stets mit einer *schuldvertraglichen* Verpflichtung des herrschenden Unternehmens und demnach auch mit einem obligatorischen Anspruch⁴¹ jedes einzelnen außenstehenden Aktionärs auf Ausgleichszahlung zu tun. Für die Rechtsnatur des Abfindungsanspruchs aus § 305 AktG gilt dies in grundsätzlich gleicher Weise, sofern der Vertrag eine entsprechende Regelung enthält und die daraus Begünstigten ihre Option⁴² jeweils wahrnehmen; fehlt es freilich – entgegen § 305 Abs. 1 AktG – an einer ausdrücklichen Abfindungsvereinbarung oder entfällt die vertragliche Basis nachträglich, so hat nach Maßgabe von § 305 Abs. 5 S. 2 i.V.m. § 306 AktG das Gericht die Abfindung im Spruchstellenverfahren festzusetzen. In diesem Fall reali-

³⁸ BGH, Urt. v. 8. 5. 2006 – II ZR 27/05, NZG 2006, 623, 625; *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG, § 295 Rdnr. 30; § 304 Rdnr. 7, § 305 Rdnr. 12; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 22 II 1 a (S. 309); *ders./Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 304 Rdnr. 23, § 305 Rdnr. 25 m.w.N.; *Hüffer*, AktG, § 305 Rdnr. 3; *Bayer*, ZGR 1993, 599, 608; *Röbriecht*, ZHR 162 (1998), 249, 256; *Kort*, ZGR 1999, 402, 407; a.A. *Prael*, Eingliederung und Beherrschungsvertrag, S. 75; *Habersack*, AG 2005, 709, 710.

³⁹ *Kort*, ZGR 1999, 402, 407; *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG, § 304 Rdnr. 53 a.E. Übersehen wird dies von *Gutheil*, Auswirkungen, S. 183.

⁴⁰ S. *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG, § 308 Rdnr. 59; *Gefßler*, in: Gefßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 291 Rdnr. 25; *Altmeyppen*, in: MünchKomm AktG, § 291 Rdnr. 36.

⁴¹ So selbst *Würidinger*, in: FS W. Schmidt, 1959, S. 279, 291, der die Begründung eines Schuldverhältnisses zwischen herrschendem Unternehmen und abhängiger Gesellschaft infolge der Eingehung eines Beherrschungsvertrags andernorts vehement bestreitet (s. nur *dens.*, in: Großkomm AktG, § 291 Anm. 11). Im Hinblick auf die Dividendengarantie erfolgt die Bejahung freilich unter der Einschränkung, dass sie „zu den organisatorischen Bestandteilen des Vertrages nicht im Verhältnis des Leistungsaustausches, des gegenseitigen Vertrages [stehe], so dass die §§ 320 ff. BGB hierauf nicht anwendbar [seien]“.

⁴² Zu diesem Abfindungsoptionsrecht s. BGHZ 135, 374, 380 = NJW 1997, 2242 – *Guano*; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 305 Rdnr. 5, 25; *Hüffer*, AktG, § 305 Rdnr. 3 f.

siert sich der *gesetzliche*⁴³ Abfindungsanspruch aus § 305 AktG, der dogmatisch zwar schon mit Wirksamwerden des Beherrschungsvertrags entstanden war, Relevanz jedoch nurmehr dadurch erlangen konnte, dass eine Abfindungsvereinbarung von den Parteien nicht explizit niedergelegt worden oder später wieder entfallen ist. Grundlage des Anspruchs der außenstehenden Aktionäre ist dann ein gesetzliches *Schuldverhältnis*⁴⁴.

II. Gewinnabführungsvertrag (§ 291 Abs. 1 S. 1, 2. Alt., S. 2 AktG)

In der gesellschaftsrechtlichen Praxis der letzten Jahrzehnte wurden Gewinnabführungsverträge überwiegend mit Beherrschungsverträgen gekoppelt, um die Voraussetzungen der körperschaftssteuerrechtlichen Organschaft i.S.v. § 14 KStG zu erfüllen⁴⁵. Auf diese Fälle sind die im vorangegangenen Abschnitt angestellten Überlegungen im Wesentlichen ohne Einschränkung übertragbar.

Aber auch die seltener anzutreffenden isolierten Gewinnabführungsverträge des § 291 Abs. 1 AktG weisen hinsichtlich ihrer Rechtsnatur nur geringe Unterschiede zu den Beherrschungsverträgen auf, wenngleich die dogmatische Begründung hier anders ausfällt: So werden sie zwar ebenfalls als körperschaftsrechtliche *Organisationsverträge* eingeordnet⁴⁶, doch folgt die „satzungsgleiche Strukturänderung“ auf Seiten der – meist abhängigen – Gesellschaft nicht aus der Übertragung von eigenverantwortlicher Leitungsmacht auf den anderen Vertragsteil, sondern aus dem Verzicht der Hauptversammlung auf seine Gewinnverwendungskompetenz nach §§ 119 Abs. 1 Nr. 2, 174 Abs. 1 AktG. Denn: Mit der Verpflichtung einer AG oder KGaA, den gesamten Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen⁴⁷, begeben sich die Aktionäre der Gesellschaft ihres mitgliedschaftlichen Anspruchs auf den Bilanzgewinn und dessen Verteilung

⁴³ Vgl. BGHZ 135, 374, 380 – *Guano*.

⁴⁴ Ausführlich *Hüffer*, AktG, § 305 Rdnr. 4b m.w.N. Die *schuldrechtliche* Natur des Abfindungsanspruchs aus § 305 AktG betonend BGH, Urt. v. 08.05.2006 – II ZR 27/05, NZG 2006, 623, 625 (und Leitsatz); s. dazu die Anmerkungen von *Bungert/Bednarz*, BB 2006, 1865 ff.; *Koppensteiner*, DStR 2006, 1603 ff.

⁴⁵ Zur steuerrechtlichen Anerkennung des sog. „Ergebnisabführungsvertrags“ vgl. den Überblick bei *Krieger*, in: MünchHdb AG, § 71 Rdnr. 24 ff.

⁴⁶ Vgl. *Würdinger*, in: FS W. Schmidt, 1959, S. 279, 293; *Sonnenschein*, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, S. 319 ff.; *Ebenroth*, Vermögenszuwendungen, S. 378 ff.; *Veil*, Unternehmensverträge, S. 143 ff.; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 291 Rdnr. 53; *Altmeyden*, in: MünchKomm AktG, § 291 Rdnr. 143.

⁴⁷ In seinen Wirkungen unterscheidet sich der sehr seltene sog. Geschäftsführungsvertrag des § 291 Abs. 1 S. 2 AktG nicht von dem aus steuerlichen Gründen vorzugswürdigen Gewinnabführungsvertrag des S. 1; vgl. nur *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 12 V 1 (S. 183) m.w.N.

(§§ 58 Abs. 4, 60 AktG), was im Lichte der durch § 291 Abs. 3 AktG bewirkten Kassation der Kapitalbindungsvorschriften einer Zweck- und damit Satzungsänderung der AG oder KGaA gleichkommt.

Wie bei der Charakterisierung der Rechtsnatur des Beherrschungsvertrags liegt also auch bei den Gewinnabführungsverträgen das Schwergewicht nicht auf der Begründung eines Austauschverhältnisses zwischen den Vertragsparteien, sondern auf der Regelung gesellschaftsrechtlicher Beziehungen mit verbandsmodifizierender Wirkung. Darüber hinaus wird später noch eine verbandskonstituierende Folge herauszuarbeiten sein⁴⁸. An dieser Stelle soll jedoch hervorgehoben werden, dass auch der Gewinnabführungsvertrag von *schuldrechtlichen* Elementen geprägt ist⁴⁹, so dass in diesem Kontext ebenfalls von einer „Doppelgesichtigkeit“⁵⁰ der Unternehmensverträge des § 291 AktG gesprochen werden kann: korporatives Organisationsverhältnis auf der einen Seite, schuldvertragliches Rechtsverhältnis auf der anderen. Einmal mehr folgt letzterer Halbsatz aus dem gesellschaftsrechtlichen Mindestinhalt der unternehmensvertraglichen Regelung selbst, namentlich aus der klagbaren⁵¹ Verpflichtung der Gesellschaft zur Abführung ihres gesamten Gewinns (§ 291 Abs. 1 S. 1 AktG) und aus der Pflicht des anderen Vertragsteils zur Zahlung eines angemessenen Ausgleichs an die außenstehenden Aktionäre der Gesellschaft (§ 304 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 S. 1 AktG)⁵². Zum schuldrechtlichen Charakter der (gesetzlichen) Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens nach § 302 Abs. 1 AktG und der Abfindungsverpflichtung nach § 305 Abs. 1, 2 AktG sei auf die oben angestellten, auch hier einschlägigen Überlegungen zum Beherrschungsvertrag verwiesen⁵³.

⁴⁸ Dazu unten § 4 C I 3.

⁴⁹ In der führenden Kommentarliteratur, die diese Ansicht bereits für den Beherrschungsvertrag vertritt, wird zumeist auf die dort einschlägigen Ausführungen verwiesen, vgl. *Koppensteiner*, in: Köln-Komm AktG, vor § 291 Rdnr. 160, 157; *Hüffer*, AktG, § 291 Rdnr. 23, 17 f.; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 291 Rdnr. 53, 27; für das Vorhandensein schuldrechtlicher Bindungen auch *Altmeyen*, in: MünchKomm AktG, § 291 Rdnr. 35 f.; *Kort*, ZGR 1999, 402, 407; a.A. – Organisationsvertrag ohne obligatorische Elemente – *Würdinger*, in: FS W. Schmidt, 1959, S. 279, 293; wohl auch *Mestmäcker*, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, S. 324; *Ebenroth*, Vermögenszuwendungen, S. 378 ff.

⁵⁰ So in einem ähnlichen Zusammenhang die Formulierung von *Kort*, ZGR 1999, 402, 408.

⁵¹ *Altmeyen*, in: MünchKomm AktG, § 291 Rdnr. 32.

⁵² Näher dazu oben § 5 B I 2 d. Kommt der andere Vertragsteil seinen Verpflichtungen aus §§ 302 Abs. 1, 304 Abs. 1 AktG nicht nach, so steht der Gesellschaft hinsichtlich der ihr obliegenden Abführung des gesamten Gewinns ein Leistungsverweigerungsrecht zu; vgl. *Altmeyen*, in: MünchKomm AktG, § 291 Rdnr. 36.

⁵³ § 5 B I 2 c, d.

III. Die Unternehmensverträge des § 292 Abs. 1 AktG

1. Grundsatz: Schuldrechtliche Verträge

Nach der Vorstellung des historischen Gesetzgebers von 1965 handelt es sich bei den Unternehmensverträgen des § 292 Abs. 1 AktG um normale *schuldrechtliche Austauschverträge*⁵⁴, die den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Schuldverhältnisse (§§ 241 ff.) unterliegen. In der Literatur wird diese Auffassung ganz überwiegend geteilt⁵⁵. Richtig daran ist, dass ein Eingriff in die Struktur der AG oder KGaA mit Abschluss eines jeden dieser Verträge nicht einhergeht und nach der Gesetzeskonzeption auch nicht einhergehen darf, zumal eine Lockerung der Kapitalbindungsvorschriften, wie sie durch § 291 Abs. 3 AktG für Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge hervorgerufen wird, bei *Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträgen* nicht eintritt (§ 292 Abs. 3 S. 2 AktG) und die dem Vorstand der Gesellschaft in § 76 Abs. 1 AktG zugewiesene eigenverantwortliche Leitungskompetenz generell unangetastet bleibt. Zwar gibt die ihren Betrieb verpachtende oder überlassende Gesellschaft mit Abschluss eines der in § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG aufgeführten Verträge Teile der Leitung ihres Unternehmens, namentlich die Führung der Geschäfte des laufenden Betriebs, an die Pächterin bzw. Übernehmerin ab, doch verbleiben dem Vorstand der AG oder KGaA Autonomie und Verantwortung in Sachen unternehmenspolitische Grundlagenentscheidungen⁵⁶: So bestimmt allein er über die Abschreibungs-, Finanzierungs- und Dividendenpolitik der Eigentümergesellschaft, legt allein er die Restrukturierungs-, Kooperations- oder Desinvestitionsstrategien für das verpachtende bzw. überlassende Unternehmen fest und behält allein er es in den Händen, den gesetzlichen Leitungsauftrag (§ 76 Abs. 1 AktG) auszufüllen sowie – abhängig von der jeweiligen Marktsituation – selbst während der Vertragslaufzeit die Unternehmenspolitik zu ändern. Die Zuständigkeitsordnung in der Ei-

⁵⁴ BegrRegE AktG 1965 zu § 292 (Kropff, S. 378).

⁵⁵ Vgl. Hüffer, AktG, § 292 Rdnr. 2 m.w.N.; Bälz, in: FS Raiser, 1974, S. 287, 304; Ebenroth, Vermögenszuwendungen, S. 384 f.; Maser, Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverhältnisse, S. 39 ff.; Gefßler, in: Gefßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 292 Rdnr. 4; früh bereits Würdinger, in: FS W. Schmidt, 1959, S. 279, 285 f.; ders., in: Großkomm AktG, § 292 Einleitung c); zunächst auch K. Schmidt, ZGR 1984, 295, 304 f.; a.A. Hachenburg/Ulmer, Großkomm GmbHG, Anh. § 77 Rdnr. 192; in der Tendenz auch Koppensteiner, in: KölnKomm AktG, vor § 291 Rdnr. 161; differenzierend Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 57 Rdnr. 2, 16; Veil, Unternehmensverträge, S. 184 ff., 200 ff.; zur Einordnung des *Betriebsführungsvertrags* als Geschäftsbesorgungsvertrag s. ferner BGH ZIP 1982, 578, 583 = NJW 1982, 1817 – *Holiday Inn*.

⁵⁶ Ausführlich zur Zuständigkeitsfrage bei den Verträgen des § 292 AktG Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht, S. 276 ff.

gentümergeinschaft wird durch den Abschluss eines Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsvertrags folglich nicht in dem Maße berührt, dass von einer Strukturänderung auf Seiten der AG oder KGaA die Rede sein könnte⁵⁷.

Anders gestaltet sich die Lage freilich in jenen praktisch bedeutsamen Fällen, in denen sich der Vorstand der Gesellschaft infolge vertraglicher Übereinkunft seiner eigenverantwortlichen Leitungskompetenz – jedenfalls der Planungs- und Entscheidungsbefugnis über die grundsätzlichen Fragen der Unternehmenspolitik – (faktisch) begibt, neben der Führung des täglichen Geschäftsbetriebs also auch die Zuständigkeit für fundamentale unternehmenspolitische Vorgaben in die Organisation des anderen Vertragsteils verlagert wird. Diese nicht selten bei *Betriebsführungsverträgen*⁵⁸ oder bei – etwa durch Anteilsbesitz der Pächterin/Übernehmerin vermittelter⁵⁹ – Abhängigkeit der Gesellschaft anzutreffende Konstellation bringt es nicht nur mit sich, dass das seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit weitestgehend entledigte Unternehmen der Eigentümergesellschaft in den Konzern des anderen Unternehmens „eingegliedert“⁶⁰ wird; darüber hinaus hätte eine Abgabe der unternehmenspolitischen Grundlagenkompetenz ohne § 293 Abs. 1 S. 4 AktG regelmäßig zur Folge, dass auch eine Änderung des statutarischen Unternehmensgegenstands und damit der Satzung der AG oder KGaA erforderlich würde. Vor dem Hintergrund der schon bekannten, Organisationsverträge kennzeichnenden „satzungsgleichen Strukturänderung“ bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen⁶¹ wird von Kritikern einer rein schuldrechtlichen Betrachtung der Verträge des § 292 Abs. 1 AktG denn auch auf jene Möglichkeit der satzungüberlagernden Wirkung der Betriebspacht-, Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge hingewiesen, um diesen

⁵⁷ A.A. *Milbert*, Aktiengesellschaft, S. 170 ff., der für Betriebsüberlassungsverträge die Umformung der Organisationsverfassung mit einer Zweckänderung der überlassenden AG begründet. Ähnlich *Veil*, Unternehmensverträge, S. 126 ff., der in Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträgen „verfassungsändernde Verträge“ sieht, weil sie die Leitungszuständigkeit des Vorstands veränderten.

⁵⁸ Bei diesem vom Gesetz nicht erfassten Vertragstyp, auch Managementvertrag genannt, überlässt eine AG oder KGaA ihre Betriebsführung einer anderen Gesellschaft, die den Betrieb für Rechnung der AG oder KGaA führt, wahlweise in letzterer, regelmäßig jedoch in eigenem Namen. Zum Begriff und zur Zulässigkeit der Betriebsführungsverträge vgl. *Oesterreich*, Die Betriebsüberlassung zwischen Vertragskonzern und faktischem Konzern, S. 4 f. m.w.N.; *Veelken*, Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht, S. 15 ff., 74 ff., 99 ff.; *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, S. 284 ff.; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 292 Rdnr. 55 ff.

⁵⁹ Zur konzerninternen Pacht s. *Mestmäcker*, Verwaltung, S. 316 ff.; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 15 II 2 (S. 198 f.).

⁶⁰ *Mestmäcker*, Verwaltung, S. 316 ff.

⁶¹ Dazu oben § 5 B I 1, II.

gleichfalls den Charakter eines Organisationsvertrags zuzusprechen⁶². Andere wiederum berufen sich hierfür auf die institutionelle Absicherung sämtlicher Unternehmensverträge durch §§ 293 ff. AktG⁶³.

Ohne die Gefährlichkeit derartiger Gestaltungen für die Gesellschaft, ihre Aktionäre und ihre Gläubiger in Abrede stellen und die Notwendigkeit entsprechender Schutzvorkehrungen besonders für den Fall des Rückzugs der AG oder KGaA auf den Status einer bloßen „Rentnergesellschaft“⁶⁴ verneinen zu wollen, verkennt doch die vorstehend erwähnte Auffassung, dass die Verträge des § 292 Abs. 1 AktG zwingend als *Gleichordnungsverhältnisse* konzipiert worden sind – als Verträge mit gleichgewichtigem Austausch von Leistung und Gegenleistung zwischen gleichberechtigten Partnern. Kommt die Gegenleistung zu kurz, so verhilft die Vorschrift des § 302 Abs. 2 AktG der abhängigen Gesellschaft zu einem angemessenen Entgelt, indem sie das herrschende Unternehmen einer beschränkten Verlustausgleichspflicht für jeden der AG oder KGaA während der Vertragsdauer entstehenden Jahresfehlbetrag unterwirft; das Gleichordnungsprinzip und der darauf basierende schuldvertragliche Kontext des § 292 AktG blieben insoweit gewahrt⁶⁵. Würde jedoch die Parität zwischen den Parteien durch eine *Übertragung grundlegender Leitungskompetenzen* auf das pachtende, übernehmende oder betriebsführende Unternehmen gestört, sollte m.a.W. ein Vertrag nach § 292 Abs. 1 AktG dazu benutzt werden können, die Gesellschaft zu konzernieren oder ein schon bestehendes Abhängigkeitsverhältnis rechtlich zu legitimieren, so widerspräche dies – auf den ersten Blick folgenlos – der notwendigen Differenzierung zwischen dem Über-/Unterordnungscharakter der Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge einerseits und jenem Gleichordnungscharakter der Verträge des § 292 AktG andererseits. Da dies freilich

⁶² Vgl. nur *Oesterreich*, Die Betriebsüberlassung zwischen Vertragskonzern und faktischem Konzern, S. 61 ff.; *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG, vor § 291 Rdnr. 161; *Timm*, Die AG als Konzernspitze, S. 35 f. (Fn. 108); s. ferner OLG Hamburg, DB 2000, 314, 315 f. Für eine Charakterisierung der Verträge des § 292 Abs. 1 AktG als Organisationsverträge zwischenzeitlich auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, § 31 III 1 b (S. 953), freilich ohne nähere Begründung; anders noch *ders.*, ZGR 1984, 295, 304 f. („qualifizierte schuldrechtliche Austauschverträge“); abgeschwächt wieder *ders.*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 31 III 1 b (S. 949): Unternehmensverträge des § 292 AktG „können Elemente einer Konzernverflechtung sein, schwerlich jedoch tragende Pfeiler der Konzernarchitektur“. Kritisch im Hinblick auf eine rein schuldrechtliche Qualifizierung der Verträge des § 292 Abs. 1 AktG auch *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 13 I 1 (S. 185), § 15 II 2 (S. 198); *Praël*, Eingliederung und Beherrschungsvertrag, S. 68.

⁶³ Etwa *Ulmer*, ZGR 1978, 457, 468 (Fn. 54).

⁶⁴ Dazu *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG, § 292 Rdnr. 19.

⁶⁵ Vgl. *Bälz*, in: FS Raiser, 1974, S. 287, 305; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 15 II 2 (S. 198 f.).

der Intention des historischen Gesetzgebers mitnichten gerecht würde⁶⁶, zumal für Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträge ein den §§ 300 ff., 304 ff. AktG vergleichbarer Schutzmechanismus fehlt, stellt sich in dieser Gruppe von Unternehmensverträgen nicht nur die Frage nach dem aktienrechtlich zulässigen Ausmaß der Übertragung von Richtlinien- und Leitungskompetenzen auf das andere Unternehmen, es muss in der Regel sogar davon ausgegangen werden, dass bei einer Verletzung der durch § 76 Abs. 1 AktG gewährleisteten Autonomie des Vorstands der AG oder KGaA materiell ein (mitunter verschleierter) Beherrschungsvertrag i.S.v. § 291 AktG vorliegt⁶⁷.

Gerät demnach die vertragliche Übernahme von Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaft in die unmittelbare Nähe zum Weisungsrecht des § 308 Abs. 1 AktG, so sind die zunächst als solche bezeichneten Betriebspacht-, Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge nur unter Beachtung der besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen für Beherrschungsverträge (vor allem § 304 Abs. 1 S. 2 AktG) zulässig; es überwiegt dann der organisationsrechtliche Charakter des Vertrags unter Einschluss schuldrechtlicher Elemente⁶⁸. Andernfalls, bei Eingehung eines dem § 292 AktG innewohnenden Gleichordnungsverhältnisses, haben wir es mit einem Vertrag rein schuldrechtlicher Natur zu tun, auf den kraft gesetzlicher Anordnung die allgemeinen Regeln über Unternehmensverträge Anwendung finden.

Für den *Teilgewinnabführungsvertrag* des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG ergeben sich im Hinblick auf seine Qualifizierung als schuldrechtlicher Austauschvertrag⁶⁹ keine Besonderheiten.

2. Die Gewinnngemeinschaft als Innengesellschaft bürgerlichen Rechts

Verpflichtet sich eine AG oder KGaA, ihren Gewinn oder den Gewinn einzelner ihrer Betriebe ganz oder teilweise mit dem Gewinn anderer Unternehmen

⁶⁶ Anders wird der für die Verträge des § 292 AktG herausgestellte „Gegensatz zu den in § 291 behandelten Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen“, wie es in der BegrRegE AktG 1965 zu § 292 (*Kropff*, S. 378) heißt, wohl nicht verständlich.

⁶⁷ Vgl. *Krieger*, in: MünchHdb AG, § 72 Rdnr. 34 ff., 50 m.w.N.; *Hüffer*, AktG, § 292 Rdnr. 24; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 31 III 1 b (S. 950); zur Umgehungsproblematik und den Rechtsfolgen verschleierter Beherrschungsverträge *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 15 V (S. 202 f.); *ders./Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 292 Rdnr. 60 ff.; *Veil*, Unternehmensverträge, S. 246 ff.; ausführlich zuletzt *Schürnbrand*, ZHR 169 (2005), 35 ff.

⁶⁸ Ausführlich dazu oben § 4 B I.

⁶⁹ Eingehend *K. Schmidt*, ZGR 1984, 295, 304 f. Die Möglichkeit einer organisationsrechtlichen Ausgestaltung von Teilgewinnabführungsverträgen bejaht *Veil*, Unternehmensverträge, S. 201, 266 ff.

oder einzelner Betriebe anderer Unternehmen zusammenzulegen, um den gemeinschaftlichen Gewinn anschließend unter den Beteiligten (nach einem vertraglich festgelegten Verteilungsschlüssel) wieder aufzuteilen, so liegt nach § 292 Abs. 1 Nr. 1 AktG eine Gewinngemeinschaft vor. Auch dieser Typus Unternehmensvertrag wird in Einklang mit den Vorstellungen der Gesetzesverfasser von 1965⁷⁰ als schuldrechtliches Austauschgeschäft verstanden⁷¹.

Nach Ansicht von *Hüffer*⁷² enthält die Gewinngemeinschaft neben dieser schuldvertraglichen noch eine organisationsrechtliche Komponente. Seine These, deren Ausgangspunkt für sich genommen in Rechtsprechung und Schrifttum seit jeher unbestritten ist, stützt sich dabei auf folgende Überlegung: Schließen sich die Vertragspartner bei der „echten“, d.h. bei der nicht auf Konzerneingliederung einer der beteiligten Gesellschaften abzielenden Gewinngemeinschaft zu dem gemeinsamen Zweck der periodischen Poolung und Wiederaufteilung ihrer Gewinne gleichberechtigt zusammen, um typischerweise die jeweiligen (Teil-) Gewinne oder den Gesamtgewinn zu erhöhen und gegebenenfalls das Verlustrisiko zu vergemeinschaften, so wird zwischen den Beteiligten zugleich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts i.S.v. § 705 BGB begründet⁷³. *Hüffers* Schlussfolgerung hieraus, jede Gewinngemeinschaft enthalte daher auch organisationsrechtliche Elemente, kann freilich nicht überzeugen. Ihr muss entgegengehalten werden, dass die Gewinngemeinschaft in der durch § 292 Abs. 1 Nr. 1 AktG umrissenen Grundform als Internum nicht nach außen hervortritt, insbesondere keine Geschäfte mit Dritten in Vertretung sämtlicher Gesellschafter tätigt und folglich – gesetzt den Fall, es fehlt auch an einem Gesamthandsvermögen – eine reine BGB-*Innengesellschaft* darstellt⁷⁴. Einer solchen wiederum sind – von Ausnahmen abgesehen – organisationsvertragliche Strukturen fremd⁷⁵, woran grundsätzlich auch die Tatsache nichts ändert, dass in der Praxis Gewinngemeinschaften, wenn überhaupt, als sog. Verwaltungsgemeinschaften auftreten, deren Besonderheit darin besteht, neben den Einzelheiten zur Zusammenwer-

⁷⁰ BegrRegE AktG 1965 zu § 292 (*Kropff*, S. 378).

⁷¹ Ganz h.M.; vgl. statt aller bereits *Geßler*, in: *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG, § 292 Rdnr. 4, 17.

⁷² *Hüffer*, AktG, § 292 Rdnr. 2.

⁷³ BGHZ 24, 279, 293 = NJW 1957, 1279; *Geiler*, in: *Düringer/Hachenburg*, HGB II/1, Anm. 441 ff., 459; *Fikentscher*, Die Interessengemeinschaft, S. 39; *Koppensteiner*, in: *KölnKomm AktG*, § 292 Rdnr. 34; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 13 II 3 (S. 187); *Krieger*, in: *MünchHdb AG*, § 72 Rdnr. 8.

⁷⁴ So im Ergebnis bereits *Geiler*, in: *Düringer/Hachenburg*, HGB II/1, Anm. 459.

⁷⁵ Zur organisationsvertraglichen Komponente der BGB-*Außengesellschaft* vgl. *Ulmer*, in: *MünchKomm BGB*, § 705 Rdnr. 158; zu den angesprochenen Ausnahmen s. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 7 I 2 b bb (S. 170 f.) und weiter unten im Text (unter C I 3).

fung und schlüsselmäßigen Verteilung der Geschäftsergebnisse auch Regelungen in Bezug auf eine einheitliche Führung der durch die Gewinngemeinschaft verbundenen Betriebe oder Unternehmenssparten zum Vertragsgegenstand zu haben⁷⁶. Zwar lässt die häufig auf einen Gleichordnungskonzern (§§ 18 Abs. 2, 291 Abs. 2 AktG) hinauslaufende Errichtung von Gemeinschaftsorganen zur Koordinierung der Geschäftspolitik der beteiligten Gesellschaften an die Entstehung einer eigenen Verbandsstruktur und damit (auch) organisationsvertraglicher Elemente innerhalb der GbR denken, doch wird jedenfalls eine solcherart verfasste Leitungsgemeinschaft vom Gesetz nicht verlangt, so dass sie im weiteren Verlauf der Untersuchung ausgeblendet werden kann⁷⁷.

IV. Zusammenfassung

Wie dies auch beim Gesellschaftsvertrag von Personengesellschaften möglich und überwiegend sogar die Regel ist, haben wir es bei den Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen des § 291 Abs. 1 AktG mit einem Nebeneinander von organisationsrechtlichen und schuldrechtlichen Elementen zu tun – mit einer Zwitterstellung der Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge zwischen korporativem Organisationsverhältnis und schuldrechtlichem Rechtsgeschäft. Die Verträge des § 292 Abs. 1 AktG (Gewinngemeinschaft, Teilgewinnabführungsvertrag, Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrag) hingegen sind als normale schuldvertragliche Rechtsverhältnisse zu qualifizieren, bei denen der wechselseitige Austausch von Leistung und Gegenleistung durch die Vertragsparteien im Vordergrund der Rechtsbeziehungen steht. Auf die Bestandteile der einzelnen Unternehmensverträge und auf die den Parteien diesbezüglich vom Gesetz eingeräumte Dispositionsfreiheit wird an späterer Stelle – im Rahmen der Untersuchung ihrer Übertragbarkeit – noch einmal zurückzukommen sein⁷⁸.

⁷⁶ Ausführlich zur Verwaltungsgemeinschaft und den einzelnen Möglichkeiten einheitlicher Leitungsausübung *Rasch*, Deutsches Konzernrecht, S. 91 ff.

⁷⁷ Eine Verbandsstruktur ist der Gewinngemeinschaft des § 292 Abs. 1 Nr. 1 AktG m.a.W. nicht *immanent*, während für die Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge des § 291 Abs. 1 AktG sogleich (unter C I 2, 3) herauszuarbeiten sein wird, dass mit deren Abschluss zwingend (auch) eine verbandskonstituierende Wirkung verbunden ist. Im Ergebnis spiegelt sich dieser Unterschied in der Rechtsnatur des Übertragungsgegenstandes wider, dem gerade im Zuge der Ermittlung der Sukzessionsfähigkeit von Unternehmensverträgen eine wichtige Bedeutung zukommt, vgl. oben § 4 A.

⁷⁸ S. unten § 5 C I 2.