

Großkommentare der Praxis



Aktiengesetz

Großkommentar

früher bearbeitet von

**W. Gadow †, Dr. E. Heinichen †, Dr. Eberhard Schmidt, Dr. W. Schmidt †, Dr. O. Weipert †
Dr. Robert Fischer, Präsident des Bundesgerichtshofes**

Dritte, neu bearbeitete Auflage

von

Dr. Carl Hans Barz
Rechtsanwalt in Frankfurt/M.

Dr. Ulrich Klug
Justizsenator in Hamburg
Professor a. d. Universität zu Köln

Dr. Joachim Meyer-Landrut
Rechtsanwalt in Düsseldorf

Dr. Herbert Wiedemann
Professor a. d. Universität zu Köln

Dipl. Kaufm. Dr. Dr. Herbert Bröner
Wirtschaftsprüfer in Berlin

Dr. Konrad Mellerowicz
Professor a. d. Technischen Universität Berlin

Dr. Wolfgang Schilling
Rechtsanwalt in Mannheim
Professor a. d. Universität Heidelberg

Dr. Hans Würdinger
Professor a. d. Universität Hamburg

VIERTER BAND

§§ 291—410, Einführungsgesetz zum Aktiengesetz

Bearbeiter:

§§ 291—328: Würdinger

§§ 329—338: Barz

§§ 339—361: Schilling

§§ 362—393 (mit Anhang: Umwandlungs-
gesetz): Meyer-Landrut

§§ 394—410: Klug

EGAktG: Vgl. Liste der Bearbeiter auf S. 802

Register: Dr. Volker Kluge, Berlin



1975

DE GRUYTER
BERLIN · NEW YORK

Erscheinungsdaten der Lieferungen

Lieferung 1 (§§ 291—328): Dezember 1971

Lieferung 2 (§§ 329—393): Dezember 1973

Lieferung 3 (§§ 394—410, EGAktG, Register): September 1975

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Aktiengesetz: Großkommentar
früher bearb. von W. Gadow [u. a.]. Von Carl Hans Barz [u. a.].
(Großkommentare der Praxis)

NE: Barz, Carl Hans [Bearb.]

Bd. 4. §§ 291-410, Einführungsgesetz zum Aktiengesetz
Bearb.: Würdinger [u. a.].

Abschlußaufnahme von Bd. 4.
ISBN 3-11-006612-2

NE: Würdinger, Hans [Bearb.]

©

Copyright 1971/1973/1975 by Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Gutentag, Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., 1 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany.

Satz und Druck: Walter de Gruyter & Co., 1 Berlin 30. Bindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, Berlin 61

Inhaltsverzeichnis

zum IV. Band

Drittes Buch. Verbundene Unternehmen	Seite
Vorbemerkungen	1
Erster Teil. Unternehmensverträge §§ 291—307	9
Erster Abschnitt. Arten von Unternehmensverträgen §§ 291, 292.	9
Zweiter Abschnitt. Abschluß, Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen §§ 293—299.	44
Dritter Abschnitt. Sicherung der Gesellschaft und der Gläubiger §§ 300—303.	64
Vierter Abschnitt. Sicherung der außenstehenden Aktionäre bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen 304—307	82
Zweiter Teil. Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Abhängigkeit von Unternehmen §§ 308—318	113
Erster Abschnitt. Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags §§ 308—310	113
Zweiter Abschnitt. Verantwortlichkeit bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags §§ 311—318	128
Dritter Teil. Eingegliederte Gesellschaften §§ 319—327.	168
Vierter Teil. Wechselseitig beteiligte Unternehmen § 328	217
Fünfter Teil. Rechnungslegung im Konzern §§ 329—338.	222
 Viertes Buch. Verschmelzung. Vermögensübertragung. Umwandlung	
Erster Teil. Verschmelzung §§ 339—358	355
Erster Abschnitt. Verschmelzung von Aktiengesellschaften §§ 339—353.	355
Erster Unterabschnitt. Verschmelzung durch Aufnahme §§ 340—352	365
Zweiter Unterabschnitt. Verschmelzung durch Neubildung § 353.	449
Zweiter Abschnitt. Verschmelzung von Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie von Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften § 354	461
Dritter Abschnitt. Verschmelzung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien §§ 355, 356	464
Vierter Abschnitt. Verschmelzung einer bergrechtlichen Gewerkschaft mit einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien §§ 357, 358	469
Zweiter Teil. Vermögensübertragung §§ 359—361	478

	Seite
Dritter Teil. Umwandlung §§ 362—393	
Vorbemerkungen	497
Erster Abschnitt. Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Kommanditgesellschaft auf Aktien §§ 362—365	501
Zweiter Abschnitt. Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine Aktiengesellschaft §§ 366—368	513
Dritter Abschnitt. Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung §§ 369—375	521
Vierter Abschnitt. Umwandlung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine Aktiengesellschaft §§ 376—383	553
Fünfter Abschnitt. Umwandlung einer bergrechtlichen Gewerkschaft in eine Aktiengesellschaft §§ 384, 385	571
Sechster Abschnitt. Umwandlung einer Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts in eine Aktiengesellschaft §§ 385 a—385 c.	576
Siebenter Abschnitt. Umwandlung eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit in eine Aktiengesellschaft §§ 385 d—385 l	578
Achter Abschnitt. Umwandlung einer Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft §§ 385 m—385 q.	588
Neunter Abschnitt. Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung §§ 386—388	593
Zehnter Abschnitt. Umwandlung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine Kommanditgesellschaft auf Aktien §§ 389—392.	595
Elfter Abschnitt. Umwandlung einer bergrechtlichen Gewerkschaft in eine Kommanditgesellschaft auf Aktien § 393	599
Anhang: Umwandlungsgesetz	602

Fünftes Buch. Sonder-, Straf- und Schlußvorschriften

Erster Teil. Sondervorschriften bei Beteiligung von Gebietskörperschaften §§ 394, 395	681
Zweiter Teil. Gerichtliche Auflösung §§ 396—398	685
Dritter Teil. Straf- und Bußgeldvorschriften. Schlußvorschriften §§ 399—410	695

Einführungsgesetz zum Aktiengesetz

Erster Abschnitt. Übergangsvorschriften §§ 1—26	803
Zweiter Abschnitt. Anwendung aktienrechtlicher Vorschriften auf Unternehmen mit anderer Rechtsform §§ 27, 28	874
Dritter Abschnitt. Aufhebung und Änderung von Gesetzen §§ 29—44	878
Vierter Abschnitt. Schlußvorschriften §§ 45, 46.	896
Register zum IV. Band	897

Drittes Buch

Verbundene Unternehmen

Vorbemerkungen

Schrifttum

a) Zur Frage: „Sind auf dem Gebiete des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher Art erforderlich?“ *H. Rasch* (Gutachten), Verhandlungen des 42. DJT 1957, Bd. I, 3. Teil; *H. Würdinger*, Referat zum 42. DJT, Sitzungsberichte Bd. II (1959); Studienkommission des DJT, „Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts (1967)“; Amtl. Begr., Vorbermerkung zum Dritten Buch des RegE (*Kropff* S. 373 ff.); ferner oben Bd. I Einleitung vor § 1 sub II 2a, 3a, 4a, IV 1c.

b) „*Enquête-Bericht*“ = Bericht I u. II über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft vom 6. 9. 1964 u. 9. 10. 1964 (BT-Drucksache IV/2320) und zu/IV2320; „Die Konzentration in der Wirtschaft“, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Neue Folge, 3 Bände hrsg. von *H. Arndt* (1960); *derselbe*, „Die Konzentration der westdeutschen Wirtschaft“ (1966); *F. W. Hardach*, „Konzernorganisation“, Schrift des Arbeitskreises der Schmalenbach-Gesellschaft (1964); *Sieber*, Betriebskonzentration, Unternehmenskonzentration und Konzernierung (1962); *H. Meilicke*, Korporative Versklavung deutscher Aktiengesellschaften durch Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge gegenüber ausländischen Unternehmen, in Festschrift für E. Hirsch (1969) S. 99 ff.; *Stützl*, Aktienrechtsreform und Konzentration (1960); *W. Huppert*, Internationale Industriekonzerne (1966).

c) *Mestmäcker*, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre im deutschen und amerikanischen Recht (1958); *derselbe*, Zur Systematik des Rechts der Verbundenen Unternehmen, Festschrift für H. Kronstein (1967) S. 130 ff.; *H. J. Hermann*, Rechtsform der grenzüberschreitenden Kooperation und Konzentration im Gemeinsamen Markt, AG 1969, 348 ff.; *P. van Ommeslaghe*, Unternehmenskonzentration und Rechtsangleichung in der EWG, ZHR 132 (1969) S. 201 ff.; *M. Lutter*, „Empfehlen sich für die Zusammenfassung europäischer Unternehmen neben oder statt der europäischen Handelsgesellschaft und der internationalen Fusion weitere Möglichkeiten der Gestaltung auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts?“, Gutachten zum 48. DJT (1970).

d) Das ältere konzernrechtliche Schrifttum ist durch die Neuregelung im AktG 1965 weitgehend überholt. Als neue zusammenfassende Darstellungen seien genannt: *H. Rasch*, Deutsches Konzernrecht (4. Aufl. 1968); *derselbe*, Aktuelle Probleme des Konzernrechts und der Konzerngesetzgebung (1970); *Würdinger*, Aktien- und Konzernrecht (2. Aufl. 1966); *Obermüller-Werner-Wincken*, Aktiengesetz 1965 (1965) S. 167 ff.

e) Zum internationalen Recht vgl. *W. Bache*, Der internationale Unternehmensvertrag nach deutschem Kollisionsrecht (1969); *H. F. Luchterhandt*, Deutsches Konzernrecht bei grenzüberschreitenden Konzernverbindungen (1971); *Koppensteiner*, Internationale Unternehmen im Deutschen Gesellschaftsrecht (1971); *Ph. Möhring*, Das neue Konzernrecht und seine Auswirkungen auf andere Rechtsgebiete, Frankf. Jur. Ges. Heft 2; *Werner*, Probleme des neuen Konzernrechts, NBetrW 1967 Heft 4.

f) *Kropff*, Aktiengesetz, Textausgabe. Begründung des Regierungsentwurfs. Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags (1965).

Weiteres Schrifttum s. bei den einzelnen Abschnitten.

I. Inhalt und Aufbau des Dritten Buches

1. Notwendigkeit der gesetzlichen Regelung

a) Während im Mittelpunkt des Ersten und Zweiten Buches die Aktiengesellschaft als solche steht und dort die innere Ordnung derselben, die Rechte der Aktionäre und der Schutz der Gläubiger geregelt wird und nur einzelne Rechtsfragen einbezogen sind, welche sich aus Beziehungen der Gesellschaft zu anderen Unternehmen ergeben (s. unten 3), enthält das Dritte Buch die materielle Regelung bestimmter Unternehmensverbindungen, insbesondere der Unterordnungskonzerne und der Eingliederung. Es trägt damit der Strukturwandlung Rechnung, welche durch den Zug zur Unterneh-

menskonzentration bedingt ist, indem insbesondere konzernmäßige Verbindungen das aktienrechtliche Kräftespiel zwischen den Organen der Gesellschaft aus den Angeln gehoben haben und die Geschicke dieser Gesellschaften außerhalb der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung auf Wegen bestimmt werden, die zum größten Teil auf Verträgen mit anderen Unternehmen beruhen, sich aber bisher überwiegend jeder rechtlichen Ordnung entzogen haben (Amtl. Begr. Kropff S. 373).

b) Das Dritte Buch stellt die wesentlichste Neuschöpfung des AktG 1965 dar. Die darin enthaltene Regelung des Vertragskonzerns, des faktischen Konzerns und der Eingliederung hat Vorläufer weder im deutschen noch im ausländischen Recht.

Wichtige Ansätze zum Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag liegen jedoch in der Vertragspraxis, die sich unter dem früheren Recht aus steuerrechtlichen Gründen herausgebildet hatte, nämlich in den Verträgen zur Begründung der körperschaftsteuerrechtlichen Organschaft, welche, zunächst ebenfalls ohne gesetzliche Regelung, von der Rechtsprechung der Steuergerichte entwickelt worden war (s. bes. Flume DB 56, 455 ff.; 672 ff.; Duden, BB 57, 49 ff.; Ballerstedt, DB 56, 813 ff., 837 ff.; Rasch, Konzernrecht S. 94, 264 ff.; Birkholz, BB 66, 709 ff.; Enquête-Bericht II S. 581).

Die Vorschriften des Dritten Buches sind jedoch, soweit sie im Zusammenhang mit der steuerrechtlichen Entwicklung stehen, von dieser gelöst. Der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag sind zu selbständigen aktienrechtlichen Institutionen geworden (vgl. auch Hübl, Die körperschaftsteuerrechtliche Organschaft und das neue Konzernrecht, BB 1965, 53 ff.).

Das Körperschaftsteuergesetz in der Fassung vom 13. 10. 1969 (BGBl. I, 1869) hat in § 7a die körperschaftsteuerliche Organschaft den Vorschriften des AktG angepaßt.

In das Dritte Buch sind ferner wichtige, auf Verträgen beruhende Unternehmensverbindungen einbezogen, die keine Konzerne darstellen und teilweise in § 256 AktG 1937 erfaßt waren. Sie sind in § 292 aufgezählt und haben gegenüber dem früheren Recht eine weitergehende Ausgestaltung erfahren. Aus diesem Grunde ist das Dritte Buch nicht mit „Konzernrecht“ überschrieben, sondern trägt es die Überschrift „Verbundene Unternehmen“.

2. Aufbau der Regelung

a) Das Dritte Buch umfaßt fünf Teile:

Im *Ersten Teil*, erster Abschnitt werden in § 291 der den Vertragskonzern begründende Beherrschungsvertrag und der für das steuerliche Organschaftsverhältnis erforderliche Gewinnabführungsvertrag definiert; ihnen sind in § 292 die übrigen Unternehmensverträge gegenübergestellt, welche sowohl zwischen unabhängigen Unternehmen als auch im Rahmen von Konzernen geschlossen werden können, als solche aber keinen Konzern begründen.

Alle Unternehmensverträge unterliegen den im zweiten Abschnitt §§ 293-299 enthaltenen Vorschriften über Abschluß, Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen.

Beim Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, aber auch bei einigen anderen Unternehmensverträgen sind besondere Maßnahmen zum Schutze der Gesellschafter und der Gläubiger geboten, welche der dritte Abschnitt (§§ 300-303) enthält, während der vierte Abschnitt (§§ 30-07) ausschließlich den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag betrifft und die mit diesen Verträgen zur Sicherung der außenstehenden Aktionäre verbundenen Maßnahmen zum Gegenstande hat.

Der *Zweite Teil* regelt den Unterordnungskonzern des § 18 Abs. 1 und zwar im ersten Abschnitt die Leitungsmacht und Verantwortlichkeit beim Vertragskonzern, im zweiten Abschnitt die Verantwortlichkeit bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags, welche sowohl den faktischen Konzern betrifft, darüber hinaus aber in allen Fällen Platz greift, in denen eine AG von einem anderen Unternehmen beherrscht wird (s. darüber § 311 Vorbemerkung).

Der *Dritte Teil* enthält die Eingliederung, deren Ausgestaltung der Verschmelzung nahekommt, wobei jedoch die eingegliederte Gesellschaft als Rechtssubjekt bestehen bleibt. Die Eingliederung ist auf Aktiengesellschaften mit Sitz im Inland beschränkt und kann nur herbeigeführt werden, wenn die herrschende Gesellschaft entweder Allein-

aktionärin der abhängigen Gesellschaft ist oder wenigstens 95% der Anteile derselben besitzt (§§ 319, 320).

Der *Vierte Teil* betrifft die wechselseitige Beteiligung in Ergänzung der in § 19 enthaltenen Regelung.

Der *Fünfte Teil* hat den Konzernabschluß und Konzerngeschäftsbericht zum Inhalt.

b) Zu den verbundenen Unternehmen können Unternehmen verschiedener Rechtsform gehören. Das Gesetz enthält im Dritten Buch nur Sondervorschriften für die AG und KoAG, sei es, daß diese Gesellschaften Partner eines Unternehmensvertrages sind oder daß sie einem Konzern zugehören. Auch die Vorschriften über die Rechnungslegung im Konzern beziehen sich auf die AG oder KoAG (§§ 329, 330).

Die für die GmbH als Konzerngesellschaft erforderliche Regelung bleibt der Reform des GmbH-Rechts vorbehalten (vgl. RefE eines GmbH-Ges.).

Durch § 28 EG AktG wird die Verpflichtung zur Aufstellung eines konsolidierten Jahresabschlusses auch auf die GmbH und bergrechtliche Gewerkschaft erstreckt, wenn sie herrschende Konzernunternehmen sind und zu den einzubeziehenden Konzernunternehmen eine AG oder KoAG gehört.

Darüber hinaus wird durch das sog. *Publizitätsgesetz* (Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen vom 15. 8. 1969 [BGBl. I, 1189]) die Verpflichtung zur Aufstellung eines Konzernabschlusses und Konzerngeschäftsberichts *Großunternehmen* beliebiger Rechtsform auferlegt, bei welchen die in § 11 dieses Gesetzes aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind.

3. Verhältnis der im Dritten Buch geregelten „Verbundenen Unternehmen“ zu § 15

Während die in den §§ 15 bis 19 enthaltenen Definitionen den Zweck haben, jene Unternehmensverbindungen zu umschreiben, mit denen sich besondere rechtliche Konsequenzen in Einzelfällen verbinden (s. § 15 Anm. 4; § 16 Anm. 12; § 17 Anm. 12; § 18 Anm. 11 u. 16; § 19 Anm. 8, 9), enthält das Dritte Buch die *materielle* Regelung bestimmter Unternehmensverbindungen.

Alle im Dritten Buch geregelten Unternehmensverbindungen fallen unter § 15. Umgekehrt enthält das Dritte Buch nicht für alle in § 15 definierten Unternehmensverbindungen besondere Vorschriften.

Nach § 15 begründet die „Mehrheitsbeteiligung“ (§ 16) verbundene Unternehmen. Für das Dritte Buch ist die Mehrheitsbeteiligung nur insofern von Bedeutung, als sich mit ihr gemäß § 17 Abs. 2 die Vermutung der Abhängigkeit verbindet. Ist das Unternehmen, welches in Mehrheitsbesitz steht, eine AG oder KoAG und wird die Abhängigkeitsvermutung nicht widerlegt, dann greifen die §§ 311 ff. Platz (s. § 16 Anm. 12 sub 1; § 17 Anm. 12 sub 3d).

Verbundene Unternehmen sind sodann die Konzernunternehmen und zwar nicht nur jene des Unterordnungskonzerns (§ 18 Abs. 1), sondern auch die in einem Gleichordnungskonzern (§ 18 Abs. 2) zusammengefaßten Unternehmen. Über den Gleichordnungskonzern enthält das Dritte Buch keine Vorschriften. Andererseits regelt das Dritte Buch die „Eingliederung“, welche in § 15 nicht erwähnt ist. Sie unterliegt aber dem § 15, weil sie gemäß § 18 Abs. 1 Satz 2 unwiderleglich einen Konzern begründet.

Verbundene Unternehmen i. S. des § 15 sind sodann die Vertragsteile eines Unternehmensvertrages. Die Unternehmensverträge sind in den §§ 291, 292 aufgezählt und definiert (s. § 292 Einleitung sub d). Das bedeutet, daß nur die in diesen Bestimmungen genannten Verträge „Unternehmensverträge“ im Sinne des § 15 sind.

II. Verhältnis des Rechts der verbundenen Unternehmen zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Das AktG regelt das Recht der verbundenen Unternehmen unter *gesellschaftsrechtlichen* Gesichtspunkten. Es nimmt keine Stellung zu der Frage, wie die einzelnen Unternehmensverbindungen sich zu den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, zu den Art. 65, 66 des Vertrages über die Gründung der Europäischen

Gemeinschaft für Kohle und Stahl und zu Art. 85, 86 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft verhalten. Diese Fragen können hier nicht erörtert werden (vgl. bes. W. Fikentscher, Die Interessengemeinschaft, FIW-Schriftenreihe Heft 30 (1966); W. Harms, Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, FIW-Schriftenreihe Heft 45 (1968), Th. Mulert, Die Wettbewerbsbeschränkung zwischen verbundenen Unternehmen, WuW-Schriftenreihe Heft 13 (1970).

a) Unternehmensverbindungen können unter das *Kartellverbot* des § 1 GWB und Art. 85 EWGV fallen. Diese Frage stellt sich insbesondere bei Gleichordnungskonzernen unter branchengleichen Unternehmen, zwischen welchen durch ihre Unterstellung unter einheitlicher Leitung ein Wettbewerb ausgeschlossen wird (s. § 291 Anm. 34).

b) Verbundene Unternehmen können sodann durch den Zusammenschluß *marktbeherrschend* werden und damit der in § 20 GWB vorgesehenen Mißbrauchsaufsicht unterliegen.

c) Besondere Bedeutung wird die im Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (BT-Drucks. VI/2520) vorgesehene *Fusionskontrolle* erlangen, indem Zusammenschlüsse durch Beteiligungserwerb oder durch bestimmte aktienrechtliche Unternehmensverträge, sofern zu erwarten ist, daß durch sie eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, unter bestimmten Voraussetzungen vom Bundeskartellamt mit Auflagen verbunden oder untersagt, oder nicht genehmigte aber vollzogene Zusammenschlüsse zur Wiederauflösung gezwungen werden können.

III. Betriebsverfassung und Mitbestimmung

Bei der Aktienrechtsreform wurde die Mitbestimmungsfrage ausgeklammert (s. Einleitung vor § 1 sub IV 5). Durch § 40 EGAktG sind jedoch mehrere Bestimmungen des BetrVG geändert und § 77 a neu eingeführt worden; geändert wurden ferner § 5 Satz 2 MitbestG und mehrere Bestimmungen des MitbestErgG.

Nach der Neufassung des § 76 Abs. 4 Satz 1 BetrVG nehmen an der Wahl der Arbeitnehmer für den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens eines Konzerns (§ 18 Abs. 1 Satz 1 und 2 AktG) auch die Arbeitnehmer der Betriebe der übrigen Konzernunternehmen teil. Da im Unterordnungskonzern die abhängige Gesellschaft mit dem herrschenden Unternehmen unter der Leitung desselben zusammengefaßt wird, sollen die Arbeitnehmer der abhängigen Gesellschaft an der Wahl der Arbeitnehmervertreter im Kontrollorgan jener Gesellschaft beteiligt sein, durch welche auch das Schicksal der abhängigen Gesellschaft maßgebend bestimmt wird (s. dazu § 96 Anm. 3).

Um die Möglichkeit der Einflußnahme der Arbeitnehmervertreter bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrages zu wahren, ist in § 308 Abs. 3 bestimmt, daß, wenn das herrschende Unternehmen einen Aufsichtsrat hat, eine Weisung desselben gegenüber der abhängigen Gesellschaft, deren Vollzug der Zustimmung des Aufsichtsrats dieser Gesellschaft bedarf, von diesem aber abgelehnt wird, nur wiederholt werden darf, wenn der Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens zustimmt. Dasselbe gilt nach § 323 Abs. 1 Satz 2 für die Eingliederung.

IV. Das Konzernrecht insbesondere

1. Begriff und Eigenart der Konzerne

In § 18 Abs. 1 u. 2 sind der Unterordnungskonzern und der Gleichordnungskonzern definiert. Der *Unterordnungskonzern* ist dadurch gekennzeichnet, daß ein herrschendes Unternehmen ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter seiner einheitlichen Leitung zusammenfaßt. Ein *Gleichordnungskonzern* liegt vor, wenn rechtlich selbständige Unternehmen, die voneinander unabhängig sind, unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt werden.

Während der Gleichordnungskonzern einer besonderen Regelung nicht bedarf, weil, wenn zu ihm eine AG oder KoAG gehört, bei dieser mangels bestehender Abhängigkeit die Funktionen der Gesellschaftsorgane intakt bleiben, ergeben sich beim Unterordnungskonzern rechtspolitische Probleme für die konzernabhängige AG oder KoAG

daraus, daß das herrschende Unternehmen in der Lage ist, die Funktion der Gesellschaftsorgane außer Kraft zu setzen und die Gesellschaft seinem Willen zu unterwerfen.

a) Das klassische Mittel, welches dem herrschenden Unternehmen die Macht verschafft, die abhängige Gesellschaft seinem Willen und seiner Leitung zu unterwerfen, ist die *Beteiligung*. Verfügt ein Unternehmen über die Mehrheit der Stimmen, dann ist es in der Lage, in das Kontroll- und Geschäftsführungsorgan der Gesellschaft seine eigenen Leute zu berufen. In dem Enquête-Bericht II S. 573 ist gesagt: „Während die kapitalmäßigen Verbindungen die Grundlage dafür schaffen, Unternehmen zu Konzernen zusammenzuschließen, sind die persönlichen Verbindungen zwischen den Organen der einzelnen Gesellschaften eines der wichtigsten Mittel für die Durchsetzung der einheitlichen Leitung“.

b) Die Leitungsmacht, welche dem herrschenden Unternehmen durch seine Beteiligung an der abhängigen Gesellschaft verschafft wird, ist nicht ein vom Gesetz gewährtes subjektives Recht, sondern eine *faktische* Macht. Sie aber verschafft dem herrschenden Unternehmen die Möglichkeit, das Funktionieren der Organe der beherrschten Gesellschaft außer Kraft zu setzen. Der Vorstand der abhängigen Gesellschaft trifft weitgehend nicht mehr eigene Entscheidungen, sondern vollzieht die ihm erteilten Weisungen des herrschenden Unternehmens. Das Kontrollorgan der abhängigen Gesellschaft, welchem Vertreter des herrschenden Unternehmens angehören, kontrolliert nicht mehr die auf eigener Entscheidung der Geschäftsführer der beherrschten Gesellschaft beruhenden Maßnahmen, sondern den Vollzug der vom herrschenden Unternehmen erteilten Weisungen. Auch die Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft wird beherrscht von dem als Großaktionär beteiligten Unternehmen, welches möglicherweise mit seinen Stimmen allein Beschlüsse zu fassen in der Lage ist.

Als Großaktionär aber ist das herrschende Unternehmen im traditionellen Aktienrecht nicht Organ der abhängigen Gesellschaft und bei seiner Einflußnahme auf dieselbe nicht für die Wahrung der Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters verantwortlich; es trägt keine organschaftliche Verantwortlichkeit gegenüber der abhängigen Gesellschaft.

Angesichts der Tatsache, daß nach Gessler, BB 65, 681 1965 rund 70% der Gesellschaften in irgendeiner Form konzernverbunden waren, — die Zunahme der Konzentrationen von 1966-1969 ist aus dem Bericht des Bundeskartellamts für 1969 (BT-Drucks. IV/950) S. 12 zu ersehen —, konnte der Gesetzgeber nicht mehr untätig bleiben (s. Einleitung vor § 1 sub IV 1 c und Vorbem. vor §§ 15 bis 19 sub I 1).

2. Die Konzeption der gesetzlichen Regelung

Um einerseits dem wirtschaftlichen Bedürfnis nach konzernmäßiger Unternehmenskonzentration Rechnung zu tragen, andererseits die Machtverhältnisse rechtlich zu ordnen und dem Unterordnungskonzern eine rechtliche Verfassung zu geben, soll die *faktische* Macht des herrschenden Unternehmens *legalisiert* und als rechtliche Zuständigkeit und Befugnis zur Leitung der abhängigen Gesellschaft ausgestaltet werden.

Zu diesem Zwecke stellt das Gesetz zwei Arten organisatorischer Unternehmensverbindung zur Verfügung, den *Beherrschungsvertrag* und die *Eingliederung*.

a) Durch den *Beherrschungsvertrag* erlangt das herrschende Unternehmen die Leitungsmacht gegenüber der beherrschten Gesellschaft (§ 308). Es wird befugt, die beherrschte Gesellschaft seinen Interessen unterzuordnen und dienstbar zu machen, selbst wenn dieses mit Nachteilen für diese Gesellschaft verbunden ist. Durch die mit dem Beherrschungsvertrag verbundene Lockerung der Vermögensbindung der beherrschten Gesellschaft (§ 291 Abs. 3) wird dem herrschenden Unternehmen auch die Möglichkeit zu Dispositionen über das Vermögen derselben eröffnet, welche dem Vorstand einer unabhängigen Gesellschaft versagt sind.

Der Beherrschungsvertrag ist daher das geeignete Mittel, durch einheitliche Leitung die Tätigkeiten der unterworfenen Gesellschaften nach einheitlicher Planung auszurichten. Die Unterwerfung von Unternehmen gleichartiger Erzeugnisse eröffnet die Möglichkeit, die Produktion derselben durch Spezialisierung und Kooperation zu

rationalisieren. Durch Zusammenfassung von Unternehmen, welche im Produktionsverlauf aufeinander folgen, ist das herrschende Unternehmen in der Lage, unter Ausschaltung des Marktes einerseits seine Versorgung mit Rohstoffen zu sichern, andererseits durch Belieferung weiterverarbeitender Unternehmen für laufenden Absatz seiner eigenen Erzeugnisse zu sorgen. Durch Zusammenfassung von Unternehmen heterogener Art unter einheitlicher Leitung ist das herrschende Unternehmen in der Lage, die Schwankungen der verschiedenen Märkte auszugleichen und auszunutzen.

Die Unterordnung der unterworfenen Gesellschaften unter die Interessen des herrschenden Unternehmens beeinträchtigt jedoch die an den abhängigen Gesellschaften beteiligten außenstehenden Aktionäre und die Gläubiger dieser Gesellschaften.

Da durch den Beherrschungsvertrag der traditionelle Schutz der abhängigen Gesellschaft, ihrer außenstehenden Aktionäre und Gläubiger weitgehend aufgehoben wird, welcher im klassischen Aktienrecht gewährleistet ist durch die Ausgewogenheit der Kompetenzverteilung unter den Organen der Gesellschaft, durch die Bindung des Vermögens der Gesellschaft und durch die Selbständigkeit der Willensbildung ihrer Organe, muß an dessen Stelle ein anderer Rechtsschutz treten.

Mit dem Beherrschungsvertrag verbinden sich daher zwingend besondere Garantien für die abhängige Gesellschaft, ihre außenstehenden Aktionäre und Gläubiger (§§ 300—307), welche bewirken sollen, daß die haftende Vermögenssubstanz der Gesellschaft erhalten bleibt und daß die außenstehenden Aktionäre von Beeinträchtigungen ihrer Beteiligungen nicht betroffen werden.

b) Eine wesentlich stärkere Unternehmensverbindung als durch den Beherrschungsvertrag wird durch die *Eingliederung* (§§ 319ff.) herbeigeführt. Sie bewirkt die völlige Integration der abhängigen Gesellschaft mit ihrem Unternehmen und ihrem Vermögen in die Hauptgesellschaft und steht damit der Verschmelzung beider Gesellschaften gleich. Im Gegensatz zur Verschmelzung bleibt jedoch die eingegliederte Gesellschaft als Rechtsperson erhalten, so daß sie weiterhin unter ihrer Firma im Geschäftsverkehr mit Dritten auftreten kann und daß in ihrem Vorstand Nachwuchskräfte sich schulen und bewähren können. Während die Verschmelzung einen endgültigen Zustand schafft, ist die Eingliederung ohne Schwierigkeit wieder lösbar.

Eine derartige Unterwerfung einer Gesellschaft unter eine andere Gesellschaft ist jedoch nur möglich, wenn bei der unterworfenen Gesellschaft außenstehende Aktionäre fehlen, die Hauptgesellschaft mithin alle Anteile in ihrer Hand vereinigt und wenn ferner zum Schutze der Gläubiger die Hauptgesellschaft für alle Verbindlichkeiten der eingegliederten Gesellschaft solidarisch haftet.

c) Ohne Abschluß eines Beherrschungsvertrages hingegen darf das herrschende Unternehmen die abhängige Gesellschaft nicht schädigen bzw. hat es zugefügte Nachteile wieder zu kompensieren (§ 311; s. darüber § 311 Einleitung). Zur Kontrolle dessen, ob die abhängige Gesellschaft von dem herrschenden Unternehmen geschädigt wurde und ein etwaiger Schaden wieder ausgeglichen worden ist, dient der nach § 312 zu erstattende sog. Abhängigkeitsbericht, welcher gemäß §§ 313-315 besonderer Prüfung unterliegt; nicht ausgeglichene Benachteiligung der abhängigen Gesellschaft zieht Schadensersatzpflicht nach sich (§§ 317, 318).

V. Mehrstufige Unternehmensverbindungen

1. Beherrscht eine Muttergesellschaft ihre Tochtergesellschaft, diese wiederum eine Einzelgesellschaft, dann ist die Einzelgesellschaft nach § 17 von der Tochtergesellschaft unmittelbar und von der Muttergesellschaft mittelbar abhängig. Da die §§ 311ff. an die in § 17 definierte Abhängigkeit anknüpfen, in welche auch die mittelbare Abhängigkeit einbezogen ist, gelten sie auch gegenüber einem mittelbar herrschenden Unternehmen. Über die hieraus sich ergebenden Fragen s. § 311 Anm. 16 u. 17.

2. Möglich ist, daß in solchem Falle ein Beherrschungsvertrag nur zwischen der Mutter- und Tochtergesellschaft oder nur zwischen der Tochter- und Einzelgesellschaft besteht. Möglich ist aber auch ein Beherrschungsvertrag in beiden Stufen. Darüber s. § 311 Anm. 18 u. 19; § 291 Anm. 28 bis 30.

Vorbemerkungen (Würdinger)

3. Möglich ist ferner ein Zusammentreffen von Beherrschungsvertrag und Eingliederung auf verschiedenen Stufen der Abhängigkeit, sei es, daß die Muttergesellschaft sich durch Beherrschungsvertrag die Tochtergesellschaft unterworfen hat, in welche die Enkelgesellschaft eingegliedert ist, was insbesondere dann der Fall sein kann, wenn die Muttergesellschaft sich im Ausland befindet. Darüber s. § 323 Anm. 15. Möglich ist umgekehrt, daß die Tochtergesellschaft in die Muttergesellschaft eingegliedert ist, die Tochtergesellschaft aber sich durch Beherrschungsvertrag die Enkelgesellschaft unterworfen hat; darüber s. § 324 Anm. 3.

4. Denkbar ist endlich eine mehrstufige Eingliederung, indem die in die Muttergesellschaft eingegliederte Tochtergesellschaft ihrerseits wieder Hauptgesellschaft der in sie eingegliederten Enkelgesellschaft bildet; darüber s. § 323 Anm. 18.

5. Über Eingliederung mehrerer Gesellschaften in dieselbe Hauptgesellschaft s. § 322 Anm. 7; § 325 Anm. 4.

VI. Internationale Unternehmensverbindungen

Inwieweit auf internationale Unternehmensverbindungen deutsches Recht zur Anwendung kommt, ist bei den einzelnen Vorschriften zu erörtern. Hier sei nur auf folgende allgemeine Gesichtspunkte hingewiesen.

1. Der Beherrschungsvertrag ist ein Organisationsvertrag, welcher die körperschaftliche Verfassung der unterworfenen Gesellschaft betrifft und zum Personalstatut derselben gehört (§ 291 Anm. 11 u. 39). Wird er mit einem herrschenden Unternehmen im Ausland geschlossen, so ist auch dieses, da es seine Leitungsmacht aus dem Statut der inländischen Gesellschaft ableitet, den §§ 293 bis 310 unterworfen (§ 291 Anm. 31—33). Eine Ausnahme gilt für § 293 Abs. 2 (§ 293 Anm. 14).

Über den mit einem ausländischen Unternehmen geschlossenen Gewinnabführungsvertrag s. § 291 Anm. 36 u. 49.

2. Hinsichtlich der übrigen Unternehmensverbindungen gilt als Faustregel der Grundsatz, daß diejenigen Vorschriften des deutschen Rechts, welche Schutz der inländischen Gesellschaft, ihrer Anteilseigner und Gläubiger bezwecken, auch für das ausländische Unternehmen verbindlich sind.

a) Dieser Grundsatz gilt zunächst bei internationalem Herrschafts- und Abhängigkeitsverhältnis. Wird eine inländische Gesellschaft von einem ausländischen Unternehmen beherrscht, so ist bei den an dieses Herrschaftsverhältnis anknüpfenden Vorschriften (§ 17 Anm. 12 sub 3) zu prüfen, ob sie dem Schutz der abhängigen Gesellschaft dienen. Dieses trifft jedenfalls zu für die §§ 311 ff., weshalb sie auch im Verhältnis zu einem herrschenden Unternehmen im Ausland gelten (§ 311 Anm. 22, 23). Gleiches gilt für die §§ 20, 21; es unterliegt daher auch das herrschende Unternehmen der Mitteilungspflicht und der in den §§ 20 Abs. 7, 21 Abs. 4 enthaltenen Sanktion. Aus dem gleichen Grunde ist ein herrschendes ausländisches Unternehmen, welches den Betrieb der abhängigen inländischen Gesellschaft pachtet oder zur Führung übernimmt, zum Verlustausgleich gemäß § 302 Abs. 2 verpflichtet.

b) Derselbe Grundsatz ist auch für internationale Gleichordnungskonzerne maßgebend. Der in § 291 Abs. 2 genannte Vertrag, durch welchen sich voneinander unabhängige Unternehmen einheitlicher Leitung unterstellen, ist in der Regel ein schuldrechtlicher Gesellschaftsvertrag nach § 705 BGB; so insbesondere der sog. Interessengemeinschaftsvertrag. Wiewohl es möglich ist, ihn durch Vereinbarung ausländischem Recht zu unterstellen, sind jene Vorschriften des deutschen Rechts, welche dem Schutz des inländischen Partners dienen, anzuwenden. Ist z. B. mit der Interessengemeinschaft eine Gewinngemeinschaft (§ 292 Nr. 1) verbunden, so kommen, falls die inländische Partnerin eine AG oder KoAG ist, die §§ 293 ff. zur Anwendung (s. § 292 Anm. 11).

3. Die Vorschriften über die wechselseitige Beteiligung (§§ 19, 328) hingegen kommen, da der Begriff wechselseitige Beteiligung in § 19 Abs. 1 auf inländische Gesell-

Drittes Buch: Verbundene Unternehmen

schaften beschränkt ist, auf gegenseitige Beteiligungen einer in- und ausländischen Gesellschaft nicht zur Anwendung (§ 328 Anm. 8). Hat jedoch bei gegenseitiger Beteiligung das ausländische Unternehmen gegenüber der inländischen Gesellschaft eine herrschende Stellung, dann gilt der sub 2 a genannte Grundsatz (§ 19 Anm. 2).

4. Auch die Eingliederung (§ 319) ist nur zwischen inländischen Gesellschaften möglich. Die Sitzverlegung einer Gesellschaft, sei es der Hauptgesellschaft oder der eingegliederten Gesellschaft, führt daher zwangsläufig zur Beendigung der Eingliederung (§ 327 Anm. 3 sub c, d).

Erster Teil

Unternehmensverträge

Erster Abschnitt

Arten von Unternehmensverträgen

§ 291 Beherrschungsvertrag. Gewinnabführungsvertrag

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

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

(3) Leistungen der Gesellschaft auf Grund eines Beherrschungs- oder eines Gewinnabführungsvertrags gelten nicht als Verstoß gegen die §§ 57, 58 und 60.

Übersicht

	Anm.		Anm.
I. Begriff und Arten der Unternehmensverträge		VII. Verschmelzung, Umwandlung	
1. Erforderliche Parteirolle der AG	1, 2	1. Der herrschenden Gesellschaft	24
2. Rechtliche Bedeutung des Begriffs Unternehmensvertrag	3	2. Der abhängigen Gesellschaft	25
3. Arten der Unternehmensverträge	4, 5	VIII. Körperschaftssteuerliche Organshaft	26, 27
4. Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Unternehmensverträge	6, 7	IX. Mehrstufige Beherrschungsverträge	28—30
A. Der Beherrschungsvertrag		X. Internationaler Beherrschungsvertrag	
I. Begriff und Gültigkeitserfordernisse		1. Unterwerfung einer ausländischen Gesellschaft	31
1. Begriff; Teilbeherrschungsvertrag	8	2. Ausländisches herrschendes Unternehmen	32
2. Gültigkeitsvoraussetzungen	9	3. Vollstreckung von Urteilen	33
3. Abschluß mit abhängiger Gesellschaft, mit Holding, bei wechselseitiger Beteiligung	10	B. Einheitliche Leitung im Gleichordnungskonzern	34
II. Rechtsnatur des Beherrschungsvertrags		C. Der Gewinnabführungsvertrag	
1. Organisationsvertrag	11, 12	1. Begriff	35
2. Folgerungen aus der Rechtsnatur	13	2. Bestandteil der Organshaft	36
3. Abgrenzung und Umgehung des Beherrschungsvertrags	14	3. Der Geschäftsführungsvertrag	37
		4. Geschäftsführung im fremden Namen	38
		5. Rechtsnatur des Vertrags	39
		6. Die Parteien des Vertrags; Organträger	40
		7. Abführung des ganzen Gewinns	41

	Anm.		Anm.
III. Die Parteien des Beherrschungsvertrags		8. Keine Abhängigkeitsfolge	42
1. Unternehmenseigenschaft	15	9. Abschluß, Änderung, Beendigung	43
2. Fehlen der Unternehmenseigenschaft	16	10. Aufhebung der Vermögensbindung	44
3. Abschluß, Änderung, Beendigung	17	11. Änderung des Gesellschaftskapitals	45
IV. Aufhebung der Vermögensbindung		12. Übertragung des Vertrags; Vortrag zugunsten Dritter	46
1. Aufhebung der §§ 57, 58, 60	18	13. Verschmelzung, Umwandlung	47
2. Grenzen der Aufhebung	19	14. Gewinnschuldverschreibungen und Genußrechte	48
V. Änderung des Gesellschaftskapitals		15. Gewinnabführungsvertrag mit ausländischem Unternehmen	49
1. Des herrschenden Unternehmens	20	D. Übergangsregelung § 22 EG AktG	
2. Der abhängigen Gesellschaft	21	1. Keine Heilung alter Verträge	50
VI. Übertragung des Vertrags		2. Überleitung alter Verträge	51
1. Unübertragbarkeit	22		
2. Delegation der Leitungsmacht	23		

I. Begriff und Arten der Unternehmensverträge

Anm. 1

1. Erforderliche Parteirolle der AG

Das Gesetz nennt die in den §§ 291, 292 aufgeführten Verträge „Unternehmensverträge“. Die Aufzählung ist erschöpfend; Unternehmensverträge sind nur solche, welche unter die im Gesetz aufgeführten Kategorien fallen (s. § 292 Einl. sub d).

Vorausgesetzt ist jedoch, daß eine AG oder KoAG als Vertragspartnerin beteiligt ist und hierbei die im Gesetz bestimmte Parteistellung innehat. Es muß also eine AG oder KoAG sein, welche ihre Leitung einem anderen Unternehmen unterstellt oder welche sich zur Abführung ihres Gewinns verpflichtet. Würde ein Unternehmen anderer Rechtsform, z. B. eine GmbH oder Personengesellschaft eine solche Verpflichtung gegenüber einer AG übernehmen, wäre der Vertrag weder ein Unternehmensvertrag noch ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag i. S. des AktG. Die Regelung dieses Falles bleibt vielmehr dem GmbH-Ges. vorbehalten.

Anm. 2

Auch bei den in § 292 aufgezählten Verträgen muß die AG die im Gesetz bestimmte Parteirolle einnehmen, soll für sie der Vertrag ein Unternehmensvertrag i. S. des § 292 sein. Die AG muß es also sein, welche sich zur Abführung eines Teilgewinns verpflichtet oder welche ihr Unternehmen verpachtet oder die Führung desselben dem Vertragspartner überläßt. Ist die AG hingegen die Pächterin des Unternehmens einer GmbH oder einer Personengesellschaft, so ist für sie der Vertrag nicht Unternehmensvertrag nach den §§ 292 ff.

Anm. 3

2. Rechtliche Bedeutung des Begriffs Unternehmensvertrag

Die rechtliche Bedeutung des Begriffs Unternehmensvertrag besteht zum einen darin, daß unter vorstehender Voraussetzung die Vertragsparteien eines Unternehmensvertrages „verbundene Unternehmen“ gemäß § 15 sind, somit den hieran anknüpfenden Vorschriften unterliegen (§ 15 Anm. 4, 5). Aus dem Begriff Unternehmensvertrag folgt weiter, daß für Abschluß, Änderung und Beendigung dieser Verträge die §§ 293 ff. maßgebend sind.

Anm. 4

3. Arten der Unternehmensverträge

Unternehmensverträge sind nach § 291 der *Beherrschungsvertrag* (Anm. 8ff.), der *Gewinnabführungsvertrag* (Anm. 35) und der als Gewinnabführungsvertrag geltende Vertrag, durch den eine AG oder KoAG es übernimmt, ihre Unternehmen für Rechnung eines anderen Unternehmens zu führen, sog. *Geschäftsführungsvertrag* (Anm. 37).

Nicht Unternehmensverträge hingegen sind die in § 291 Abs. 2 genannten Verträge, durch welche voneinander unabhängige Unternehmen sich einheitlicher Leitung unterstellen, ohne daß dadurch eine Abhängigkeit begründet wird (Anm. 34).

Nach § 292, der teilweise dem § 256 AktG 1937 entspricht, sind sodann Unternehmensverträge der auf *Gewinngemeinschaft* gerichtete Vertrag (§ 292 Anm. 1), der *Teilgewinnabführungsvertrag* (§ 292 Anm. 12) und der *Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrag* (§ 292 Anm. 17), wiederum unter der Voraussetzung, daß eine AG oder KoAG die im Gesetz vorgesehene Parteirolle einnimmt.

Anm. 5

Die Zusammenfassung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags einschließlich des als Gewinnabführungsvertrag geltenden Geschäftsführungsvertrags (Abs. 1 Satz 2) in § 291 entspricht dem Umstand, daß diese Verträge in ihrer Kombination für die AG oder KoAG die *körperschaftsteuerliche Organschaft* begründen mit der Folge, daß der Gewinn der beherrschten Gesellschaft (Organgesellschaft) nur von dem herrschenden Unternehmen (Organträger), zusammen oder saldiert mit dessen eigenem Geschäftsergebnis, zu versteuern ist (Anm. 26, 27 u. 40, 49; Vorbem. vor § 291 sub 1 b). Das AktG hat jedoch den Beherrschungsvertrag als selbständige aktienrechtliche Institution ausgestaltet, der auch allein und unabhängig von der steuerlichen Bedeutung geschlossen werden kann. Es hat ihn zu jenem Vertrag gemacht, durch welchen $\frac{1}{4}$ der *Vertragskonzern* begründet wird (§ 18 Abs. 1 Satz 2).

Anm. 6

5. Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Unternehmensverträge

Die Gegenüberstellung von Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag in § 291 gegenüber den in § 292 genannten Verträgen andererseits entspricht dem Umstand, daß der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag *Organisationsverträge* mit normsetzender Wirkung sind (Anm. 11 u. 39), während es sich bei den in § 292 genannten Verträgen um schuldrechtliche Verträge handelt (§ 292 Einl. sub c).

Alle Unternehmensverträge aber haben dieses gemeinsam, daß durch sie der in der Satzung nicht festgelegte Zweck oder die Zielsetzung der Gesellschaft geändert wird (vgl. Fischer, Ehrenb. Hdb. III, 1 S. 89; Würdinger, Aktienrecht S. 282; zur Zielsetzung der Gesellschaft allgemein Duden, Festschrift für O. Kunze S. 127ff.). Regelmäßig wird die Gesellschaft zu dem Zwecke gegründet, das statutarisch bestimmte Unternehmen selbständig und für Rechnung aller Aktionäre zu betreiben, welche aus diesem Grunde ihre Einlagen leisten. Diesem Zweck entspricht es nicht, wenn die Gesellschaft sich der Leitung eines anderen Unternehmens unterstellt, wenn sie ihren Gewinn ganz oder teilweise an einen anderen abführt oder mit ihm poolt oder wenn sie ihr Unternehmen einem anderen überläßt und damit die eigene produktive Tätigkeit einstellt.

Da der Zweck der Gesellschaft statuarisch nicht bestimmt ist, stellt die durch Abschluß eines Unternehmensvertrages bewirkte Änderung desselben keine Satzungsänderung dar (§ 291 Abs. 1 Satz 3). Sie kann jedoch nicht ohne Zustimmung der Aktionäre erfolgen (§ 293).

Anm. 7

Über den Fall, daß eine durch Beherrschungsvertrag unterworfenene Gesellschaft mit dem herrschenden Unternehmen einen Pacht- oder anderen Unternehmensvertrag gemäß § 292 schließt, s. § 292 Anm. 26.

A. Der Beherrschungsvertrag

I. Begriff und Gültigkeitserfordernisse

Anm. 8

1. Der Begriff; Teilbeherrschungsvertrag

Der Beherrschungsvertrag ist jener Unternehmensvertrag, durch welchen eine AG oder KoAG die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt. Das Gesetz hat damit einen neuen, bisher nicht geregelten Vertragstyp geschaffen. (Über die aktienrechtliche Problematik der früheren Organschaftsverträge s. bes. Ballerstedt DB 56, 813 ff.; 837 ff.; Duden BB 57, 49 ff. und unten Anm. 50, 51.)

a) Der Beherrschungsvertrag ist ein Unternehmensvertrag, was einerseits bedeutet, daß Abschluß, Änderung und Beendigung desselben den § 293 ff. unterliegen, daß andererseits die beiden Unternehmen als Vertragsparteien „verbundene Unternehmen“ gemäß § 15 sind.

b) Kern des Vertrages ist die Unterstellung der Leitung der Gesellschaft im ganzen unter ein anderes Unternehmen. Die Formulierung in § 291, wonach „die Leitung der Gesellschaft“ einem anderen Unternehmen unterstellt wird, bedeutet nicht Unterstellung des Leitungsorgans, sondern der Gesellschaft als Rechtsperson. Das Weisungsrecht, welches das herrschende Unternehmen gemäß § 308 erlangt, ist lediglich das Instrument, mittels dessen die Leitung ausgeübt wird.

c) Die Unterstellung der Gesellschaft unter die Leitung eines anderen Unternehmens muß im Vertrag so formuliert sein, daß sie unmißverständlich zum Ausdruck kommt. Dieses trifft bei der bisher üblichen Formulierung der Organschaftsverträge (s. Enquête-Bericht II 581) zu, wonach die Gesellschaft „wirtschaftlich, finanziell und organisatorisch in das andere Unternehmen eingegliedert ist und ihr Unternehmen nach Weisung desselben betreibt“, und daß das herrschende Unternehmen das Geschäftsergebnis der Gesellschaft übernimmt. Die bei Inkrafttreten des Gesetzes vorgelegenen Organschaftsverträge sind daher nach ihrer Eintragung nunmehr als Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge gemäß § 22 Abs. 2 EG AktG zu behandeln (s. Anm. 51).

d) Nicht möglich ist es, im Beherrschungsvertrag die Leitung auf einen einzelnen Betrieb der Gesellschaft zu beschränken. Ein solcher Vertrag wäre kein Beherrschungsvertrag.

Eine andere Frage ist, ob ein Teilbeherrschungsvertrag als schuldrechtlicher Vertrag mit der Maßgabe zulässig ist, daß der Vorstand verpflichtet sein soll, einen einzelnen Betrieb nach Weisung des anderen Vertragsteils zu führen. Die Begründung einer körperschaftssteuerlichen Organschaft durch solchen Vertrag, verbunden mit einer Teilgewinnabführung ist ausgeschlossen (§ 292 Anm. 12). Denkbar ist jedoch, daß der andere Partner ein Interesse daran hat, daß ein einzelner wirtschaftlich abgrenzbarer Produktionsbetrieb der Gesellschaft seinen Interessen dienstbar gemacht wird. Zulässig wäre es, diesen Teilbetrieb dem anderen Vertragspartner durch Pacht oder sonst zur Führung zu überlassen (§ 292 Anm. 17). Es ist aber auch möglich, daß die Gesellschaft auf Grund eines *Geschäftsbesorgungsvertrags* (§ 675 BGB) sich verpflichtet, den Teilbetrieb im Auftrag und für Rechnung des anderen Vertragsteils zu führen. Sind die Unternehmen voneinander unabhängig, dann wird die Geschäftsbesorgerin eine entsprechende Vergütung erlangen. Eine Abhängigkeit wird durch solchen Vertrag nicht begründet (§ 17 Anm. 9).

Besteht jedoch zwischen den Vertragsparteien ein Abhängigkeitsverhältnis und erfolgt die Einwirkung des herrschenden Unternehmens auf die Führung des Teilbetriebs durch

die abhängige Gesellschaft auf Grund faktischer Macht, dann greifen die §§ 311 ff. Platz, nach welchen bereits die Unentgeltlichkeit solcher Betriebsführung eine schädigende Einwirkung darstellt.

Anm. 9

2. Gültigkeitsvoraussetzungen

a) Als notwendige *Gültigkeitsvoraussetzung* muß der Beherrschungsvertrag den nach § 304 zu gewährenden *Ausgleich* enthalten, der nur entfallen kann, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Beschlußfassung der HV über den Vertrag keinen außenstehenden Aktionär hat (§ 304 Abs. 1 Satz 3; Abs. 3 Satz 1).

Nicht Gültigkeitsvoraussetzung hingegen ist die Festsetzung der *Abfindung* (§ 305 Abs. 5 Satz 2). Wiewohl in § 305 Abs. 1 gesagt ist, daß der Beherrschungsvertrag außer der Verpflichtung zum Ausgleich auch die Verpflichtung zur Abfindung enthalten müsse, ergibt sich aus § 305 Abs. 5 Satz 2, daß das Fehlen dieser Regelung keine Nichtigkeit des Vertrags begründet. Der Registerrichter aber kann die Eintragung des Vertrags wegen Unvollständigkeit desselben verweigern (§ 305 Anm. 1).

b) Zur Wirksamkeit des Vertrages ist weiter erforderlich die *Zustimmung* durch die HV der sich unterwerfenden Gesellschaft, gegebenenfalls auch der herrschenden Gesellschaft (§ 293 Abs. 1 und 2). Erforderlich ist hierbei, daß der HV schon in der Bekanntmachung der Tagesordnung (§ 124 Abs. 2 Satz 2) und durch die nach § 293 Abs. 3 Satz 5 erforderliche Erläuterung zum Bewußtsein gebracht wird, daß der Vertrag ein Beherrschungsvertrag ist; denn nur bei solcher Kenntnis der HV kann von einer Zustimmung derselben zu dem Vertrag gesprochen werden (s. § 293 Anm. 4).

c) Notwendig ist ferner, die *Eintragung* des Vertrages als „Beherrschungsvertrag“ in das Handelsregister (§ 294 Abs. 2).

Anm. 10

3. Abschluß mit abhängiger Gesellschaft, mit Holding, bei wechselseitiger Beteiligung

In der Regel kommt der Beherrschungsvertrag nur zustande, wenn das andere Unternehmen auf Grund seiner Mehrheitsbeteiligung die Gesellschaft bereits faktisch beherrscht; vielfach besteht also vor Abschluß desselben der Konzern bereits als faktischer Konzern, welcher durch den Beherrschungsvertrag zum Vertragskonzern wird (§ 18 Abs. 1 Satz 2); vgl. Stehle, Abhängigkeitsbericht oder Beherrschungsvertrag? in AG 66, 233 ff.

Bei entsprechend großer Beteiligung ist das herrschende Unternehmen in der Lage, mit seinen Stimmrechten in der HV der abhängigen Gesellschaft (§ 293 Abs. 1) seinen eigenen Vertragswillen zum Konsens der abhängigen Gesellschaft zu transformieren.

Umfaßt der faktische Konzern mehrere abhängige Gesellschaften, so steht es im Belieben des herrschenden Unternehmens, einen Beherrschungsvertrag nur mit einer oder mit allen abhängigen Gesellschaften zu schließen.

Wird der Beherrschungsvertrag geschlossen zwischen Unternehmen, welche vorher voneinander unabhängig waren, dann begründet er unwiderleglich die Abhängigkeit und einen Unterordnungskonzern nach § 18 Abs. 1 Satz 2. Es ist daher nicht möglich, mittels Beherrschungsvertrages, welchen zwei voneinander unabhängige Gesellschaften mit der gemeinsam von ihnen gegründeten GmbH schließen, einen Gleichordnungskonzern zu schaffen (§ 291 Abs. 2).

Ein Beherrschungsvertrag ist auch möglich zwischen einer *Holdinggesellschaft* und den von ihr abhängigen Gesellschaften, selbst wenn die Holding kein eigenes Unternehmen betreibt, sondern die Aktivität derselben sich auf die einheitliche Leitung der von ihr zusammengefaßten Gesellschaften beschränkt. Die Holding könnte jedoch den erforderlichen Ausgleich (§ 304) gegenüber jenen außenstehenden Aktionären der abhängigen Gesellschaften, welche nicht durch Aktientausch zu ihren Aktionären ge-

worden sind, nur aus den Dividenden entrichten, welche sie ihrerseits von den abhängigen Gesellschaften bezieht.

Der wechselseitige Abschluß von Beherrschungsverträgen zwischen *wechselseitig beteiligten* Gesellschaften ist an sich nicht ausgeschlossen; seinem Abschluß stehen jedoch andere Hindernisse entgegen, welche sich aus den §§ 19 Abs. 3, 136 Abs. 2, 71 Abs. 4 ergeben.

II. Rechtsnatur des Beherrschungsvertrages

Anm. 11

1. Organisationsvertrag

Die Frage, welches die Rechtsnatur des Beherrschungsvertrages sei, hat das Gesetz nicht geklärt (Amtl. Begr., Kropff S. 376). Die Klarstellung derselben hat jedoch nicht, wie Rasch, Konzernrecht S. 98 und Baumbach-Hueck § 291 Anm. 3 annehmen, nur theoretische Bedeutung, sondern erhebliche Bedeutung wegen der sich daraus ergebenden Konsequenzen. Der Beherrschungsvertrag ist nicht ein schuldrechtlicher Vertrag, sondern ein causaloser körperschaftlicher *Organisationsvertrag* (vgl. Würdinger DB 58, 1451; derselbe, Aktienrecht S. 288; Kropff BB 65, 1282; Müller, AG 65, 133 ff.; Stehle AG 66, 235; Sapper, Die rechtssystematische Stellung der Unternehmensverträge (Tübingen, Diss. 1963, 121; Bache a. a. O. S. 25; Luchterhandt a. a. O. S. 61 ff; Koppensteiner, a. a. O. S. 154).

Der Beherrschungsvertrag begründet zwischen dem herrschenden Unternehmen und der abhängigen Gesellschaft nicht ein Schuldverhältnis nach § 241 BGB, kraft dessen die Vertragspartner berechtigt wären, voneinander bestimmte Leistungen zu verlangen; sondern er setzt eine körperschaftliche Regelung in Kraft, welche für die Dauer des Vertragsverhältnisses den rechtlichen Status der Gesellschaft verändert, indem diese Regelung die ihr entgegenstehenden Vorschriften des Gesetzes und der Satzung mit vorrangiger Geltung überlagert und dadurch außer Kraft setzt.

Der Beherrschungsvertrag hat mithin *konstitutive* Wirkung; er bewirkt jedoch nur eine Rechtsüberlagerung, nicht eine Gesetzes- oder Satzungsänderung, da die während der Vertragsdauer außer Kraft gesetzten Vorschriften mit Beendigung des Vertrages automatisch wieder Geltung erlangen.

Anm. 12

Durch den Beherrschungsvertrag wird der Grundsatz des § 76 überlagert, wonach der Vorstand zur alleinigen und ausschließlichen Leitung der Gesellschaft berufen ist, indem nunmehr das herrschende Unternehmen vorrangig die Zuständigkeit zur Leitung der Gesellschaft erlangt (§ 308). Durchbrochen werden ferner die §§ 93, 116 durch § 310 Abs. 3, nach welchem die Verwaltungsmitglieder der beherrschten Gesellschaft nicht verantwortlich sind, wenn diese auf Grund einer zu befolgenden Weisung geschädigt wird.

Während ein herrschendes Unternehmen als Großaktionär nicht Organ der beherrschten Gesellschaft ist, übernimmt es mit dem Beherrschungsvertrag die organ-schaftliche Verantwortlichkeit für die Leitung des Konzerns (§ 309).

Eingeschränkt wird ferner der Geltungsbereich der Vorschriften über die Bindung des Gesellschaftsvermögens (§ 291 Abs. 3), wobei die dadurch entstehende Lücke durch andere Sicherungen (§§ 300—303) ausgefüllt wird.

Für den Aufsichtsrat der beherrschten Gesellschaft werden die §§ 111 Abs. 4 Satz 2, 204 Abs. 1 Satz 2 überlagert durch § 308 Abs. 3; ebenso § 116 durch § 310 Abs. 3.

Auch jene Vorschriften der Satzung, welche Maßnahmen des Vorstands an die Zustimmung des Aufsichtsrats binden, werden durch § 308 Abs. 3 verdrängt.

Ebenso wie dem klassischen Aktienrecht entspringen auch der durch den Beherrschungsvertrag in Kraft gesetzten Regelung gesetzliche Verpflichtungen, denen teilweise ein Erfüllungsanspruch gegenübersteht (§ 302), während mit anderen sich Sanktionen anderer Art verbinden.

Anm. 13**2. Folgerungen aus der Rechtsnatur des Beherrschungsvertrags**

a) Die bei schuldrechtlichen Verträgen bestehende Vertragsfreiheit gilt für den Beherrschungsvertrag nicht. Für die Parteiautonomie ist nur insoweit Spielraum, als das Gesetz es ausdrücklich zuläßt (§ 305 Abs. 2 Nr. 2; § 308 Abs. 1 Satz 2). Vertragliche Modalitäten, die jenseits dieser Grenzen liegen, sind rechtlich unwirksam.

Über *bedingten* Abschluß des Beherrschungsvertrages s. § 293 Anm. 2; über *rückwirkenden* Abschluß s. § 294 Anm. 5.

b) Während der schuldrechtliche Vertrag unmittelbar ein Schuldverhältnis (§ 241 BGB) begründet, ergeben sich beim Beherrschungsvertrag subjektive Rechte und Pflichten erst durch Erfüllung der *Tatbestände* jener Normen, welche durch den Vertrag in Kraft gesetzt worden sind.

c) Das herrschende Unternehmen übernimmt durch den Beherrschungsvertrag nicht eine schuldrechtliche und klagbare *Verpflichtung* zur Ausübung der Leitung gegenüber der Gesellschaft; es erlangt vielmehr die körperschaftliche *Zuständigkeit* und *Befugnis* zur Ausübung derselben, welche mittels der Weisung gegenüber dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft als Leitungsinstrument erfolgt.

Mit der *Zuständigkeit* zur Leitung verbindet sich die Verantwortlichkeit für die Leitung des Gesamt Konzerns auch gegenüber der abhängigen Gesellschaft (§ 309).

Wird durch *Nichtausübung* der Leitung, also durch selbständige Dispositionen des Vorstands der beherrschten Gesellschaft, der Konzern, insbesondere die Erfüllung der dem herrschenden Unternehmen gegenüber der abhängigen Gesellschaft obliegenden Leistungen gefährdet, können die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens sich nicht mit dem Hinweis exkulpieren, von ihrer Leitungsbefugnis keinen Gebrauch gemacht zu haben (§ 309 Anm. 3).

Zur Frage, ob der Vorstand der beherrschten Gesellschaft mangels Weisung Konzerninteressen wahren und seine Gesellschaft benachteiligen darf, s. § 310 Anm. 1.

d) Durch die Weisung des herrschenden Unternehmens nach § 308 wird die dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft gemäß § 74 obliegende Geschäftsführungspflicht *konkretisiert*; es wird der Inhalt dessen bestimmt, was der Vorstand der abhängigen Gesellschaft dieser gegenüber gemäß § 74 zu tun verpflichtet ist. Die Verpflichtung des Vorstands, die Weisung zu vollziehen, ist mithin eine Verpflichtung, welche dem Vorstand im Rahmen des § 74 gegenüber seiner *eigenen* Gesellschaft obliegt. Deshalb besteht auch nur dieser gegenüber seine Verantwortlichkeit für sachgemäßen Vollzug der Weisung. Das gilt auch dann, wenn Maßnahmen angewiesen werden, welche die Gesellschaft benachteiligen; hier ist der Vorstand nach § 310 Abs. 3 von der Haftung gegenüber seiner Gesellschaft befreit; der Vollzug der Weisung unterliegt jedoch der Kontrolle des Aufsichtsrats derselben, in welchem das herrschende Unternehmen vertreten ist.

e) Die durch den Beherrschungsvertrag in Kraft gesetzte organisatorische Regelung ist Bestandteil des *Personalstatuts* der Gesellschaft; über Folgerungen, die sich hieraus für *internationale* Konzernverbindungen ergeben, s. Anm. 31 bis 33.

f) Über weitere Folgerungen s. Anm. 22 (Unübertragbarkeit); Anm. 24, 25 (Verschmelzung und Umwandlung), ferner § 293 Anm. 2 (bedingter Abschluß); § 297 Anm. 2 sub a (Kündigung) u. Anm. 5 (Rücktritt).

Anm. 14**3. Abgrenzung und Umgehung des Beherrschungsvertrags**

Ein Vertrag kann nur dann ein Beherrschungsvertrag mit seiner satzungsgleichen Wirkung sein, wenn alle Gültigkeitsvoraussetzungen desselben, die der Satzungsänderung weitgehend angeglichen sind, erfüllt sind (Anm. 9). Kein anderer Vertrag kann mithin ein Beherrschungsvertrag sein und als solcher eingetragen werden. Dieses hat der Registerrichter zu prüfen. Die Abgrenzung des Beherrschungsvertrags von anderen Ver-

trägen ist mithin zwingend und jeglicher Zweifel darüber, ob ein Vertrag ein Beherrschungsvertrag sei, ist ausgeschlossen.

Eine andere Frage ist, ob der Beherrschungsvertrag durch Verträge anderer Art unter Vermeidung der mit dem Beherrschungsvertrag verbundenen Garantien ersetzt oder umgangen werden kann, ob es also rechtlich möglich und zulässig ist, mittels anderer Verträge eine ähnliche rechtliche Unterwerfung einer Gesellschaft unter den anderen Vertragsteil herbeizuführen, wie der Beherrschungsvertrag sie bewirkt (vgl. Luchterhandt, S. 166 ff.). Ein schuldrechtlicher Vertrag, der eine völlige Unterwerfung der Geschäftsführung der anderen Gesellschaft unter die Weisung des anderen Vertragsteils bezweckt, wäre nichtig, weil eine juristische Person sich nicht selbst entmündigen kann (§ 17 Anm. 8). Über konzerninterne Pacht oder Betriebsüberlassung als Ersatz des Beherrschungsvertrages s. § 292 Anm. 21 und 25.

Im übrigen greifen bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags im Verhältnis zwischen dem herrschenden Unternehmen und der abhängigen Gesellschaft die §§ 311 ff. Platz, gleichgültig, welche sonstigen Verträge zwischen ihnen bestehen mögen, über welche alsdann gemäß § 312 zu berichten ist.

III. Die Parteien des Beherrschungsvertrags

Anm. 15

1. Unternehmenseigenschaft

Nach § 291 wird der Beherrschungsvertrag geschlossen von einer AG oder KoAG mit einem anderen *Unternehmen*; über den Begriff Unternehmen s. Vorbem. vor §§ 15 bis 19 sub II.

a) Als Unternehmen ist zunächst zu begreifen die einen eigenen, gegenüber dem Dividendenbezug aus der Beteiligung eigenständigen Erwerbszweck verfolgende, nach außen hin ausgerichtete Teilnahme am allgemeinen Geschäftsverkehr, gleichgültig, in welcher Form dieses erfolgt, sei es als Handelsgesellschaft oder als Einzelbetrieb; kein Unternehmen daher ein privater Großaktionär oder eine Wohltätigkeitsstiftung, die kein Unternehmen betreibt. Auch die öffentliche Hand ist, soweit sie lediglich eine auf Daseinsvorsorge gerichtete Verwaltungstätigkeit ausübt, kein Unternehmen. Sie kann jedoch in eigener Regie ein Unternehmen betreiben und insoweit auch Kaufmannseigenschaft i. S. des HGB besitzen; alsdann ist in diesem Bereich auch die öffentliche Hand ein Unternehmen (§ 16 Anm. 6). Für den Bund ist die Zulässigkeit eines Beherrschungsvertrags wegen der damit verbundenen Verpflichtung zum Verlustausgleich (§ 302) problematisch, weil er nach § 65 BHO sich an privaten Unternehmen nur beteiligen soll, wenn seine Einzahlungsverpflichtung auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist.

b) Als Unternehmen ist es ferner zu qualifizieren, wenn ein einzelner Aktionär zwei oder mehrere Gesellschaften unter seiner einheitlichen Leitung zusammenfaßt. Das gilt insbesondere für eine *Holdingsgesellschaft*, welche kein eigenes Unternehmen betreibt, deren Aktivität sich auf die Leitung der von ihr zusammengefaßten Gesellschaften beschränkt (s. Rasch, Konzernrecht S. 82, 105, 119). Sie könnte mit allen diesen Gesellschaften Beherrschungsverträge schließen; eine Schwierigkeit ergibt sich jedoch daraus, daß die Holding, wenn sie nicht alle Aktien der außenstehenden Aktionäre erlangt, die alsdann erforderliche Ausgleichszahlung nur aus dem Dividendenaufkommen leisten könnte, das sie aus ihren Beteiligungen bezieht.

Anm. 16

2. Fehlen der Unternehmenseigenschaft

Bei Anmeldung des Beherrschungsvertrags zum Handelsregister hat der Registerrichter zu prüfen, ob der andere Vertragsteil ein Unternehmen ist.

Bei Fehlen dieser Eigenschaft ist der Vertrag unwirksam, auch wenn die übrigen Gültigkeitserfordernisse desselben, insbesondere das Angebot des Ausgleichs und der

Abfindung und die Genehmigung durch die HV vorliegen. Eine andere Frage ist, welche Wirkung sich mit der Eintragung des Vertrags in das Handelsregister verbinden.

Nach § 15 HGB hat die Eintragung keine heilende Wirkung. Es liegt jedoch nahe, in diesem Falle den in den §§ 275, 277 enthaltenen Rechtsgedanken analog anzuwenden, der auch zur Lösung jenes Problems herangezogen wird, welche Wirkungen sich mit der Anfechtung eines HV-Beschlusses verbinden (s. Erl. zu § 243). Die Analogie dürfte gerechtfertigt sein, weil hier nicht verstoßen wird gegen zwingende Vorschriften zum Schutze der außenstehenden Aktionäre und der Gläubiger der Gesellschaft, sondern weil die Unwirksamkeit des Vertrages sich lediglich ableitet aus dem Mangel der Unternehmenseigenschaft, also aus dem Fehlen einer ökonomischen Voraussetzung des herrschenden Subjekts. Da die HV der beherrschten Gesellschaft den Vertrag mit dieser Person gebilligt hat, steht nur noch in Frage, ob etwa das herrschende Subjekt durch die Nichtigkeit des Vertrags zu schützen sei. Das ist zu verneinen. Die analoge Anwendung des in den §§ 275, 277 enthaltenen Rechtsprinzips führt dazu, daß der Vertrag mit seiner Eintragung Wirksamkeit erlangt, gegen ihn jedoch die Nichtigkeitsklage erhoben werden kann und daß nach Erlaß des Nichtigkeitsurteils Vertragsbeendigung *ex nunc* eintritt. Zweck der §§ 275, 277 ist es, im Interesse aller Beteiligten eine Rechtsklarheit zu schaffen. Dieses Bedürfnis besteht hier im Hinblick darauf, daß das Vorliegen der Unternehmenseigenschaft bei dem herrschenden Subjekt mitunter zweifelhaft sein kann (ablehnend ohne tiefere Begründung Kölner Komm. § 291 Anm. 2).

Auf andere Fälle der Nichtigkeit des Vertrages, die etwa auf § 304 Abs. 3 Satz 1 oder darauf beruht, daß der eingetragene Vertrag nicht jenem entspricht, welchen die HV genehmigt hat (§ 293 Anm. 4), treffen vorstehende Überlegungen nicht zu; denn dort handelt es sich um Verstöße gegen zwingende Vorschriften zum Schutze der außenstehende Aktionäre und der Gläubiger.

Anm. 17

3. Abschluß, Änderung, Beendigung

Über Abschluß, Änderung und Beendigung des Beherrschungsvertrages s. 293 bis 298. Über *bedingten* Abschluß s. § 293 Anm. 2; über *rückwirkenden* Abschluß s. § 294 Anm. 5.

Schließt eine Muttergesellschaft einen Beherrschungsvertrag mit einer Tochtergesellschaft, deren sämtliche Aktien sie besitzt, so entfallen die in den §§ 304, 305 vorgesehenen Garantien (§ 304 Abs. 1 Satz 3), während alle übrigen Vorschriften des Vertragskonzerns zur Anwendung kommen; für inländische AG liegt jedoch die Eingliederung (§ 319) nahe. Ohne Beherrschungsvertrag oder Eingliederung kommen die §§ 311 ff. zur Anwendung (dazu Leo AG 65, 352).

IV. Aufhebung der Vermögensbindung

Anm. 18

1. Aufhebung der §§ 57, 58, 60

Nach § 291 Abs. 3 gelten Leistungen der Gesellschaft auf Grund eines Beherrschungsvertrages nicht als Verstoß gegen die §§ 57, 58 und 60. Laut Amtl. Begr. (Kropff S. 377f.) soll damit ausgeschlossen werden, daß Verträge der Gesellschaft, welche auf Grund eines Beherrschungsvertrags von ihr mit dem als Großaktionär beteiligten herrschenden Unternehmen geschlossen werden, wegen Verstoßes gegen die Grundsätze über die verdeckte Gewinnausschüttung nichtig sind (s. § 57 Anm. 7). Der Wortlaut des Abs. 3 spricht jedoch generell von Leistungen der Gesellschaft, gleichgültig welcher Art sie sind und wem sie erbracht werden. Da mithin für alle Leistungen der Gesellschaft § 57 außer Kraft gesetzt ist, welcher die Einlagenrückgewähr verbietet, ebenso die §§ 58 und 60, wonach an die Aktionäre nur der Bilanzgewinn verteilt werden darf und die Verteilung nach den Nennbeträgen zu erfolgen hat, ist die Vermögensbindung und

damit auch die Anwendbarkeit des § 62 zugunsten des herrschenden Unternehmens und auch anderer im Konzern zusammengefaßter Unternehmen, welche Aktien der beherrschten Gesellschaft besitzen, aufgehoben.

Das herrschende Unternehmen kann mithin über das Vermögen der beherrschten Gesellschaft im Rahmen seiner legalen Leitungsmacht frei disponieren. Dieses will besagen, daß Dispositionen, welche bei einer selbständigen Gesellschaft wegen Verstoßes gegen die Vermögensbindung nichtig sein würden (§ 57 Anm. 3 ff.), bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages *rechtsgültig* sind, daß andererseits dieses aber nur für Dispositionen gilt, welche im Rahmen *legaler* Leitungsmacht erfolgen (s. Anm. 19).

Die Tragweite dieser Rechtslage wird indessen nur richtig erkannt, wenn zugleich der an die Stelle der aufgehobenen Vermögensbindung tretende andere Vermögensschutz der Gesellschaft berücksichtigt wird, der gegenüber den außer Kraft gesetzten §§ 57, 58 u. 60 ein anderes System darstellt; dieses sind die §§ 300—302. Durch § 302 i. V. mit § 300 Nr. 3 wird bewirkt, daß das bei Abschluß des Vertrages vorhandene *Anfangsvermögen* der Gesellschaft, nämlich das nach Abzug der Verbindlichkeiten verbleibende Reinvermögen plus der vorhandenen offenen (gesetzlichen und freien) Rücklagen, welches noch um die während der Vertragszeit aufzufüllende gesetzliche Rücklage vermehrt wird, bilanzmäßig ungeschmälert erhalten bleibt, indem jeder unter diese Linie sinkende Betrag als Verlustausgleich wieder aufzufüllen ist (s. Erl. zu § 302). Dadurch wird ausgeschlossen, daß das herrschende Unternehmen durch Transferierung von Vermögen der beherrschten Gesellschaft auf sich oder auf ein anderes, ebenfalls an der Gesellschaft beteiligtes Konzernunternehmen dieses Vermögen *verringert*. Die Übertragung wäre zwar nicht nichtig, aber sie begründet unabdingbar die Ausgleichspflicht nach § 302.

Anm. 19

2. Grenzen der Aufhebung

Die Außerkraftsetzung der §§ 57, 58 u. 60 ist jedoch keine vollständige. Sie gilt nur für Leistungen der Gesellschaft „auf Grund des Beherrschungsvertrags“. Der Sinn der Worte „auf Grund“, welche sich sowohl auf den Beherrschungsvertrag wie auch auf den Gewinnabführungsvertrag beziehen, ist in bezug auf den Beherrschungsvertrag unklar. Während nämlich die Leistung auf Grund des Gewinnabführungsvertrages eben die Abführung des gesamten Gewinnes ist, ergibt sich aus dem Beherrschungsvertrag als solchem überhaupt keine Leistung der unterworfenen Gesellschaft an das herrschende Unternehmen. Solche können nur durch Weisung (§ 308) auferlegt und angefordert werden. Dieses führt zu der Auslegung, daß nur Leistungen der unterworfenen Gesellschaft, welche auf Grund einer *legalen Weisung* erfolgen, nicht gegen die Vorschriften über die Vermögensbindung verstoßen. Die Legalität der Weisung kann nun nicht etwa aus der Aufhebung der Vorschriften über die Vermögensbindung abgeleitet werden, da die Aufhebung der Vermögensbindung nur für Dispositionen auf Grund einer zulässigen Weisung gilt, die Zulässigkeit derselben also voraussetzt. Darüber, wodurch das Weisungsrecht begrenzt wird, sei auf die Erl. zu § 308 verwiesen. Zulässig sind hiernach Weisungen zu Warenlieferungen oder Dienstleistungen an das herrschende Unternehmen gegen konzerninternen Verrechnungspreis; sie verstoßen daher nicht gegen das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung. Das herrschende Unternehmen ist auch befugt, liquide Mittel als zinsloses Darlehen zu übernehmen. (Darüber, ob das herrschende Unternehmen auf Grund des Beherrschungsvertrages auch den gesamten Gewinn der beherrschten Gesellschaft an sich ziehen kann s. § 308 Anm. 10.)

Unzulässig wäre die Weisung zum Erwerb eigener Aktien oder von Aktien der herrschenden Gesellschaft, welche das nach § 71 Abs. 1 u. 4 zulässige Maß überschreiten.

Generell gilt also der Satz, daß Leistungen auf Grund einer unzulässigen Weisung nicht mehr Leistungen auf Grund des Beherrschungsvertrages sind und demgemäß auch nicht mehr durch § 291 Abs. 3 gedeckt werden. Ferner greift die in § 308 Abs. 1 und 2 enthaltene Schranke Platz, wonach Weisungen zu Vermögensdispositionen, welche für

die Gesellschaft nachteilig sind, nur zulässig sind, wenn sie den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dienen.

V. Änderung des Gesellschaftskapitals

Anm. 20

1. Des herrschenden Unternehmens

a) Durch eine Erhöhung des Gesellschaftskapitals der herrschenden Gesellschaft wird der Beherrschungsvertrag nicht berührt. Über mögliche Einwirkungen auf den Ausgleich s. § 304 Anm. 20.

b) Auch eine ordentliche Kapitalherabsetzung der herrschenden Gesellschaft (§ 222) berührt den Fortbestand des Beherrschungsvertrages nicht unmittelbar. Es ergibt sich indessen die Frage, ob die außenstehenden Aktionäre hinsichtlich ihres Anspruchs auf Ausgleich nach § 225 Sicherheit verlangen können. Besteht der Ausgleich in einer festen Dividendengarantie, dann sind die künftigen Ansprüche hierauf im Sinne des § 225 nicht nur aufschiebend befristet, sondern noch nicht begründet, weil zu ihrem Anfall die Fortdauer der Geschäftsführung während der künftigen Jahre bedingend ist. In diesem Falle kann die Kapitalherabsetzung die Kündigung des Beherrschungsvertrages nach § 297 Abs. 1 Satz 2 rechtfertigen.

Ist der Ausgleich nach § 304 Abs. 2 Satz 2 von dem Gewinn der herrschenden Gesellschaft abhängig, dann ergeben sich für ihn aus der ordentlichen Kapitalherabsetzung der herrschenden Gesellschaft keine rechtlichen Folgen; denn diese Kapitalherabsetzung bezweckt als Maßnahme der Teilliquidation die Rückzahlung brachliegender Vermögenssubstanz, durch welche der Gewinnanfall an die verbleibenden Beteiligungen nur verbessert wird.

Anm. 21

2. Der abhängigen Gesellschaft

Eine Kapitalerhöhung der abhängigen Gesellschaft berührt den Beherrschungsvertrag nicht, wenn das herrschende Unternehmen alle neuen Aktien übernimmt. Im Falle einer Kapitalerhöhung unter Beteiligung der außenstehenden Aktionäre oder Dritter gilt das in § 304 Anm. 22 Gesagte.

Auch die ordentliche Kapitalherabsetzung der abhängigen Gesellschaft ist auf den Beherrschungsvertrag ohne Einfluß. Nicht möglich aber ist es, die Verpflichtung des herrschenden Unternehmens zum Verlustausgleich (§ 302) durch eine vereinfachte Kapitalherabsetzung bei der abhängigen Gesellschaft zu umgehen (§ 302 Anm. 3).

Über die Auswirkung der Kapitalherabsetzung der abhängigen Gesellschaft auf die *Ausgleichsansprüche* s. § 304 Anm. 23.

VI. Übertragung des Vertrages

Anm. 22

1. Unübertragbarkeit

Eine Übertragung des Beherrschungsvertrages im ganzen durch das herrschende Unternehmen — etwa im Zusammenhang mit der Veräußerung der Beteiligung — ist nicht möglich. Dieses ergibt sich daraus, daß der Beherrschungsvertrag nicht ein schuldrechtlicher Vertrag ist, sondern satzungsgleiche Wirkung hat (s. Anm. 11), mithin einer Zession nicht zugänglich sind.

Anm. 23

2. Delegation der Leitungsmacht

Ausgeschlossen ist auch die selbständige Übertragung der Leitungsmacht und des Weisungsrechts unter Abgabe der Verantwortlichkeit durch das herrschende Unter-

nehmen etwa auf eine Tochtergesellschaft; denn das herrschende Unternehmen hat mit der Leitungsmacht und der damit verbundenen Verantwortlichkeit eine organschaftliche Stellung erlangt, welche nicht disponibel ist.

Das herrschende Unternehmen kann jedoch unbeschadet der Fortdauer seiner Verantwortlichkeit gemäß § 309 die *Ausübung* der Leitungsmacht einer anderen Konzerngesellschaft *delegieren*. Dieses ist insbesondere von Bedeutung für Organschaftsverhältnisse mit der inländischen Niederlassung einer ausländischen Gesellschaft gemäß § 7a Abs. 6 KStG (s. Anm. 49).

Einer Delegation der Leitungsmacht stehen rechtliche Bedenken nicht entgegen, weil bei ihr das Weisungsrecht und die Verantwortlichkeit dem herrschenden Unternehmen als Träger dieses Rechts verbleibt und lediglich die Ausübung desselben einem anderen gestattet wird, welche als solche nicht ad personam gebunden ist.

VII. Verschmelzung, Umwandlung

Anm. 24

1. Der herrschenden Gesellschaft

Die durch Verschmelzung erfolgende Aufnahme eines dritten Unternehmens durch die *herrschende* Gesellschaft ist auf den Beherrschungsvertrag ohne Einfluß. Überträgt umgekehrt das herrschende Unternehmen durch Verschmelzung ihr Vermögen auf eine andere Gesellschaft, so erlischt der Vertrag, da er zur Rechtsgrundlage der übertragenden und durch die Verschmelzung erlöschenden Gesellschaft gehört (s. Anm. 11).

Bei der *Umwandlung* der herrschenden Gesellschaft ist zu unterscheiden zwischen der *formwechselnden* Umwandlung (§§ 362 ff. AktG) und der *übertragenden* Umwandlung nach dem UmwG.

Bei der formwechselnden Umwandlung wird die Identität der Rechtsperson der herrschenden Gesellschaft nicht berührt. Sie ist daher auch ohne Einfluß auf den Bestand des Beherrschungsvertrags. Es entsteht jedoch die Frage, ob die Umwandlung der herrschenden AG in eine GmbH einen wichtigen Grund zur Kündigung nach § 297 bilden kann, indem die Gesellschaft sich damit der Publizität und Einsicht in ihre Vermögensverhältnisse sowohl seitens der abhängigen Gesellschaft als auch der außenstehenden Aktionäre entzieht. Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß die GmbH nach § 28 EG AktG zur Aufstellung und Bekanntmachung eines Konzernabschlusses verpflichtet ist, der die erforderlichen Einblicke in die Vermögenslage eröffnet.

Bei der übertragenden Umwandlung wird die herrschende Gesellschaft nach § 5 UmwG aufgelöst. Ein Übergang der Leitungsmacht auf die übernehmende Personengesellschaft oder auf den übernehmenden Hauptgesellschafter findet nicht statt (Anm. 22). Ein Fortbestand des Beherrschungsvertrags mit der aufgelösten Gesellschaft aber widerspricht seinem Sinn. Der Vertrag ist mithin beendet worden (s. § 297 Anm. 7).

Anm. 25

2. Der abhängigen Gesellschaft

Auch die durch Verschmelzung erfolgende Übertragung des Vermögens der *abhängigen* Gesellschaft auf eine andere Gesellschaft hat wegen Untergangs derselben das Erlöschen des Beherrschungsvertrages zur Folge.

Nimmt die abhängige Gesellschaft das Vermögen einer dritten Gesellschaft auf, dann bleibt der Beherrschungsvertrag bestehen. Zur Frage, ob die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, welche durch die Verschmelzung Aktionäre der abhängigen Gesellschaft werden, zum Ausgleich (§ 304) oder zur Abfindung (§ 305) berechtigt sind, s. § 304 Anm. 22; § 305 Anm. 2.

Wechselt die abhängige Gesellschaft durch Umwandlung ihre Rechtsform, dann erlischt der Beherrschungsvertrag, da er als satzungsgleiche Regelung (Anm. 7) nur für eine AG oder KoAG gilt. Es ist nicht möglich, bei Umwandlung der abhängigen AG in eine GmbH die aktienrechtlichen Vorschriften über den Beherrschungsvertrag auf die GmbH anzuwenden.

VIII. Körperschaftssteuerliche Organschaft**Anm. 26**

Nach § 7a KStG (s. v. Wallis, Zur Neuregelung der körperschaftssteuerlichen Organschaft, in AG 69, 308ff.) liegt eine Organschaft (Anm. 5) vor, wenn eine AG oder KoAG mit Geschäftsleitung und Sitz im Inland (Organgesellschaft) durch einen Gewinnabführungsvertrag ihren ganzen Gewinn an ein anderes inländisches gewerbliches Unternehmen (Organträger) abführt (Anm. 36) und wenn sie in das Unternehmen des Organträgers finanziell (§ 7a Abs. 1 Nr. 1 KStG) wirtschaftlich Anm. 27, und organisatorisch eingegliedert ist. Die *organisatorische* Eingliederung ist nach § 7a Abs. 1 Nr. 2 KStG stets gegeben, wenn die Organgesellschaft die Leitung ihres Unternehmens dem Organträger durch einen Beherrschungsvertrag unterstellt; s. Herrmann-Heuer, Kommentar zur Einkommensteuer und Körperschaftssteuer (14. Aufl. 1950/71) Erl. zu § 7a KStG.

Anm. 27

Hinzukommen muß zur Begründung der Organschaft noch die *wirtschaftliche* Eingliederung, über welche das KStG nichts Näheres aussagt. Nach Rasch, Aktuelle Probleme a. a. O. S. 83 sei das Erfordernis der wirtschaftlichen Eingliederung „ohne Substanz“. Sie wird jedoch durch den Beherrschungsvertrag nicht notwendig bewirkt und kann problematisch sein gegenüber einer Holdinggesellschaft, die kein eigenes Unternehmen betreibt; vgl. Herrmann-Heuer, Kommentar z. EinkStG u. KStG § 7a KStG Rdnr. 15 u. 35; v. Wallis, AG 69, 308ff.

IX. Mehrstufige Beherrschungsverträge**Anm. 28**

Möglich ist, daß ein Beherrschungsvertrag sowohl zwischen der Mutter- und Tochtergesellschaft als auch zwischen der Tochter- und Enkelgesellschaft besteht. Die Muttergesellschaft kann nach § 308 die Tochtergesellschaft zum Abschluß des Vertrags mit der Enkelgesellschaft anweisen.

Aus § 293 ergeben sich für den Vertragsabschluß keine Besonderheiten. Bei entsprechend hoher Beteiligung kann die Muttergesellschaft in der HV der Tochtergesellschaft, diese wiederum in der HV der Enkelgesellschaft den erforderlichen Zustimmungsbeschluß erzwingen. Bei Abschluß des Vertrags zwischen Tochter- und Enkelgesellschaft ist auch § 293 Abs. 2 zu berücksichtigen, jedenfalls dann, wenn an der Tochtergesellschaft noch außenstehende Aktionäre beteiligt sind.

Anm. 29

Sind sowohl an der Tochter- wie an der Enkelgesellschaft außenstehende Aktionäre beteiligt, dann gilt hinsichtlich des Ausgleichs und der Abfindung folgendes:

a) Die außenstehenden Aktionäre der Tochtergesellschaft erhalten Ausgleich oder Abfindung gemäß den §§ 304, 305.

Den außenstehenden Aktionären der Enkelgesellschaft kann von der Tochtergesellschaft als Ausgleich sowohl eine festbemessene Dividendengarantie (§ 304 Abs. 2 Satz 1) als auch der variable Ausgleich nach § 304 Abs. 2 Satz 2 zugesagt werden, der von dem Ertrag der Tochtergesellschaft abhängig ist. Im letzteren Falle gilt das in § 304 Anm. 15 Gesagte.

Führt die festbemessene Dividende bei der Tochtergesellschaft zu einem Verlust, dann hat die Muttergesellschaft ihn nach § 302 zu übernehmen.

Für die von der Tochtergesellschaft den außenstehenden Aktionären der Enkelgesellschaft anzubietende Abfindung gilt § 305 Abs. 2 Nr. 2.

Anm. 30

Wiewohl die Enkelgesellschaft mittelbar auch von der Muttergesellschaft abhängig ist, zwischen diesen beiden ein Beherrschungsvertrag aber fehlt, sind die §§ 311 auf das Verhältnis der Muttergesellschaft zur Enkelgesellschaft unanwendbar, denn die Muttergesellschaft hat die legale Befugnis über die Tochtergesellschaft auch auf die Enkelgesellschaft einzuwirken, selbst wenn es zu deren Nachteil gereicht. Die Muttergesellschaft nämlich ist nach § 308 in der Lage, der Tochtergesellschaft eine Weisung des Inhalts zu erteilen, daß diese ihrerseits der Enkelgesellschaft mittels Weisung den Vollzug bestimmter Maßnahme auferlege, da die Weisungserteilung durch die Tochtergesellschaft für diese ein Akt ihrer Geschäftsführung ist, in bezug auf welche sie Weisungen der Muttergesellschaft zu befolgen hat (s. auch § 323 Anm. 15—17). Auch der Umfang des Weisungsrechts ist bei der Mutter- und Tochtergesellschaft derselbe; er bestimmt sich nach § 308.

Überschreitet die von der Muttergesellschaft erteilte Weisung den legalen Bereich dieser Befugnis, dann darf sie von der Tochtergesellschaft nicht an die Enkelgesellschaft weitergegeben werden, widrigenfalls die Tochtergesellschaft gegenüber der Enkelin aus § 309 verantwortlich wird.

Möglich ist, daß die Muttergesellschaft der Enkelgesellschaft unmittelbar Weisungen erteilt. Formell betrachtet wäre die Tochtergesellschaft zur Befolgung nicht verpflichtet, da sie zur Muttergesellschaft nicht in einem unmittelbaren Vertragsverhältnis steht. Man kann jedoch die Muttergesellschaft als befugt erachten, als Delegierte der Tochtergesellschaft zu handeln, da sie nach § 308 eine solche Delegation jederzeit verlangen könnte. In diesem Falle aber ist es angebracht, den § 309 analog auch auf das Verhältnis der Enkelgesellschaft zur Muttergesellschaft anzuwenden. Kronstein BB 1967, 637 ff. ist der Auffassung, daß durch einen zwischen der Tochter- und der Enkelgesellschaft geschlossenen Beherrschungsvertrag die Anwendbarkeit der §§ 311 ff. im Verhältnis zwischen der Enkel- und Muttergesellschaft nicht ausgeschlossen wird, weshalb er auch den Abschluß eines Beherrschungsvertrags zwischen Mutter- und Enkelgesellschaft für empfehlenswert hält.

X. Internationaler Beherrschungsvertrag

Vgl. W. Bache, Der internationale Unternehmensvertrag nach deutschem Kollisionsrecht [1969]; Luchterhandt, Deutsches Konzernrecht bei grenzüberschreitenden Konzernverbindungen [1971]; Koppensteiner, Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht [1971]; Fikentscher, Probleme des internationalen Gesellschaftsrechts, MDR 57, 71; Barz, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge mit ausländischen Aktiengesellschaften, BB 66, 116). Meilicke, Korporative Versklavung deutscher Aktiengesellschaften durch Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge gegenüber in- und ausländischen Unternehmen, Festschrift für E. Hirsch (1969) S. 99 ff.

Anm. 31

1. Unterwerfung einer ausländischen Gesellschaft

Ob ein ausländisches Unternehmen durch Vertrag seine Leitung einer inländischen Gesellschaft unterwerfen kann, beurteilt sich nach *ausländischem* Recht. Dieses allein ist maßgebend für die Frage, ob ein solcher Vertrag mit dem Personalstatut der Gesellschaft vereinbar ist und welchen Modalitäten er gegebenenfalls unterliegt. Von diesen Modalitäten hängt es ab, ob für die inländische herrschende Gesellschaft das Zustimmungserfordernis des § 293 Abs. 2 gilt. Falls sich für die inländische Gesellschaft keine den §§ 300 ff. entsprechenden Verpflichtungen ergeben, entfällt der Schutzzweck des § 293 Abs. 2 (Luchterhandt S. 163).

Nach den z. Z. geltenden Gesetzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften wäre ein solcher Unterwerfungsvertrag nichtig.

Anm. 32**2. Ausländisches herrschendes Unternehmen**

Ein ausländisches Unternehmen kann sich durch Beherrschungsvertrag die Leitungsmacht über eine inländische Gesellschaft verschaffen. Da der Beherrschungsvertrag zum Personalstatut der inländischen Gesellschaft gehört, aus welchem die Zuständigkeit und Befugnis des ausländischen Unternehmens zur Leitung der Gesellschaft sich ergibt, ist das ausländische Unternehmen insoweit dem deutschen Recht unterworfen und zur Gewährung der mit der Leitungsbefugnis verbundenen Garantien zum Schutze der abhängigen Gesellschaft, ihrer außenstehenden Aktionäre und ihrer Gläubiger verpflichtet. Die §§ 291-310 finden daher auf das ausländische Unternehmen Anwendung (übereinstimmend Bache S. 21 ff.; Luchterhandt S. 127; Koppensteiner S. 245; a. A. Meilicke, der Beherrschungsverträge mit ausländischen Unternehmen als unzulässig erachtet).

Da es jedoch nicht Aufgabe des deutschen Rechts ist, auch die Gesellschafter des ausländischen Unternehmens zu schützen, entfällt für dieses das Zustimmungserfordernis des § 293 Abs. 2; ein solches könnte sich nur aus dem ausländischen Recht ergeben (vgl. Barz a. a. O.; Luchterhandt S. 133; Bache S. 39; Werner NB 1967/4 S. 12; Koppensteiner S. 163f.).

Das herrschende Unternehmen hat den außenstehenden Aktionären der beherrschten inländischen Gesellschaft gemäß § 304 einen *Ausgleich* anzubieten; über die Frage, ob dazu die Verschaffung eines *unmittelbaren* Anspruchs der außenstehenden Aktionäre gegen das herrschende ausländische Unternehmen erforderlich ist, s. § 304 Anm. 17 und 18.

Das ausländische Unternehmen ist ferner gemäß § 305 zur *Abfindung* verpflichtet. Die Abfindung besteht hier in der Verpflichtung, auf Verlangen eines außenstehenden Aktionärs dessen Aktien gegen angemessene Barabfindung zu übernehmen (§ 305 Anm. 7).

In beiden Fällen greift bei Unangemessenheit des Ausgleichs oder der Abfindung die gerichtliche Festsetzung auch gegenüber dem ausländischen Unternehmen Platz, wobei § 306 einen ausschließlichen Gerichtsstand begründet (Bache S. 137 ff.; Luchterhandt S. 147 ff.).

Das ausländische Unternehmen ist ferner zur Übernahme der Verluste der beherrschten inländischen Gesellschaft gemäß § 302 verpflichtet und es hat bei Beendigung des Beherrschungsvertrages den Gläubigern der abhängigen inländischen Gesellschaft Sicherheit gemäß § 303 zu leisten.

Die Ausübung der Leitungsmacht kann es einer inländischen Niederlassung delegieren (Anm. 23). Über die Haftung des ausländischen Unternehmens für die Konzernleitung s. § 309.

Es können also gegen das ausländische Unternehmen sowohl die inländische abhängige Gesellschaft auf Verlustausgleich, als auch die außenstehenden Aktionäre derselben wegen der ihnen unmittelbar zustehenden Rechte klagen. Schwierigkeiten bereitet jedoch die *Vollstreckung* des Urteils.

Anm. 33**3. Vollstreckung von Urteilen**

Da *Forderungen* im Inland zu belegen sind, wenn der Schuldner im Inland wohnt (§ 23 Satz 2 ZPO), kommt bei konzerninternen Forderungen des ausländischen Unternehmens gegen die inländische Gesellschaft Pfändung und Überweisung derselben an den Vollstreckungsgläubiger in Betracht. Führt die Einziehung der von einem außenstehenden Aktionär gepfändeten Forderung bei der inländischen Gesellschaft zu einem Verlust, so löst dieser die Ausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens aus.

Einer Vollstreckung in die *Beteiligung* des ausländischen Unternehmens an der inländischen Gesellschaft bereitet der Umstand Schwierigkeit, daß sie durch Wegnahme

der Inhaberaktien zu erfolgen hat (§§ 831, 808, 821 ZPO), diese Aktien sich aber im Ausland befinden. Die Durchsetzung der Pfändung im Ausland setzt Anerkennung der Vollstreckbarkeit des inländischen Urteils voraus.

Bedeutung wird hier das noch nicht ratifizierte Übereinkommen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. 9. 1968 erlangen.

Über Probleme der *Mitbestimmung* bei internationalem Beherrschungsvertrag s. Koppensteiner a. a. O. S. 249 ff.

B. Einheitliche Leitung im Gleichordnungskonzern, § 291 Abs. 2

Schrifttum

M. Lutter, Empfehlen sich für die Zusammenfassung europäischer Unternehmen neben oder statt der europäischen Handelsgesellschaft und der internationalen Fusion weitere Möglichkeiten der Gestaltung auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts? Gutachten für den 48. Deutschen Juristtag (1970).

Anm. 34

Nach § 291 Abs. 2 sind Verträge, durch welche voneinander unabhängige Unternehmen sich einheitlicher Leitung unterstellen, ohne daß dadurch eines von ihnen von einem anderen vertragschließenden Unternehmen abhängig wird, nicht Beherrschungsverträge. Die Vorschrift betrifft jene Verträge, durch welche ein Gleichordnungskonzern begründet wird. Ein solcher liegt nach § 18 Abs. 2 vor, wenn rechtlich selbständige, voneinander unabhängige Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt werden.

Die in § 291 Abs. 2 genannten Verträge sind jedoch nicht solche bestimmter Art. Das deutsche Recht kennt nicht neben dem Beherrschungsvertrag einen „Leitungsvertrag“ als besonderen Typ. Die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung im Gleichordnungskonzern wird bewirkt durch die Vereinbarung der Harmonisierung oder Koordinierung der Geschäftspolitik und der Unternehmensführung (Rasch, Konzernrecht S. 119 ff.). Möglich ist, daß die im Gleichordnungskonzern zusammengefaßten Unternehmen ein gemeinsames Leitungsorgan in Form eines Gemeinschaftsrates oder einer von ihnen errichteten GmbH vorsehen, welchem gemäß § 705 BGB die Bestimmung der Geschäftspolitik und etwa die Verwaltung von Einrichtungen oder Rechten (z. B. Patente) obliegt (Rasch, Konzernrecht S. 103 ff.). Wie immer solche Verträge ausgestaltet sein mögen, sind sie nicht ein Beherrschungsvertrag, sondern ein obligatorischer Vertrag gemäß § 705 BGB, welcher unter den Unternehmen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts entstehen läßt, aber keine Abhängigkeit unter den Vertragspartnern bewirkt.

Durch einen Beherrschungsvertrag kann niemals ein Gleichordnungskonzern gebildet werden, weil er, sollte er zwischen vorher unabhängigen Gesellschaften geschlossen werden, stets die Abhängigkeit des sich unterwerfenden Vertragspartners und unwiderrleglich einen Abhängigkeitskonzern begründet (§ 18 Abs. 1 Satz 2).

Anm 34a

Der Abschluß von Verträgen im Sinne des § 291 Abs. 2 ist nach deutschem Recht auch mit ausländischen Partnern zulässig. Eine andere Frage ist, ob das ausländische Recht einer Gesellschaft erlaubt, ihre Geschäftsführung nicht mehr allein zu bestimmen, sondern sie nach den Beschlüssen eines außergesellschaftlichen Organs auszurichten. Da mit einem Gleichordnungskonzern vielfach eine Poolung der Gewinne und Verluste verbunden wird, ist auch zu prüfen, ob eine solche Vereinbarung von dem ausländischen Recht anerkannt wird. Für beide Fragen ist es unerheblich, ob der Gemeinschaftsvertrag laut Vereinbarung deutschem oder ausländischem Recht unterstehen soll. Falls nämlich das ausländische Recht solche Verpflichtungen einer Gesellschaft nicht zuläßt, würde

auch bei Vereinbarung deutschen Rechts der ausländische order public der Gültigkeit der Verpflichtung entgegenstehen (vgl. zu diesen Fragen bes. Lutter a. a. O. passim).

Andererseits sind auch dann, wenn der Gemeinschaftsvertrag ausländischem Recht unterstehen soll, für den inländischen Partner, falls er eine AG oder KoAG ist, jene Vorschriften des AktG bindend, welche dem öffentlichen Interesse oder dem Schutz der Gesellschafter und der Gesellschaftsgläubiger dienen. Da auch die in einem Gleichordnungskonzern zusammengeschlossenen Unternehmen „verbundene Unternehmen“ nach § 15 sind, kommen die hieran anknüpfenden Vorschriften auf die deutsche Gesellschaft zur Anwendung (s. § 15 Anm. 4). Wird eine Gewinngemeinschaft vereinbart, dann gelten für die deutsche Gesellschaft die §§ 293 ff.

Der im Bereich der Europäischen Gemeinschaften erarbeitete Entwurf eines „Groupe-ment Européen d'Intérêt Economique“ hat mit § 291 Abs. 2 nichts zu tun. Diese Organisation begründet nicht einen Gleichordnungskonzern, sondern sie ermöglicht die Vergemeinschaftung bestimmter gemeinsamer Aktivitäten der beteiligten Unternehmen.

C. Der Gewinnabführungsvertrag

Anm. 35

1. Der Begriff

Der Gewinnabführungsvertrag ist nach § 291 Abs. 1 Satz 1 ein Vertrag, durch den eine AG oder KoAG sich verpflichtet, ihren gesamten Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen. Gewinn bedeutet hier nicht den im Jahresabschluß der verpflichteten Gesellschaft ausgewiesenen Gewinn, sondern den in einer Vorbilanz ermittelten Jahresüberschuß, welcher im Jahresabschluß der verpflichteten Gesellschaft nicht mehr in Erscheinung tritt (§ 157 Nr. 7 und 27).

Der Gewinnabführungsvertrag muß, falls er allein geschlossen werden sollte (Anm. 36), als Voraussetzung für seine Gültigkeit einen Ausgleich für die außenstehenden Aktionäre enthalten (§ 304), der nur dann entbehrlich ist, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Beschlußfassung ihrer HV über den Vertrag keine außenstehenden Gesellschafter hat; er bedarf ferner der Genehmigung durch die HV der gewinnabführenden Gesellschaft, möglicherweise auch der gewinnübernehmenden Gesellschaft (§ 293 Abs. 1 und 2) und der Eintragung ins Handelsregister (§ 294).

Nicht Gültigkeitsvoraussetzung ist die Regelung der Abfindung (§ 305 Abs. 5 Satz 2, dazu oben Anm. 9).

Anm. 36

2. Bestandteil der Organschaft

Der Gewinnabführungsvertrag ist wesentlicher Bestandteil der *körperschaftsteuerlichen Organschaft* (Anm. 26, 27, 40, 49). Das Gesetz hat ihn geregelt, um einerseits seine aktienrechtliche Gültigkeit klarzustellen, welche vor Inkrafttreten des Gesetzes bestritten war (Anm. 50), andererseits um mit ihm gleichartige Sicherungen zugunsten der Gesellschaft, ihrer außenstehenden Aktionäre und Gläubiger zu verbinden, wie sie beim Beherrschungsvertrag vorgesehen sind.

Ob der Abschluß eines Gewinnabführungsvertrages durch eine AG oder KoAG ohne gleichzeitigen Beherrschungsvertrag praktische Bedeutung erlangt, hängt davon ab, ob die organisatorische Eingliederung im Sinne der körperschaftsteuerlichen Organschaft, welche bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrages und der Eingliederung stets gegeben ist, steuerrechtlich auch auf Grund eines anderen Vertragsverhältnisses, etwa auf Grund einer Unternehmenspacht, noch anerkannt werden wird (vgl. früher RFH in RStBl 1932 S. 302). Es ist denkbar, daß die in solchem Falle anzuwendenden §§ 311 ff. entgegenstehen.

Anm. 37

3. Der Geschäftsführungsvertrag, Abs. 1 Satz 2

Als Gewinnabführungsvertrag gilt nach Abs. 1 Satz 2 auch ein Vertrag, durch den eine AG oder KoAG es übernimmt, ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen Unternehmens zu führen, sog. *Geschäftsführungsvertrag*.

a) Eine solche Vertragsformulierung war in den früheren Organschaftsverträgen üblich, um für die Gewinnabführung eine schuldrechtliche causa zu begründen, wobei jedoch nicht nach den Regeln des Auftrags, nämlich Herausgabe des Erlangten und Aufwendungsersatz im einzelnen (§§ 667, 670 BGB) verfahren, sondern das Geschäftsergebnis saldiert und im ganzen übernommen wurde. Nunmehr *gilt* eine solche Vereinbarung als Gewinnabführungsvertrag, was bedeutet, daß sie den für den Gewinnabführungsvertrag bestehenden Vorschriften unterliegt und ihr auch die Rechtsnatur desselben (Anm. 39) zukommt. Über die bei Inkrafttreten des AktG vorhanden gewesenen Verträge s. Anm. 50, 51.

b) Ein Geschäftsführungsvertrag i. S. des Abs. 1 Satz 2 liegt vor, wenn die Gesellschaft es übernimmt, ihr *eigenes* Unternehmen im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung zu betreiben und zwar ihr Unternehmen als *Ganzes*, nicht nur einen einzelnen Betrieb desselben. Gleichgültig ist, wie der Vertrag von den Parteien benannt ist; entscheidend ist allein sein materieller Inhalt (vgl. dazu oben Anm. 8 sub d).

Ein Geschäftsführungsvertrag in diesem Sinne liegt daher nicht vor, wenn eine Gesellschaft es übernimmt, ein *fremdes* Unternehmen im eigenen Namen aber für fremde Rechnung zu betreiben (§ 292 Anm. 23).

c) Das Gesetz sagt nicht, daß die Führung des Unternehmens für fremde Rechnung unentgeltlich zu erfolgen habe, wenn sie als Gewinnabführung gelten soll. Da eine Geschäftsführung gegen Entgelt jedoch, wie sie auch zwischen voneinander unabhängigen Unternehmen vereinbart werden könnte, laut Ausschlußbericht (Kropff S. 377) in der Wirtschaftspraxis keine Rolle spielt, andererseits in den Organschaftsverträgen der Geschäftsführung keine Gegenleistung gegenübersteht, ist die in Abs. 1 Satz 2 vorgesehene Gleichstellung des Geschäftsführungsvertrags mit dem Gewinnabführungsvertrag nur auf die *unentgeltliche* Geschäftsführung für fremde Rechnung bezogen (ebenso Müller AG 65, 133 ff.; Backe S. 27; Godin-Wilhelmi Anm. 4); vgl. jedoch den in § 292 Anm. 19 dargestellten Vertrag.

Zu unterscheiden von dem Geschäftsführungsvertrag ist der sog. *Betriebsführungsvertrag* (s. S. 292 Anm. 24).

Anm. 38

4. Geschäftsführung im fremden Namen

Sollte eine abhängige AG sich verpflichten, ihr Unternehmen auf Grund entsprechender Vollmachten nach außen im Namen des herrschenden Unternehmens zu betreiben, so würde das Geschäftsergebnis aus ihrer Unternehmensführung von Anfang an dem herrschenden Unternehmen zufallen, also eine Gewinnabführung entfallen. Da ein solcher Vertrag nicht unter die Kategorien der in § 292 genannten Unternehmensverträge fällt und die zum Abschluß eines solchen Vertrags erforderliche Zustimmung der Hauptversammlung gemäß § 293 entfällt, andererseits aber mit dem ursprünglichen Zweck der Gesellschaft nicht vereinbar ist, würde ergänzend § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB eingreifen, wonach die Zulässigkeit solcher Art der Unternehmensführung der Zustimmung aller Aktionäre bedarf (s. darüber § 292 Einl. sub b).

Anm. 39

5. Rechtsnatur des Gewinnabführungsvertrags

Die *Rechtsnatur des Gewinnabführungsvertrages* ist dieselbe wie jene des Beherrschungsvertrages (Anm. 11 u. 12). Dasselbe gilt für den dem Gewinnabführungsvertrag gleich-

gestellten Geschäftsführungsvertrag. Sie sind nicht schuldrechtliche Verträge, wenngleich das Gesetz von der Verpflichtung der Gesellschaft zur Gewinnabführung spricht; sie sind vielmehr Organisationsverträge, welche satzungsgleich den rechtlichen Status der Gesellschaft verändern, indem sie einerseits die Legitimation und Befugnis des anderen Vertragsteils begründen, den Jahresüberschuß (§ 301) der Gesellschaft zu übernehmen, und welche zugleich die §§ 57, 58 und 60 überlagern, an deren Stelle andere Sicherungen treten (ebenso Müller AG 65, 133; Bache S. 27).

Anm. 40**6. Die Parteien des Vertrags; Organträger**

Die *Parteien* des Gewinnabführungsvertrages sind nach § 291 einerseits eine AG oder KoAG, welche ihren Gewinn abführt, andererseits ein *Unternehmen*, welches ihn übernimmt.

Da der Gewinnabführungsvertrag praktisch nur zur Begründung der *körperschaftssteuerlichen Organschaft* geschlossen wird, ist § 7a KStG zu beachten, welcher bestimmt, wer *Organträger* sein kann. Da dieses nur für ein „gewerbliches Unternehmen“ zutrifft, in welches nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse die Organgesellschaft finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch eingegliedert sein muß, entspricht die steuerrechtliche Regelung in jedem Falle auch dem aktienrechtlichen Postulat, daß der Vertragspartner ein Unternehmen sei.

Fehlt die Unternehmenseigenschaft des gewinnübernehmenden Vertragspartners (z. B. privater Großaktionär), dann wäre der Vertrag wegen Verstoßes gegen die §§ 57, 60 nichtig. Wird er jedoch zusammen mit einem Beherrschungsvertrag in das Handelsregister eingetragen, dann muß aktienrechtlich auch hier das in Anm. 16 Gesagte gelten. Da in solchem Falle die nach § 7a KStG erforderliche „wirtschaftliche Eingliederung“ des Unternehmens der Gesellschaft wegen Fehlens eines solchen beim anderen Vertragsteil nicht möglich ist, entfällt jedoch die steuerliche Wirkung.

Eine andere Frage ist, ob jedes Unternehmen im aktienrechtlichen Sinne auch steuerrechtlich Organträger sein kann, eine Frage, welche bei der Holdinggesellschaft, die kein eigenes Unternehmen betreibt, problematisch ist (s. Anm. 27).

Anm. 41**7. Abführung des ganzen Gewinnes**

Inhalt des Vertrages ist die Abführung des *ganzen* Gewinnes. Sie steht im Gegensatz zur Gewinngemeinschaft und zur Abfindung eines Teiles des Gewinnes gemäß § 292 Nr. 1 und 2.

Nicht erforderlich ist es, den abzuführenden Gewinn näher zu präzisieren, weil mangels vertraglicher Vereinbarung § 301 Platz greift, welcher den zulässigen Höchstbetrag des abführbaren Gewinnes bestimmt.

Wohl aber kann im Vertrag der abzuführende Gewinn gegenüber dem gesetzlichen Höchstbetrag durch die Vereinbarung von Einstellungen in freie Rücklagen gekürzt werden, wobei jedoch, soll die steuerliche Organschaft anerkannt werden, zu beachten ist, daß nach § 7a Abs. 1 Nr. 5 KStG Beträge aus dem Jahresüberschuß nur insoweit in freie Rücklage eingestellt werden dürfen, als dies bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung wirtschaftlich begründet ist (s. dazu DB 1971, 1963 über die Frage, ob der Vertrag eine Rücklageklausel enthalten muß).

Anm. 42**8. Keine Abhängigkeitsfolge**

Der Gewinnabführungsvertrag verschafft im Gegensatz zum Beherrschungsvertrag keine Leitungsmacht und kein Weisungsrecht im Sinne des § 308; auch begründet er allein und als solcher weder eine Abhängigkeit der gewinnabführenden Gesellschaft noch einen Konzern. Wird der Vertrag jedoch zwischen einem herrschenden Unter-

nehmen und der abhängigen Gesellschaft geschlossen, dann § 311 (§ 316) anzuwenden (vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1967, 831/2, welches hier einen konkludent geschlossenen Weisungsvertrag annehmen will, was jedoch mit den §§ 311 ff. nicht verträglich ist).

Anm. 43

9. Abschluß, Änderung, Beendigung

Über Abschluß, Änderung und Beendigung s. §§ 293 ff.

Nach § 7 a Abs. 1 Nr. 4 KStG muß zur Begründung eines Organschaftsverhältnisses der Gewinnabführungsvertrag auf mindestens 5 Jahre abgeschlossen und während dieser Zeit durchgeführt werden und spätestens am Ende des Wirtschaftsjahres der Organgesellschaft wirksam werden, für welches die steuerliche Vergünstigung Platz greifen soll. Dieses bedeutet keine Rückwirkung des Vertrages insofern, als Wirksamkeit des Vertrages spätestens am Ende des Wirtschaftsjahres eintritt, was besagt, daß der für das Ende des Wirtschaftsjahres zu ermittelnde Jahresüberschuß bereits der Gewinnabführung unterliegt.

Über die Rückwirkung von Unternehmensverträgen s. § 294 Anm. 5.

Nach der Entscheidung des BFH vom 18. 10. 67 (WM 1968, 409 ff.) endet die Pflicht zur Gewinnabführung mit *Auflösung* einer der beiden Gesellschaften s. dazu § 297 Anm. 7.

Anm. 44]

10. Aufhebung der Vermögensbindung

Auch mit Bezug auf den Gewinnabführungsvertrag ist in § 291 Abs. 3 vorgesehen, daß Leistungen der Gesellschaft auf Grund dieses Vertrages nicht als Verstoß gegen die §§ 57, 58 und 60 gelten. Es sollte gegenüber den früheren aktienrechtlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit solcher Gewinnabführung (s. Anm. 50) klargestellt werden, daß die Gewinnübernahme durch das herrschende Unternehmen als Großaktionär nicht wegen Verstoßes gegen die genannten Vorschriften nichtig sei. Da auf Grund dieses Vertrages als einzige Leistung nur die Abführung des Gewinnes erfolgt, dessen zulässiger Höchstbetrag aber in § 301 geregelt ist, kommt hier im Gegensatz zum Beherrschungsvertrag (Anm. 18) der Aufhebung der genannten Bestimmung keine weitergehende Bedeutung zu.

Anm. 45

11. Änderung des Gesellschaftskapitals

a) Eine Kapitalerhöhung der gewinnübernehmenden Gesellschaft ist auf den Bestand des Gewinnabführungsvertrages ohne Einfluß. Über Auswirkungen der Kapitalerhöhung auf den Ausgleich s. § 304 Anm. 20.

Wenn die gewinnabführende Gesellschaft ihr Kapital erhöht und der andere Vertragsteil nicht alle neuen Aktien übernimmt, sind die neu hinzutretenden Aktionäre nicht außenstehende Aktionäre (§ 304 Anm. 3); sie treten in die Gesellschaft ein in jener Rechtsposition, in welcher diese sich zur Zeit der Aktienzeichnung befindet. Darüber, ob die neuen Aktionäre an der Ausgleichszahlung (§ 304) teilhaben, s. § 304 Anm. 22.

b) Die ordentliche Kapitalherabsetzung der gewinnübernehmenden Gesellschaft kann die Kündigung des Vertrages gemäß § 297 Abs. 1 rechtfertigen.

Die Kapitalherabsetzung der gewinnabführenden Gesellschaft ist auf den Vertrag ohne Einfluß. Nicht möglich wäre es jedoch, die Verpflichtung des anderen Vertragsteils zum Verlustausgleich (§ 302) durch eine vereinfachte Kapitalherabsetzung der gewinnabführenden Gesellschaft zu umgehen (§ 302 Anm. 3).

Anm. 46**12. Übertragung des Vertrags; Vertrag zugunsten Dritter**

Eine *Übertragung* des Rechts auf die Gewinnübernahme durch den Vertragspartner auf einen Dritten ist wegen des satzungähnlichen Charakters des Gewinnabführungsvertrages nicht möglich (Anm. 11 u. 39), wohl aber die Legitimation zur Entgegennahme desselben.

In Baumbach-Hueck § 291 Anm. 8 und im Kölner Komm. § 291 Anm. 12 wird der Abschluß des Gewinnabführungsvertrags zugunsten Dritter für zulässig erachtet. Dieses indessen ist zweifelhaft. Der Gewinnabführungsvertrag ist ein körperschaftsrechtlicher Organisationsvertrag, der die Befugnis des anderen Teils zur Übernahme des Gewinns begründet. Mit dieser Befugnis verbinden sich gesetzliche Verpflichtungen, die sich von ihr nicht abspalten lassen. Etwas anderes ist die Legitimation zur Entgegennahme des Gewinns. Sie kann einer anderen Stelle verschafft werden, da das Recht der Gewinnübernahme und die damit verbundene Verantwortlichkeit dem Vertragspartner verbleibt. Der Unterschied zum Vertrag zugunsten Dritter ist jedoch gering. Er besteht darin, daß im Falle der Empfangslegitimation der Vertragspartner darüber entscheidet, welcher Betrag bei der gewinnabführenden Gesellschaft in freie Rücklage gestellt werden soll.

Anm. 47**13. Verschmelzung, Umwandlung**

Bei *Verschmelzung oder Umwandlung* einer der vertragsbeteiligten Gesellschaften gilt das in Anm. 24 u. 25 Gesagte entsprechend.

Anm. 48**14. Gewinnschuldverschreibungen und Genußrechte**

Problematisch ist die Frage, welche Folgerungen sich durch den Abschluß eines Gewinnabführungsvertrages für die von der gewinnabführenden Gesellschaft ausgegebenen *Gewinnschuldverschreibungen* und *Genußrechte* ergeben. Da das AktG hierüber nichts sagt, sind die Rechtsfolgen aus den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts abzuleiten. Durch die Ausgabe von Gewinnschuldverschreibungen oder Genußrechten hat die Gesellschaft den Inhabern dieser Rechte eine Gewinnchance zugesagt. Diese Chance kann den Berechtigten von der Gesellschaft nicht beliebig wieder entzogen werden. Eine Entziehung derselben aber wird durch den Abschluß des Gewinnabführungsvertrages bewirkt, an dessen Genehmigung nach § 293 Abs. 1 die Inhaber dieser Rechte nicht teilnehmen. Ihnen steht auch kein Anspruch auf Ausgleich (§ 305) zu. Der Abschluß des Gewinnabführungsvertrages stellt daher eine Verletzung der mit den Inhabern dieser Rechte geschlossenen Verträge durch die Gesellschaft dar, welche zu Schadensersatz verpflichtet.

Anm. 49**15. Gewinnabführungsvertrag mit einem ausländischen Unternehmen**

Er kommt nur in Betracht zur Begründung eines steuerlichen Organschaftsverhältnisses gemäß § 7 a Abs. 6 KStG. Dort ist bestimmt:

„*Verpflichtet sich eine Organgesellschaft, ihren ganzen Gewinn an ein ausländisches gewerbliches Unternehmen, das im Inland eine im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung unterhält, abzuführen, so ist das Einkommen der Organgesellschaft den beschränkt steuerpflichtigen Einkünften aus der inländischen Zweigniederlassung zuzurechnen, wenn*

1. *der Gewinnabführungsvertrag unter der Firma der Zweigniederlassung abgeschlossen ist,*
2. *die für die finanzielle Eingliederung erforderliche Beteiligung zum Betriebsvermögen der Zweigniederlassung gehört und*

3. die wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung im Verhältnis zur Zweigniederlassung selbst gegeben ist.
Im übrigen gelten die Vorschriften der Absätze 1 bis 5 sinngemäß“.

Der Gewinnabführungsvertrag mit einem ausländischen Unternehmen wird hier nach steuerlich nur anerkannt, wenn alle Voraussetzungen der Organschaft im Inland voll verwirklicht sind. Wegen der Einzelheiten sei auf die Kommentare zum KStG verwiesen. Die Vorschrift wirft jedoch auch handelsrechtliche Fragen auf.

a) Der Gewinnabführungsvertrag muß nach obiger Vorschrift unter der Firma der Zweigniederlassung abgeschlossen werden. Firmenrechtlich ist anerkannt, daß eine Zweigniederlassung unter einer eigenen Firma geführt werden kann und daß bei Identität ihres Firmenkerns mit jenem der Hauptniederlassung der Zusatz „Zweigniederlassung“ eine Verschiedenheit der Firmen begründet (vgl. § 50 HGB). Andererseits ist die Zweigniederlassung nach deutschem Recht niemals ein selbständiges Rechtssubjekt; das gilt auch für die inländische Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft (Würdinger GroßKommHGB [3. Aufl. 1967] § 13 Anm. 10). Der unter der Firma der Zweigniederlassung geschlossene Gewinnabführungsvertrag kommt daher zustande mit dem ausländischen Unternehmen als Rechtssubjekt. Der Abschluß unter der Firma der Zweigniederlassung besagt nur, daß der Vertrag zum Geschäftsbereich der inländischen Niederlassung gehört. Ob der Gewinn übernommen wird von dem Unternehmen im Ausland oder von der inländischen Niederlassung ist unerheblich, da er in beiden Fällen in das Vermögen des ausländischen Rechtssubjektes eingeht.

b) Das ausländische Unternehmen ist als Vertragspartner nach deutschem Recht den Vorschriften über den Gewinnabführungsvertrag unterworfen; es gilt auch hier das in Anm. 32 Gesagte (dazu Luchterhandt S. 154 ff.). Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß nach § 50 Abs. 3 HGB die Prokura auf den Bereich der Zweigniederlassung beschränkt werden kann und dasselbe auch nach § 54 HGB für die Generalvollmacht zulässig ist. Diese Beschränkung bedeutet nur, daß der ausländische Partner die ihm obliegende Verpflichtung durch oder über die Zweigniederlassung erfüllt; keinesfalls wird dadurch seine Haftung auf das in der Zweigniederlassung belegene Vermögen beschränkt.

c) Nach § 21 ZPO kann der ausländische Vertragspartner am Gerichtsstand der Zweigniederlassung verklagt werden; Vollstreckung ist in das inländische Vermögen stets möglich, in das ausländische Vermögen unter Umschreibung des Titels auf die Firma der Hauptniederlassung. Über die Pfändung der Beteiligten des anderen Vertragsteils s. Anm. 33. Eine Vollstreckung im Ausland kann jedoch Schwierigkeiten bereiten, insbesondere, wenn das ausländische Recht die inländische Zweigniederlassung als selbständiges Rechtssubjekt ansehen sollte (vgl. DJT-Konzernbericht Tz. 1040; Luchterhandt S. 158). Solchenfalls könnte nach ausländischem Recht der Vertrag als nur mit der inländischen Niederlassung als Rechtssubjekt geschlossen gelten.

Im Bereich der Europäischen Gemeinschaften erlangt das am 29. 2. 1968 gezeichnete Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen Bedeutung.

D. Übergangsregelung, § 22 EG AktG

Anm. 50

1. Keine Heilung alter Verträge

Diese Vorschrift betrifft Unternehmensverträge, welche vor dem Inkrafttreten des AktG geschlossen worden sind, insbesondere die Organschaftsverträge mit Gewinnabführung oder Ergebnisübernahme. Wenngleich diese Organschaftsverträge steuerlich anerkannt wurden, war ihre aktienrechtliche Gültigkeit zweifelhaft und bestritten (vgl. Ballerstedt, Kapital S. 160 ff.; derselbe DB 56, 813 837; Flume DB 56, 457, 672; Duden BB 57, 49; Fischer, Großkomm. AktG 1937 § 52 Anm. 18; § 54 Anm. 7; BGH NJW 60, 721; andererseits A. Hueck DB 59, 223). Durch § 22 EG wird die Frage der Gültigkeit

dieser Verträge nicht geklärt (vgl. Gessler DB 66, 217); sie bleibt nach wie vor einer gerichtlichen Entscheidung vorbehalten. Es ist daher in jedem Einzelfall zu prüfen, ob der Vertrag mit den Grundgedanken des neuen Rechts in Einklang steht (dazu Schilling BB 65, 1428; Zartmann AG 64, 119). Indem § 22 EG die alten Organschaftsverträge den in Abs. 1 aufgeführten neuen Vorschriften unterstellt und in Abs. 2 ihre Eintragung vorgesehen hat, ist zu ersehen, daß eine Unwirksamkeit derselben jedenfalls nicht aus dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen die Vorschriften über die Vermögensbindung abgeleitet werden kann. Eine Unwirksamkeit könnte sich im Einzelfall nur daraus ergeben, daß sie Erfordernissen nicht entsprechen, welche das neue Recht in Fortführung des früheren Rechts zwingend vorgeschrieben hat. Als unwirksam wären hiernach insbesondere Organschaftsverträge zu betrachten, welche ohne Zustimmung der HV der Organgesellschaft geschlossen worden sind, da dieses Erfordernis bereits aus § 256 AktG 1937 abzuleiten war, oder welche keine Verlustübernahme oder keine Dividendengarantie enthalten (s. Gessler DB 65, 1654; Havermann WPg. 66, 90; Kropff DB 65, 1287; Falkenhausen BB 66, 190; Godin-Wilhelmi Vorbem. 15 vor § 291). Solche Verträge waren vom Registerrichter zurückzuweisen.

Anm. 51

2. Überleitung alter Verträge

Für die gültigen Altverträge bestimmt Abs. 2, welche Vorschriften des neuen Rechts auf sie nunmehr Anwendung finden. Die alten Organschaftsverträge sind als Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag im Sinne des § 291 zu betrachten mit der Maßgabe, daß sie gemäß Abs. 2 als solche einzutragen waren, daß nunmehr für Änderung, Aufhebung, Kündigung und Beendigung derselben die §§ 295 bis 297, 307 und die § 297 Anm. 5 genannten Beendigungsgründe gelten, daß die Vorschrift des § 300, modifiziert durch Abs. 1 Satz 2—5 EG über die gesetzliche Rücklage, ferner die §§ 301, 302 über den Höchstbetrag der Gewinnabführung und die Verlustübernahme gelten, daß weiter die §§ 308 bis 310 über die Leitungsmacht und Verantwortlichkeit zur Anwendung kommen.

§ 292 Andere Unternehmensverträge

(1) Unternehmensverträge sind ferner Verträge, durch die eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien

- 1. sich verpflichtet, ihren Gewinn oder den Gewinn einzelner ihrer Betriebe ganz oder zum Teil mit dem Gewinn anderer Unternehmen oder einzelner Betriebe anderer Unternehmen zur Aufteilung eines gemeinschaftlichen Gewinns zusammenzulegen (Gewinngemeinschaft),**
- 2. sich verpflichtet, einen Teil ihres Gewinns oder den Gewinn einzelner ihrer Betriebe ganz oder zum Teil an einen anderen abzuführen (Teilgewinnabführungsvertrag),**
- 3. den Betrieb ihres Unternehmens einem anderen verpachtet oder sonst überläßt (Betriebspachtvertrag, Betriebsüberlassungsvertrag).**

(2) Ein Vertrag über eine Gewinnbeteiligung mit Mitgliedern von Vorstand und Aufsichtsrat oder mit einzelnen Arbeitnehmern der Gesellschaft sowie eine Abrede über eine Gewinnbeteiligung im Rahmen von Verträgen des laufenden Geschäftsverkehrs oder Lizenzverträgen ist kein Teilgewinnabführungsvertrag.

(3) Ein Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsvertrag und der Beschluß, durch den die Hauptversammlung dem Vertrag zugestimmt hat, sind nicht deshalb nichtig, weil der Vertrag gegen die §§ 57, 58 und 60 verstößt. Satz 1 schließt die Anfechtung des Beschlusses wegen dieses Verstoßes nicht aus.

Schrifttum

Rosendorff, Die rechtliche Organisation der Konzerne, Berlin 1926; *Hausmann*, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, Mannheim 1926; *derselbe*, Die Praxis des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, Berlin 1932; *Friedländer*, Konzernrecht (2. Aufl.) 1954; *Geiler* in Düringer-Hachenburg HGB Bd. 11, 1 (1932) S. 483 ff.; *Rasch*, Deutsches Konzernrecht (4. Aufl. 1968); *Mestmäcker*, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre (1958); *derselbe*, Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen, Festschrift für Heinrich Kronstein (1967) S. 130 ff.; *Bachmeyer*, Der reine Verlustübernahmevertrag, ein Unternehmensvertrag im Sinne des AktG 1965, BB 67, 135 ff.; *Werner*, Probleme des neuen Konzernrechts, NBetrW 1967, Heft 4 S. 17; *Würdinger*, Aktien- und Konzernrecht (2. Aufl. 1966); *Fikentscher*, Interessengemeinschaft, FIW-Schriftenreihe, Heft 30 (1966) S. 282 ff.; *Luchterhandt*, Deutsches Konzernrecht bei grenzüberschreitenden Konzernverbindungen (1971) S. 166 ff.; *Koppensteiner*, Internationale Unternehmen im Deutschen Gesellschaftsrecht (1971) S. 244 ff.

Übersicht

	Anm.		Anm.
I. Gewinngemeinschaft		III. Betriebspacht, Betriebsüberlassung	
1. Gewinnpooling	1, 2	1. Unternehmenspacht	17, 18
2. Aufteilung des Pools	3	2. Geschäftsführungsvertrag als Pachtersatz	19
3. Verlustübernahme	4	3. Konzerninterne Pacht	20
4. Gewinngemeinschaft, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts	5	4. Verhältnis zwischen Pacht und Beherrschungsvertrag	21
5. Berechnung des zu poolenden Gewinns	6	5. Betriebsüberlassungsvertrag	22
6. Vermögensbindung	7	6. Innenpacht	23
7. Betriebsgemeinschaft, Gleichordnungskonzern	8	7. Weitere Arten der Betriebsüberlassung	24
8. Gewinngemeinschaft bei Abhängigkeit	9	8. Konzerninterne Betriebsüberlassung	25
9. Steuerliche Behandlung	10	9. Betriebsüberlassung auf Grund eines Beherrschungsvertrages	26
10. Internationale Gewinngemeinschaft	11	10. Internationale Verpachtung und Betriebsüberlassung	27
II. Teilgewinnabführung		IV. Übergangsregelung	28
1. Die einschlägigen Verträge	12—14		
2. Ausnahmen	15		
3. Rechtliche Behandlung	16		

Einleitung

a) Die in § 292 aufgeführten Unternehmensverträge entsprechen zum Teil den in § 256 AktG 1937 genannten Verträgen. Das frühere Recht hatte wegen Fehlens einer dem § 15 und den §§ 293 ff. entsprechenden Regelung den Begriff „Unternehmensvertrag“ nicht geprägt; es hatte sich damit begnügt, die Wirksamkeit dieser Verträge von der Zustimmung der HV abhängig zu machen. Indem das neue Recht den auf Abführung des ganzen Gewinnes gerichteten Gewinnabführungsvertrag in § 291 mit dem Beherrschungsvertrag zusammenfaßt und ihm in § 292 die Gewinngemeinschaft und die Teilgewinnabführung gegenüberstellt, sind Streitfragen, welche sich aus § 256 AktG 1937 ergeben hatten, beseitigt worden; zugleich ist der systematische Gegensatz zwischen den beiden Vertragsgruppen hervorgehoben (§ 291 Anm. 5).

b) Die in § 292 genannten Verträge haben mit dem in § 291 definierten Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag dieses gemeinsam, daß durch sie der ursprüngliche Zweck oder die Zielsetzung der Gesellschaft verändert wird.

Von den Gründern wird die Gesellschaft mit der Zielsetzung errichtet, das statuarisch bestimmte Unternehmen selbst und ausschließlich für Rechnung ihrer Aktionäre zu betreiben, welche zu diesem Zwecke ihre Einlage leisten. Damit steht es nicht im Einklang, wenn die Gesellschaft sich fremder Leitung unterstellt, ihren gesamten Gewinn dem Großaktionär allein überläßt oder ihn mit einem anderen Unternehmen poolt oder wenn die Gesellschaft durch Verpachtung die eigene Betriebsführung einstellt. Da die Zielsetzung der Gesellschaft weder im Gesetz noch in der Satzung bestimmt ist, wird durch Verträge, welche den Gesellschaftszweck solchermaßen verändern, Gesetz oder Satzung nicht berührt (§ 293 Abs. 1 Satz 3). Nach den für alle juristischen Personen geltenden Grundsätzen des bürgerlichen Rechts würde zu solcher Zweckänderung die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich sein (§ 33 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das AktG hat die Veränderung des Gesellschaftszweckes jedoch erleichtert, indem die in den §§ 291, 292 genannten Verträge zu ihrer Wirksamkeit lediglich eines HV-Beschlusses mit qualifizierter Mehrheit bedürfen (s. über Zweckänderung der Gesellschaft Rud. Fischer, EhrenbHdb. III, 1 S. 89; Würdinger, Aktienrecht S. 282; Rob. Fischer, GroßKomm. AktG 1937 § 16 Anm. 11; in unbegründeter Einschränkung oben § 23 Anm. 11 u. Pleyer, AG 1959, 10; zur Zielsetzung allgemein Duden, Über Unternehmensziele, Festschr. O. Kunze [1969] S. 127 ff.). Diese Erleichterung gilt jedoch nur für die in den §§ 291, 292 genannten Verträge (s. § 291 Anm. 38).

Die Unternehmensverträge dienen insbesondere der Unternehmensverbindung (Ausnahme Anm. 12), weshalb sie in die Definition der „Verbundenen Unternehmen“ des § 15 einbezogen sind und damit den für verbundene Unternehmen geltenden Vorschriften unterliegen. Diese Unternehmensverbindung stellt jedoch keineswegs immer einen Konzern dar. Lediglich von dem Beherrschungsvertrag sagt § 18 Abs. 1 Satz 2, daß er unwiderleglich einen Konzern begründet. Die in § 292 genannten Verträge hingegen bewirken keinen Konzern. Weder bilden die an einer Gewinngemeinschaft beteiligten Unternehmen eo ipso einen Gleichordnungskonzern (Anm. 8), noch hat der zwischen unabhängigen Gesellschaften vereinbarte Pacht- oder Betriebsüberlassungsvertrag als solcher die Entstehung eines Konzerns zur Folge. In den Definitionen des § 292 spielt weder die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung (§ 18 Abs. 1, 2) noch die Abhängigkeit (§ 17) eine Rolle, und die Vorschrift macht auch keinen Unterschied, ob der Vertrag von der Gesellschaft mit einem ihrer Aktionäre oder mit einem Dritten geschlossen wird (vgl. jedoch Abs. 3). Verträge der in § 292 genannten Art, insbesondere Pacht- und Betriebsüberlassungsverträge werden jedoch vielfach zwischen herrschenden Unternehmen und abhängigen Gesellschaften geschlossen. Hieraus ergeben sich Probleme besonderer Art (Anm. 20, 21).

c) Während der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag als Organisationsvertrag objektive Normen setzt, welche mit vorangiger Geltung gesetzliche und statutarische Bestimmungen überlagern (§ 291 Anm. 7, 39), sind die in § 292 genannten Verträge *schuldrechtliche* Verträge, welche dem Recht der Schuldverhältnisse (§§ 241 ff. BGB) unterliegen.

d) Bestritten ist, ob die Aufzählung in § 292 erschöpfend sei (bejahend Havermann WPg. 1966, 30 ff.; verneinend Bachmayer BB 67, 137). Sie ist insofern erschöpfend, als andere als die in den §§ 291, 292 zusammengefaßten Verträge nicht Unternehmensverträge sind, daher auch nicht den für sie bestehenden Sondervorschriften unterliegen. Andererseits ist zu beachten, daß in § 292 nicht Verträge bestimmten Types im Sinne der schuldrechtlichen Vertragsarten aufgeführt werden, sondern lediglich Vertragsinhalte oder bestimmte Verpflichtungen, welche in Verträgen verschiedener Art enthalten sein können.

I. Die Gewinngemeinschaft, §292 Nr. 1

Anm. 1

1. Gewinnpoolung

Eine Gewinngemeinschaft liegt vor, wenn eine AG oder KoAG ihren Gewinn oder den Gewinn einzelner ihrer Betriebe ganz oder zum Teil mit dem Gewinn anderer

Unternehmen oder einzelner Betriebe anderer Unternehmen zur Aufteilung des gemeinschaftlichen Gewinnes zusammenlegt. Erfasst wird also sowohl die volle Gewinngemeinschaft als auch die Vergemeinschaftung des Gewinnes einzelner Betriebe. Für beide Fälle ist es unerheblich, ob der Gewinn in voller Höhe oder nur als Teilbetrag desselben der Poolung unterliegt.

Im Gegensatz zu § 256 Abs. 1 AktG 1937 kommt es nicht darauf an, ob der in die Gemeinschaft fallende Gewinn eine bestimmte Höhe des Gesamtgewinnes erreicht.

In allen Fällen ist jedoch unter Gewinn nur der in *periodischer* Abrechnung ermittelte Überschuß zu verstehen, mag er das Geschäftsergebnis der Gesellschaft im ganzen oder nur eines einzelnen Betriebes sein. Werden Erlöse aus gemeinschaftlicher Nutzung technischer Anlagen gepoolt, so ist zu prüfen, ob die Einnahmen, die hier geteilt werden, Teil des Unternehmensgewinnes sind.

Schließt eine Gesellschaft, welche den Gewinn eines einzelnen Betriebs gepoolt hat, mit demselben Partner oder mit einem Dritten einen weiteren Gewinngemeinschaftsvertrag, bezogen auf einen anderen Betrieb, so liegt Neuabschluß des Vertrages vor.

Anm. 2

Nicht hierher gehört die Poolung des Gewinnes aus einem einzelnen Geschäft; daher liegt keine Gewinngemeinschaft vor, wenn sich Bauunternehmen zur Ausführung eines Bauauftrages zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammenschließen und das Geschäftsergebnis der Auftragsausführung vergemeinschaften. Eine Gewinngemeinschaft liegt ferner nicht vor bei Austausch von Patentlizenzen unter gemeinsamer Beteiligung an deren Ertrag (WP-Handbuch 1968 S. 1146).

Möglich ist jedoch, daß Unternehmen für bestimmte künftige Aufträge permanent sich zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammenschließen und die hierbei anfallenden Gewinne nach einem vorweg vereinbarten Schlüssel aufteilen. Hier ist die Abgrenzung zweifelhaft.

Anm. 3

2. Aufteilung des Pools

Die Zusammenlegung der Gewinne muß erfolgen, um den dadurch entstehenden Pool unter den Vertragspartnern *aufzuteilen*. Nur die Zusammenlegung und Aufteilung des Gewinnes stellt eine Gewinngemeinschaft i. S. der Nr. 1 dar. Unerheblich ist, nach welchem Schlüssel die Aufteilung erfolgt und wo das gemeinschaftliche Konto geführt und verrechnet wird.

Eine Aufteilung ist es nicht, wenn der zusammengelegte Gewinn für *andere Zwecke*, z. B. zur Errichtung einer Gemeinschaftsanlage, verwendet wird. In solchem Falle liegt nur ein gewinnabhängiger Gesellschafterbeitrag (§ 705 BGB) zu einem gemeinschaftlichen Zweck vor.

Eine Zusammenlegung und Aufteilung von Gewinnen liegt ferner nicht vor, wenn ein Partner den Gewinn des anderen übernimmt gegen Gewährung einer Dividendengarantie, die sich nach dem Geschäftsergebnis des Übernehmenden bemißt (§ 304 Abs. 2 Satz 2). Ein solcher Vertrag wäre bei Übernahme des ganzen Gewinnes ein Gewinnabführungsvertrag (§ 291), andernfalls ein Teilgewinnabführungsvertrag gemäß Nr. 2.

Anm. 4

3. Verlustübernahme

Häufig wird mit der Gewinngemeinschaft auch die Vergemeinschaftung von *Verlusten* vereinbart werden. Über die Poolung von Verlusten enthält das Gesetz keine besonderen Vorschriften. Erforderlich ist die vertragliche Klarstellung, welche Verluste vergemeinschaftet sein sollen.

Reine *Verlustübernahmeverträge* sind nicht Unternehmensverträge i. S. des § 292. Aus steuerrechtlichen Überlegungen hat Bachmayer, BB 67, 135 ff. vorgeschlagen, den reinen Verlustübernahmevertrag zwischen einem ausländischen Unternehmen und seiner inländischen Tochtergesellschaft, welche sich im Alleinbesitz desselben befindet, als Unternehmensverträge zu behandeln mit der Folge der Entbehrlichkeit des Abhängigkeitsberichts (§ 312); s. auch Werner NBetrW a. a. O. S. 17 f.; dagegen Luchterhandt S. 179 ff. Der Zurechnung eines solchen Vertrages zu den Unternehmensverträgen steht entgegen, daß das Kriterium der Zweckänderung der AG, welches die in § 292 genannten Verträge kennzeichnet, bei der AG, deren Verluste von dem herrschenden Unternehmen übernommen werden, fehlt, der Vertrag für die abhängige AG mithin unproblematisch ist, Probleme sich vielmehr bei dem den Verlust übernehmenden anderen Vertragsteil ergeben könnten. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb für die von ihren Verlusten befreite AG die zum Schutze ihrer Aktionäre dienenden §§ 293 ff. anzuwenden seien.

Wird hingegen die abhängige Gesellschaft veranlaßt, Verluste des herrschenden Unternehmens zu übernehmen, so liegt eine nach §§ 311 ff. unzulässige Benachteiligung der Gesellschaft vor.

Anm. 5

4. Gewinngemeinschaft, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Der der Gewinngemeinschaft zugrunde liegende Vertrag ist ein Vertrag gemäß § 705 BGB; er begründet unter den Partnern eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Für jede an diesem Vertrag beteiligte AG oder KoAG hat er jedoch die Qualifikation eines Unternehmensvertrages mit den daraus sich ergebenden Folgerungen. Die Vertragspartner sind mit der Gesellschaft gemäß § 15 verbunden, so daß für sie die hieran anknüpfenden Vorschriften zur Anwendung kommen (§ 15 Anm. 4). Es gelten ferner die §§ 293 ff. über Abschluß, Änderung und Aufhebung des Vertrags, durch welche die Vorschriften des bürgerlichen Rechts teilweise modifiziert werden.

Anm. 6

5. Berechnung des zu poolenden Gewinns

Die Festsetzung, welcher Gewinn vergemeinschaftet wird, obliegt der vertraglichen Vereinbarung; die Bestimmung des § 301, welche den zulässigen Höchstbetrag der Gewinnübernahme für den Gewinnabführungsvertrag regelt, gilt hier nicht. Der Vertrag hat die Frage zu regeln, ob von der Poolung nur betroffen wird der aus den Umsatzen sich ergebende Roherlös (§ 157 Nr. 6) oder ob ihr auch Erträge unterliegen, welche aus Beteiligungen oder aus anderen Quellen entspringen. Es ist ferner Sache der Vereinbarung, die Bewertung, Abschreibungen und Rücklagenbildung abzustimmen, ferner welche freien Rücklagen eingestellt werden können, wobei für die AG die Schranken des § 58 nicht bindend sind, weil die der Gewinnpoolung zugrunde liegende Vertragsabrechnung den Vorschriften über den Jahresabschluß nicht unterliegt. Sollte die Vereinbarung eine größere Rücklagenbildung gestatten als § 58 sie für den Jahresabschluß zuläßt, würde der überschießende Betrag im Jahresabschluß in den Gewinnausweis eingehen.

Die Ermittlung des zu poolenden Gewinnes und evtl. der Verluste erfolgt auf Grund einer vor dem Jahresabschluß aufzustellenden Abrechnung. Im Jahresabschluß sind die abgeführten Gewinne und die Erträge aus der Gewinngemeinschaft gemäß § 157 Nr. 7 und 28 ersichtlich zu machen.

Anm. 7

6. Vermögensbindung

Im Rahmen der Gewinngemeinschaft bleiben, falls Vertragspartner aneinander auch als Aktionäre beteiligt sind, die dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger dienenden

Grundsätze der Vermögensbindung (§ 57) uneingeschränkt erhalten. Ein hiergegen verstößender Vertrag hat Nichtigkeit des Vertrages und auch Nichtigkeit des Genehmigungsbeschlusses gemäß § 241 Nr. 3 zur Folge.

Anm. 8

7. Betriebsgemeinschaft, Gleichordnungskonzern

Mit der Gewinngemeinschaft kann eine *Betriebsgemeinschaft* verbunden sein, sei es durch Personalunion in den Geschäftsführungsorganen der Vertragspartner, sei es durch vertragliche Koordinierung der Geschäftsführung oder durch Bildung eines gemeinschaftlichen Leitungsorgans (§ 291 Anm. 34). Sie bilden alsdann einen *Gleichordnungskonzern* gemäß § 18 Abs. 2.

Anm. 9

8. Gewinngemeinschaft bei Abhängigkeit

Gewinngemeinschaftsverträge kommen auch im Rahmen eines Unterordnungskonzerns vor, etwa zwischen verschiedenen abhängigen Unternehmen desselben Konzerns, aber auch zwischen dem herrschenden Unternehmen und der abhängigen Gesellschaft (Rasch, Konzernrecht S. 100). In solchem Falle unterliegt bereits der Abschluß des Vertrages dem § 311 (s. § 311 Anm. 9).

Anm. 10

9. Steuerliche Behandlung

Über die *steuerliche* Behandlung der Gewinngemeinschaft s. v. Wallis, Die Besteuerung der Unternehmenszusammenschlüsse S. 321; Rasch, Konzernrecht S. 315 ff.; über steuerliche Anerkennung einer Gewinngemeinschaft zwischen in- und ausländischen Unternehmen s. Luchterhandt S. 175. S. auch DB 1971, 2/38.

Anm. 11

10. Internationale Gewinngemeinschaft

Eine Gewinngemeinschaft kann auch mit einem ausländischen Partner vereinbart werden. Vorausgesetzt ist, daß die Poolung und Aufteilung der Gewinne nach dem für den ausländischen Partner zuständigen Recht zulässig ist. Die vertragliche Vereinbarung kann hierbei inländischem oder ausländischem Recht unterstellt werden. Auch im letzteren Falle sind die Vertragspartner mit Bezug auf den inländischen Vertragsteil nach § 15 „verbundene Unternehmen“, weshalb für ihn die an § 15 anknüpfenden Vorschriften gelten. Das Erfordernis der Zustimmung der HV nach § 293 Abs. 1 besteht nur für die inländische Gesellschaft. Zur Anerkennung der Verbindlichkeiten des Vertrages im Inland ist auch die Eintragung desselben nach § 294 erforderlich (ebenso Luchterhandt S. 178). Für den ausländischen Partner werden die Gültigkeitserfordernisse dieses Vertrags durch die für ihn zuständige Rechtsordnung bestimmt. Befindet sich die inländische Gesellschaft in Abhängigkeit von dem ausländischen Vertragsteil, dann sind auch die §§ 311 ff. anzuwenden (§ 311 Anm. 23); s. auch § 291 Anm. 34a.

II. Die Teilgewinnabführung, § 292 Nr. 2

Anm. 12

1. Die einschlägigen Verträge

Der Teilgewinnabführungsvertrag ist dadurch gekennzeichnet, daß eine AG oder KoAG sich verpflichtet, einen Teil ihres Gewinnes oder den Gewinn einzelner ihrer Betriebe ganz oder zum Teil an einen anderen abzuführen. Unerheblich ist, wer den Gewinn empfängt; der Vertragspartner braucht nicht ein Unternehmen zu sein.

Erforderlich ist auch hier, daß der abzuführende Gewinn das Ergebnis einer *periodischen* Abrechnung bildet und nicht nur verbunden ist mit einem einzelnen Geschäftsvorgang. Dieses ergibt sich daraus, daß Gewinnbeteiligungen, welche im Zusammenhang mit einzelnen Geschäften gewährt werden, zu den Geschäften des laufenden Geschäftsverkehrs rechnen (§ 292 Abs. 2), welche in die alleinige Zuständigkeit des Vorstands fallen.

Kein Teilgewinnabführungsvertrag ist daher das partiarische Darlehen, welches zur Finanzierung eines bestimmten Geschäfts, etwa zum Bau eines Häuserblocks, gegen Gewinnbeteiligung gewährt wird; ebenso nicht die Lizenzgewährung gegen Beteiligung an dem aus der Nutzung des Patents sich ergebenden Gewinn.

Andererseits ist es für den Begriff Teilgewinnabführung unerheblich, ein wie hoher Prozentsatz des Gewinns abzuführen ist; es darf nur nicht der gesamte Gewinn sein, weil alsdann der Vertrag ein Gewinnabführungsvertrag nach § 291 sein würde. Eine Umgehung der mit dem Gewinnabführungsvertrag verbundenen Garantien durch Vereinbarung einer Teilgewinnabführung mit einer dem Gesamtgewinn angenäherten Quote ist wohl nicht zu befürchten, weil sich mit solcher Umgehungsvereinbarung eine steuerliche Organschaft nicht begründen ließe. Nicht erforderlich ist Entgeltlichkeit der Gewinnabführung (a. A. ohne Begründung Kölner Komm. § 292 Anm. 16; die dort in Anm. 19 dargelegte Auffassung, unangemessene Gegenleistung könne Nichtigkeit eines mit einem Aktionär geschlossenen Teilgewinnabführungsvertrags wegen verdeckter Gewinnausschüttung zur Folge haben, trifft nicht zu, weil die Gewinnabführung die Substanz des Gesellschaftsvermögens nicht berührt, sondern nur den den übrigen Aktionären verbleibenden Gewinn).

Teilgewinnabführungsverträge und Geschäftsführungsverträge, bezogen auf einen einzelnen Betrieb, wurden früher geschlossen, weil der RFH die steuerliche Wirkung einer Gewinnabführung auch dann anerkannt hatte, wenn sie sich nur auf einen Teilbereich des Gesamtunternehmens bezogen hat, sofern dieser Teilbereich so abgegrenzt war, daß er als selbständiger Betrieb bestehen konnte (RFH RStBl. 1939, 948). Da nunmehr in § 7a Abs. 1 KStG als Voraussetzung der Organschaft ein Gewinnabführungsvertrag i. S. des § 291 Abs. 1, also die Abführung des *ganzen* Gewinnes der Organgesellschaft vorgeschrieben ist, haben Teilgewinnabführungsverträge ihre steuerliche Bedeutung verloren (vgl. Herrmann-Heuer a. a. O. § 7a KStG Rdn. 47).

Das Gesetz hat jedoch, unabhängig von der steuerlichen Bedeutung, die Teilgewinnabführung in den § 292 einbezogen, weil „auch hier im Interesse der Aktionäre jede Abführung von Gewinn des Unternehmens oder einzelner Betriebe — gleichgültig, wie der abzuführende Gewinn berechnet wird — an die Zustimmung der Hauptversammlung gebunden werden soll“ (Amtl. Begr. Kropff S. 379). Nach diesem Gesetzeszweck hat sich die Auslegung zu orientieren und hieraus ergibt sich, daß die Teilgewinnabführung i. S. der Definition des § 292 Nr. 2 sich nicht auf die steuerlichen Verträge beschränkt, sondern Inhalt verschiedener schuldrechtlicher Verträge sein kann.

Anm. 13¹

Es gibt Gewinnzuwendungen, welche zwar der Definition des § 292 Nr. 2 entsprechen, gleichwohl dieser Vorschrift nicht unterliegen, weil für sie Sonderbestimmungen gelten. Dieses trifft beispielsweise zu, wenn eine Gesellschaft einem anderen Unternehmen eine von ihrem Gewinn abhängige Dividendengarantie gewährt (§ 304 Abs. 2 Satz 2); hier wird jedoch § 292 Nr. 2 durch die §§ 291, 293 Abs. 2 verdrängt. Eine Teilgewinnabführung liegt ferner vor bei Ausgabe von Gewinnschuldverschreibungen, doch greift hier die Sondervorschrift des § 221 Platz. Eine Gewinnabführung liegt ferner vor, wenn eine Gesellschaft eine Gruppe von Arbeitnehmern oder alle Arbeitnehmer an ihrem Gewinn beteiligt. Wird jedoch im Zusammenhang mit dieser Gewinnbeteiligung eine bedingte Kapitalerhöhung beschlossen (§§ 192 Abs. 2 Nr. 3, 194 Abs. 3), so treten an die Stelle der §§ 293 ff. die Sondervorschriften der §§ 193 ff. Die praktische Bedeutung des § 292 Nr. 2 dürfte daher gering sein. Über die Bildung der gesetzlichen Rücklage in diesen Fällen s. § 300 Nr. 2.

Anm. 14

Es muß sich um die Abführung eines Teilgewinnes handeln, den die Gesellschaft aus dem Betrieb ihres *eigenen* Unternehmens bezieht. Da die Gesellschaft ursprünglich gegründet wird, ihr statutarisches Unternehmen ausschließlich für Rechnung ihrer Aktionäre zu betreiben, widerspricht es diesem Zweck, wenn ein Teil des Gewinnes einem Dritten zufließt. Eine Teilgewinnabführung liegt daher nicht vor, wenn die Gesellschaft ein anderes Unternehmen pachtet gegen Gewinnbeteiligung des Pächters an dem Pächterlös, der abzuführende Gewinn also nicht aus dem Gesamtgewinn der Gesellschaft fließt.

Anm. 15**2. Ausnahmen**

Bestimmte Teilgewinnabführungen sind durch § 292 Abs. 2 ausdrücklich aus dem Bereich der Teilgewinnabführungsverträge ausgeklammert, denn die HV soll nicht mit allen im Wirtschaftsleben üblichen Formen der Gewinnbeteiligung befaßt werden; unbedeutende Gewinnabführungen sollen zustimmungsfrei bleiben (Amtl. Begr., Kropff S. 379).

Ein Teilgewinnabführungsvertrag liegt hiernach nicht vor bei Gewährung von Tantiemen durch die Gesellschaft an Mitglieder ihres Vorstands und Aufsichtsrates (§§ 86, 113 Abs. 3); ebenso nicht bei der Gewinnbeteiligung *einzelner* Arbeitnehmer. Sie liegt ferner nicht vor bei der Abrede über eine Gewinnbeteiligung im Rahmen von Verträgen des laufenden Geschäftsverkehrs; so z. B. nicht bei einem zur Finanzierung eines bestimmten Umsatzgeschäftes gewährten partiarischen Darlehen.

Ausgeklammert aus dem Bereich der Teilgewinnabführungsverträge sind ferner Gewinnbeteiligungen, welche im Rahmen von Lizenzverträgen vereinbart werden.

Anm. 16**3. Rechtliche Behandlung**

Die Teilgewinnabführungsverträge unterliegen den §§ 293 ff. Abschluß und Änderung des Vertrages bedürfen der Zustimmung der HV der gewinnabführenden Gesellschaft und der Eintragung in das Handelsregister. In § 300 Nr. 2 ist die Bildung der gesetzlichen Rücklage bei der gewinnabführenden Gesellschaft geregelt.

Ist der Gewinnempfänger ein Unternehmen, dann ist die Gesellschaft mit diesem *verbunden* i. S. des § 15, so daß auch die hieran anknüpfenden Vorschriften zur Anwendung kommen.

III. Betriebspachtvertrag, Betriebsüberlassungsvertrag, § 292 Nr. 3**Anm. 17****1. Unternehmenspacht**

In Nr. 3 werden Verträge verschiedener Art zusammengefaßt. Sie alle sind dadurch gekennzeichnet, daß die AG oder KoAG aufhört, ihr Unternehmen selbst zu betreiben. Dieses Faktum allein ist maßgebend für die Anwendbarkeit der Vorschrift, gleichgültig, auf welcher rechtlichen *causa* es beruht und wie die Parteien den Vertrag benennen.

Das Gesetz nennt zunächst die *Pacht*, durch welche eine AG oder KoAG den Betrieb ihres Unternehmens einem anderen verpachtet. Wird umgekehrt ein fremdes Unternehmen von einer AG gepachtet, dann ist der Vertrag für die pachtende AG kein Unternehmensvertrag; für sie gelten keine aktienrechtliche Besonderheiten.

Erforderlich ist, daß die Gesellschaft ihr *gesamtes* Unternehmen verpachtet und damit aufhört, selbst noch ein produktives Erwerbsgeschäft zu betreiben. Das Gesetz spricht von Verpachtung des Betriebs des Unternehmens; gemeint ist das Handelsge-

schäft der Gesellschaft i. S. des § 22 Abs. 2 HGB, so daß der Pächter auch die Firma der Gesellschaft führen kann, welche sich alsdann im Wege der Satzungsänderung eine neue Firma geben muß (vgl. zu den firmenrechtlichen Fragen Groschuff JW 35, 2357 ff.). Verpachtet die Gesellschaft nur einen einzelnen Betrieb, so liegt kein Vertrag nach Nr. 3 vor. Problematisch ist der Fall, wenn die Gesellschaft den zurückbehaltenen Betrieb gleichzeitig stilllegt.

Nicht unter Nr. 3 fällt es, wenn mehrere Gesellschaften Teilbetriebe ihrer Unternehmen einer von ihnen neugebildeten Gesellschaft pachtweise überlassen, sog. *Teilpachtgemeinschaft* (Rasch, Konzernrecht S. 49). Die Zusammenfassung der gepachteten Teilbetriebe durch die Pächterin begründet weder einen Gleichordnungs- noch einen Unterordnungskonzern; ersterer liegt nicht vor, weil die von der Pächterin zusammengefaßten Betriebe nicht rechtlich selbständige Unternehmen sind (§ 18 Abs. 2); ein Unterordnungskonzern liegt nicht vor, weil die Pächterin die verpachtenden Gesellschaften weder beherrscht noch einheitlich leitet.

Gleichgültig ist, wer das Unternehmen pachtet. Aktienrechtlich ist es nur von Belang, daß die verpachtende AG aufhört, ihr Unternehmen selbst zu betreiben.

Da der Pächter, welcher das Unternehmen weiter führt, nach § 1 Abs. 1 HGB die Kaufmannseigenschaft erlangt, wird er stets zum Unternehmen. Der Pächter und die verpachtende Gesellschaft sind daher stets verbunden i. S. des § 15.

Anm. 18

Der Pachtvertrag ist eine Figur des bürgerlichen Rechts; sein Inhalt richtet sich, soweit nichts anderes vereinbart ist, nach den §§ 581 ff. BGB. Pächter übernimmt den Betrieb in Besitz und führt ihn mit seinen Leuten in eigenem Namen und für eigene Rechnung, wofür er der Verpächterin den Pachtzins entrichtet. Das Zivilrecht, ergänzt durch die Vereinbarung, bestimmt, zu welchen Dispositionen der Pächter befugt ist, ob und welche Veränderungen des Unternehmens zulässig sind und wer die Unterhaltung trägt. Über Einzelheiten der Vertragsgestaltung s. Rasch S. 106 ff.

Der Pachtvertrag bewirkt als solcher keine Abhängigkeit der Verpächterin vom Pächter (§ 17 Anm. 8). Er ist ein auf Leistungsaustausch gerichteter schuldrechtlicher Vertrag, bei dem, wenn er unter selbständigen Partnern geschlossen wird, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung angemessen sein wird.

Anm. 19

2. Geschäftsführungsvertrag als Pachtersatz

Ein ähnlicher wirtschaftlicher Erfolg wie durch den Pachtvertrag ist auch durch eine andere Vertragsgestaltung möglich. Der „Pächter“ übernimmt das Unternehmen der „verpachtenden“ Gesellschaft nicht in Besitz und zu eigenem Betrieb desselben mit seinen eigenen Leuten, sondern er verpflichtet die Eigentümergesellschaft, ihr Unternehmen weiterhin mit ihren eigenen Leuten und in eigenem Namen weiterzuführen, jedoch für Rechnung des „Pächters“, wobei letzterer berechtigt ist, der Eigentümergesellschaft in ihrer Betriebsführung alle Maßnahmen anzuweisen, welche er selbst durchführen könnte, falls er den Betrieb als Pächter selbst übernommen hätte. Ein solcher Vertrag ist jedoch nicht ein Pachtvertrag, sondern es liegt die Führung des eigenen Unternehmens für fremde Rechnung vor.

Wird ein solcher Vertrag zwischen dem herrschenden Unternehmen und der abhängigen Gesellschaft gegen Gewährung einer Dividendengarantie geschlossen, dann liegt ein *Geschäftsführungsvertrag* i. S. des § 251 Abs. 1 Satz 2 vor, der als Gewinnabführungsvertrag gilt (§ 291 Anm. 37).

Kommt ein solcher Vertrag jedoch zwischen voneinander *unabhängigen* Gesellschaften zustande, wobei die Geschäftsführerin ein entsprechendes Entgelt erhält, so würde dieser Vertrag dem § 292 Nr. 3 nicht unterliegen, überhaupt kein Unternehmensvertrag sein, da das Gesetz die Unternehmensführung für fremde Rechnung, welche in dem § 256 AktG 1937 einbezogen war, wegen ihrer praktischen Bedeutungslosigkeit zwischen selb-

ständigen Unternehmen aus § 292 herausgenommen und, indem er in der Praxis nur als unentgeltliche Geschäftsführung zur Begründung von Organschaftsverhältnissen anzutreffen sei (§ 291 Anm. 37), in den § 291 einbezogen hat.

Über den Fall, daß eine abhängige Gesellschaft ihr Unternehmen im Namen der herrschenden Gesellschaft betreibt, s. § 291 Anm. 38.

Anm. 20

3. Konzerninterne Pacht

Besonderheiten gelten für den *konzerninternen Pachtvertrag* (dazu Friedländer a. a. O. S. 100 ff.; Mestmäcker, Verwaltung a. a. O. S. 317 ff.; derselbe, Zur Systematik a. a. O. S. 129 Luchterhandt a. a. O. S. 166 ff.). Das herrschende Unternehmen pachtet den Betrieb der abhängigen Gesellschaft, um ihn seinem eigenen Betrieb zu integrieren; es läßt sich mitunter vertraglich die Befugnis zum Ausbau oder zur Umgestaltung desselben einräumen, möglicherweise auch Vollmacht zu Dispositionen über das Vermögen der pachtenden Gesellschaft erteilen. Die Gegenleistung pflegt in der Gewährung einer Dividendengarantie an die außenstehenden Aktionäre der verpachtenden Gesellschaft zu bestehen; möglich ist auch die Vereinbarung einer Gewinngemeinschaft zwischen beiden Gesellschaften. Da das herrschende Unternehmen selbst Aktionärin der verpachtenden Gesellschaft ist, können Dispositionen desselben mit den Vorschriften über den Schutz der Vermögenssubstanz (verdeckte Gewinnausschüttung) kollidieren. Eine solche Kollision kann auch in der Unangemessenheit der Gegenleistung liegen.

An sich würde ein solcher Vertrag wegen Verstoßes gegen das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung (§ 57 Anm. 3. u. 7) nichtig sein. Diese Sanktion indessen ist nicht in allen Fällen geeignet, einen wirksamen Vermögensschutz zu gewährleisten und sie könnte zu großen Schwierigkeiten führen, wenn die Pacht in Unkenntnis der Nichtigkeit des Vertrages einige Zeit vollzogen wird.

In § 292 Abs. 3 ist daher bestimmt, daß ein Pachtvertrag und der Zustimmungsbeschluß der HV der verpachtenden abhängigen Gesellschaft nicht deshalb nichtig sind, weil der Vertrag gegen die §§ 57, 58 und 60 verstößt

Ist die Bestimmung der angemessenen Pacht schwierig, so kann sie bei Beginn des Vertrags einem Sachverständigen überlassen werden. In solchen Fällen sind die vorher geleisteten Zahlungen Anzahlungen auf die endgültige Pacht. Wird jedoch zu Beginn der Pacht ein bestimmter Betrag fest vereinbart, welcher später an Hand eines Sachverständigengutachtens korrigiert wird, dann ist steuerlich die Berichtigung für die Vergangenheit nicht mehr möglich (BFH v. 10. 3. 71, DB 1971, 1603).

An die Stelle des durch die §§ 57, 58 bewirkten Vermögensschutzes tritt die Sondervorschrift des § 302 Abs. 2. Sie führt dazu, daß, falls die Gegenleistung in einer Dividendengarantie zugunsten der außenstehenden Aktionäre der verpachtenden Gesellschaft besteht, die Verluste der abhängigen Gesellschaft voll auszugleichen sind, weil die Dividendengarantie keine Substanzerhaltung bewirkt (§ 302 Anm. 11). Über das Verhältnis des Verlustausgleichs zu der Kompensationspflicht aus § 311 s. § 302 Anm. 13.

Nicht ausgeschlossen ist die Möglichkeit der *Anfechtung* des Zustimmungsbeschlusses wegen Verstoßes gegen die §§ 57, 58, 60 oder gemäß § 243 Abs. 2. Hierbei erlangt die in § 292 Abs. 3 vorgesehene Pflicht zur Erläuterung des Vertrages Bedeutung.

Anm. 21

4. Verhältnis zwischen Pacht und Beherrschungsvertrag

Der Beherrschungsvertrag unterwirft die abhängige Gesellschaft als *Rechtssubjekt* unter die Leitung des herrschenden Unternehmens; der Pachtvertrag unterwirft lediglich das von der herrschenden Gesellschaft in Besitz genommene *Unternehmen* der abhängigen Gesellschaft der Disposition der herrschenden Gesellschaft. Erfolgt beim Beherrschungsvertrag die Ausübung der Leitung gegenüber der abhängigen Gesellschaft mittels der Weisung (§ 308), so kann bei der Pacht das herrschende Unternehmen die

geschäftlichen Dispositionen unmittelbar selbst ausführen. Der Pachtvertrag, welcher auf Übernahme des gepachteten Unternehmens und auf Betrieb desselben durch die Pächterin gerichtet ist, bewirkt als solcher keine Abhängigkeit der Verpächterin. Da die Abhängigkeit derselben jedoch infolge Beteiligung der Pächterin an der Verpächterin bereits besteht, ist es möglich, daß im Rahmen des Pachtvertrages Vereinbarungen getroffen werden, welche, die eigentliche Pacht überschreitend, dem herrschenden Unternehmen auch Möglichkeiten der Einwirkung und der Disposition über das Vermögen der abhängigen Gesellschaft verschaffen sollen und welche nicht den Schranken der §§ 57, 58, 60 unterliegen (§ 292 Abs. 3). Hier stellt sich die Frage, ob der Beherrschungsvertrag unter Vermeidung der mit ihm verbundenen Garantien durch solche Verträge ersetzt oder umgangen werden kann.

Zunächst hat der Registerrichter bei Anmeldung des Vertrages zu prüfen, ob sich Bedenken gegen seine Rechtsgültigkeit ergeben (Luchterhandt S. 166 ff.). Der Pachtvertrag nämlich kann, obgleich die verpachtende Gesellschaft sich bereits in faktischer Abhängigkeit befindet und ihre HV den Vertrag nach § 392 Abs. 1 genehmigt hat, und obgleich ein Verstoß gegen die §§ 57, 58 und 60 eine Nichtigkeit desselben nicht begründet, aus dem Gesichtspunkt der Unzulässigkeit vertraglicher Selbstentmündigung der Gesellschaft *nichtig* sein (RG 2, 129; 82, 308; § 17 Anm. 8). In diesem Falle hätte der Registerrichter die Eintragung zu verweigern.

Wird andererseits der Vertrag als Pachtvertrag eingetragen, so ist es ausgeschlossen, ihn in einen Beherrschungsvertrag umzudeuten (Gessler DB 65, 1693), denn ein Beherrschungsvertrag kann nur ein solcher Vertrag sein, der dessen Gültigkeitsvoraussetzungen erfüllt und als Beherrschungsvertrag eingetragen wird. Der Vertrag bliebe trotz erfolgter Eintragung nichtig (vgl. dagegen Mestmäcker, Systematik S. 129, 150, der vorschlägt, in solchen Fällen einen Beherrschungsvertrag anzunehmen).

In jedem Falle kommen die §§ 311 ff. zur Anwendung, wobei bereits der Abschluß des Vertrages dem § 311 unterliegt, sofern er, was laut Amtl. Begr. die Regel bildet, vom herrschenden Unternehmen veranlaßt worden ist (s. darüber § 311 Anm. 9). Durch diese Vorschriften soll eine Benachteiligung der verpachtenden Gesellschaft seitens der Pächterin verhindert werden.

Über Abschluß eines Pachtvertrages im Rahmen eines bestehenden Beherrschungsvertrages s. Anm. 26.

Anm. 22

5. Betriebsüberlassungsvertrag

Die *Betriebsüberlassungsverträge* sind im Gesetz nur durch die drei Worte: „oder sonst überläßt“ gekennzeichnet. Gesetzliches Merkmal dieser Verträge ist also nur, daß die Gesellschaft aufhört, ihr Unternehmen selbst zu betreiben, daß sie also ihre eigene unternehmerische Tätigkeit einstellt. Da dieses der ursprünglichen Zielsetzung der Gesellschaft, welche auf eigenen Betrieb des Unternehmens gerichtet ist, widerspricht, soll diese Zweckänderung nur mit Zustimmung der HV zulässig sein. Unter die Bezeichnung Betriebsüberlassung fallen mithin alle Verträge, bei denen das gesetzliche Merkmal der Einstellung der eigenen Unternehmensführung durch die Gesellschaft zutrifft.

Diese Auffassung wurde schon im AktG 1937 zu § 256 vertreten und sie wird auch zu § 292 Nr. 3 bejaht (vgl. Gessler DB 1965, 1693; Baumbach-Hueck, Anm. 14; Würdinger, Aktienrecht S. 308); s. jedoch Anm. 24.

Anm. 23

6. Innenpacht

Hierher gehört zunächst die sog. *Innenpacht*. Während bei der regulären Pacht der Pächter das ihm überlassene Unternehmen der Verpächterin im eigenen Namen und für eigene Rechnung betreibt, ist die Innenpacht dadurch gekennzeichnet, daß der Übernehmer den Betrieb zwar für eigene Rechnung, jedoch zwecks Tarnung der Übernahme im Namen der ihr Unternehmen überlassenden Gesellschaft führt. Da in solchem

Fälle aus den Rechtsgeschäften des Betriebsführers die betriebsüberlassende Gesellschaft den Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet wird und ihr auch das Geschäftsergebnis zufällt, erwachsen ihr entsprechende Herausgabepflichten und Liberatoransprüche; insbesondere wird das Jahresergebnis der Geschäftsführung an den Betriebsführer abgeführt. Dieser Vertrag fällt jedoch nicht unter dem in § 291 Abs. 1 Satz 2 geregelten Geschäftsführungsvertrag, da letzterer voraussetzt, daß die Gesellschaft ihr Unternehmen selbst, jedoch für fremde Rechnung betreibt, während hier die Geschäftsführung durch den Betriebsübernehmer erfolgt. Es liegt mithin ein Fall der Betriebsüberlassung vor (s. § 291 Anm. 37 sub b).

Anm. 24

7. Weitere Arten der Betriebsüberlassung

Zu den Betriebsüberlassungsverträgen werden auch die Fälle gerechnet, in denen eine Gesellschaft, welche ihr Unternehmen mangels Arbeitskräfte oder aus sonstigen Gründen nicht selbst zu betreiben in der Lage ist, mit der Führung ihres Betriebs ein anderes Unternehmen beauftragt. Das beauftragte Unternehmen führt den Betrieb für Rechnung der Auftraggeberin, wobei es unerheblich ist, ob dieses nach außen im Namen der Eigentümergesellschaft erfolgt, oder im Namen der Betriebsführerin unter interner Überlassung des Geschäftsergebnisses an die Eigentümerin. Ein solcher Vertrag liegt der Entscheidung in RG 142, 223 zugrunde (vgl. auch Gessler DB 65, 1691; Mestmäcker, Verwaltung a. a. O. S. 106 ff., 319 f.). Betriebsüberlassungen solcher Art können auch in Interessengemeinschaftsverträgen enthalten sein, bei denen die Vertragspartner zugleich eine Gewinngemeinschaft begründen (vgl. Rosendorff S. 124).

Wird der Betriebsführungsvertrag zwischen unabhängigen Partnern geschlossen, dann liegt entgeltliche Geschäftsbesorgung auf der Basis eines Dienstvertrages (§ 675 BGB) vor, wobei auch dieser Vertrag keine Abhängigkeit begründet (unrichtig § 17 Anm. 8). In diesem Falle kommt auch eine Verpflichtung zum Verlustausgleich nach § 302 Abs. 2 nicht in Betracht.

Die Zurechnung dieser Verträge zu den Betriebsüberlassungsverträgen in § 292 Nr. 3 wird von Luchterhandt S. 107 und im Kölner Komm. Anm. 24 mit der Begründung verneint, daß hier die Gesellschaft, welche ein anderes Unternehmen mit der Führung ihres Betriebs beauftragt, nicht, wie bei Verpachtung ihres Betriebs, zur Rentnergesellschaft wird und daß sie auch auf die Betriebsführung des anderen Vertragsteil bestimmend einwirken könne, weil dieser auf Grund des Auftragsrechts den Weisungen der Gesellschaft unterworfen ist. Dieses Argument ist in der Tat beachtlich, wenn der zwischen *unabhängigen* Partnern geschlossene Leistungsaustauschvertrag in solcher Weise durchgeführt wird.

Eine andere Bedeutung hat jedoch der Betriebsführungsvertrag zwischen einem herrschenden Unternehmen und einer abhängigen Gesellschaft (Anm. 25).

Anm. 25

8. Konzerninterne Betriebsüberlassung

Bei konzerninternen Betriebsüberlassungen, bei denen die abhängige Gesellschaft die Führung ihres Betriebs dem herrschenden Unternehmen überläßt, wird die aus dem Vertrag sich ergebende Rechtslage faktisch in ihr Gegenteil verkehrt. Der Betriebsführungsvertrag gehört in die Kategorie des Auftrags (§ 662 BGB) oder der entgeltlichen Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB). Das betriebsführende herrschende Unternehmen hätte hiernach den Betrieb im Interesse der ihn überlassenden Gesellschaft zu führen und wäre an die Weisungen der abhängigen Gesellschaft als Auftraggeberin gebunden. Dieses indessen bleibt Theorie. Faktisch führt das herrschende Unternehmen den Betrieb in seinem eigenen Interesse und es setzt das Weisungsrecht der abhängigen Gesellschaft durch seine faktische Macht außer Kraft (vgl. Mestmäcker, Verwaltung S. 106 ff., 320 ff.; derselbe, Systematik S. 148 ff.).

Der RFH Bd. 40 S. 185 hat daher das von der abhängigen Gesellschaft für die Dienste des herrschenden Unternehmens geleistete Entgelt als verdeckte Gewinnausschüttung betrachtet, soweit die Tätigkeit des herrschenden Unternehmens im eigenen Interesse derselben erfolgte (s. dazu das in Anm. 21 Gesagte). Verträge solcher Art dürften kaum noch Bedeutung erlangen, zumal auch hier die §§ 311 ff. zur Anwendung kommen.

Anm. 26

9. Betriebsüberlassung auf Grund eines Beherrschungsvertrages

Zweifelhaft könnte sein, ob auf Grund eines Beherrschungsvertrages die Überlassung des Unternehmens der abhängigen Gesellschaft an die herrschende Gesellschaft zum unmittelbaren Betrieb desselben durch letztere auf Grund der Weisung nach § 308 verlangt werden kann.

Für die Verneinung spricht, daß das Weisungsrecht nur jene Maßnahmen umfaßt, welche gemäß § 76 Abs. 1 zum Zuständigkeitsbereich des Vorstands gehören. Dieses trifft für die Verpachtung oder Betriebsüberlassung nach § 293 Abs. 1 nicht zu. Andererseits reicht der mit dem Beherrschungsvertrag verbundene Schutz der abhängigen Gesellschaft, ihrer außenstehenden Aktionäre und Gläubiger über jenen mit der Pacht oder Betriebsüberlassung verbundenen Schutz hinaus. Der Abschluß eines besonderen Vertrags und die Zustimmung zu demselben durch die HV gemäß § 293 Abs. 1 könnte daher als leere Formalität erscheinen. Es ist indessen zu beachten, daß die Übernahme der unmittelbaren Unternehmensführung durch das herrschende Unternehmen zur Ausschaltung der in §§ 308 Abs. 2 und 3, 309 und 310 enthaltenen Vorschriften führen würde. Man wird daher auf das Erfordernis des Abschlusses eines Pachtvertrages und des Zustimmungsbeschlusses der HV trotz Bestehen des Beherrschungsvertrages nicht verzichten können. In diesem Falle aber ist die in § 292 Abs. 3 Satz 2 aufrecht erhaltene Anfechtungsmöglichkeit durch die weitergehenden Garantien des Beherrschungsvertrages verdrängt und die engere Ausgleichspflicht des § 302 Abs. 2 durch die weitergehende Verpflichtung gemäß § 302 Abs. 1 ersetzt (§ 302 Anm. 8).

Anm. 27

10. Internationale Verpachtung und Betriebsüberlassung

Ob bei Verpachtung des Unternehmens durch eine ausländische Gesellschaft an ein inländisches Unternehmen der Vertrag von der Gesellschafterversammlung der verpachtenden ausländischen Gesellschaft zu genehmigen ist, beurteilt sich nach dem ausländischen Recht. Dagegen unterliegt die inländische Gesellschaft bei Verpachtung oder Betriebsüberlassung an ein ausländisches Unternehmen den § 293 ff. Die ausländische Pächterin ist auch zur Ausgleichszahlung gemäß § 302 Abs. 2 verpflichtet (Luchterhandt a. a. O. S. 171; Koppensteiner a. a. O. S. 244) und ist hierbei unerheblich, ob der Vertrag im übrigen deutschem oder ausländischem Recht unterliegt.

IV. Übergangsregelung, § 22 EG AktG

Anm. 29

Die Vorschrift bezieht sich auf Pacht- und Betriebsüberlassungsverträge, welche vor Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen worden sind. Sollten solche Verträge aus den in Anm. 20 angegebenen Gründen als nichtig zu erachten sein, wird diese Nichtigkeit durch § 22 EG nicht geheilt; eine gleichwohl erfolgte Eintragung des Vertrags wäre wieder zu löschen (§ 291 Anm. 50). Für gültige Verträge, welche nach Abs. 2 einzutragen waren, kommen fortan die §§ 295-300, 302 Abs. 2 zur Anwendung mit den in § 22 Abs. 1 Satz 2 ff. vorgesehenen Modalitäten.

Zweiter Abschnitt

Abschluß, Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen

§ 293 Zustimmung der Hauptversammlung

(1) Ein Unternehmensvertrag wird nur mit Zustimmung der Hauptversammlung wirksam. Der Beschluß bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Die Satzung kann eine größere Kapitalmehrheit und weitere Erfordernisse bestimmen. Auf den Beschluß sind die Bestimmungen des Gesetzes und der Satzung über Satzungsänderungen nicht anzuwenden.

(2) Ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag wird, wenn der andere Vertragsteil eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien ist, nur wirksam, wenn auch die Hauptversammlung dieser Gesellschaft zustimmt. Für den Beschluß gilt Absatz 1 Satz 2-4 sinngemäß.

(3) Der Vertrag bedarf der schriftlichen Form. Er ist von der Einberufung der Hauptversammlung an, die über die Zustimmung beschließen soll, in dem Geschäftsraum der Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre auszulegen. Auf Verlangen ist jedem Aktionär unverzüglich eine Abschrift zu erteilen. In der Hauptversammlung ist der Vertrag auszulegen. Der Vorstand hat ihn zu Beginn der Verhandlung zu erläutern. Der Niederschrift ist er als Anlage beizufügen.

(4) Jedem Aktionär ist auf Verlangen in der Hauptversammlung, die über die Zustimmung zu einem Beherrschungs- oder einem Gewinnabführungsvertrag beschließt, Auskunft auch über alle für den Vertragsschluß wesentlichen Angelegenheiten des Unternehmens zu geben, mit dem der Vertrag geschlossen werden soll.

Übersicht

	Anm.		Anm.
Einleitung		7. Keine Satzungsänderung	10
1. Abschluß durch Vertretungsorgan	1	8. Zustimmungsbeschluß des anderen Vertragsteils	11
2. Bedingter Abschluß	2	9. Anfechtung des Zustimmungsbeschlusses	12
3. Zustimmung der HV	3—5	10. Die Wirkung der Anfechtung	13
4. Ankündigung in der Tagesordnung	6	11. Internationaler Unternehmensvertrag	14
5. Information der Aktionäre	7, 8		
6. Mehrheitserfordernisse	9		

Einleitung

Das AktG 1937 hatte sich in § 256 darauf beschränkt, für die AG oder KoAG bei Abschluß jener Verträge, die nunmehr Unternehmensverträge genannt werden, die Zustimmung der HV mit qualifizierter Mehrheit zu verlangen. Diese Regelung ist in den §§ 293—299 erweitert worden, welche detaillierte Vorschriften über Abschluß, Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen enthalten. Sie richten sich nicht nur an die Gesellschaft als vertragschließenden Teil, sondern teilweise auch den anderen Vertragsteil, gleichgültig welche Rechtsform er hat. Durch das Erfordernis der Eintragung dieser Verträge in das Handelsregister als Wirksamkeitsvoraussetzung derselben sorgt das Gesetz für *Publizität*. Hinsichtlich der Beendigung der Unternehmensverträge ist die Neuregelung indessen nicht erschöpfend. Neben der Aufhebung und Kündigung des Vertrags (§§ 296, 297) gibt es insbesondere für den Beherrschungsvertrag noch weitere Beendigungsgründe, die sich aus seiner Rechtsnatur herleiten (s. darüber § 296 Einl. u. § 297 Anm. 5 ff.).

Anm. 1**1. Abschluß durch das Vertretungsorgan**

Abgeschlossen wird der Unternehmensvertrag von dem gesetzlichen Vertretungsorgan der Gesellschaft. Der Vertrag bedarf der schriftlichen Form (§ 293 Abs. 3 Satz 1).

Bei der AG und KoAG kann die HV gemäß § 83 die Initiative ergreifen und vom Vorstand den Abschluß eines Unternehmensvertrages verlangen; das herrschende Unternehmen kann hierbei sein Stimmrecht ausüben.

Der Aufsichtsrat kann den Abschluß des Vertrags nach § 111 Abs. 4 von seiner Zustimmung abhängig machen. Diese Bindung hat jedoch nur interne Wirkung; der ohne Zustimmung des Aufsichtsrats geschlossene und von der HV genehmigte Vertrag wird mit seiner Eintragung jedenfalls wirksam.

Der Abschluß des Vertrags durch den Vorstand kann dem Genehmigungsbeschluß der HV vorangehen, aber auch nachfolgen. Bei Vertragsabschluß vor Zustimmung der HV entsteht die Frage, ob sich hier für den Vorstand die Verpflichtung gegenüber dem anderen Vertragsteil ergibt, die Entscheidung der HV herbeizuführen. Dieses wird zutreffend verneint in Godin-Wilhelmi § 294 Anm. 1, Baumbach-Hueck § 294 Anm. 7; a. A. der Kölner Komm. § 293 Anm. 12, wonach der Vorstand auf Grund seiner Vertretungsmacht die Gesellschaft zur Entscheidung über den Vertrag verpflichten könne. Die Vertretungsmacht des Vorstands ist hier indessen eingeschränkt, was sich daraus ergibt, daß der Vertrag zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der HV bedarf. Nicht der Wille des Vorstands, sondern jener der HV ist maßgebend. Es ist daher anzunehmen, daß die Beschränkung der Vertretungsmacht sich auch darauf erstreckt, daß die Gesellschaft vom Vorstand in solcher Weise nicht gebunden werden kann. Im Interesse der Souveränität der HV ist es auch dem Registerrichter versagt, die Eintragung des gefaßten Zustimmungsbeschlusses mit Ordnungsstrafen zu erzwingen (§ 407 Abs. 2).

Andererseits kann der Schwebezustand, der sich aus dem Vertragsabschluß des Vorstands ergibt, nicht unbegrenzt bestehen. Im Vertrag kann vereinbart sein, daß er entfällt, wenn die HV nicht binnen bestimmter Frist entscheidet. Bei unangemessener Verzögerung der Entscheidung kann auch Kündigung des schwebenden Vertrags nach § 297 in Betracht kommen.

Bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen ist das herrschende Unternehmen in aller Regel selbst in der Lage, die Einberufung der HV zur Entscheidung über den Vertrag zu veranlassen.

Anm. 2**2. Bedingter Abschluß**

Der Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag kann *aufschiebend bedingt* geschlossen und als solcher auch gemäß § 293 genehmigt werden. Die Bedingung hat hier die Bedeutung, daß seine Anmeldung im Handelsregister bis zum Eintritt derselben aufgeschoben sein soll. Bei Anmeldung des Vertrags jedoch ist der Eintritt der Bedingung nachzuweisen (vgl. auch Godin-Wilhelmi, AktG 1937 § 235 Anm. 2). Nicht möglich ist es hingegen, den Vertrag vor Eintritt der Bedingung in das Handelsregister einzutragen, weil ein Schwebezustand desselben nach seiner registerrichterlichen Verlautbarung mit der Rechtsnatur desselben nicht verträglich ist.

Aus gleichen Gründen ist es auch nicht zulässig, den Vertrag unter einer *auflösenden* Bedingung zu schließen, etwa mit der Maßgabe, daß er wieder entfallen soll, falls ein Aktionär gerichtliche Festsetzung des Ausgleichs oder der Abfindung beantragt. Wohl würden dadurch jene Schwierigkeiten vermieden, welche in § 305 Anm. 20 und 21 dargestellt sind. So wenig jedoch, wie eine Satzungsbestimmung nach ihrer Eintragung auflösend bedingt sein kann, ist ein solcher Zustand mit dem Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag nach seiner registerrichterlichen Verlautbarung vereinbar.

Über Vereinbarung des *Rücktritts* in diesem Falle, s. § 297 Anm. 5.

Über *rückwirkenden* Abschluß von Unternehmensverträgen s. § 294 Anm. 5.

Anm. 3

3. Zustimmung der HV

Nach Abs. 1 bedarf der Unternehmensvertrag zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der HV der Gesellschaft. Da die Zustimmung der HV Voraussetzung der Wirksamkeit des Vertrages ist, wird insoweit die Vertretungsmacht des Vorstands der Gesellschaft gesetzlich beschränkt.

Unterwirft sich dem Vertrag eine KoAG, so ist nach § 285 Abs. 2 auch die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich.

Vorausgesetzt ist jedoch, daß die vertragsbeteiligte AG oder KoAG jene Parteirolle einnimmt, welche für sie den Vertrag zum Unternehmensvertrag im Sinne des Gesetzes macht. Das bedeutet im Rahmen des § 291, daß die Gesellschaft es ist, welche sich fremder Leitung unterwirft oder ihren Gewinn abführt; über das Erfordernis der Zustimmung auch des anderen Vertragsteils bei diesen beiden Verträgen s. Anm. 11. Nicht betroffen wird von dem Zustimmungserfordernis des Abs. 1 und 2 hingegen der Fall, daß eine GmbH sich gegenüber einer AG unterwirft oder sich gegenüber einer AG zur Gewinnabführung verpflichtet, daß die AG also die gewinnübernehmende Parteirolle innehat. Die Regelung dieses Falles bleibt dem GmbH-Ges. vorbehalten.

Auch im Rahmen des § 292 muß die AG sich zur Teilgewinnabführung, zur Verpachtung oder Betriebsüberlassung verpflichten, da nur in dieser Rolle für sie der Vertrag ein Unternehmensvertrag ist. Ist die AG hingegen die Pächterin des Unternehmens einer anderen Gesellschaft, so trifft auf sie weder § 292 Nr. 3 noch § 293 zu (s. § 291 Anm. 1).

Bei der Fassung des Zustimmungsbeschlusses kann der andere Vertragsteil, wenn er an der Gesellschaft als Aktionär beteiligt ist, sein Stimmrecht ausüben. Dieses ergibt sich aus § 136, welcher den Ausschluß des Stimmrechts erschöpfend regelt. Das herrschende Unternehmen kann mithin als Großaktionär der abhängigen Gesellschaft in der Lage sein, mittels seiner Beteiligung die Zustimmung der Gesellschaft zu erzwingen und den eigenen Vertragswillen mittels Stimmabgabe in der HV der Vertragspartnerin in den Konsens derselben zu transformieren (vgl. die ausführliche Amtl. Begr., Kropff S. 380f).

Über die Anfechtung des Zustimmungsbeschlusses s. Anm. 12. u. 13.

Anm. 4

Die HV muß Klarheit darüber haben, um welchen Vertrag es sich bei der von ihr zu erteilenden Zustimmung handelt. Es darf nicht sein, daß ein in der HV als Betriebsüberlassungsvertrag erörterter und genehmigter Vertrag, in welchem den außenstehenden Aktionären Ausgleich und Abfindung angeboten wird, von dem Vorstand als Beherrschungsvertrag zum Handelsregister angemeldet wird. Der Beherrschungsvertrag wäre in diesem Falle nicht genehmigt, daher trotz Eintragung unwirksam (§ 291 Anm. 9, ebenso Godin-Wilhelmi § 294 Anm. 5; Baumbach-Hueck § 295 Anm. 9, Kölner Komm. § 294 Anm. 16). Die dem Vorstand auferlegte Verpflichtung, den Vertrag zu Beginn der Verhandlungen zu erläutern (Anm. 7); ist dazu bestimmt, den Aktionären Klarheit auch über die Art des Vertrages zu verschaffen.

Der Zustimmungsbeschluß muß sich auf den schriftlich formulierten Vertrag im ganzen beziehen und die HV kann auch nur im ganzen zustimmen oder ablehnen; sie hat keine Möglichkeit, den Vertrag zu ändern.

Anm. 5

Die nach Abs. 1 erforderliche Zustimmung der HV kann dem Vertragsschluß nachfolgen (sog. Genehmigung, § 184 BGB) — das ist praktisch die Regel —; sie kann auch als sog. Einwilligung (§ 183 BGB) vorausgehen. Im letzteren Falle jedoch ist es erforderlich, daß der Inhalt des abzuschließenden Vertrages bereits formuliert vorliegt, weil die Erfordernisse der §§ 124 Abs. 2 Satz 2, 293 Abs. 3 und 4 auch in diesem Falle einzu-

halten sind (Anm. 3 u. 4). Der Vertrag muß alsdann unverändert so geschlossen werden, wie er von der HV gebilligt worden ist. Eine *Blankoermächtigung* des Vorstands zum Vertragsabschluß ist mithin nach Abs. 1 nicht möglich. Auch § 83 ersetzt nicht den § 293 Abs. 1 (vgl. jedoch RG JW 38, 748).

Anm. 6

4. Ankündigung in der Tagesordnung

Bei Einberufung der HV ist in der bekanntzumachenden Tagesordnung der „wesentliche Inhalt des Vertrags“ in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen (§ 124 Abs. 2 Satz 2); es muß den Aktionären die Art und der wesentliche Inhalt des Vertrages zur Kenntnis gebracht werden. Eine Bekanntmachung der Tagesordnung, welche diesem Erfordernis nicht entspricht, ist ordnungswidrig und ein trotz § 124 Abs. 4 gefaßter Beschluß der HV ist anfechtbar.

Anm. 7

5. Information der Aktionäre

Den Interessen der Aktionäre trägt ein weitgehendes *Informationsrecht* Rechnung, § 293 Abs. 3 Satz 2—5. Der Unternehmensvertrag ist von der Einberufung der HV, welche über die Zustimmung beschließen soll, in dem Geschäftsraum der Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre auszulegen. Auf Verlangen ist jedem Aktionär auf dessen Kosten (Arg. § 354 HGB) unverzüglich eine Abschrift zu erteilen. In der HV sodann ist der Vertrag im Verhandlungsraum derselben auszulegen und der Vorstand hat ihn zu Beginn der Verhandlung über den Zustimmungsbeschluß zu *erläutern*. Im Gegensatz zur Auskunftspflicht des § 131 ist die Erläuterungspflicht von einem vorherigen Verlangen der Aktionäre nicht abhängig und sie kann auch nicht unter Berufung auf § 131 Abs. 3 verweigert werden. Die Erläuterung ist an die Stelle der im RegE vorgesehenen Verpflichtung getreten, den Vertrag zu verlesen. Die Erläuterung umfaßt nicht nur die Art und den rechtlichen Inhalt des Vertrags, sondern auch seine wirtschaftliche Bedeutung und Auswirkung auf die Gesellschaft.

Der Vertrag ist der Verhandlungsniederschrift (§ 130) als *Anlage* beizufügen und mit ihr zum Handelsregister einzureichen; s. dazu § 9 Abs. 1 und 2 HGB über die Publizität.

Anm. 8

Hat die HV über die Zustimmung zu einem *Beherrschungs-* oder *Gewinnabführungsvertrag* zu beschließen, so ist nach Abs. 4 jedem Aktionär Auskunft auch über alle „für den Vertragsabschluß wesentlichen Angelegenheiten des anderen Vertragsteils“ zu geben. Die Vorschrift stimmt überein mit der im Falle der Verschmelzung bestehenden Auskunftspflicht gemäß § 340 Abs. 4, während § 320 Abs. 3 bei der Eingliederung von allen „im Zusammenhang mit der Eingliederung wesentlichen Angelegenheiten der künftigen Hauptgesellschaft“ spricht. Die Formulierung „für den Vertragsabschluß wesentliche Angelegenheiten“ des Vertragspartners ist nicht einschränkend so zu verstehen, daß nur die Gründe darzulegen wären, weshalb der Vertrag geschlossen werden soll, sondern es ist Auskunft zu geben über alle Angelegenheiten des Vertragspartners, deren Kenntnis erforderlich ist, damit die HV sich ein Urteil darüber bilden kann, ob sie dem Vertrag zustimmen soll.

Die in Abs. 4 enthaltene Regelung tritt als Sondervorschrift neben die Auskunftspflicht gemäß § 131. Indem Auskunft zu erteilen ist über *alle* für den Vertrag wesentlichen Angelegenheiten des Unternehmens, ist klargestellt, daß ein Recht zur Auskunftsverweigerung nach § 131 Abs. 3 hier nicht besteht; a. A. Godin-Wilhelmi Anm. 6; Baumbach-Hueck Anm. 10; Kölner Komm. Anm. 20. Die gegenteilige Ansicht ist nicht haltbar, denn jene Angelegenheiten, über welche die Auskunft verweigert wird, können

gerade die für die Urteilsbildung der HV entscheidenden sein. Das bedeutet nicht, daß etwa Produktionsgeheimnisse preiszugeben wären. Keinesfalls aber dürfen Auskünfte über die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft verweigert werden.

Die Möglichkeit der Herbeiführung gerichtlicher Entscheidung nach § 132 besteht auch hier.

Anm. 9

6. Mehrheitserfordernisse

Der Zustimmungsbeschluß der HV bedarf nach Abs. 1 Satz 2 einer *Mehrheit*, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Es ist das dieselbe Mehrheit, welche in § 179 Abs. 2 Satz 1 auch für die Satzungsänderung vorgeschrieben ist. Was die *Stimmenzahl* betrifft, so genügt nach § 133 die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Mit den abgegebenen Ja-Stimmen jedoch muß sich drei Viertel Kapitalmehrheit des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals verbinden. Das bei der Beschlußfassung vertretene Kapital wird durch die Nennbeträge, — bei Teileinzahlung durch den Einzahlungsbetrag — jener Aktien bestimmt, aus denen das Stimmrecht ausgeübt worden ist. Dieses macht bei Vorhandensein von Mehrstimmrechtsaktien, aber auch in anderen Fällen eine doppelte Zählung erforderlich, indem erst die Stimmen, alsdann das durch die Ja-Stimmen repräsentierte Kapital ermittelt wird. Über die Kapitalmehrheit im Falle der Beschränkung der Stimmrechtsausübung in der Hand eines Aktionärs s. § 134 Abs. 1 Satz 5; über stimmrechtslose Vorzugsaktien s. § 140 Abs. 2 Satz 2.

Die Satzung kann die erforderliche Kapitalmehrheit nur erhöhen, nicht aber verringern; gleiches gilt nach § 133 für die Stimmenmehrheit. Die Satzung kann auch noch weitere Erfordernisse vorschreiben, z. B. ein Quorum (§ 179 Anm. 6b).

Anm. 10

7. Keine Satzungsänderung

Auf den Zustimmungsbeschluß sind nach Abs. 1 Satz 4 die Bestimmungen des Gesetzes und der Satzung über Satzungsänderung nicht anzuwenden. Damit ist zum einen klargestellt, daß der Zustimmungsbeschluß zum Abschluß eines Unternehmensvertrages, durch welchen lediglich der Zweck der Gesellschaft sich verändert (§ 292 Einl. sub b), keine Satzungsänderung darstellt, denn die durch den Beherrschungsvertrag überlagerten und dadurch außer Kraft gesetzten Vorschriften treten mit Beendigung des Vertrags wieder automatisch in Kraft.

Nicht anzuwenden ist insbesondere § 179 Abs. 3, wenn die Zustimmung der HV sich auch auf den im Vertrag geregelten Ausgleich an Vorzugsaktionäre bezieht (§ 304 Anm. 12).

Zum andern ergibt sich daraus für den nach § 293 Abs. 2 erforderlichen Beschluß des *anderen* Vertragsteils, daß für ihn die Eintragung nicht erforderlich ist (Anm. 11), ferner, daß die Satzungsbestimmungen, welche Modalitäten des satzungsändernden Beschlusses regeln, für den Zustimmungsbeschluß nicht gelten.

Anm. 11

8. Zustimmungsbeschluß des anderen Vertragsteils

a) Nach § 293 Abs. 2 bedarf ein *Beherrschungs-* oder *Gewinnabführungsvertrag*, wenn der andere Vertragsteil, dessen Leitung die Gesellschaft sich unterstellt oder an welchen sie ihren Gewinn abführt, ebenfalls eine AG oder KoAG ist, zu seiner Wirksamkeit auch der Zustimmung der HV dieser Gesellschaft. Die Zustimmung der HV beider Gesellschaften ist mithin Voraussetzung für die Wirksamkeit des Vertrages. Dieses Erfordernis ist im Hinblick auf die mit beiden Verträgen für den anderen Vertragsteil verbundenen Verpflichtungen aufgestellt, über deren Eingehung der Vorstand desselben nicht allein soll entscheiden können.

Der Beschluß ist gemäß § 130 Abs. 5 zum Handelsregister einzureichen.

Für den Beschluß des anderen Vertragsteils gilt das in Anm. 9 u. 10 Gesagte.

Auch für die herrschende bzw. gewinnübernehmende Gesellschaft sind die Vorschriften des Abs. 3 und 4 bindend; also zunächst Ankündigung des Vertrags in der Tagesordnung (§ 124 Abs. 2 Satz 2), sodann die Auslegung des Vertrages zur Einsichtnahme der Aktionäre, die Verpflichtung des Vorstands zur Erläuterung des Vertrags, die Beifügung des Vertrags zum Beschlußprotokoll und das Informationsrecht der Aktionäre gemäß Abs. 4 (s. Anm. 7 u. 8).

Nicht erforderlich ist die Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister der herrschenden bzw. gewinnübernehmenden Gesellschaft (§ 294 Anm. 1). Das Vorliegen ihres Zustimmungsbeschlusses ist jedoch bei Anmeldung des Vertrags durch die sich unterwerfende oder zur Gewinnabführung sich verpflichtende Gesellschaft durch Beifügung der Niederschrift der Beschlußfassung und der erforderlichen Anlagen gemäß § 294 Abs. 1 Satz 2 nachzuweisen.

b) Auch bei der *Gewinngemeinschaft* muß, wenn an ihr zwei oder mehrere AGn beteiligt sind, die HV jeder Gesellschaft zustimmen. Hier ist jedoch das Zustimmungserfordernis nur Voraussetzung dafür, daß der Vertrag für die jeweils zustimmende Gesellschaft bindend wird; Abs. 2 gilt hier nicht, daher auch nicht das Erfordernis des Nachweises der Zustimmung des anderen Vertragsteils gemäß § 294 Abs. 1 Satz 2.

Anm. 12

9. Anfechtung des Zustimmungsbeschlusses

Im RegE § 283 war vorgesehen, daß bei Anmeldung des Vertrags zum Handelsregister der Vorstand der Gesellschaft zu erklären habe, daß der Zustimmungsbeschluß nicht angefochten bzw. eine erfolgte Anfechtung rechtskräftig zurückgewiesen worden sei. Das Gesetz hat diese Regelung nicht übernommen. Es ist daher möglich, daß eine Anfechtungsklage erhoben wird, nachdem der Vertrag bereits eingetragen worden ist.

a) Eine Anfechtung des Zustimmungsbeschlusses ist nach den allgemeinen Anfechtungsgründen des § 243 Abs. 1 möglich (s. z. B. oben Anm. 6).

Für den Beschluß jedoch, durch welchen die HV ihre Zustimmung zu einem *Beherrschungs-* oder *Gewinnabführungsvertrag* erklärt hat, sind bestimmte Anfechtungsgründe *ausgeschlossen*. Nach § 304 Abs. 3 Satz 3 kann eine Anfechtung nicht auf § 243 Abs. 2 und auch nicht darauf gestützt werden, daß der im Vertrag bestimmte *Ausgleich* nicht angemessen sei, daß also eine Verletzung des § 304 Abs. 2 vorliege. Auch das Fehlen der Abfindungsregelung im Vertrag oder die etwaige Unangemessenheit dieser Regelung ist nach § 305 Abs. 5 kein Anfechtungsgrund. Dasselbe gilt bei nachträglicher Änderung des Ausgleichs oder der Abfindung (s. § 295 Anm. 9).

Die Anfechtung kann ferner gemäß § 291 Abs. 3 nicht darauf gestützt werden, daß der Vertrag gegen die Vorschriften über die Vermögensbindung (§§ 57, 58, 60) verstößt.

b) Mit Bezug auf die *Betriebspacht* und *Betriebsüberlassung* ist in § 292 Abs. 3 gesagt, daß ein Verstoß gegen die §§ 57, 58 und 60 die Gültigkeit des Vertrages und des Zustimmungsbeschlusses nicht berührt (§ 292 Anm. 20). Dagegen ist die Zulässigkeit der Anfechtung des Zustimmungsbeschlusses wegen eines solchen Verstoßes oder gemäß § 243 Abs. 2 nicht ausgeschlossen.

Anm. 13

10. Die Wirkung der Anfechtung

Diese Frage gehört zu den am meisten umstrittenen des Aktienrechts; es sei auf die Erl. zu § 243 verwiesen. Dort wird unterschieden zwischen den Rechtsbeziehungen, welche dem Körperschaftsrecht angehören, welche also *Organisationsakte* darstellen, die das Innenleben der Gesellschaft bestimmen einerseits, und den *schuldrechtlichen* Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten andererseits. Während für die schuldrechtlichen Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten aus § 277 Abs. 2 gefolgert werden kann, daß

die Gültigkeit solcher Verträge durch die Anfechtung nicht berührt wird, weil selbst die Nichtigkeit der Gesellschaft auf sie ohne Einfluß ist, teilen die körperschaftsrechtlichen Beziehungen das Schicksal des Beschlusses, auf dem sie beruhen. Geht man von dieser Prämisse aus, dann ergibt sich für die Unternehmensverträge folgendes.

a) Der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag ist ein Organisationsvertrag; er setzt die im Gesetz für den Vertragskonzern und für die Gewinnabführung bereitgestellten Normen in Kraft und ergänzt sie, soweit Vertragsfreiheit besteht. Diese Normen ändern zwar nicht Gesetz oder Satzung, aber sie überlagern sie (§ 291 Anm. 11). Es handelt sich bei ihnen daher gleichermaßen um Körperschaftsrecht wie bei der Satzung. Wird ein satzungsändernder Beschluß angefochten, dann ist die Satzungsänderung nicht wirksam. Gleiches muß bei Anfechtung des Zustimmungsbeschlusses zum Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag gelten. Die durch diese Verträge dem anderen Vertragsteil verschafften Rechte auf Leitung der Gesellschaft oder auf Übernahme des Gewinnes sind nicht schuldrechtlicher Art; sie sind körperschaftliche Zuständigkeiten und Befugnisse, für welche der in § 277 Abs. 2 enthaltene Schutz des Dritten nicht gilt. Mit der Anfechtung entfallen auch die Angebote des herrschenden Unternehmens auf Ausgleich und Abfindung, da auch die außenstehenden Aktionäre nicht Dritte sind.

Schwierigkeit bereitet jedoch die Frage, welche Rechtsfolgen sich ergeben, wenn der Vertrag im Handelsregister bereits verlautbart und auch die Abfindung ganz oder teilweise bereits durchgeführt worden ist. Die Nichtigkeit des Vertrages bewirkt nicht auch die Unwirksamkeit der bereits vollzogenen Barabfindung oder des Aktientausches. Hier könnten nur Ansprüche auf Rückgängigmachung entstehen. Die mit dem unrichtigen Registereintrag verbundenen Grundsätze (Würdinger-Brüggemann, GroßKom. HGB § 15 Anm. 22 ff.) dürften jedoch dazu führen, daß die außenstehenden Aktionäre zu einer Rückgängigmachung der Abfindung nicht gezwungen werden können.

b) Die in § 292 genannten Unternehmensverträge sind schuldrechtlicher Art. Bei Abschluß dieser Verträge zwischen selbständigen Unternehmen greift der Schutz der Vertragspartner analog dem § 277 Abs. 2 Platz. Die Anfechtung des Zustimmungsbeschlusses hat nur zur Folge, daß der Vorstand den durch die Anfechtung zustimmungslos gewordenen Vertrag nicht mehr aufrechterhalten darf; er hat den Vertrag fristlos zu kündigen (§ 297).

Ob dasselbe auch für einen Pachtvertrag zwischen dem herrschenden Unternehmen und der abhängigen Gesellschaft gilt, ist sehr zweifelhaft. Der Schutzzweck des § 277 trifft auf das herrschende Unternehmen nicht zu.

Anm. 14

11. Internationaler Unternehmensvertrag

Über den mit einem ausländischen Unternehmen geschlossenen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag s. § 291 Anm. 31—33 u. 49. Über die Gewinngemeinschaft mit einem ausländischen Partner s. § 292 Anm. 11; über Pacht und Betriebsüberlassung über die Grenzen s. § 292 Anm. 27. § 293 Abs. 2 gilt nicht für die ausländische Gesellschaft. Die Frage, welches Organ bei dieser Gesellschaft zum Abschluß des Vertrages befugt ist, beurteilt sich nach ausländischem Recht (s. § 291 Anm. 32).

§ 294 Eintragung. Wirksamwerden

(1) Der Vorstand der Gesellschaft hat das Bestehen und die Art des Unternehmensvertrags sowie den Namen des anderen Vertragsteils, bei Teilgewinnabführungsverträgen außerdem die Vereinbarung über die Höhe des abzuführenden Gewinns, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Der Anmeldung sind der Vertrag sowie, wenn er nur mit Zustimmung der

Hauptversammlung des anderen Vertragsteils wirksam wird, die Niederschrift dieses Beschlusses und ihre Anlagen in Urschrift, Ausfertigung oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen.

(2) Der Vertrag wird erst wirksam, wenn sein Bestehen in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft eingetragen worden ist.

Anm. 1

Alle Unternehmensverträge sind von der Gesellschaft bei ihrem Handelsregister anzumelden. Der Vorstand ist der Gesellschaft gegenüber zur Anmeldung verpflichtet. Er hat, nachdem die erforderliche Zustimmung der HV vorliegt, nicht mehr die Möglichkeit, das Inkrafttreten des Vertrages durch Unterlassung der Anmeldung zu verhindern (s. jedoch § 293 Anm. 2). Vom Registerrichter kann die Anmeldung jedoch nicht erzwungen werden (§ 407 Abs. 2).

Nur zu dem Handelsregister der sich verpflichtenden Gesellschaft ist der Vertrag anzumelden, da auch nur hier die Eintragung desselben erfolgt, nicht auch im Register des anderen Vertragsteils. Das gilt auch dann, wenn bei einem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag gemäß § 293 Abs. 2 auch ein Zustimmungsbeschluß des anderen Vertragsteils erforderlich ist. Für diese Beschlüsse bewendet es bei der Einreichung der Niederschrift des Zustimmungsbeschlusses nebst Anlagen durch die herrschende Gesellschaft gemäß §§ 130 Abs. 5, 293 Abs. 3 Satz 6.

Anm. 2

Zur *Eintragung* anzumelden sind nicht der Vertrag in seinem Wortlaut, sondern lediglich das *Bestehen* und die *Art* des Unternehmensvertrages sowie der Name des anderen Vertragsteils. Lediglich bei Teilgewinnabführungsverträgen ist außerdem die Vereinbarung über die Höhe (Quote) des abzuführenden Gewinnes einzutragen, weil erst sie die Bedeutung des Vertrages für die verpflichtende Gesellschaft ersehen läßt.

Anm. 3

Der Anmeldung ist *beizufügen* der Vertrag in seinem vollen Wortlaut. Bedarf der Vertrag nach § 293 Abs. 2 zu seiner Wirksamkeit auch der Zustimmung der HV des anderen Vertragsteils, dann ist die Niederschrift auch dieses Beschlusses mit den nach § 130 Abs. 3 dem Beschlußprotokoll beizufügenden Anlagen in Urschrift, Ausfertigung oder öffentlich beglaubigter Abschrift hinzuzureichen.

§ 294 sagt nicht, daß auch der Zustimmungsbeschluß der sich verpflichtenden Gesellschaft selbst einzureichen sei; dieses ergibt sich bereits aus § 130 Abs. 5.

Der Registerrichter hat zu prüfen, ob die Zustimmungserfordernisse nach § 293 erfüllt sind. Er hat ferner zu prüfen, ob der materielle Inhalt des Unternehmensvertrages Anlaß zu Bedenken über seine Gültigkeit gibt (§ 292 Anm. 21).

Anm. 4

Die Eintragung des Bestehens des Unternehmensvertrages wirkt *konstitutiv*; sie erst setzt nach Abs. 2 den Vertrag in Kraft; diese Wirkung verbindet sich mit der Eintragung, nicht erst mit der Bekanntmachung derselben. Mit der Eintragung unterliegt der Unternehmensvertrag gemäß §§ 9 und 10 HGB der *Publizität*. Sie ist laut Aml. Begr. erforderlich, „um eine ausreichende Unterrichtung der Gläubiger und der Öffentlichkeit, namentlich künftiger Aktionäre sicherzustellen“.

Über Eintragung einer anderen Vertragsart als jene, welche von der HV gebilligt wurde, s. § 293 Anm. 4.

Anm. 5

Rückwirkung von Unternehmensverträgen

Durch die Regelung, daß der Vertrag erst mit Eintragung Wirksamkeit erlangt, wird die Möglichkeit einer Rückwirkung nicht ausgeschlossen; denn die Inkraftsetzung

des Vertrages bedeutet Inkraftsetzung seines Inhalts, gemäß welchem der Vertrag sich rückwirkende Kraft beilegen kann. Inwieweit jedoch eine solche Vereinbarung rechtlich wirksam ist, beurteilt sich, ebenso wie im Falle der Satzungsänderung, nach allgemeinen Grundsätzen (Amtl. Begr., Kropff S. 383).

Nicht möglich ist die Rückwirkung bei einem *Beherrschungsvertrag*; er kann immer nur mit Wirkung für die Zukunft geschlossen werden. Das Gesetz gestattet dem herrschenden Unternehmen die Ausübung der Leitungsmacht nur, wenn zugleich die erforderlichen Garantien zugunsten der abhängigen Gesellschaft, ihrer außenstehenden Aktionäre und Gläubiger gewährt werden. Dieses aber schließt eine Rückwirkung des Vertrages aus.

Auch ein *Gewinnabführungsvertrag* ist mit rückwirkender Kraft auf ein bereits abgelauenes Geschäftsjahr nicht möglich; dies folgt aus denselben Gründen wie für den Beherrschungsvertrag. Dem steht nicht entgegen, daß nach § 7a Abs. 1 Nr. 4 KStG der Gewinnabführungsvertrag spätestens am Ende des Wirtschaftsjahres der Organgesellschaft wirksam werden muß, für welchen die steuerliche Begünstigung der Gewinnabführung in Anspruch genommen wird. Dieses ist nicht eine Rückwirkung des Vertrages; der Vertrag wird vielmehr in bezug auf den im laufenden Geschäftsjahr erwirtschafteten Gewinn abgeschlossen. Hierbei werden gleichzeitig mit dem Vertrag, welcher den Organträger zur Übernahme des Gewinns berechtigt, auch die Garantien gewährt. Da bei Ablauf des Geschäftsjahres, dessen Geschäftsergebnis erstmals abgeführt werden soll, der Jahresabschluß für dieses Geschäftsjahr noch nicht vorliegt, können sich für seine Aufstellung keine Schwierigkeiten ergeben. Bei dem den außenstehenden Aktionären zu gewährenden Ausgleich ist jedoch zu berücksichtigen, daß bereits die Dividende für dieses Geschäftsjahr entfällt; der Ausgleich ist schon für dieses Jahr zu gewähren.

Auch in einem *Gewinngemeinschaftsvertrag*, der erst zum Ende des Geschäftsjahres der Gesellschaft vereinbart wird, kann der während dieses Geschäftsjahres erwirtschaftete Gewinn bereits einbezogen werden. Entsprechendes gilt für den Teilgewinnabführungsvertrag.

Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträge setzen die Überlassung des Betriebs an den anderen Vertragsteil auf Grund des Vertrags voraus. Es ist jedoch möglich, daß der Betrieb bereits im Stadium der Vertragsverhandlungen überlassen wird. Hier kann alsdann dem Inkrafttreten des Vertrages gemäß § 294 Abs. 2 rückwirkende Kraft beigelegt werden, sofern die HV in ihrem Zustimmungsbeschluß dieses billigt.

§ 295 Änderung

(1) Ein Unternehmensvertrag kann nur mit Zustimmung der Hauptversammlung geändert werden. §§ 293, 294 gelten sinngemäß.

(2) Die Zustimmung der Hauptversammlung der Gesellschaft zu einer Änderung der Bestimmungen des Vertrags, die zur Leistung eines Ausgleichs an die außenstehenden Aktionäre der Gesellschaft oder zum Erwerb ihrer Aktien verpflichten, bedarf, um wirksam zu werden, eines Sonderbeschlusses der außenstehenden Aktionäre. Für den Sonderbeschluß gilt § 293 Abs. 1 Satz 2 und 3. Jedem außenstehenden Aktionär ist auf Verlangen in der Versammlung, die über die Zustimmung beschließt, Auskunft auch über alle für die Änderung wesentlichen Angelegenheiten des anderen Vertragsteils zu geben.

Anm. 1

Unter Änderung eines Unternehmensvertrages sind zu verstehen alle Änderungen des materiellen Vertragsinhalts, ohne daß durch sie die Art des Vertrages selbst geändert wird. In diesem Rahmen ist es unerheblich, ob es sich um eine wesentliche oder un-

wesentliche Änderung handelt; ein solcher Unterschied wird lt. Amtl. Begr. (Kropff S. 384) aus Gründen der Rechtssicherheit nicht gemacht.

Änderungen hingegen, welche den rechtlichen Inhalt des Vertrages nicht berühren, unterliegen nicht der Vorschrift; z. B. nicht, wenn wegen erfolgter Änderung der Firma eines Vertragspartners auch die im Vertragstext enthaltene Firmenbezeichnung berichtigt wird.

Eine Änderung des Vertrags liegt nur vor, wenn trotz Veränderung seines rechtlichen Gehalts die Art des Vertrages *dieselbe* bleibt. Wird bei Bestehen eines Teilgewinnabführungsvertrages die Gewinnabführung gegenüber der anderen Vertragspartei auf den gesamten Gewinn erstreckt, so ist das nicht mehr eine Änderung des Teilgewinnabführungsvertrages, sondern die Ersetzung desselben durch *Neuabschluss* eines Gewinnabführungsvertrages gemäß § 291, bei welchem alle Gültigkeitsvoraussetzungen desselben zu erfüllen sind (§ 291 Anm. 35).

Erhöht eine durch Beherrschungsvertrag unterworfenene Gesellschaft ihr Kapital und wird die Dividendengarantie auf die neuen Aktien erstreckt, so liegt ebenfalls keine Änderung des Beherrschungsvertrages, sondern lediglich eine neue Garantiezusage vor, bei welcher auch der Schutzzweck des § 295 entfällt (s. § 304 Anm. 32).

Anm. 2

Ebenso wie der Abschluß des Vertrages erfolgt die Änderung desselben durch Vertrag zwischen den gesetzlichen Vertretern beider Vertragsparteien. Berechtigt der Unternehmensvertrag den anderen Vertragsteil zur Erteilung von Weisungen gegenüber der Gesellschaft, so ist eine Weisung zur Änderung des Vertrages in jedem Falle ausgeschlossen (§ 299).

Auch der Änderungsvertrag unterliegt der Schriftform (Abs. 1 Satz 2 i. V. mit § 293 Abs. 3 Satz 1).

Anm. 3

Die Vertragsänderung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der HV der Gesellschaft (s. darüber § 293 Anm. 3—10). Dieses gilt für alle Unternehmensverträge der §§ 291, 292.

In bestimmten Fällen ist noch ein Sonderbeschluß der außenstehenden Gesellschafter erforderlich (s. Anm. 4). Ist der Vertragspartner eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages ebenfalls eine AG oder KoAG, dann bedarf die Vertragsänderung zu ihrer Wirksamkeit auch noch der Zustimmung der HV dieser Gesellschaft (Abs. 1 Satz 2 i. V. mit § 293 Abs. 2).

Im übrigen folgt aus der sinngemäßen Anwendung der §§ 293, 294, daß die in § 293 Abs. 3 und 4 enthaltenen Vorschriften, welche der Information der Aktionäre dienen (§ 293 Anm. 7 u. 8), auch bei diesen Beschlüssen einzuhalten sind und daß die Vertragsänderung erst wirksam wird mit ihrer Eintragung im Handelsregister der verpflichteten Gesellschaft (§ 294 Anm. 4).

Anzumelden und einzutragen ist nur dieses, daß der Vertrag geändert worden ist. Wird bei einem Teilgewinnabführungsvertrag die Höhe des abzuführenden Gewinnes geändert, dann ist auch sie einzutragen (Abs. 1 Satz 2 i. V. mit § 294 Abs. 1).

Beizufügen sind der Anmeldung der Vertragsänderung der geänderte Vertragstext, die öffentliche, beglaubigte Niederschrift des Zustimmungsbeschlusses der Gesellschaft und gegebenenfalls auch des Sonderbeschlusses der außenstehenden Aktionäre (§§ 130 Abs. 5, 138); in den Fällen des § 293 Abs. 2 auch die Niederschrift des Zustimmungsbeschlusses des anderen Vertragsteils nebst Anlagen.

Anm. 4

In gewissen Fällen ist zur Wirksamkeit der Vertragsänderung ein *Sonderbeschluß* (§ 138) der außenstehenden Aktionäre nötig. Dieses Erfordernis besteht nach Abs. 2 dann, wenn nach dem Vertrag der Vertragspartner zur Leistung eines Ausgleichs

(§ 304) an die außenstehenden Aktionäre der Gesellschaft oder zum Erwerb ihrer Aktien (§ 305) verpflichtet ist und wenn eben diese Verpflichtung geändert werden soll.

Die Verpflichtung zum Ausgleich und zum Erwerb der Aktien, sei es gegen Barabfindung oder zum Zwecke des Umtausches, ist stets mit dem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag verbunden. Möglich ist jedoch, daß eine Ausgleichszahlung (Dividendengarantie) oder die Verpflichtung zum Aktienerwerb gegen Barabfindung oder zwecks Umtausches in einem Unternehmensvertrag des § 292, bei dem sie gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, freiwillig übernommen worden ist; so z. B. im Rahmen eines Pacht- oder Betriebsüberlassungsvertrages.

Laut Amtl. Begr. (Kropff S. 384) ist die Regelung in Abs. 2 erfolgt, weil nach § 328 Abs. 2 BGB es zweifelhaft sein könnte, ob eine Änderung der Ausgleichszahlung oder der Verpflichtung zum Aktienerwerb ohne Zustimmung der betroffenen Aktionäre erfolgen könne — was nicht angemessen wäre —, oder ob umgekehrt jeder einzelne Aktionär zuzustimmen habe. Durch das Erfordernis des Sonderbeschlusses, welches für jede Änderung dieser besonderen Verpflichtungen gilt, gleichgültig, ob sie für die außenstehenden Aktionäre nachteilig ist oder nicht, wird den Interessen beider Seiten Rechnung getragen.

Anm. 5

Der Sonderbeschluß ist von den *außenstehenden Aktionären* der durch den Unternehmensvertrag verpflichteten Gesellschaft (§ 291 Anm. 1) zu fassen. Über den Begriff außenstehender Aktionär s. § 304 Anm. 3. Der in den §§ 295—297 verwendete Begriff „außenstehende Aktionäre“ ist mit jenem in den §§ 304, 305 verwendeten Begriff identisch (Godin-Wilhelmi § 295 Anm. 4, § 304 Anm. 4; Baumbach-Hueck § 295 Anm. 4, § 304 Anm. 1; Brauksiepe BB 1966, 144 ff.; Stehle AG 1966, 233, 236; a. A. Kölner Komm. § 295 Anm. 12 ff. mit dem Hinweis, daß eine vom herrschenden Unternehmen abhängige dritte Gesellschaft, welche ebenfalls an der vertragsunterworfenen Gesellschaft beteiligt ist, zwar nach § 304 ausgleichsberechtigt ist, nicht aber im Rahmen der §§ 295 ff. stimmberechtigt sein könne; s. dazu § 304 Anm. 3).

Anm. 6

Der Sonderbeschluß kann im Rahmen der HV gefaßt werden, welche über den Zustimmungsbeschluß entscheidet, oder in einer gesonderten Versammlung der außenstehenden Aktionäre (§ 138). Bei Einberufung einer besonderen Versammlung sind § 124 Abs. 2 Satz 2 und § 293 Abs. 3 zu beachten. In beiden Fällen sind die außenstehenden Aktionäre berechtigt, in der Versammlung Auskunft auch über alle für die Änderung des Vertrages wesentlichen Angelegenheiten² des anderen Vertragsteils zu verlangen (Abs. 2 Satz 3).

Anm. 7

Der Sonderbeschluß bedarf nach Abs. 2 Satz 2 i. V. mit § 293 Abs. 1 Satz 2 einer Mehrheit, welche drei Viertel jenes Kapitals umfaßt, das bei der Fassung des Sonderbeschlusses mitzuwirken berechtigt und bei dieser Beschlußfassung auch vertreten ist. Es ist mithin zunächst der Kreis der stimmberechtigten außenstehenden Aktionäre und das von ihnen in der Versammlung vertretene Kapital festzustellen. Alsdann läßt sich ermitteln, ob mit den abgegebenen Ja-Stimmen sich eine drei Viertel-Mehrheit dieses Kapitals verbindet (s. § 293 Anm. 9).

Anm. 8

Der Sonderbeschluß muß zu dem nach Abs. 1 erforderlichen Zustimmungsbeschluß der HV hinzukommen; erst das Zusammentreffen beider Beschlüsse stellt den erforderlichen Zustimmungsbeschluß gemäß §§ 295 Abs. 1, 293 Abs. 1 dar.

Anm. 9

Nach §§ 304 Abs. 3 Satz 2, 305 Abs. 5 Satz 1 kann ein Beschluß, durch den die HV der Gesellschaft einer unter § 295 Abs. 2 fallenden Änderung des Vertrags zugestimmt hat, nicht deshalb angefochten werden, weil die beschlossene Änderung des Ausgleichs oder der Abfindung nicht angemessen sei. Da die Anfechtung ausgeschlossen wird, weil die Möglichkeit der gerichtlichen Bestimmung des Ausgleichs oder der Abfindung besteht, muß die gerichtliche Festsetzung auch im Falle der Änderung des Vertrags möglich sein. Insoweit wird also die Vertragsänderung gleich dem Neuabschluß des Vertrages behandelt; s. dazu § 304 Anm. 28 ff.; § 305 Anm. 17 ff.

Anm. 10

Die Änderung des Unternehmensvertrages wird mit Eintragung der Änderung in das Handelsregister wirksam (Abs. 1 Satz 2 i. V. mit § 294 Abs. 2).

Anm. 11

Möglich ist, daß ein Unternehmensvertrag auf Grund ausdrücklichen oder stillschweigenden Konsens der Geschäftsführungsorgane der vertragsbeteiligten Gesellschaften faktisch anders gehandhabt wird als es der Vereinbarung entspricht. Bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen ist solches freilich selbst bei Fehlen außenstehender Aktionäre kaum vorstellbar. Wohl aber ist ein Abweichen von vertraglichen Vereinbarungen denkbar bei den Verträgen des § 292, indem etwa in einer Gewinngemeinschaft die Berechnung der zu poolenden Erträge geändert wird oder indem bei Bestehen eines Pachtvertrages die verpachtende Gesellschaft Kosten übernimmt, welche nach dem Vertrag die Pächterin zu tragen hätte, usw. Durch solchen Konsens allein kann der Vertrag niemals geändert werden, vielmehr stellt das von der Vereinbarung abweichende Verhalten einen Verstoß gegen die Geschäftsführungsverpflichtung dar. Besteht zwischen den Parteien ein Abhängigkeitsverhältnis, so daß die §§ 311 ff. zur Anwendung kommen, dann wäre über eine etwaige Überwälzung von Kosten zum Nachteil der abhängigen Gesellschaft gemäß § 312 zu berichten (s. auch Godin-Wilhelmi § 295 Anm. 2; WP-Handb. 1968 S. 1149).

§ 296 Aufhebung

(1) Ein Unternehmensvertrag kann nur zum Ende des Geschäftsjahrs oder des sonst vertraglich bestimmten Abrechnungszeitraums aufgehoben werden. Eine rückwirkende Aufhebung ist unzulässig. Die Aufhebung bedarf der schriftlichen Form.

(2) Ein Vertrag, der zur Leistung eines Ausgleichs an die außenstehenden Aktionäre oder zum Erwerb ihrer Aktien verpflichtet, kann nur aufgehoben werden, wenn die außenstehenden Aktionäre durch Sonderbeschluß zustimmen. Für den Sonderbeschluß gilt § 293 Abs. 1 Satz 2 und 3, § 295 Abs. 2 Satz 3 sinngemäß.

Einleitung**Die für Unternehmensverträge geltenden Beendigungsgründe**

Die §§ 296, 297 enthalten Vorschriften über die Aufhebung und Kündigung von Unternehmensverträgen, regeln sie aber nicht erschöpfend, sondern nur Modalitäten dieser Beendigungsart, so etwa, daß Aufhebung und Kündigung der Schriftform bedarf, ferner, daß in gewissen Fällen die Aufhebung des Vertrags oder die vom Vorstand der

Gesellschaft erklärte ordentliche Kündigung desselben zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der außenstehenden Aktionäre bedarf. Die Vorschriften sind daher aus dem allgemeinen Recht zu ergänzen.

Neben Aufhebung und Kündigung kommen noch andere Beendigungsgründe in Betracht. Alle Unternehmensverträge können *auf bestimmte Zeit* geschlossen werden; alsdann enden sie mit Zeitablauf. Für die *Gewinngemeinschaft*, welche unter den beteiligten Unternehmen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründet, gelten ergänzend die für diese Gesellschaft bestehenden Beendigungsgründe (§§ 723 ff. BGB). Auch der *Pachtvertrag* unterliegt den zivilrechtlichen Vorschriften über die Vertragsbeendigung.

Über *Anfechtung* des Zustimmungsbeschlusses der HV s. § 293 Anm. 12; über *Rücktritt* s. § 297 Anm. 5.

Eine besondere Vorschrift ist in den §§ 304 Abs. 5, 305 Abs. 5 Satz 4 für den *Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag* enthalten. Der andere Vertragsteil kann fristlos kündigen, wenn das Gericht den Ausgleich oder die Abfindung bestimmt; ferner in § 307, wonach der Vertrag, wenn zunächst kein außenstehender Aktionär vorhanden war, stets endet, wenn nachträglich ein solcher hinzutritt.

Für den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag gibt es sodann noch besondere Beendigungsgründe, welche sich aus der Rechtsnatur dieses Vertrages ergeben, so im Zusammenhang mit einer *Verschmelzung* oder *Umwandlung* (§ 291 Anm. 24 und 47) und im Falle der Auflösung und des *Konkurses* des herrschenden Unternehmens (§ 297 Anm. 7).

Alle Beendigungsgründe führen die Vertragsbeendigung per se herbei, ohne daß es einer Eintragung bedarf (Anm. 7).

Anm. 1

Aufhebung des Unternehmensvertrags ist die auf *Konsens* beider Vertragsteile beruhende Beendigung desselben. Sie ist im Gegensatz zur Kündigung (§ 297) ein Vertrag. Ebenso wie der Abschluß des Vertrages bedarf auch die Aufhebung der schriftlichen Form (Abs. 1 Satz 3).

Anm. 2

Im Gegensatz zum Abschluß des Unternehmensvertrages bedarf die Aufhebung desselben nicht der Zustimmung der HV der Gesellschaft. Zu ihr ist der Vorstand allein ermächtigt; er kann hierbei gemäß § 111 Abs. 4 an die Zustimmung des Aufsichtsrats gebunden werden. § 83 gilt indessen nicht; die HV kann den Vorstand zwar zum Abschluß eines Unternehmensvertrages zwingen, nicht aber zur Aufhebung desselben (s. § 299 Anm. 3). Berechtigt der Unternehmensvertrag den anderen Vertragsteil, der Gesellschaft Weisungen zu erteilen (§ 308), dann ist die Erteilung einer Weisung, den Vertrag aufzuheben, ausgeschlossen (§ 299).

Anm. 3

Der Unternehmensvertrag kann nur zum Ende des Geschäftsjahrs oder des sonst vertraglichen bestimmten Abrechnungszeitraums aufgehoben werden. Eine während dieses Zeitraums erfolgte Aufhebung erlangt daher erst mit Ende desselben rechtliche Wirksamkeit. Unzulässig ist es nach Abs. 1 Satz 2, die Aufhebung auf das Ende eines bereits abgelaufenen Geschäftsjahrs oder Abrechnungszeitraums zurückwirken zu lassen. Eine rückwirkende Beseitigung der aus einem Unternehmensvertrag entstandenen Ansprüche der Gesellschaft, ihrer Aktionäre und Gläubiger ist daher ausgeschlossen.

Anm. 4

Mit dem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag ist notwendig die Verpflichtung des anderen Vertragsteils verbunden, den außenstehenden Gesellschaftern einen Ausgleich (§ 304) zu gewähren oder die Aktien derselben zu erwerben (§ 305). Eine solche Verpflichtung kann von dem anderen Vertragsteil auch in einem anderen

Unternehmensvertrag freiwillig übernommen worden sein. In diesen Fällen kann es nach § 328 Abs. 2 BGB zweifelhaft sein, ob diese Rechte den außenstehenden Aktionären durch eine vom Vorstand mit dem anderen Vertragsteil vereinbarte Vertragsaufhebung wieder entzogen werden können oder nicht. In Abs. 2 ist diese Frage in der Weise gelöst, daß solche Verträge nur aufgehoben werden können, wenn die außenstehenden Aktionäre durch *Sonderbeschluß* zustimmen (s. § 295 Anm. 4 ff.). Der Sonderbeschluß ist in diesen Fällen Voraussetzung für die Wirksamkeit der Vertragsaufhebung.

Zweifelhaft könnte sein, ob auch der Sonderbeschluß noch vor Ablauf der in Abs. 1 genannten Abrechnungsperiode zustandekommen muß. Dieses dürfte jedoch zu verneinen sein im Hinblick darauf, daß er nur die Zustimmung zur Aufhebung bedeutet, welche auf das Ende der Abrechnungsperiode vereinbart worden ist.

Anm. 5

Der Sonderbeschluß bedarf nach Abs. 2 Satz 2 i. V. mit § 293 Abs. 1 Satz 2 einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel jenes Kapitals umfaßt, welches bei der Beschlußfassung mitzustimmen berechtigt und hierbei auch vertreten ist (s. § 295 Anm. 7); über die Frage, welche Aktionäre *außenstehende* Aktionäre sind, s. § 304 Anm. 3.

Anm. 6

Jedem außenstehenden Aktionär, der an der Fassung des Sonderbeschlusses mitzuwirken berechtigt ist, ist über den Rahmen des § 131 Abs. 1 hinaus auf Verlangen Auskunft auch über alle für die Aufhebung des Vertrags wesentlichen Angelegenheiten des anderen Vertragsteils zu geben; so insbesondere, wenn die Gründe der Aufhebung beim anderen Vertragsteil liegen (Abs. 2 Satz 2 i. V. mit § 295 Abs. 2 Satz 3).

Anm. 7

Die Beendigung des Unternehmensvertrags ist in das Handelsregister einzutragen (§ 298). Die Eintragung hat hier, da eine dem § 294 Abs. 2 entsprechende Vorschrift für die Beendigung des Vertrages nicht besteht, nur deklaratorische Bedeutung.

§ 297 Kündigung

(1) Ein Unternehmensvertrag kann aus wichtigem Grunde ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt namentlich vor, wenn der andere Vertragsteil voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, seine auf Grund des Vertrags bestehenden Verpflichtungen zu erfüllen.

(2) Der Vorstand der Gesellschaft kann einen Vertrag, der zur Leistung eines Ausgleichs an die außenstehenden Aktionäre der Gesellschaft oder zum Erwerb ihrer Aktien verpflichtet, ohne wichtigen Grund nur kündigen, wenn die außenstehenden Aktionäre durch Sonderbeschluß zustimmen. Für den Sonderbeschluß gilt § 293 Abs. 1 Satz 2 und 3, § 295 Abs. 2 Satz 3 sinngemäß.

(3) Die Kündigung bedarf der schriftlichen Form.

Übersicht

	Anm.		Anm.
I. Die ordentliche Kündigung	1, 2	III. Andere Beendigungsgründe	5—8
II. Die fristlose Kündigung	3, 4	IV. Wirkung der Vertragsbeendigung	9

Anm. 1

Alle Unternehmensverträge sind Dauerrechtsverhältnisse, welche nicht durch Erfüllung, sondern normalerweise durch Zeitablauf, Aufhebung oder Kündigung enden. Die Kündigung ist jenes Gestaltungsrecht, welche die Beendigung des Unternehmensvertrages durch einseitige Willenserklärung eines der beiden Vertragsteile bewirkt. Sie bedarf in allen Fällen der schriftlichen Form und wird wirksam, wenn die schriftliche Erklärung dem anderen Vertragsteil gemäß § 130 BGB zugegangen ist.

Es sind zu unterscheiden die Kündigung ohne wichtigen Grund, sog. *ordentliche* Kündigung, auf welche Abs. 2 Bezug nimmt, und die Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, sog. *fristlose* Kündigung; sie ist in Abs. 1 geregelt. Für beide Arten der Kündigung gilt Abs. 5.

I. Die ordentliche Kündigung

Anm. 2

Bei allen Unternehmensverträgen, also sowohl beim Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag als auch bei den Verträgen des § 292 kann die Kündigungsmöglichkeit vereinbart werden. Es ist Sache der Vertragsparteien, den Zeitpunkt und die Frist der ordentlichen Kündigung und die Abwicklung des Vertrags nach seiner Beendigung zu regeln. Enthält der Vertrag hierüber keine Vereinbarung, dann greifen die einschlägigen allgemeinen Vorschriften Platz.

a) Beim *Beherrschungsvertrag* wird eine ordentliche Kündigung im Vertrag nur selten vorgesehen werden, weil sie dem wirtschaftlichen Sinn desselben widerspricht. Mangels vertraglicher Vereinbarung ist eine ordentliche Kündigung desselben nicht möglich, da das Gesetz sie nicht vorsieht. Da der Beherrschungsvertrag als Organisationsvertrag einen körperschaftlichen Akt darstellt (§ 291 Anm. 11), der den Grundsätzen des Schuldrechts nicht unterliegt, kommt auch eine aus den Vorschriften des Schuldrechts ableitbare Kündigungsmöglichkeit nicht in Betracht. Auch § 297 Abs. 2 gewährt nicht etwa ein Recht der Kündigung ohne wichtigen Grund, sondern er setzt ein solches voraus. Er hat daher nur Bedeutung für den Fall, daß die Möglichkeit ordentlicher Kündigung vertraglich vorgesehen ist. Solchenfalls ist auch auf die Kündigung § 296 Abs. 1 Satz 1 und 2 entsprechend anzuwenden.

Ausgeschlossen ist es, der vertraglich vereinbarten Kündigung rückwirkende Kraft beizulegen.

Unterliegt der Beherrschungsvertrag kraft Vereinbarung der ordentlichen Kündigung, dann kann, wenn die beherrschte Gesellschaft kündigen will, der Vorstand den Vertrag nur kündigen, wenn die außenstehenden Aktionäre durch Sonderbeschluß zustimmen, d. h. vorher in die Kündigung einwilligen (§ 183 BGB) oder die erfolgte Kündigung nachträglich genehmigen (§ 184 BGB). Der Vorstand soll nicht durch seine Kündigungserklärung allein in die aus dem Vertrag den außenstehenden Aktionären zustehenden Rechte eingreifen können.

Über die Frage, welche Aktionäre außenstehende Aktionäre sind, s. § 304 Anm. 3. Über das Erfordernis des Sonderbeschlusses s. § 295 Anm. 6 u. 7.

Auf Grund des Beherrschungsvertrages kann der Gesellschaft weder die Weisung erteilt werden, den Vertrag zu kündigen noch die Kündigung zu unterlassen (§ 299).

Will der andere Vertragsteil kündigen, so genügt die Erklärung des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs auch dann, wenn zum Abschluß des Vertrages nach § 293 Abs. 2 die Zustimmung der HV des anderen Vertragsteils erforderlich ist.

b) Für den *Gewinnabführungsvertrag* und für den ihm gleichgestellten *Geschäftsführungsvertrag* (§ 291 Abs. 1 Satz 2) gilt das vorstehend unter a) Gesagte gleichermaßen.

Zu beachten ist, daß zur steuerlichen Anerkennung des Organschaftsverhältnisses nach § 7a Abs. 1 Nr. 4 KStGes. vorgeschrieben ist, daß der Gewinnabführungsvertrag auf mindestens 5 Jahre geschlossen und während dieser Zeit auch durchgeführt wird, wobei eine vorzeitige Beendigung desselben durch Kündigung nur dann unschädlich ist, wenn ein wichtiger Grund die Kündigung rechtfertigt.

c) Die in § 292 genannten *anderen Unternehmensverträge* sind Dauerschuldverhältnisse obligatorischen Charakters (§ 292 Einl. sub. c). Soweit die Kündigung und die alsdann erforderliche Vertragsabwicklung vertraglich nicht geregelt ist, greifen die Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts ein; so bei der Gewinngemeinschaft § 723 BGB, beim Pachtvertrag §§ 595, 597 BGB; bei Geschäftsbesorgung, welche auf Dienstvertrag beruht, § 627 BGB.

Möglich ist, daß auch in diesen Verträgen der andere Vertragsteil den außenstehenden Aktionären der Gesellschaft eine Ausgleichszahlung oder den Erwerb ihrer Aktien zugesagt hat. Alsdann ist, wenn die Kündigung von dem Vorstand der Gesellschaft ausgesprochen wird, zu ihrer Wirksamkeit die Zustimmung jener außenstehenden Aktionäre durch Sonderbeschluß erforderlich, welche im Zeitpunkt der Kündigung an der Gesellschaft als Aktionäre noch beteiligt sind (s. oben sub a).

II. Die fristlose Kündigung (Abs. 1)

Anm. 3

Alle Unternehmensverträge (§§ 291, 292) unterliegen der Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist. Dieses ist zwingendes Recht. Die auf wichtigem Grund beruhende Kündigung kann durch Vereinbarung weder ausgeschaltet noch etwa durch Vertragsstrafen oder sonstige Nachteile erschwert werden. Berechtigt zur Kündigung ist in allen Fällen das gesetzliche Vertretungsorgan der kündigenden Gesellschaft; eine Zustimmung der HV oder der außenstehenden Aktionäre ist in keinem Falle erforderlich. Für das gesetzliche Vertretungsorgan kann sich aus seiner Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft die Verpflichtung ergeben, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Kündigung auszusprechen. Eine Weisung des anderen Vertragsteiles, die Kündigung zu unterlassen, ist in jedem Falle unbeachtlich (§§ 299, 310 Abs. 3).

Auch die fristlose Kündigung bedarf nach Abs. 3 der schriftlichen Form; sie wirkt ex nunc mit dem Zugang der schriftlichen Kündigungserklärung gemäß § 130 BGB.

Anm. 4

Was als *wichtiger Grund* zu gelten hat, beurteilt sich zunächst nach den allgemeinen Grundsätzen, welche für die fristlose Kündigung gelten (BGH in NJW 1951, 826). Als wichtiger Grund ist hiernach jeder Umstand anzusehen, der die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar macht. Die Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag kann sich ergeben aus schwerer Vertragsverletzung des anderen Vertragsteils, insbesondere, wenn Wiederholung derselben zu befürchten ist. Sie kann sich ferner ergeben aus einer wesentlichen und für einen der beiden Vertragsteile gravierenden Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse. Die Umstände können in den subjektiven Verhältnissen eines der beiden Vertragsteile liegen oder objektiv in den allgemeinen Umständen gegeben sein. Die Unzumutbarkeit des Festhaltens an dem Vertrag kann unter Umständen jedoch zur Voraussetzung haben, daß Anstrengungen zu einer Änderung des Vertrags ergebnislos geblieben sind (s. jedoch § 295 Anm. 11).

Im Streitfall entscheidet das Gericht darüber, ob ein wichtiger Grund vorliegt und ob die ausgesprochene Kündigung wirksam ist.

An die vertragliche Vereinbarung, daß bestimmte Gründe nicht als wichtiger Grund gelten sollen, ist das Gericht nicht gebunden, wenn es zu der Überzeugung gelangt, daß das Festhalten an dem Vertrag dem Kündigenden nicht mehr zumutbar ist.

a) Nach Abs. 1 Satz 2 liegt ein wichtiger Grund insbesondere dann vor, wenn der andere Vertragsteil voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, seine auf Grund des Vertrages bestehenden Verpflichtungen zu erfüllen. Dieses betrifft beim Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag hauptsächlich die Ausgleichszahlung (§ 304) und die Verpflichtung zur Verlustübernahme (§ 302).

Berechtigt zur Kündigung ist hier nicht nur die Gesellschaft, sondern auch der in finanzielle Not geratene andere Vertragsteil selbst.

Woraus aber ergibt es sich, daß der andere Vertragsteil *voraussichtlich* nicht in der Lage sein wird, diese Verpflichtungen nicht zu erfüllen? Sicherlich nicht schon daraus, daß er einen Verlust ausweist. Die Verluste müssen vielmehr solcher Art sein, daß nach vernünftiger wirtschaftlicher Prognose die Quelle des Verlustes sich schwerlich beseitigen läßt, wenn die Verluste also nicht nur durch vorübergehende Konjunktur bedingt sind, sondern etwa auf einer strukturellen Krise beruhen und existenzgefährdend wirken. Allgemein wird man sagen können, daß es der beherrschten oder gewinnabführenden Gesellschaft nicht zumutbar ist, erst das Ergebnis einschneidender Sanierungsmaßnahmen beim anderen Vertragsteil abzuwarten.

Fristlose Kündigung eines Gewinnabführungsvertrages innerhalb der steuerlich vorgeschriebenen Mindestdauer von fünf Jahren schließt die steuerliche Anerkennung des Organschaftsverhältnisses während der bisherigen Laufzeit des Vertrages nicht aus, s. oben Anm. 2 sub b.

b) Bei der Frage, ob der unterworfenen oder gewinnabführenden Gesellschaft das Festhalten an dem Vertrag zumutbar ist oder nicht, sind auch die *Interessen* der *Gesellschaft* und der *außenstehenden Aktionäre* zu berücksichtigen, welche der Vorstand der Gesellschaft zu wahren hat. Ein wichtiger Kündigungsgrund kann es sein, wenn infolge falscher Einschätzung der künftigen Entwicklung des anderen Vertragsteils eine unerwartete Gewinnsteigerung die Ausgleichszahlung zu einer völlig unangemessenen werden läßt (s. § 304 Anm. 24).

Gleiches gilt *vice versa*, indem, wie vorstehend sub a dargelegt, bei Vermögensverschlechterung des herrschenden Unternehmens auch diese zur Kündigung berechtigt ist.

c) Einen weiteren Grund zur fristlosen Kündigung enthält § 304 Abs. 5 und § 305 Abs. 5 Satz 4, der auf § 304 Abs. 5 verweist. Hiernach kann, wenn das Gericht den Ausgleich oder die Abfindung bestimmt, der *andere* Vertragsteil den Vertrag binnen zwei Monaten nach Rechtskraft der Entscheidung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen; denn die gerichtliche Bestimmung des Ausgleichs oder der Abfindung kann den anderen Vertragsteil einer bei Vertragsabschluß nicht vorhergesehenen Mehrbelastung aussetzen.

d) Kann eine die Gesellschaft *schädigende Weisung* (§ 308) wichtiger Kündigungsgrund sein? Dieses ist zu verneinen, wenn der Vorstand nach § 308 Abs. 2 verpflichtet ist, die Weisung des herrschenden Unternehmens zu befolgen. Das herrschende Unternehmen ist befugt, die abhängige Gesellschaft sich dienstbar zu machen, auch wenn ihr das zum Nachteil gereicht, sofern es den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dient. Nur wenn es offensichtlich ist, daß die durch Weisung auferlegte schädigende Maßnahme dem Konzerninteresse nicht entspricht, besteht keine Befolgungspflicht. Hier ist die Verwaltung der abhängigen Gesellschaft wegen ihrer eigenen Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft (§ 310 Abs. 3) sogar verpflichtet, die Befolgung der Weisung abzulehnen. Eine solche grenzüberschreitende Weisung stellt eine Verletzung des Beherrschungsvertrages durch das herrschende Unternehmen dar, welche jedenfalls bei Wiederholung, aber auch bei Androhung anderer Nachteile im Falle der Nichtbefolgung die fristlose Kündigung des Beherrschungsvertrages zu rechtfertigen vermag.

e) Der Vorstand der abhängigen Gesellschaft hat auch die *Interessen der Arbeitnehmer* zu wahren (s. § 76 Anm. 12). Auch im Hinblick auf sie stellt sich die Frage, ob der abhängigen Gesellschaft von dem herrschenden Unternehmen auferlegte Maßnahmen, welche die Arbeitnehmer beeinträchtigen, z. B. Stillelegungen und Entlassungen von Arbeitskräften, wichtiger Kündigungsgrund sein können. Wenn nach § 308 Abs. 2 der Vorstand der abhängigen Gesellschaft zur Befolgung einer solchen Weisung verpflichtet ist, ist auch hier das Kündigungsrecht zu verneinen. Die Interessen der Arbeitnehmer der beherrschten Gesellschaft werden generell durch § 76 Abs. 4 BetrVG i. d. F. des § 40 EG AktG geschützt, wonach an der Wahl der Vertreter der Arbeitnehmer für den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens eines Unterordnungskonzerns auch die Arbeitnehmer der Betriebe der übrigen Konzernunternehmen teilnehmen. Sie können dadurch ihre Interessen im Kontrollorgan des herrschenden Unternehmens gegenüber der Geschäftsführung desselben wahren. In diesem Falle erlangt § 308 Abs. 3 Bedeutung.

Der Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft kann nach § 111 Abs. 4 bestimmen, daß Betriebsstillegungen oder andere Maßnahmen nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Wird die abhängige Gesellschaft zum Vollzug einer solchen Maßnahme angewiesen und verweigert ihr Aufsichtsrat seine Zustimmung, so darf das herrschende Unternehmen die Weisung nur wiederholen, wenn ihr eigener Aufsichtsrat es gestattet, in welchem auch die von den Arbeitnehmern der abhängigen Gesellschaft gewählten Vertreter sitzen.

Bei Betriebsstillegungen greift sodann der besondere Schutz der §§ 72 ff. BetrVG ein, wonach Stilllegungen unter Wahrung der Mitbestimmung des Betriebsrats erfolgen (s. dazu BAG in DB 71, 389, 534).

f) Ob auch eine ordentliche Kapitalherabsetzung der herrschenden Gesellschaft wichtiger Grund zur Kündigung des Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages sein kann, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. In Betracht könnte dieses kommen, daß durch Verringerung der Kapitalbasis der herrschenden Gesellschaft die Ansprüche auf Ausgleich und zur Übernahme der Verluste gefährdet erscheinen.

III. Andere Beendigungsgründe

Anm. 5

Das Gesetz hat davon abgesehen, besondere Vorschriften über den *Rücktritt* von Unternehmensverträgen vorzusehen; es hat die Frage, ob ein Rücktritt mit der Eigenart dieser Verträge vereinbar sei, der Rechtsprechung überlassen (vgl. Ausschlußbericht, Kropff S. 387). Das Recht zum Rücktritt, welcher sich von der nur ex nunc wirkenden Kündigung dadurch unterscheidet, daß er das Vertragsverhältnis für die Vergangenheit beseitigt, wird nach allgemeiner Lehre für Dauerrechtsverhältnisse, nachdem sie in Vollzug gesetzt sind, verneint. Es ist daher bei den Verträgen des § 292 ausgeschlossen. Beim Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag ergibt sich der Ausschluß eines Rücktritts zudem aus der Rechtsnatur dieser Verträge als körperschaftliche Akte (§ 291 Anm. 11). So wenig es möglich ist, bei Feststellung der Satzung einen Rücktrittsvorbehalt zu vereinbaren, ist ein solcher Vorbehalt im Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag rechtlich zulässig.

Anm. 6

Über die Beendigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages im Falle der Verschmelzung und der übertragenden Umwandlung s. § 291 Anm. 24 u. 47.

Über Beendigung des Vertrags bei nachträglichem Hinzutritt eines außenstehenden Aktionärs s. § 307.

Anm. 7

Zweifel ergeben sich bei der Frage, welche Wirkung die *Auflösung* einer der beiden vertragsbeteiligten Unternehmen auf den Bestand eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages hat. Im Gesetz ist diese Frage nicht geregelt. Ihre Beantwortung kann nur aus allgemeinen Erwägungen abgeleitet werden. Die Auflösung bedeutet nicht Beendigung der Gesellschaft, sondern Beendigung ihrer produktiven Tätigkeit, an deren Stelle fortan die Abwicklung tritt, mit welcher sich aber bei allen Gesellschaftsformen auch Änderungen der internen Zuständigkeiten verbinden (§ 149 HGB, § 70 GmbHGes, § 268 AktG). Der Abwicklungszweck kollidiert auch mit dem Zweck des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages.

a) Ein herrschendes Unternehmen, welches sich in der Abwicklung befindet, kann nicht mehr zuständig bleiben zur Leitung der nicht aufgelösten, also weiterhin produktiv tätigen beherrschten Gesellschaft. Da die Erteilung von Weisungen beim herrschenden Unternehmen eine Maßnahme der Geschäftsführung darstellt, die Geschäftsführung aber nur noch auf Abwicklung gerichtet ist, muß das Weisungsrecht und die Leitungsmacht als beendet gelten. Damit ist aber der Beherrschungsvertrag im ganzen beendet,

denn alle weiteren mit ihm verbundenen Verpflichtungen des herrschenden Unternehmens sind nur die zwangsläufige Folge der Leitungsmacht (a. A. Kölner Komm. § 297 Anm. 19).

Gleiches muß auch für den Gewinnabführungsvertrag gelten. Ist dieser mit dem Beherrschungsvertrag verbunden, dann teilt er dessen Schicksal. Es erscheint indessen auch die Annahme der Beendigung des selbständig geschlossenen Gewinnabführungsvertrages gerechtfertigt, zumal sich die Rechtslage des herrschenden Unternehmens mit seiner Auflösung auch steuerrechtlich verändert.

b) Bei Auflösung der gewinnabführenden Gesellschaft endet nach der Entscheidung des BFH v. 18. 10. 67 (WM 1968, 409) nicht der Vertrag, wohl aber die Gewinnabführung. Hieraus folgert Werner, AG 1968, 185, daß die Verpflichtung des herrschenden Unternehmens zur Verlustübernahme mit der Maßgabe bestehen bleibe, daß sie nunmehr auf etwaige Abwicklungsverluste gerichtet sei. Es stellt sich indessen auch hier die Frage, ob bei Beendigung der Gewinnübernahme die übrigen Vertragspflichten noch fortbestehen können, da sie wie Modalitäten der Gewinnübernahme untrennbar mit ihr verbunden sind.

Bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages wäre ein Fortbestand der Leitungsmacht mit der Maßgabe, daß das Weisungsrecht sich auf den Vollzug der Abwicklung beschränkt, sehr wohl denkbar. Indessen steht der Wortlaut des § 308 entgegen, wonach das herrschende Unternehmen berechtigt ist, dem Vorstand der beherrschten Gesellschaft hinsichtlich der „Leitung der Gesellschaft“ Weisungen zu erteilen; die Abwicklung aber gehört nicht mehr zur Leitung der Gesellschaft. Wenn schon die Auflösung der Gesellschaft ipso jure die internen Zuständigkeiten und Aufgabenbereiche ihrer Organe verändert, dann kann die durch den Beherrschungsvertrag in Kraft gesetzte körperchaftliche Regelung davon nicht unberührt bleiben. Es erscheint daher die Annahme gerechtfertigt, daß auch bei Auflösung der abhängigen Gesellschaft der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag beendet wird.

c) Die in § 292 genannten schuldrechtlichen Verträge werden in ihrem Bestand von der Auflösung eines Vertragsteils nicht ipso jure betroffen; zur Frage, ob die Auflösung einen wichtigen Grund zur Kündigung bildet, s. BGH 24, 279.

Anm. 8

Über Wegfall des Vertrages bei *Anfechtung* des Zustimmungsbeschlusses s. § 293 Anm. 13.

Willensmängel, die dem Abschluß des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages anhaften, begründen nicht Anfechtbarkeit dieser Verträge, sondern Kündigung gemäß § 297 (s. Gessler, DB 1965, 1694).

IV. Wirkung der Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags

Anm. 9

a) Endet der Vertrag mit Ablauf des Geschäftsjahres oder des vertraglich bestimmten Abrechnungszeitraumes, dann entstehen keine Schwierigkeiten. Der im abgelaufenen Geschäftsjahr erzielte Jahresüberschuß ist noch abzuführen, der festgestellte Jahresfehlbetrag vom herrschenden Unternehmen zu übernehmen, und der Ausgleich ist an die außenstehenden Aktionäre zu zahlen. Mit Beginn des neuen Geschäftsjahres ist die Gesellschaft wieder zu eigener Geschäftsführung für eigene Rechnung berufen. Da jedoch in der Regel die auf Beteiligung des herrschenden Unternehmens beruhende faktische Abhängigkeit der Gesellschaft fortbesteht, kommen nunmehr die §§ 311 ff. zur Anwendung.

Den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft hat das herrschende Unternehmen nach § 303 Sicherheit zu leisten.

b) Schwierigkeiten bereitet jedoch die Frage, welche Folgen sich ergeben, wenn der Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag durch fristlose Kündigung, Auflösung eines Vertragsteils (Anm. 7) oder aus anderen Gründen (§ 291 Anm. 24 u. 47) während

der Rechnungsperiode endet. Nach Godin-Wilhelmi § 297 Anm. 2 hat der Gesetzgeber die sich dadurch in der Abrechnung ergebenden Schwierigkeiten bewußt in Kauf genommen; gelöst sind sie indessen damit nicht. Die Schwierigkeiten bestehen hauptsächlich in dem zeitlichen Auseinanderfall von Beendigung der Gewinnübernahme und des Verlustausgleichs einerseits und der Ausgleichszahlung nach § 304 andererseits. Wird der abzuführende Gewinn und der Verlustausgleich in einem Zwischenabschluß ermittelt und abgewickelt, dann fragt sich, ob das herrschende Unternehmen am Ende des Geschäftsjahres bei Aufstellung des Jahresabschlusses noch den vollen Ausgleich zu leisten hat oder nicht.

Die Frage vereinfacht sich für den Gewinnabführungsvertrag, wenn man sich zu der Lösung bekennt, daß bei zwischenzeitlicher Vertragsbeendigung die Gewinnabführung im ganzen entfällt, ihr also auch der in einer Zwischenbilanz ermittelte Gewinn nicht mehr unterliegt. Alsdann entfällt auch der Ausgleich bereits für dieses Geschäftsjahr.

Beim Beherrschungsvertrag haben die außenstehenden Aktionäre den Wegfall des Ausgleichs ebenfalls hinzunehmen, obgleich die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens für beschränkte Dauer noch bestanden hat. Dafür aber ist das herrschende Unternehmen in jedem Falle verpflichtet, den in einem Zwischenabschluß zu ermittelnden Fehlbetrag nach § 302 auszugleichen, denn nur dadurch bleibt die bilanzmäßige Erhaltung des Anfangsvermögens der Gesellschaft auch bei Vertragsbeendigung gewährleistet. Diese Ausgleichspflicht wird nicht dadurch hinfällig, daß das herrschende Unternehmen nach § 303 den Gläubigern der Gesellschaft zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist.

§ 298 Anmeldung und Eintragung

Der Vorstand der Gesellschaft hat die Beendigung eines Unternehmensvertrags, den Grund und den Zeitpunkt der Beendigung unverzüglich zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Anm. 1

Wie der Abschluß und die Änderung eines Unternehmensvertrages ist auch die Beendigung desselben von dem Vorstand der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Anm. 2

Während Abschluß und Änderung des Unternehmensvertrages erst mit der Eintragung Wirksamkeit erlangen (§ 294 Abs. 2), hat die Eintragung der Beendigung nur deklaratorische Bedeutung, mit der aus § 15 HGB sich ergebenden Modalität.

Der Vorstand hat bei der Anmeldung auch den *Grund* (Zeitablauf, Aufhebung oder Kündigung usw.) und den *Zeitpunkt* der Beendigung anzugeben. Ist zur Beendigung ein *Sonderbeschluß* der außenstehenden Aktionäre erforderlich, so ist auch dieser nebst Anlagen beizufügen.

Dem Registerrichter steht dasselbe Prüfungsrecht zu wie bei allen sonstigen Anmeldungen (zu eng Godin-Wilhelmi § 298 sub A; wie hier Baumbach-Hueck Rdn. 2).

Anm. 3

Einzutragen ist der Anmeldung entsprechend die Beendigung des Vertrages, ferner Grund und Zeitpunkt der Beendigung.

Die Eintragung ist nach § 10 HGB bekanntzumachen.

Von der Bekanntmachung an laufen die Fristen der §§ 302 Abs. 3, und 303 Abs. 1.

§ 299 **Ausschluß von Weisungen**

Auf Grund eines Unternehmensvertrags kann der Gesellschaft nicht die Weisung erteilt werden, den Vertrag zu ändern, aufrechtzuerhalten oder zu beendigen.

Anm. 1

Mit Unternehmensverträgen kann das Recht des einen Vertragsteils verbunden sein, dem anderen Vertragsteil Weisungen zu erteilen. Das gilt in erster Linie vom Beherrschungsvertrag (§ 308), ferner für Organschaftsverträge, die vor Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen worden sind. In keinem Falle kann auf Grund eines solchen Weisungsrechts der Gesellschaft die Weisung erteilt werden, den Vertrag zu ändern, aufrechtzuerhalten oder zu beendigen. Hierüber soll das Verwaltungsorgan der abhängigen Gesellschaft frei und unter eigener Verantwortung gegenüber seiner Gesellschaft entscheiden. Die Befolgung einer solchen Weisung würde die Verwaltungsmitglieder der Gesellschaft gemäß § 310 Abs. 3 von ihrer Verantwortlichkeit nicht befreien.

Anm. 2

Indem das Gesetz sagt, daß auf Grund eines Unternehmensvertrages der Gesellschaft nicht die Weisung erteilt werden kann, „den“ Vertrag zu ändern usw., betrifft der Ausschluß solcher Weisungen nur den zwischen dem weisungsberechtigten Unternehmen und der Gesellschaft bestehenden Vertrag.

Das herrschende Unternehmen ist jedoch auf Grund des Beherrschungsvertrages gemäß § 308 zu der Weisung berechtigt, daß die beherrschte Gesellschaft mit einem *dritten* Unternehmen einen Unternehmensvertrag schließe, den Vertrag ändere oder beendige; denn mit § 299 will das Gesetz nur verhindern, daß das herrschende Unternehmen durch seine Weisung auf die eigenen Vertragsbeziehungen zur Gesellschaft einwirken könne (ebenso Baumbach-Hueck Rdn. 3).

Anm. 3

Eine andere Frage ist, ob die HV oder der Aufsichtsrat der Gesellschaft, in welchem das herrschende Unternehmen maßgebend vertreten ist, in der Lage ist, dem Vorstand bindende Weisungen in bezug auf Unternehmensverträge zu erteilen.

Der Aufsichtsrat ist hierzu niemals in der Lage, da ihm die Entscheidung über Maßnahmen der Geschäftsführung gemäß § 111 Abs. 4 nicht übertragen werden kann.

Der Vorstand ist jedoch gemäß § 83 verpflichtet, auf Verlangen der HV Maßnahmen, welche in die Zuständigkeit der HV fallen, vorzubereiten und dasselbe gilt für die Vorbereitung und den Abschluß von Verträgen, die nur mit Zustimmung der HV wirksam werden. Er kann daher von der HV wohl zum Abschluß oder zur Änderung eines Unternehmensvertrages verpflichtet werden (§ 83 Anm. 3), nicht aber zur Beendigung desselben.

Eine Bindung des Vorstandes zur Beendigung des Unternehmens kann sich gegenüber der HV jedoch aus § 119 Abs. 2 ergeben, wonach der Vorstand Fragen der Geschäftsführung zur Entscheidung der HV vorlegen kann mit der Wirkung der Befreiung von seiner Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft (§ 93 Abs. 4). Der Vorstand kann indessen von der HV nicht gezwungen werden, sie zu befragen.

Dritter Abschnitt**Sicherung der Gesellschaft und der Gläubiger****Vorbemerkung**

Laut Amtl. Begr. (Kropff S. 388) soll durch die Vorschriften des Dritten Abschnitts die Gesellschaft zu ihrem und ihrer Gläubiger Schutz in gewissem Umfang gegen eine Aushöhlung ihrer bilanzmäßigen Vermögenssubstanz gesichert werden. Dieser Schutz

kommt, wenn außenstehende Aktionäre vorhanden sind, auch ihnen zugute, indem die Erhaltung der bilanzmäßigen Vermögenssubstanz auch den Substanzwert ihrer Aktien sichert. Das eigentliche Ziel dieser Vorschriften aber ist es, der Gesellschaft die für ihr Leben als Kapitalgesellschaft erforderliche Substanz, und ihren Gläubigern das hafende Kapital zu erhalten. Die Anwendbarkeit der §§ 300 bis 303 ist daher unabhängig davon, ob außenstehende Aktionäre an der Gesellschaft beteiligt sind; die Vorschriften gelten auch für die *Einmanngesellschaft*, deren Anteile sich in der Hand des herrschenden Unternehmens vereinigen.

Das Gesetz sieht vier Maßnahmen vor: Die Bildung einer gesetzlichen Rücklage (§ 300); die Festlegung des Höchstbetrags der Gewinnabführung (§ 301); die Verpflichtung zur Verlustübernahme (§ 302); die Sicherung der Gläubiger der Gesellschaft bei Beendigung des Unternehmensvertrages (§ 303).

Diese Vorschriften gelten jedoch nicht für alle Arten von Unternehmensverträgen, sondern nur für die genannten Vertragsarten, hauptsächlich für den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag.

Mit Bezug auf den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag wird durch die Bildung der gesetzlichen Rücklage und durch die Festsetzung des Höchstbetrages des abführbaren Gewinnes, ferner durch die Verpflichtung des anderen Teils zur Verlustübernahme bewirkt, daß das bilanzmäßige Anfangsvermögen der Gesellschaft, also jenes Vermögen, welches dem Grundkapital, der bei Vertragsbeginn vorhandenen gesetzlichen Rücklage und den vorvertraglich gebildeten freien Rücklagen entspricht, bilanzmäßig ungeschmälert erhalten bleibt und um die während der Vertragsdauer weiter aufzufüllende gesetzliche Rücklage vermehrt wird. Damit ist nicht nur eine Überschuldung des Gesellschaftsvermögens während des Bestandes des Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages ausgeschlossen, sondern auch eine Reduzierung des Grundkapitals durch vereinfachte Herabsetzung desselben zwecks Verlustausgleich.

Es sei indessen nicht verkannt, daß der Schutz des Bilanzvermögens zwar *rechnerisch* das Vermögen der Gesellschaft erhält, daß *materielle* Beeinträchtigungen aber gleichwohl möglich sind, so z. B. durch Herausnahme von im Wert steigenden Beteiligungen oder von Grundstücken oder durch Verlegung einer rentablen Produktion in eine andere Konzerngesellschaft (§ 308 Anm. 13). Verhindert wird also lediglich ein bilanzmäßiges *damnum emergens*, nicht aber auch ein *lucrum cessans*.

Zum anderen ist nicht gewährleistet die *Liquidität* des Gesellschaftsvermögens, da an die Stelle abzogener (§ 291 Anm. 18) oder verlorener Barmittel der *Anspruch* auf Verlustausgleich tritt, dessen Stundung das herrschende Unternehmen erwirken kann (§ 302 Anm. 14). S. dazu auch Vorbem. vor § 319 sub IV 3d.

Für Unternehmensverträge, die vor Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen waren, enthält § 22 EG AktG eine Übergangsregelung.

§ 300 Gesetzliche Rücklage

In die gesetzliche Rücklage sind an Stelle des in § 150 Abs. 2 Nr. 1 bestimmten Betrags einzustellen,

1. wenn ein Gewinnabführungsvertrag besteht, aus dem ohne die Gewinnabführung entstehenden, um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschuß der Betrag, der erforderlich ist, um die gesetzliche Rücklage innerhalb der ersten fünf Geschäftsjahre, die während des Bestehens des Vertrags oder nach Durchführung einer Kapitalerhöhung beginnen, gleichmäßig auf den zehnten oder den in der Satzung bestimmten höheren Teil des Grundkapitals aufzufüllen, mindestens aber der in Nummer 2 bestimmte Betrag;

Anm. 1

2. wenn ein **Teilgewinnabführungsvertrag** besteht, der Betrag, der nach § 150 Abs. 2 Nr. 1 aus dem ohne die Gewinnabführung entstehenden, um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschuß in die gesetzliche Rücklage einzustellen wäre;

3. wenn ein **Beherrschungsvertrag** besteht, ohne daß die Gesellschaft auch zur Abführung ihres ganzen Gewinns verpflichtet ist, der zur Auffüllung der gesetzlichen Rücklage nach Nummer 1 erforderliche Betrag, mindestens aber der in § 150 Abs. 2 Nr. 1 oder, wenn die Gesellschaft verpflichtet ist, ihren Gewinn zum Teil abzuführen, der in Nummer 2 bestimmte Betrag.

Einleitung

Die allgemeine Regelung der gesetzlichen Rücklage ist in § 150 enthalten. Nach Abs. 1 Satz 2 dieser Vorschrift ist in die gesetzliche Rücklage der zwanzigste Teil des um einen etwaigen Verlustvortrag verminderten Jahresüberschusses solange einzustellen, bis die Rücklage den zehnten oder den in der Satzung bestimmten höheren Teil des Grundkapitals erreicht. Verpflichtet sich eine Gesellschaft zur Abführung ihres gesamten Gewinns, so wird der abzuführende Gewinn als Aufwendung der Gesellschaft behandelt (§ 157 Abs. 1 Nr. 27), so daß der Gewinnabführungsvertrag einen Jahresüberschuß, an welchem § 150 anknüpft, nicht mehr entstehen läßt. Auch der auf Grund eines Teilgewinnabführungsvertrags abzuführende Gewinn wird als Aufwendung der Gesellschaft verbucht; es würde also auch hier nur ein verringerter Betrag in die gesetzliche Rücklage fließen. Unterwirft die Gesellschaft sich durch Beherrschungsvertrag den Weisungen eines anderen Unternehmens, so ist es möglich, daß auch bei ihr auf Grund der weisungsgebundenen Geschäftsführung kein oder nur ein geringer Gewinn anfällt. Auch in diesem Falle würde der Jahresüberschuß keine angemessene Grundlage für die Zuweisungen zur gesetzlichen Rücklage auf Grund des § 150 darstellen (Amtl. Begr., Kropff S. 388). Da von Gesellschaften, die durch Beherrschungsvertrag unterworfen sind, oder welche ihren Gewinn abführen, in der Regel auch keine freien Rücklagen wesentlichen Umfangs gebildet werden, sorgt § 300 für die Bildung einer gesetzlichen Rücklage, welche nicht von dem *ausgewiesenen* Jahresüberschuß, sondern von dem *erwirtschafteten* Gewinn abhängig ist.

Erläuterungen dieser Vorschrift sind bereits in § 150 Anm. 39—51 enthalten; hier sei folgendes angemerkt.

Anm. 1

Gewinnabführungsvertrag, Nr. 1

a) Grundlage für die Bemessung des in die gesetzliche Rücklage einzustellenden Betrages ist der Jahresüberschuß, welcher sich *ohne* die Gewinnabführung, jedoch gemindert um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr, ergeben würde (s. dazu bes. Havermann, WPg 1966, 90 ff.).

Bei dem Verlustvortrag aus dem Vorjahr kann es sich nur handeln um einen aus der vorvertraglichen Zeit herübergenommenen Verlustvortrag oder um einen während der Vertragsdauer entstandenen Verlust, der durch Auflösung erst während der Vertragsdauer eingestellter freier Rücklagen beseitigt werden könnte, statt dessen vorgetragen wird (s. § 302 Anm. 4 sub c).

Von dem so ermittelten Jahresüberschuß ist im Gegensatz zum § 150 Abs. 2 Nr. 1 nicht ein bestimmter Prozentsatz desselben in die gesetzliche Rücklage einzustellen, sondern einzustellen ist ein Betrag in solcher Höhe, wie es erforderlich ist, um die gesetzliche Rücklage innerhalb der ersten fünf Geschäftsjahre gleichmäßig auf den zehnten oder den in der Satzung bestimmten höheren Teil des Grundkapitals aufzufüllen, bzw., falls bei Vertragsbeginn schon ein Teil der gesetzlichen Rücklage gebildet war, die vorhandene Rücklage bis zu diesem Betrag zu ergänzen.

Mindestens jedoch ist der zwanzigste Teil des um einen Verlustvortrag verminderten Jahresüberschusses in die Rücklage einzustellen.

Auszugehen ist also davon, daß die zu bildende gesetzliche Rücklage innerhalb von fünf Jahren seit Beginn des Gewinnabführungsvertrages voll aufgefüllt sein muß. Die Frist von fünf Jahren entspricht laut Ausschlußbericht der Mindestdauer des Vertrages, welche in § 7a Abs. 1 Nr. 4 KStG für die steuerliche Organschaft vorgesehen ist.

Die jährliche Einstellung kann hiernach während der fünf Jahre schwanken, indem bei geringem Anfall eines Überschusses in einem Jahr der im nächsten erfolgreichen Geschäftsjahr einzustellende Betrag entsprechend zu erhöhen ist.

Wird während dieser Frist das *Grundkapital erhöht*, dann beginnt die Fünf-Jahresfrist mit Anfang des Geschäftsjahres neu zu laufen, welches der Durchführung der Kapitalerhöhung folgt; die zu bildende Rücklage bestimmt sich alsdann nach dem erhöhten Betrag des Grundkapitals.

b) Als Gewinnabführungsvertrag gilt nach § 291 Abs. 1 Satz 2 auch der in früheren Organschaftsverträgen enthaltene *Geschäftsführungsvertrag*, dem keine Gegenleistung gegenübersteht (§ 291 Anm. 37); auch für ihn ist § 300 Nr. 1 maßgebend (Anm. 5).

Anders ist es, wenn die Geschäftsführung der verpflichteten Gesellschaft zwischen unabhängigen Gesellschaften *gegen Entgelt* vereinbart wird. In diesem Falle liegt kein Unternehmensvertrag vor und es kommt nicht § 300 Nr. 1, sondern § 150 zur Anwendung.

c) Sowohl die bei Beginn des Vertrages vorhandene gesetzliche Rücklage — soweit sie nicht in diesem Zeitpunkt zu einem Verlustausgleich aufgelöst wird —, als auch die gemäß Nr. 1 einzustellenden Beträge bleiben der Gesellschaft während der Vertragsdauer ungeschmälert erhalten (§ 302 Anm. 4).

Anm. 2

Teilgewinnabführungsvertrag, Nr. 2

a) Wie in § 292 Anm. 12 dargelegt, hat der Teilgewinnabführungsvertrag oder der auf einen einzelnen Betrieb beschränkte Geschäftsführungsvertrag seine steuerrechtliche Bedeutung verloren. § 292 Nr. 2 indessen hat die Teilgewinnabführung in die Unternehmensverträge unter dem Aspekt einbezogen, daß der Vorstand der verpflichteten Gesellschaft eine solche nur mit Zustimmung der HV (§ 293 Abs. 1) soll vereinbaren können, weil normalerweise der Gewinn den Aktionären allein zusteht. Die Definition des § 292 Nr. 2 trifft daher auch auf Teilgewinnabführung zu, die eine verschiedene schuldrechtliche causa haben können (§ 292 Anm. 12).

Hier aber erlangt die Art der Vereinbarung und ihre buchmäßige Behandlung Bedeutung. Bemißt sich der abzuführende Teilgewinn nach dem ausgewiesenen *Bilanzgewinn* der Gesellschaft, dann ist die Einstellung von Beträgen in die gesetzliche Rücklage bereits gemäß §§ 150, 157 Nr. 31 a erfolgt. Dem § 300 Nr. 2 unterliegen mithin nur jene Fälle, bei denen der abzuführende Teilgewinn gemäß § 157 Nr. 27 als *Aufwendung* verbucht wird. In diesem Falle ist der nach § 150 Abs. 2 Nr. 1 einzustellende Betrag von fünf Prozent aus dem Jahresüberschuß zu berechnen, der sich ohne die Teilgewinnabführung ergeben würde, jedoch gemindert um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr. Nicht erforderlich ist hier die Auffüllung der gesetzlichen Rücklage binnen fünf Jahre. § 300 Nr. 2 führt mithin zu demselben Ergebnis wie § 150 Abs. 2 Nr. 1.

Anm. 3

Beherrschungsvertrag, Nr. 3

a) Ist mit dem Beherrschungsvertrag keine Abführung des Gewinnes, weder des ganzen noch eines Teiles desselben, verbunden, dann ist eine Gewinnerzielung bei der unterworfenen Gesellschaft möglich, welche als Jahresüberschuß zum Ausweis kommt. In diesem Falle ist die gesetzliche Rücklage innerhalb einer Frist von fünf Jahren aufzufüllen. Einzustellen ist innerhalb dieser Frist aus den Jahresüberschüssen alljährlich

ein Betrag in solcher Höhe, mindestens aber fünf Prozent des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr verminderten Jahresüberschusses, daß mit Ablauf von fünf Jahren der volle Betrag der gesetzlichen Rücklage, nämlich der zehnte oder der in der Satzung bestimmte höhere Teil des Grundkapitals, erreicht ist.

Zweifel ergeben sich jedoch in der Hinsicht, ob beim Beherrschungsvertrag die Einstellung von Beträgen in die gesetzliche Rücklage überhaupt *gewinnabhängig* ist. Diese Zweifel werden ausgelöst durch die Amtl. Begr. (Kropff S. 388), worin gesagt ist: „Unterwirft sich eine Gesellschaft durch Beherrschungsvertrag den Weisungen eines anderen, so wird ihr aus ihrer weisungsgebundenen Geschäftsführung häufig kein oder nur ein geringer Gewinn zufließen. Auch in diesem Falle ist daher der Jahresüberschuß keine angemessene Grundlage für die Zuweisungen zur gesetzlichen Rücklage“. Verstärkt wird dieser Zweifel durch die Gesetzesformulierung, indem in § 300 Nr. 3 lediglich gesagt ist, welche Beträge in die gesetzliche Rücklage einzustellen seien, nicht aber im Gegensatz zu Nr. 1 auch gesagt wird, daß der einzustellende Betrag zu entnehmen sei aus dem *Jahresüberschuß*.

Es ist durchaus möglich, Zuweisungen von Beträgen in die gesetzliche Rücklage buchmäßig als „sonstige Aufwendungen“ (§ 157 Nr. 26) zu behandeln mit der Maßgabe, daß, falls diese Zuweisung zu einem Jahresfehlbetrag (§ 157 Nr. 28) führt, dieser nach § 302 auszugleichen ist, wie es auch in § 22 Abs. 1 Satz 5 EG AktG ausdrücklich vorgeschrieben ist (Anm. 5). Die gesetzliche Rücklage der beherrschten Gesellschaft wäre in diesem Falle mithin aus der Tasche des herrschenden Unternehmens zu speisen. Damit wäre auch beim Beherrschungsvertrag gewährleistet, daß die beherrschte Gesellschaft bei Vertragsbeendigung bilanzmäßig mit ihrem Anfangsvermögen, vermehrt um die gesetzliche Rücklage, zurückbleibt, was durch die §§ 300, 302 erreicht werden soll (a. A. Godin-Wilhelmi § 300 Anm. 5, wonach mangels Gewinnes eine Einstellung in die gesetzliche Rücklage nicht erfolgt).

§ b) Ist mit dem Beherrschungsvertrag ein Gewinnabführungsvertrag verbunden, dann gelten die in Anm. 1 dargelegten Regeln.

c) Falls die beherrschte Gesellschaft zu einer Teilgewinnabführung verpflichtet ist, gilt das in Anm. 2 Gesagte.

d) Während der Dauer des Beherrschungsvertrages darf die gesetzliche Rücklage, also weder die bei Vertragsabschluß bereits vorhandene noch die während der Vertragsdauer gemäß Nr. 3 zu bildende, nicht aufgelöst werden (§ 302 Anm. 5).

Anm. 4

Für die in § 292 Nr. 1 und 3 genannten *Gewinngemeinschaften*, *Betriebspacht-* und *Betriebsüberlassungsverträge* enthält § 300 keine Vorschriften; für sie ist § 150 Abs. 2 Nr. 1 maßgebend.

Anm. 5

Übergangsregelung, § 22 EG AktG

Für Organschaftsverträge mit Ergebnisübernahme, die bei Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen waren, ist § 300 Nr. 1 von Beginn jenes Geschäftsjahres an verbindlich geworden, welches nach Ende des Jahres 1965 begonnen hat.

§ 300 Nr. 1 u. 3. gilt jedoch nicht, wenn bei Inkrafttreten des Gesetzes der andere Teil auf Grund seiner Satzung oder auf Grund von Verträgen verpflichtet ist, seine Erträge für öffentliche Zwecke zu verwenden. Dieses ist eine Sondervorschrift für den in der Energiewirtschaft vorkommenden Fall, daß der Vertragspartner die Erträge zur Senkung der Tarife oder für andere öffentliche Zwecke zu verwenden hat. Hier ist der nach § 300 zu berechnende Betrag spätestens bei *Beendigung* dieser Verpflichtung in die gesetzliche Rücklage der unterworfenen Gesellschaft einzustellen.

Falls die während der Dauer des Vertrags in freie Rücklage eingestellten Beträge dazu nicht ausreichen, ist der Fehlbetrag von dem anderen Vertragsteil auszugleichen.

§ 301 Höchstbetrag der Gewinnabführung

Eine Gesellschaft kann, gleichgültig welche Vereinbarungen über die Berechnung des abzuführenden Gewinns getroffen worden sind, als ihren Gewinn höchstens den ohne die Gewinnabführung entstehenden Jahresüberschuß, vermindert um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr und um den Betrag, der nach § 300 in die gesetzliche Rücklage einzustellen ist, abführen. Sind während der Dauer des Vertrags Beträge in freie Rücklagen eingestellt worden, so können diese Beträge den freien Rücklagen entnommen und als Gewinn abgeführt werden.

Anm. 1

Die Vorschrift ist in erster Linie für Gewinnabführungsverträge gemäß § 291 wichtig; sie gilt aber auch für Teilgewinnabführungen, bei denen der abzuführende Teilgewinn gemäß § 157 Nr. 27 vor der Ermittlung des Jahresüberschusses verbucht wird.

Was auf Grund eines Gewinnabführungsvertrages unter „abzuführenden Gewinn“ zu verstehen ist, bleibt grundsätzlich der vertraglichen Vereinbarung überlassen. Durch § 301 wird weder zwingend noch als Auslegungsregel vorgeschrieben, was als Gewinn abzuführen sei. Da die Berechnung und Höhe dieses Betrags aber freier Vereinbarung unterliegt, wäre es möglich, daß der als abgeführter Gewinn gebuchte Betrag (§ 157 Nr. 27 u. 7) den aktienrechtlichen Jahresüberschuß überschreitet und Substanz des Gesellschaftsvermögens an den Vertragspartner abfließt. Die Aml. Begr. (Kropff S. 389) sagt: „Die bei der Festlegung des abzuführenden Gewinnes grundsätzlich bestehende Vertragsfreiheit kann aber dazu führen, daß je nach der vereinbarten Berechnungsform ein höherer Gewinn als der nach aktienrechtlichen Grundsätzen ermittelte Jahresüberschuß abzuführen ist.“ In solchen Fällen wäre also die Erhaltung des Grundkapitals nicht mehr gesichert.

Anm. 2

In § 301 wird daher der *Höchstbetrag* der Gewinnabführung zwingend festgelegt. Damit werden Vereinbarungen über die Gewinnberechnung, sofern der hieraus resultierende Betrag den gesetzlich zulässigen Höchstbetrag überschreiten würde, nicht etwa für unwirksam erklärt. Die Vorschrift beschränkt sich vielmehr darauf, den zulässigen Höchstbetrag des abführbaren Gewinnes zu fixieren. Führt die vereinbarte Berechnungsart zu einem höheren Betrag als der gesetzlich zulässige, so darf der Überschuß nicht abgeführt werden. Die gleichwohl erfolgende buchmäßige Überweisung desselben ist ein Verstoß gegen die durch § 301 bewirkte Vermögensbindung, welche an die Stelle der nach § 291 Abs. 3 außer Kraft gesetzten §§ 57, 58 und 60 getreten ist (s. § 291 Anm. 44). Es kommen alsdann die §§ 63, 93 Abs. 3 Nr. 2 zur Anwendung.

Anm. 3

Die Vorschrift knüpft an den ohne die Gewinnabführung entstehenden *Jahresüberschuß* an; dieses ist der in § 157 Nr. 28 genannte Rechnungsposten. Die Praxis ist dadurch genötigt, auch in jener Abrechnung, welcher der Ermittlung des abzuführenden Gewinnes dient, den Jahresüberschuß nach den aktienrechtlichen Vorschriften über die Bewertung, Abschreibungen und Wertberichtigungen zu ermitteln.

Anm. 4

Der Höchstbetrag des abführbaren Gewinnes ist in der Weise bestimmt, daß der ohne die Gewinnabführung (§ 157 Nr. 27) errechnete Jahresüberschuß (§ 157 Nr. 28) zu vermindern ist um einen etwaigen Verlustvortrag aus dem Vorjahr (§ 157 Nr. 29) und um den Betrag, der gemäß § 300 Nr. 1 in die gesetzliche Rücklage einzustellen ist (§ 157 Nr. 31a).

Anm. 5

Der Jahresüberschuß umfaßt nicht Entnahmen aus offenen Rücklagen (§ 157 Nr. 30). Sie dürfen daher bei der Berechnung des abzuführenden Gewinnes nicht aufgelöst und dem abzuführenden Gewinn zugeschlagen werden. Im einzelnen gilt folgendes.

a) Die *gesetzliche Rücklage* darf niemals zwecks Einbeziehung derselben in den Gewinn aufgelöst werden, auch dann nicht, wenn sie die gesetzliche Pflichtgrenze überschreitet.

Während der Dauer des Gewinnabführungsvertrages darf die gesetzliche Rücklage, und zwar sowohl die bei Vertragsabschluß bereits vorhandene als auch die während der Vertragsdauer gemäß § 300 Nr. 1 zu bildende, nicht einmal zur Deckung von Verlusten herangezogen werden, welche während der Laufzeit des Vertrages entstehen. Wohl aber könnte ein überschießender Betrag nach § 150 Abs. 4 zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln verwendet werden. Sie bleibt mithin der Gesellschaft stets ungeschmälert in jener Höhe, in welcher sie nach § 300 zu bilden ist, bis zum Ende des Vertrages erhalten.

b) Eine Ausnahme macht § 301 für *freie Rücklagen*, die erst während der Dauer des Vertrags eingestellt worden sind. Sie können der Rücklage wieder entnommen und als Gewinn abgeführt oder zum Ausgleich von Verlusten (§ 302 Anm. 1) verwendet werden.

c) Unzulässig ist die Auflösung der gesetzlichen und vorvertraglichen freien Rücklagen nur, wenn sie zu dem Zwecke erfolgt, diese Beträge dem abzuführenden Gewinn zuzuschlagen. Die Auflösung von Rücklagen zu anderen Zwecken hingegen wird von § 301 nicht betroffen; es gilt das zu § 302 Anm. 5 Gesagte auch hier.

Anm. 6

Nicht ausdrücklich erwähnt ist in § 301 ein *Gewinnvortrag*. Auch dieser darf bei Berechnung des Höchstbetrages des abführbaren Gewinnes nach § 301 dann nicht einbezogen werden, wenn er bei Beginn des Vertrages bereits vorhanden war. Dieses ergibt sich auch daraus, daß der der Berechnung der Gewinnabführung zugrunde liegende Jahresüberschuß (§ 157 Nr. 28) den Gewinnvortrag (§ 157 Nr. 29) nicht umfaßt. Die Bindung dieses Betrags kann auch nicht dadurch aufgehoben werden, daß er nachträglich der freien Rücklage zugewiesen wird (Godin-Wilhelmi Anm. 3; WP-Handbuch 1968, 1152).

Ein Gewinnvortrag jedoch, der erst während der Dauer des Vertrages eingestellt wird, ist so zu behandeln, wie die während der Vertragsdauer gebildete freie Rücklage.

Anm. 7

Möglich ist, daß bei Vertragsbeginn vorhandene *stille Reserven* während der Vertragsdauer zur Auflösung kommen; so insbesondere bei Veräußerung unterbewerteter oder in ihrem Wert gestiegener Aktiva. Sie gehen in den nach § 301 zu ermittelnden Jahresüberschuß ein.

§ 301 vermag daher ebensowenig wie die Vorschriften (Höchstbewertung) über den Jahresabschluß eine Auszehrung des Gesellschaftsvermögens durch inflatorische Scheingewinne zu verhindern.

Anm. 8

Steuerrechtlich darf die Organgesellschaft gemäß § 7a Abs. 1 Nr. 5 KStG Beträge aus dem Jahresüberschuß nur insoweit in freie Rücklage einstellen, als dies bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung wirtschaftlich begründet ist.

Über die Frage, ob im Gewinnabführungsvertrag aus steuerlichen Gründen eine ausdrückliche *Rücklageklausel* erforderlich ist, ferner, welche Rücklagen steuerlich anerkannt werden, s. DB 1971, 1693.

Es darf aber auch kein Gewinn bei der ihn abführenden Gesellschaft durch aktienrechtlich nicht zulässige Unterbewertung von Aktiven als „stille Reserve“ versteckt werden.

Anm. 9

§ 301 gilt auch für *Teilgewinnabführungsverträge*, soweit auch bei ihnen der abzuführende Teilgewinn als Verbindlichkeit der Gesellschaft verbucht wird (§ 157 Nr. 27 u. 7). Das ist insbesondere von Bedeutung in jenen Fällen, in denen der Gewinn eines einzelnen Betriebs der Gesellschaft abzuführen ist, dieser aber auf Grund einer für diesen Betrieb gesondert geführten Buchhaltung ermittelt wird. Würden hier andere Betriebe des Unternehmens mit Verlust arbeiten, so könnte sich eine Gewinnabführung ergeben, obgleich der für das Gesamtunternehmen aufzustellende Jahresüberschuß einen solchen nicht ausweist (Godin-Wilhelmi Anm. 1).

§ 302 Verlustübernahme

(1) Besteht ein Beherrschungs- oder ein Gewinnabführungsvertrag, so hat der andere Vertragsteil jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen, soweit dieser nicht dadurch ausgeglichen wird, daß den freien Rücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt worden sind.

(2) Hat eine abhängige Gesellschaft den Betrieb ihres Unternehmens dem herrschenden Unternehmen verpachtet oder sonst überlassen, so hat das herrschende Unternehmen jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen, soweit die vereinbarte Gegenleistung das angemessene Entgelt nicht erreicht.

(3) Die Gesellschaft kann auf den Anspruch auf Ausgleich erst drei Jahre nach dem Tage, an dem die Eintragung der Beendigung des Vertrags in das Handelsregister nach § 10 des Handelsgesetzbuchs als bekanntgemacht gilt, verzichten oder sich über ihn vergleichen. Dies gilt nicht, wenn der Ausgleichspflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung oder Beseitigung des Konkursverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht. Der Verzicht oder Vergleich wird nur wirksam, wenn die außenstehenden Aktionäre durch Sonderbeschluß zustimmen und nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erhebt.

Übersicht

	Anm.		Anm.
Einleitung		1. Die einschlägigen Verträge	7
I. Verlustübernahme beim Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, Abs. 1		2. Abhängigkeit	8
1. Umfang der Verpflichtung	1, 2	3. Unangemessene Gegenleistung	9, 10
2. Keine Umgehung durch Kapitalherabsetzung	3	4. Dividendengarantie als Gegenleistung	11
3. Behandlung der Rücklagen	4, 5	5. Umfang der Ausgleichspflicht	12
4. Entstehung der Ausgleichsforderung; Rückerstattung des Ausgleichs	6	6. Verhältnis zwischen § 302 Abs. 2 und § 311	13
II. Verlustübernahme bei Pacht und Betriebsüberlassung, Abs. 2		III. Fälligkeit und Geltendmachung des Verlustausgleichs	14—16
		IV. Verzicht und Vergleich, Abs. 3	17—20

Einleitung

Durch die Vorschrift wird bei bestimmten Unternehmensverträgen dem Vertragspartner der Gesellschaft die gesetzliche Verpflichtung zur Übernahme der Verluste der Gesellschaft auferlegt. Diese Verpflichtung dient der Erhaltung der Vermögenssubstanz

Anm. 1, 2

der Gesellschaft; sie ist mit jenen Verträgen verbunden, bei denen in bezug auf Leistungen, welche die Gesellschaft auf Grund dieser Verträge erbringt, die klassischen Vorschriften des Substanzschutzes außer Kraft gesetzt sind (§§ 291 Abs. 3, 292 Abs. 3). Beim Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag wird durch die Verlustübernahme durch das herrschende Unternehmen die Möglichkeit einer Überschuldung der Gesellschaft ausgeschlossen; nicht voll gesichert jedoch ist die Liquidität der Gesellschaft, wenn die Tilgung des Ausgleichsbetrages gestundet wird.

Schon bisher war bei steuerlichen Organschaftsverhältnissen die steuerliche Begünstigung davon abhängig, daß der Organträger nicht nur die Gewinne, sondern auch die Verluste der Organgesellschaft trägt. Es wurde daher vereinbart, daß der Organträger das Jahresergebnis der Organgesellschaft übernimmt und die Erzielung eines Gewinnes oder Verlustes der Organgesellschaft ausgeschlossen ist (s. Enquête-Bericht II S. 581). Bei völliger Beherrschung einer Gesellschaft durch ein anderes Unternehmen wurde die Verpflichtung zur Verlustübernahme vielfach auch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abgeleitet.

Die Regelung des § 302 bezweckt laut Aml. Begr., den Kreis der Verträge, mit denen die Verpflichtung zur Verlustübernahme sich verbindet, schärfer zu umschreiben (Abs. 1 u. 2), den zu übernehmenden Verlust zu bestimmen und Verzichte der Gesellschaft auf den — auch im Interesse der Gläubiger bestehenden — Anspruch auf Verlustübernahme nur unter besonderen Voraussetzungen zuzulassen (Abs. 3).

I. Verlustübernahme bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, Abs. 1

Anm. 1**1. Umfang der Verpflichtung**

Mit dem Beherrschungsvertrag und mit dem Gewinnabführungsvertrag ist die Verpflichtung zur Verlustübernahme zwingend verbunden. Besteht ein solcher Vertrag, so hat der andere Vertragsteil jeden während der Vertragsdauer bei der Gesellschaft entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen. Diese Verpflichtung kann nicht durch eine andere Art des Verlustausgleichs vermieden werden.

Hiervon macht das Gesetz eine einzige Ausnahme. Es ist zulässig, den entstehenden Jahresfehlbetrag dadurch zum Ausgleich zu bringen, daß den freien Rücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt worden sind. Soweit hierdurch der Ausgleich erfolgt, entfällt die Verpflichtung zur Verlustübernahme (Anm. 4 sub c).

Der Ausgleichspflicht unterliegen auch *ausländische* herrschende Unternehmen, die mit einer inländischen Gesellschaft einen Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag (§ 291 Anm. 49) geschlossen haben (s. § 291 Anm. 32).

Anm. 2

Auszugleichen ist der *Jahresfehlbetrag*, gleichgültig, wodurch er entstanden ist. Jahresfehlbetrag ist der in der Gewinn- und Verlustrechnung § 157 Abs. 1 Nr. 28 ausgewiesene Rechnungsposten. Dieser umfaßt nicht nur Verluste aus der laufenden Geschäftsführung, sondern auch solche, die sich aus Unglücksfällen, den daraus entstehenden Haftungen, aus Ausfall von Forderungen, Entwertung von Beteiligungen oder aus sonstigen Gründen ergeben. Der andere Vertragsteil trägt mithin das gesamte Risiko der Gesellschaft, also nicht nur das mit der Unternehmensführung verbundene Verlustrisiko, sondern auch das Risiko, welches sich mit den technischen Anlagen verbindet oder welches sich aus Beteiligungen ergibt, ferner das Risiko, welches in der Haftung der Gesellschaft gegenüber ihren Arbeitnehmern oder gegenüber Dritten aus Unglücksfällen besteht.

a) Der auszugleichende Jahresfehlbetrag muß *während des Bestehens* des Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages entstanden sein; die Wirksamkeit des Ver-

trages beginnt mit der Eintragung desselben (§ 294 Abs. 2). Ein Jahresverlust, der bei Beginn des Vertrages besteht und sich nicht durch Auflösung vorvertraglicher Rücklagen ausgleichen läßt (Anm. 4), ebenso ein Verlustvortrag gemäß Anm. 4 sub d unterliegt nicht der Ausgleichspflicht. Er mindert jedoch nach § 301 den Höchstbetrag des abführbaren Gewinnes.

b) Auszugleichen ist auch der bei Vertragsbeendigung bestehende Jahresfehlbetrag. Endet der Vertrag durch fristlose Kündigung (§ 297 Abs. 1) während des Geschäftsjahres, dann ist der auszugleichende Verlust durch Aufstellung eines Zwischenabchlusses zu ermitteln.

c) Der auszugleichende Jahresfehlbetrag ist in einem Vorabschluß zu ermitteln. Da im endgültigen Jahresabschluß der Gesellschaft der Verlustausgleich als Ertrag (§ 157 Nr. 15) und im Abschluß des herrschenden Unternehmens als Aufwendung (§ 157 Nr. 25) einzusetzen ist, tritt der Jahresfehlbetrag insoweit nicht mehr in Erscheinung. § 302 spricht daher von dem Ausgleich des „sonst“, d. h. ohne Ausgleich entstehenden Jahresfehlbetrags.

Anm. 3

2. Keine Umgehung durch Kapitalherabsetzung¹

Aus der Verpflichtung zur Verlustübernahme folgt, daß sie nicht durch eine vereinfachte *Kapitalherabsetzung* bei der Gesellschaft gemäß § 229 umgangen werden kann. Durch den Verlustausgleich soll die Erhaltung des Anfangsvermögens der Gesellschaft während der Dauer des Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages gewährleistet werden. Er ist der notwendige Schutz des Vermögens, welcher an die Stelle der durch § 291 Abs. 3 aufgehobenen §§ 57, 58 und 60 tritt. Die Erhaltung des bei Vertragsbeginn vorhandenen Vermögens, welches noch um die nach § 300 zu bildende gesetzliche Rücklage vermehrt wird, verhindert eine Entwertung der Anteile der außenstehenden Aktionäre am Gesellschaftsvermögen; sie dient den Gesellschaftsgläubigern, denen dieses Vermögen allein haftet; sie dient insbesondere der Gesellschaft selbst für die Zeit nach Vertragsbeendigung. Soll hiernach das bilanzmäßige Anfangsvermögen erhalten bleiben, so gilt das auch für das *Grundkapital* als *Soll-Betrag* desselben. Ein Verlustausgleich durch vereinfachte Kapitalherabsetzung ist daher ausgeschlossen.

Nicht ausgeschlossen hingegen ist eine ordentliche Kapitalherabsetzung der unterworfenen Gesellschaft als Maßnahme der Teilliquidation derselben. Über mögliche Folgerungen, die sich hieraus für die Ausgleichszahlung ergeben, s. § 304 Anm. 23.

Anm. 4

3. Behandlung der Rücklagen

Durch *Auflösung von Rücklagen* darf der zu übernehmende Verlust nicht ausgeglichen werden.

a) Das gilt zunächst für die *gesetzliche Rücklage*. Wohl ist es zulässig, die gesetzliche Rücklage gemäß § 150 Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 4 Nr. 1 zum Ausgleich eines vorvertraglichen, d. h. bei Beginn des Vertrages vorhandenen Jahresfehlbetrages aufzulösen, da dieser der Ausgleichspflicht nicht unterliegt. Es ist also möglich, durch Heranziehung der gesetzlichen Rücklage zu bewirken, daß die Gesellschaft ohne Jahresfehlbetrag und ohne Verlustvortrag in das Vertragsverhältnis eintritt.

Die Auflösung der gesetzlichen Rücklage, und zwar der vorvertraglich gebildeten als auch der gemäß § 300 während der Vertragsdauer zu ergänzenden oder neu einzustellenden, zum Ausgleich von Jahresfehlbeträgen, welche während der Vertragsdauer entstehen, ist hingegen ausgeschlossen. Während § 300 Nr. 1 u. 3 bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages die Bildung oder Ergänzung der gesetzlichen Rücklage innerhalb von fünf Jahren vorschreibt und § 301 dafür Sorge trägt, daß die gesetzliche Rücklage nicht dem abzuführenden Gewinn zugeschlagen wird, schließt § 302 die Auflösung derselben zum Ausgleich von Jahresfehlbeträgen aus, die während der Vertragsdauer entstehen. Die gesetzliche Rücklage bleibt mithin insoweit der Ge-

sellschaft bis zum Ende des Vertrages ungeschmälert erhalten. Dieses ergibt sich daraus, daß die Ausgleichspflicht nach § 302 sich bezieht auf den in § 157 Abs. 1 Nr. 28 genannten Rechnungsposten, der von Entnahmen aus offenen Rücklagen (§ 157 Abs. 1 Nr. 30) nicht berührt wird. Daraus folgt zugleich, daß es für die Unzulässigkeit der Auflösung der gesetzlichen Rücklage zur Deckung von während der Vertragsdauer entstehenden Jahresfehlbeträgen unerheblich ist, ob der Rechnungsposten „gesetzliche Rücklage“ einen Betrag ausweist, welcher die gesetzliche Rücklage gemäß § 150 Abs. 4 übersteigt. Auch der Überschußbetrag darf nicht zur Deckung ausgleichspflichtiger Verluste herangezogen werden.

b) Ausgeschlossen ist ferner die Auflösung *vorvertraglicher freier Rücklagen* zum Ausgleich von während der Vertragsdauer entstehenden, also nach § 302 ausgleichspflichtigen Jahresfehlbeträgen. Wohl können auch sie gemäß § 150 Abs. 3 Nr. 2 zur Deckung eines Jahresfehlbetrages oder eines Verlustvortrages verwendet werden, der bei Beginn des Unternehmensvertrages besteht, also von § 302 nicht betroffen wird. Werden jedoch diese vorvertraglichen freien Rücklagen in die Vertragszeit übernommen, so bleiben auch sie der Gesellschaft erhalten, denn weder können sie nach § 301 als Gewinn abgeführt werden, noch ist nach § 302 ihre Heranziehung zum Ausgleich von Jahresfehlbeträgen zulässig, die während der Vertragsdauer entstehen.

c) Eine *Ausnahme* gilt nur für jene Beträge, die erst *während* der Vertragsdauer in freie Rücklage eingestellt worden sind. Ebenso wie diese Beträge nach § 301 wieder aufgelöst und als Gewinn abgeführt werden können, ist ihre Verwendung zum Ausgleich von Jahresfehlbeträgen zulässig, die während der Vertragsdauer anfallen. Dieses gilt jedoch nur für freie Rücklagen, die nicht statutarisch zweckgebunden sind, mögen sie auch erst während des Unternehmensvertrages eingestellt worden sein. Für sie ergibt sich ihre Bindung aus der Satzung, und ihre Verwendung zum Ausgleich von Verlusten wäre auch unabhängig von § 302 unzulässig.

d) Die Verwendung der während der Vertragszeit in freie Rücklage eingestellten Beträge zur Deckung entstehender Verluste ist jedoch nicht erforderlich. Die freie Rücklage kann bestehen bleiben und der Verlust kann in Höhe der während der Vertragszeit in sie eingestellten Beträge vorgetragen werden.

Anm. 5

Nach dem unter Anm. 4 a) und b) Gesagten ist ausgeschlossen lediglich die Auflösung von Rücklagen zum Zwecke des Verlustausgleichs. Zulässig hingegen bleibt ihre Auflösung gemäß §§ 150 Abs. 4 Nr. 3, 208 zwecks Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln. Zulässig bleibt ferner die Auflösung zweckgebundener freier Rücklagen, um sie ihrem Zwecke zuzuführen. Das gilt auch dann, wenn ihre bestimmungsmäßige Verwendung keinen aktivierbaren Vermögenswert schafft, wie es z. B. bei Rücklagen für Werbungszwecke zutrifft. Hier ist es möglich, daß die bestimmungsmäßige Verwendung der freien Rücklage zu einem Verlust führt. Auch diesen Verlust hat alsdann der andere Vertragsteil gemäß § 302 auszugleichen, was dadurch gerechtfertigt ist, daß ihm in aller Regel auch der wirtschaftliche Erfolg der bestimmungsmäßigen Verwendung der Rücklage zugute kommt (Amtl. Begr., Kropff S. 391).

Da die Verwendung der statutarisch zweckgebundenen Rücklage zu ihrem Zweck eine Maßnahme der Geschäftsführung ist, kann bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrages das herrschende Unternehmen die zweckentsprechende Verwendung anweisen (§ 308); unzulässig hingegen wäre die Anweisung zur Verwendung dieser Rücklagen zwecks Verlustausgleichs (§ 308 Anm. 11).

Anm. 6

4. Entstehung der Ausgleichsforderung; Rückerstattung des Ausgleichs

Die Verpflichtung zur Verlustübernahme begründet für die Gesellschaft eine *Ausgleichsforderung* (§ 157 Abs. 1 Nr. 15), für den anderen Vertragsteil die Verbindlichkeit zum Barausgleich des Jahresfehlbetrags (§ 157 Abs. 1 Nr. 25), die grundsätzlich mit ihrer Entstehung fällig ist (Anm. 14).

Da auf Grund des Beherrschungsvertrages jenes Vermögen der beherrschten Gesellschaft, welches die durch die §§ 300, 302 gezogene Linie übersteigt, nach § 291 Abs. 3 zur freien Disposition des herrschenden Unternehmens steht (s. § 308 Anm. 10), ist dieses befugt, sich zu Lasten dieses freien Vermögens Verlustausgleichsbeträge wieder erstatten zu lassen. Eine derartige Vereinbarung, die unter der *Voraussetzung* getroffen wird, daß „die während der Dauer des Vertrags unter Berücksichtigung der Erstattungspflicht erzielten Jahresüberschüsse für die garantierten Gewinnanteile und für die gesetzlich vorgeschriebenen Einstellungen in gesetzliche Rücklage ausreichen“, ist rechtlich zulässig (Werner, NBetrW 1967, Heft 4 S. 13).

II. Verlustübernahme bei Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträgen, Abs. 2

Anm. 7

1. Die einschlägigen Verträge

Abs. 2 bezieht sich auf Betriebspachtverträge und auf Verträge, durch welche die abhängige Gesellschaft den Betrieb ihres Unternehmens dem herrschenden Unternehmen „sonst überlassen“ hat; es sind das dieselben Verträge, welche in § 292 Nr. 3 unter der Bezeichnung „Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträge“ zusammengefaßt werden (s. § 292 Anm. 17). Auch hier ist, wie in § 292 Nr. 3, erforderlich, daß Gegenstand der Pacht oder der Betriebsüberlassung das Unternehmen der abhängigen Gesellschaft als ganzes ist, die abhängige Gesellschaft mithin aufhört, selbst noch ein Erwerbsgeschäft zu betreiben und hieraus Gewinn zu erzielen.

Verpachtet oder überläßt die abhängige Gesellschaft dem herrschenden Unternehmen einen einzelnen Betrieb, so liegt kein Vertrag nach § 292 Nr. 3 vor und es greift auch die Ausgleichspflicht nach § 302 Abs. 2 nicht Platz.

Anm. 8

2. Abhängigkeit

a) Der gesetzliche Tatbestand des Abs. 2 setzt voraus, daß eine abhängige AG oder KoAG ihr Unternehmen dem *herrschenden* Unternehmen verpachtet oder zum Betrieb desselben sonst überläßt. Nicht hierher gehört also die Verpachtung oder Überlassung des Unternehmens durch die abhängige Gesellschaft an eine *andere* konzernabhängige Gesellschaft.

Die Abhängigkeit der verpachtenden Gesellschaft von dem herrschenden Unternehmen muß im Zeitpunkt der Verpachtung oder Betriebsüberlassung bestehen (darüber, daß die Verpachtung keine Abhängigkeit begründet, s. § 17 Anm. 8). Wird der Pacht- oder Betriebsüberlassungsvertrag von der Gesellschaft im Zustande der Abhängigkeit von dem herrschenden Unternehmen geschlossen, so erfolgt er laut Amtl. Begr. (Kropff S. 391) „unter Voraussetzungen, die regelmäßig die Annahme begründen, daß ein herrschendes Unternehmen die abhängige Gesellschaft zu unangemessenen Bedingungen vertraglich gebunden hat“. Die Unangemessenheit der Gegenleistung, mit welcher sich die Verlustausgleichspflicht verbindet, wird mithin als eine Folge der Abhängigkeit aufgefaßt; s. über *konzerninterne* Pacht- oder Betriebsüberlassung § 292 Anm. 20, 21 u. 25; über die erforderlichen Angaben im *Abhängigkeitsbericht* s. § 312 Anm. 9.

b) Der Begriff „herrschendes Unternehmen“ und „abhängige Gesellschaft“ ist in § 17 definiert. Die Definition erwähnt nicht den Beherrschungsvertrag, obgleich auch er die Abhängigkeit und unwiderleglich einen Unterordnungskonzern begründet (§ 18 Abs. 1 Satz 2). Aus der Gegenüberstellung von § 302 Abs. 1 u. 2 ist jedoch zu folgern, daß Abs. 2 sich auf Abhängigkeiten bezieht, die nicht auf Beherrschungsvertrag beruhen.

Wird von der herrschenden Gesellschaft im Rahmen eines Beherrschungsvertrages das Unternehmen der abhängigen Gesellschaft pachtweise übernommen, so greift § 302 Abs. 1 ein, der eine weitergehende Verpflichtung zur Verlustübernahme vorsieht als Abs. 2. Zweifelhaft könnte in diesem Falle lediglich sein, ob Abs. 2 wenigstens in der

Hinsicht zu berücksichtigen ist, daß der Jahresfehlbetrag auch dann durch Verlustübernahme auszugleichen sei, wenn zu seiner Deckung freie Rücklagen verfügbar sind, die erst während der Dauer des Beherrschungsvertrages eingestellt worden sind (s. Anm. 12).

Anm. 9

3. Unangemessene Gegenleistung

Die Verpflichtung zur Verlustübernahme nach Abs. 2 setzt voraus, daß die vereinbarte Gegenleistung kein angemessenes Entgelt darstellt. Darin kann eine „verdeckte Gewinnausschüttung“ und ein Verstoß gegen § 57 liegen. Die Nichtigkeit des Pacht- oder Betriebsüberlassungsvertrages aus diesem Grunde ist jedoch durch § 292 Abs. 3 ausdrücklich ausgeschlossen; wohl aber kann der Vertrag bei Unangemessenheit der Gegenleistung sowohl wegen des darin liegenden Verstoßes gegen § 57 als auch nach § 243 Abs. 2 angefochten werden.

Anm. 10

Die Beurteilung, ob die Gegenleistung angemessen ist oder nicht, wird nicht selten Schwierigkeiten bereiten. Sie hat zu erfolgen unter Berücksichtigung des gesamten Vertragswerkes, der darin enthaltenen Verteilung von Chancen und Risiken, Vorteilen und Lasten, Leistungen und Gegenleistungen. Von Bedeutung ist auch, ob das herrschende Unternehmen zu Veränderungen und Umstellungen des Betriebs berechtigt ist, wer für die Erhaltung der Anlagen zu sorgen hat und zu wessen Lasten neue Investitionen erfolgen, usw.

Über die steuerliche Wirkung nachträglicher Bestimmung der angemessenen Gegenleistung durch einen Sachverständigen s. DB 1971, 1603.

In der Praxis finden sich verschiedene Arten der Gegenleistung; sie kann bestehen in einem festen Pachtzins, in der Gewährung einer Dividendengarantie an die außenstehenden Aktionäre der abhängigen Gesellschaft, in der Gestattung rascher Abschreibungen.

Anm. 11

4. Dividendengarantie als Gegenleistung

a) Eine Unangemessenheit der Gegenleistung liegt stets vor, wenn das Entgelt nicht genügt, um unter normalen Umständen die der Gesellschaft auf Grund des Pachtverhältnisses obliegende Unterhaltung der verpachteten Anlagen, die sonstigen Unkosten des Betriebs oder die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen zu sichern, so daß dadurch die Substanz des Gesellschaftsvermögens angegriffen wird. Der in Abs. 2 vorgesehene Verlustausgleich bezweckt in gleicher Weise wie der Ausgleich gemäß Abs. 1 den Schutz der Substanz des Gesellschaftsvermögens (s. Einleitung). Daraus ist zu folgern, daß eine „Gegenleistung“ des herrschenden Unternehmens, welche nicht in das Vermögen der abhängigen Gesellschaft fließt und dieses vermehrt, niemals eine angemessene Gegenleistung im Sinne des Abs. 2 darstellen kann. Das gilt insbesondere von der in der Praxis üblichen Gewährung einer Dividendengarantie an die außenstehenden Aktionäre der abhängigen Gesellschaft. Sie ist keine Gegenleistung, welche geeignet wäre, die Ausgleichspflicht nach Abs. 2 auszuschalten oder zu verringern, vielmehr greift hier die Ausgleichspflicht in voller Höhe des Jahresfehlbetrages Platz.

b) Umgekehrt ist zu beachten, daß bei Beurteilung der Angemessenheit der Gegenleistung, welche in das Vermögen der abhängigen Gesellschaft fließt und dieses vermehrt, die *Dividendenerwartung* der außenstehenden Aktionäre der abhängigen Gesellschaft außer Betracht bleibt. Es kommt also nicht darauf an, ob die verpachtende Gesellschaft durch die Gegenleistung in die Lage versetzt wird, ihren Aktionären eine Dividende auszuschütten. Dem Schutz dieser Aktionäre dient vielmehr das Erfordernis der Zustimmung der HV der verpachtenden Gesellschaft gemäß § 293 Abs. 1, die Mög-

lichkeit der Anfechtung des Vertrages gemäß § 243 Abs. 2 (Anm. 9), ferner die §§ 311 ff. und die Verantwortlichkeit der Verwaltungsorgane der herrschenden und der abhängigen Gesellschaft gemäß §§ 317, 318, 93 u. 116.

Anm. 12

5. Umfang der Ausgleichspflicht

a) Auszugleichen ist nach Abs. 2 jeder während der Vertragsdauer entstehende Jahresfehlbetrag, jedoch nur insoweit, als die vereinbarte Gegenleistung das angemessene Entgelt nicht erreicht. Die Höhe der Ausgleichspflicht wird mithin bestimmt durch den Unterschiedsbetrag, um welchen die gewährte Gegenleistung gegenüber der angemessenen Gegenleistung zurückbleibt. Der hiernach nicht ausgleichspflichtige Verlustbetrag ist auszuweisen.

b) Im Gegensatz zu Abs. 1 ist in Abs. 2 nicht vorgesehen, daß zum Ausgleich des Verlustes auch Beträge verwendet werden können, welche während der Vertragsdauer in freie Rücklage eingestellt worden sind. Eine Auflösung derselben ist nicht statthaft; die Ausgleichspflicht besteht auch dann, wenn solche Rücklagen bei der Gesellschaft verfügbar wären.

Anm. 13

6. Verhältnis zwischen § 302 Abs. 2 und § 311

a) Da der Pachtvertrag geschlossen wird zwischen der abhängigen Gesellschaft und dem herrschenden Unternehmen, kommen auch die §§ 311 ff. zur Anwendung. Das führt zu der Frage, wie die Verlustübernahme sich zur Verpflichtung des Ausgleichs von Nachteilen gemäß § 311 und zur Schadensersatzpflicht aus § 317 verhält. Es trifft nicht zu, wie Luchterhandt S. 172 annimmt, daß § 302 Abs. 2 wegen § 317 vollkommen überflüssig sei. Die Verpflichtung zum Verlustausgleich nach § 302 Abs. 2 setzt einen *Jahresfehlbetrag* voraus, gleichgültig, worauf dieser beruht. Er kann entstehen infolge Unangemessenheit der Gegenleistung; er kann aber auch beruhen auf Unglücksfällen, welche das Vermögen der abhängigen Gesellschaft betreffen, oder auf anderen Gründen, die durch das herrschende Unternehmen nicht verursacht sind, infolgedessen von § 311 nicht betroffen werden (s. Anm. 2). Die Verpflichtung von Ausgleich von Nachteilen gemäß § 311 hingegen entsteht dann, wenn der Nachteil beruht auf einer Maßnahme oder Unterlassung, zu welcher die abhängige Gesellschaft durch das herrschende Unternehmen *veranlaßt* worden ist. Dieser Nachteil braucht nicht zu einem Jahresfehlbetrag zu führen, denn ein solcher liegt auch dann vor, wenn durch eine von dem herrschenden Unternehmen veranlaßte Benachteiligung der abhängigen Gesellschaft thESAURIERTE Gewinne derselben vermindert werden, die in den freien Rücklagen stecken.

b) Bei den *Einwirkungen* des herrschenden Unternehmens aber ist zu unterscheiden zwischen Einwirkungen auf das gepachtete Unternehmen und Einwirkungen auf den Tätigkeitsbereich der verpachtenden Gesellschaft.

Das *Unternehmen* der abhängigen Gesellschaft ist durch die Verpachtung in den Besitz der herrschenden Gesellschaft übergegangen, welche es selbst betreibt. Veränderung dieses Unternehmens oder sonstige Maßnahmen im Rahmen der Betriebsführung desselben durch das herrschende Unternehmen fallen nicht unter § 311, selbst wenn sie für die verpachtende Gesellschaft als Eigentümerin dieses Unternehmens nachteilig sind. Hier kommt nur Schadensersatz aus dem Gesichtspunkt der Verletzung des Pachtvertrages zum Zuge. Möglich sind jedoch Einwirkungen des herrschenden Unternehmens auf die abhängige Gesellschaft, welche eine Schädigung des übrigen Vermögens derselben bewirken. Insoweit greifen die §§ 311 ff. Platz.

c) Zu beachten ist, daß wegen des Bestehens der Abhängigkeit der verpachtenden Gesellschaft bereits der *Abschluß* des Pachtvertrages dem § 311 unterliegt, falls er durch das herrschende Unternehmen veranlaßt worden ist. Alsdann ist auch die Unangemessenheit der Gegenleistung auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens zurückzuführen. Die Amtl. Begr. (Kropff S. 391) sagt, daß in solchen Fällen die An-

nahme begründet sei, daß das herrschende Unternehmen die abhängige Gesellschaft zu unangemessenen Bedingungen vertraglich gebunden habe. Trifft dieses zu, dann führt schon § 311 dazu, daß im Wege des Schadensersatzes die Unangemessenheit der Gegenleistung auszugleichen ist, wodurch alsdann die Verpflichtung zur Verlustübernahme nach § 302 Abs. 2 entfällt.

III. Fälligkeit und Geltendmachung des Anspruchs auf Verlustausgleich

Anm. 14

Der Anspruch steht der Gesellschaft zu. Seine Geltendmachung ist daher Aufgabe des Vorstands, welcher dafür gegenüber seiner Gesellschaft verantwortlich ist (§ 93).

Fällig ist der Anspruch jeweils bei Feststellung des Jahresabschlusses (§§ 157 Abs. 1 Nr. 15, 172).

Ist die Gesellschaft dem anderen Vertragsteil durch Beherrschungsvertrag unterworfen, so kann das herrschende Unternehmen den Vorstand anweisen, die Forderung bis zum Ende des Vertrages zu stunden (§§ 308, 310 Abs. 3). Eine über das Vertragsende hinausreichende Stundungsweisung wäre unwirksam, weil mit dem Erlöschen des Weisungsrechts auch die Befolgungspflicht und die Bindung an eine Dauerweisung entfällt. Der gestundete Ausgleich ist nach § 356 HGB zu verzinsen.

Im faktischen Konzern unterliegt die auf Unterlassung der Geltendmachung des Anspruchs gerichtete Einwirkung des herrschenden Unternehmens dem § 311; über sie ist nach § 312 zu berichten.

Anm. 15

Die *außenstehenden Aktionäre* der verpachtenden Gesellschaft sind zur Geltendmachung des Anspruchs nicht berechtigt. Sie sind nur in der Lage, über die §§ 93, 147 durch Androhung einer Regreßklage gegen den Vorstand ihrer Gesellschaft einen mittelbaren Zwang auf diesen zur Einziehung der Ausgleichsforderung auszuüben. Wenngleich nämlich der Ausgleich der Gesellschaftsverluste mittelbar auch den Aktionären zugute kommt, bezweckt er in erster Linie die Substanzerhaltung der Gesellschaft, und dafür zu sorgen ist Aufgabe der Verwaltung.

Lutter, AG 1968, 74 und der Kölner Komm. § 302 Anm. 14 wollen jedoch auch den außenstehenden Aktionären in Analogie zu §§ 309 Abs. 4, 317 Abs. 4 das Recht zuerkennen, den Ausgleichsanspruch der Gesellschaft geltend zu machen.

Anm. 16

Auch eine Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs durch die *Gläubiger* der Gesellschaft ist (im Gegensatz zu §§ 93 Abs. 5, 117 Abs. 5, 309 Abs. 4, 317 Abs. 4) nicht vorgesehen. Die Gläubiger sind jedoch in der Lage, den Ausgleichsanspruch wegen ihrer Forderungen zu pfänden; wenngleich buchmäßig durch den Ausgleichsanspruch eine Überschuldung der Gesellschaft nicht eintreten kann, ist die Liquidität derselben nicht gewährleistet.

Bei Beendigung des Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages sind die Gläubiger durch die erforderliche Sicherheitsleistung des herrschenden Unternehmens gemäß § 303 geschützt. Deshalb wirkt ein Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft über den Ausgleichsanspruch auch ihnen gegenüber (Anm. 19).

IV. Verzicht und Vergleich, Abs. 3

Anm. 17

Abs. 3 regelt die Frage, inwieweit die Gesellschaft auf ihren Anspruch auf Verlustausgleich verzichten oder sich mit dem anderen Vertragsteil über ihn vergleichen kann. Diese Regelung gilt sowohl für den Ausgleich bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen als auch für jenen gemäß Abs. 2. Sie schützt den Anspruch der Gesellschaft gegen vorzeitigen Verzicht oder Vergleich ähnlich den §§ 93 Abs. 4 Satz 2, 117

Abs. 4, 309 Abs. 3, 317 Abs. 4 u. a. m., indem sie das allgemeine Recht der Gesellschaft zum Verzicht auf Ansprüche und zum Vergleich über dieselben für den Anspruch auf Verlustausgleich beschränkt. Ein Verzicht oder Vergleich ist für die Gesellschaft erst möglich, wenn drei Jahre nach dem Tage, an dem die Eintragung der Beendigung des Vertrags in das Handelsregister gemäß § 10 HGB als bekanntgemacht gilt, abgelaufen sind. Erst von diesem Zeitpunkt an besteht das Recht der Gesellschaft, über den Anspruch durch Verzicht oder Vergleich zu verfügen.

Anm. 18

Eine Ausnahme besteht für den Fall, daß der ausgleichspflichtige andere Vertrags- teil zahlungsunfähig wird und sich zur Abwendung oder Beseitigung des Konkursver- fahrens mit seinen Gläubigern vergleicht (Abs. 3 Satz 2). In diesem Falle kann die Ge- sellschaft den angebotenen Vergleich jederzeit schließen, also nicht nur vor Ablauf der drei Jahre nach Beendigung des Vertrags, sondern auch schon während der Vertrag noch läuft.

Anm. 19

Ist für die Gesellschaft unter den in Anm. 16 oder 17 genannten Voraussetzungen das Recht zum Verzicht oder Vergleich entstanden, dann kann dieses Recht nicht vom Vorstand allein ausgeübt werden. Nach Abs. 3 Satz 3 wird in beiden Fällen der Ver- zicht oder Vergleich nur wirksam, wenn die außenstehenden Aktionäre der abhängigen Gesellschaft durch Sonderbeschluß zustimmen und nicht eine Minderheit, deren An- teile zusammen den zehnten Teil des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals erreichen, Widerspruch zur Niederschrift erhebt.

Über den Kreis der zur Zustimmung berufenen außenstehenden Aktionäre s. § 304 Anm. 3—5. Für den Sonderbeschluß genügt die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen der stimmberechtigten Aktionäre. Im Gegensatz zu § 309 Abs. 4 Satz 3 wirkt der Verzicht oder Vergleich auch gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft.

Anm. 20

Verjährung

Über die Verjährung des Anspruchs auf Verlustausgleich enthält das Gesetz keine Regelung. Bei der im Rechtsausschuß erfolgten Erörterung, statt des Abs. 3 eine Ver- jähmung des Ausgleichsanspruchs in drei Jahren nach Vertragsbeendigung vorzusehen, wurden Bedenken gegen eine so kurze Frist geltend gemacht. Für den Anspruch gilt daher die allgemeine Verjährungsfrist von dreißig Jahren (§ 195 BGB).

§ 303 Gläubigerschutz

(1) Endet ein Beherrschungs- oder ein Gewinnabführungsvertrag, so hat der andere Vertragsteil den Gläubigern der Gesellschaft, deren Forderungen begründet worden sind, bevor die Eintragung der Beendigung des Vertrags in das Handelsregister nach § 10 des Handelsgesetzbuchs als bekanntgemacht gilt, Sicherheit zu leisten, wenn sie sich binnen sechs Monaten nach der Be- kanntmachung der Eintragung zu diesem Zweck bei ihm melden. Die Gläu- biger sind in der Bekanntmachung der Eintragung auf dieses Recht hinzu- weisen.

(2) Das Recht, Sicherheitsleistung zu verlangen, steht Gläubigern nicht zu, die im Fall des Konkurses ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer Deckungsmasse haben, die nach gesetzlicher Vorschrift zu ihrem Schutz er- richtet und staatlich überwacht ist.

(3) Statt Sicherheit zu leisten, kann der andere Vertragsteil sich für die Forderung verbürgen. § 349 des Handelsgesetzbuchs über den Ausschluß der Einrede der Vorklage ist nicht anzuwenden.

Anm. 1

Die Vorschrift begründet bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im Falle der Beendigung des Vertrages einen Anspruch der Gläubiger der abhängigen Gesellschaft auf Sicherheitsleistung. Verpflichtet zur Sicherheitsleistung ist nicht die abhängige Gesellschaft, gegen welche die Forderungen der Gläubiger bestehen, sondern der *andere Vertragsteil*. Während des Vertrages sind die Gläubiger gesichert durch die mit beiden Verträgen verbundene Verpflichtung des anderen Vertragsteils, die Jahresfehlbeträge der Gesellschaft auszugleichen (§ 302). Dieser Verlustausgleich verhindert eine Überschuldung der Gesellschaft. Da mit Beendigung des Vertrags die Verpflichtung zu weiterer Verlustübernahme entfällt, bedürfen die Gläubiger der Gesellschaft eines anderen Schutzes, der durch die Sicherheitsleistung gewährt wird.

Keinen Anspruch auf Sicherheitsleistung aus § 303 hat die abhängige Gesellschaft selbst wegen ihrer Forderungen, insbesondere wegen ihres, in diesem Falle stets fälligen Anspruchs auf Verlustausgleich (s. § 302 Anm. 14).

Sicherheit ist nur bei Beendigung des Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages zu leisten. Bei Beendigung eines anderen Unternehmensvertrages besteht eine solche Verpflichtung des anderen Vertragsteiles nicht, auch nicht im Falle des § 302 Abs. 2.

Anm. 2

Nach Abs. 1 Satz 1 ist den Gläubigern der Gesellschaft, deren Forderungen begründet worden sind, bevor die Eintragung der Beendigung des Vertrags in das Handelsregister nach § 10 HGB als bekanntgemacht gilt, von dem anderen Vertragsteil Sicherheit zu leisten, wenn sie sich binnen sechs Monaten nach der Bekanntmachung der Eintragung zu diesem Zwecke melden. Damit ist der Kreis der geschützten Gläubiger umschrieben.

a) Die Forderung muß begründet worden sein, bevor die Eintragung der Beendigung des Vertrags nach § 10 HGB als bekanntgemacht gilt, also vor Ablauf des Tages, in welchem das letzte der die Bekanntmachung enthaltenden Blätter erschienen ist. Der Schutz kommt deshalb auch noch jenen Forderungen zugute, welche erst nach Beendigung des Vertrages, aber vor der Bekanntmachung begründet worden sind. Gläubiger, deren Forderungen erst nach diesem Zeitpunkt begründet werden, werden nicht geschützt. Sie können auch mit dem Hinweis auf § 15 Abs. 2 HGB, nämlich, die Vertragsbeendigung nicht gekannt zu haben und auch nicht haben kennen müssen, nicht Sicherheitsleistung für sich in Anspruch nehmen, da der Kreis der geschützten Gläubiger in Abs. 1 Satz 1 fest umschrieben ist.

b) Über den Begriff Forderung und über die Frage, wann die Forderung begründet ist, s. § 225 Anm. 2 ff.

Anm. 3]

a) Die Gläubiger, welche zu dem gesicherten Kreis gehören, können Sicherheit jedoch nur verlangen, wenn sie sich binnen sechs Monaten nach der Bekanntmachung der Eintragung zu diesem Zwecke bei dem anderen Vertragsteil melden. Sie sind auf dieses Recht in der Bekanntmachung der Eintragung vom Registerrichter hinzuweisen. Durch ein Unterbleiben des Hinweises wird der Beginn und Ablauf der Frist nicht gehemmt. Es liegt jedoch eine Amtspflichtverletzung vor, welche eine Schadensersatzpflicht gemäß § 839 BGB, Art. 34 GG begründet.

b) Die Frist ist eine Ausschlußfrist. Wird sie von einem Gläubiger nicht eingehalten, dann ist sein Recht auf Sicherheitsleistung auch dann verwirkt, wenn der Berechtigte die Anmeldung innerhalb dieser Frist nicht vornehmen konnte oder von ihr keine Kenntnis erlangt hat.

Anm. 4

Die Gläubiger haben einen unmittelbaren und klagbaren Anspruch gegen den anderen Vertragsteil auf Leistung der Sicherheit. Wird von ihm das Bestehen der Forderung bestritten, so kann der Gläubiger auf Sicherheit klagen und er hat in diesem Verfahren das Bestehen seines Anspruchs zu beweisen.

Anm. 5

Im Gegensatz zu den entsprechenden Bestimmungen der §§ 225 Abs. 1, 347 und 374 ist in § 303 die Einschränkung nicht enthalten, daß jene Gläubiger, welche Befriedigung verlangen können, zur Sicherheitsleistung nicht berechtigt sind. Dieses beruht darauf, daß die zu sichernde Forderung sich nicht gegen den anderen Vertragsteil, sondern gegen die Gesellschaft richtet, die Gläubiger aber nicht genötigt werden sollen, die fällige Forderung bei dieser erst einzutreiben.

Anm. 6

Nach Abs. 2 steht das Recht auf Sicherheitsleistung jenen Gläubigern nicht zu, welche im Falle des Konkurses der Gesellschaft ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer Deckungsmasse haben, die nach gesetzlicher Vorschrift zu ihrem Schutz errichtet und staatlich überwacht ist. Dieselbe Vorschrift enthalten die §§ 225 Abs. 1 Satz 3, 347 Abs. 2; es sei auf die Erläuterung hierzu verwiesen.

Anm. 7**Art der Sicherung**

Sie richtet sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, §§ 232 ff. BGB. Der zur Sicherheitsleistung verpflichtete andere Vertragsteil hat hiernach die Wahl, welche der vorgesehenen Sicherheiten er leisten will (Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren, Verpfändung beweglicher Sachen, Bestellung von Hypotheken usw.).

a) Nach Abs. 3 kann jedoch der sicherungspflichtige andere Vertragsteil statt einer Sicherheit in der genannten Art zu gewähren, sich für die Forderung *verbürgen*. Diese Möglichkeit steht nach dem Gesetz dem zur Sicherheitsleistung verpflichteten anderen Vertragsteil zu Gebote, nicht aber hat der Gläubiger die Möglichkeit, die Übernahme der Bürgschaft zu verlangen.

b) Die Bürgschaft ersetzt die Sicherheitsleistung nur dann, wenn der andere Vertragsteil sie selbst übernimmt. Es genügt also nicht die Bürgschaft einer Tochtergesellschaft oder der Hausbank des anderen Vertragsteils.

c) Auf die Bürgschaft kommen die §§ 765 ff. BGB zur Anwendung. Die Bürgschaft ist hiernach ein *Vertrag* zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger. In Godin-Wilhelmi § 303 Anm. 3 ist gesagt, daß der Vertragspartner stets dann, wenn er die Sicherheitsleistung nach den §§ 232 ff. BGB nicht stellen will, eine Erklärung dahin abgeben könne, daß er die Sicherheitsleistung durch Bürgschaft stelle. Sollte damit gesagt sein, daß die einseitige Erklärung der Bürgschaftsübernahme genüge, so wäre das nicht zutreffend. Durch Abs. 3 Satz 1 wird dieses, daß die Bürgschaft ein Vertrag ist, nicht berührt; die Vorschrift begründet auch keinen Kontrahierungszwang für den Gläubiger; sie sagt lediglich, daß die Bürgschaft statt der Sicherheitsleistung zugelassen ist. Die Gläubiger sind daher berechtigt, die angebotene Bürgschaft abzulehnen, da sie die schwächste Sicherung bietet.

d) Die Bürgschaftserklärung des anderen Vertragsteils bedarf keiner Form. Als Kaufmann im Sinne des Handelsrechts ist der sich verbürgende Vertragspartner gemäß § 350 HGB dem Formzwang des § 177 BGB nicht unterworfen.

e) Nach Abs. 3 Satz 2 findet § 349 HGB keine Anwendung; die Bürgschaft ist mithin eine selbstschuldnerische. Diese Regelung beruht darauf, daß der andere Vertragsteil während des Bestehens des Unternehmensvertrages lediglich den Jahresfehlbetrag der

Gesellschaft auszugleichen hat. Er soll daher auch nach Vertragsbeendigung nur für einen Fehlbetrag aufkommen, den das haftende Gesellschaftsvermögen gegenüber dem Schuldenstand aufweist.

Der sich verbürgende Vertragsteil braucht daher erst dann an den Gläubiger zu leisten, wenn eine von diesen angestrebte Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft ohne Erfolge geblieben ist, oder wenn die Voraussetzungen des § 773 BGB vorliegen.

Übergangsbestimmung

Nach § 22 EG AktG sind auch Unternehmensverträge, die vor Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen wurden, nach den neuen Vorschriften zu behandeln; für sie gelten daher auch die §§ 300 bis 303.

Vierter Abschnitt

Sicherung der außenstehenden Aktionäre bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen

Schrifttum

Albach, Probleme der Ausgleichszahlung und der Abfindung bei Gewinnabführungsverträgen AG 66, 180ff.; *Badelin*, Der konzernrechtliche Minderheitsschutz (Diss. Münster 1968); *Brauk-siepe*, Der außenstehende Aktionär bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen, BB 66, 144ff.; *Busse v. Colbe*, Zur Maßgeblichkeit des Börsenkurses für die Abfindung der bei einer Umwandlung ausscheidenden Aktionäre, AG 64, Heft 10 (Sonderdruck); *Flume*, Abfindung der sog. außenstehenden Aktionäre bei Abschluß eines Beherrschungsvertrages, DB 69, 1047; *Klinger*, Zur Frage des Kapitalisierungszinsfußes bei der Ertragswertberechnung von Unternehmungen, DB 61, 1137, 1172; *Kolbe*, Ermittlung von Gesamtwert und Geschäftswert der Unternehmung (2. Aufl. 1959); *Koppenberg*, Bewertung von Unternehmen (1964); *Kretschmer*, Angemessene Abfindung und angemessener Ausgleich im Aktienrecht, WPg 1969, 248; *Kropff*, Rechtsfragen der Abfindung außenstehender Gesellschafter, DB 62, 155; *derselbe*, Wertpapier 69, 5ff.; *Koppensteiner*, Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht (1971); *Luchterhandt*, Deutsches Konzernrecht bei grenzüberschreitenden Konzernverbindungen (1971); *Meyer-Landrut-Müller*, Wie lange bleibt man außenstehender Aktionär?, DB 69, 1391ff.; *Obermüller-Werner-Winden*, Aktiengesetz (1965); *Sieben*, Der Anspruch auf angemessene Abfindung nach § 12 UmwG, AG 66, 6ff.; *Tiling*, Abfindung außenstehender Aktionäre, AG 69, 63; *Warncke*, Zur Frage der Ermittlung der außenstehenden Aktionäre zu gewährenden angemessenen Abfindung, WPg 64, Sonderdruck für Adler; *Wilhelmi*, Das neue Aktiengesetz, BB 65, 277; *Zartmann*, AG 64, 87ff.; 118ff.; *Institut der Wirtschaftsprüfer, Arbeitskreis*, Unternehmensbewertung, angemessene Abfindung und angemessener Ausgleich im Aktienrecht, WPg 1969, 129ff.

Vorbemerkung

Sowohl der Beherrschungsvertrag als auch der Gewinnabführungsvertrag machen eine Sicherung der außenstehenden Aktionäre der beherrschten bzw. gewinnabführenden Gesellschaft erforderlich. Nur auf Grund dieser Sicherungen ist es dem Gesetzgeber möglich, diese Verträge rechtlich anzuerkennen.

Durch den *Beherrschungsvertrag* unterstellt die Gesellschaft ihre Leitung einem anderen Unternehmen, welches dadurch die Zuständigkeit und Befugnis erlangt, die sich unterwerfende Gesellschaft, ihr Unternehmen und ihr Vermögen seinen eigenen Interessen dienstbar zu machen, selbst wenn dies mit Nachteilen für die Gesellschaft verbunden ist. Die abhängige Gesellschaft kann von dem herrschenden Unternehmen so geführt werden, daß sie keinen angemessenen Gewinn erzielt. Solches kann der Gesetzgeber nur zulassen, wenn er gleichzeitig dafür sorgt, daß die außenstehenden Aktionäre der unterworfenen Gesellschaft von Benachteiligungen derselben durch das herrschende Unternehmen nicht betroffen werden. Dazu reicht der durch die §§ 300 bis 302 gewährleistete

Schutz der Gesellschaft nicht aus. Er sichert lediglich die Erhaltung der bilanzmäßigen *Vermögenssubstanz* der Gesellschaft, für die außenstehenden Aktionäre also nur den Substanzwert ihrer Beteiligung. Erforderlich ist darüber hinaus ein Ausgleich hinsichtlich der *Rendite* der Beteiligungen.

Indem das herrschende Unternehmen die Gesellschaft seinen Interessen unterordnet, nutzt es auch die von den außenstehenden Aktionären geleisteten Einlagen zu seinem Vorteil. Dieses ist ein dem Eingriffserwerb (§ 687 Abs. 2 BGB) verwandter Sachverhalt. Die Rechtsanalogie gebietet es, die außenstehenden Aktionäre auch an den Vorteilen zu beteiligen, welche das herrschende Unternehmen aus der Nutzung dieser Einlagen erlangt. Durch die Verpflichtung des herrschenden Unternehmens zur Gewährung eines Ausgleichs (§ 304) kommt das Gesetz diesem Ergebnis nahe.

Gleiches gilt für den *Gewinnabführungsvertrag* und den ihm gleichgestellten *Geschäftsbesorgungsvertrag* (§ 291 Abs. 1 Satz 2). Indem das in aller Regel als Großaktionär beteiligte Unternehmen die Gesellschaft veranlaßt, ihr Unternehmen nicht mehr für Rechnung aller Aktionäre zu betreiben, sondern ausschließlich für Rechnung des herrschenden Unternehmens, welches den gesamten Gewinn der Gesellschaft übernimmt, entzieht es den außenstehenden Aktionären jegliche Dividende. Auch hier ist es erforderlich, ihnen einen angemessenen Ausgleich zu gewähren.

Bei beiden Verträgen ist ferner jenen außenstehenden Aktionären, welche nicht mehr in der Gesellschaft verbleiben wollen, die Möglichkeit zu eröffnen, aus der Gesellschaft auszuschcheiden, sei es gegen Barabfindung oder gegen Aktientausch, durch welchen sie in die herrschende Gesellschaft überwechseln (§ 305).

Da das herrschende Unternehmen als Großaktionär in der Lage ist, in der HV der abhängigen Gesellschaft, welche zum Abschluß des Vertrages ihre Zustimmung zu erklären hat (§ 293 Abs. 1), sein Stimmrecht auszuüben, bei entsprechend großer Beteiligung also die Zustimmungserklärung der abhängigen Gesellschaft zu erzwingen, mußten die erforderlichen Garantien im Gesetz zwingend vorgeschrieben und ihre Angemessenheit der gerichtlichen Überprüfung unterworfen werden.

Führt die gerichtliche Festsetzung der Garantien zu einer untragbaren Belastung für das herrschende Unternehmen, so muß dieses die Möglichkeit haben, sich von dem Vertrag zu lösen (§§ 304 Abs. 5, 305 Abs. 5 Satz 4).

Andererseits bleibt es dem herrschenden Unternehmen unbenommen, zusätzliche Garantien zu gewähren, etwa um die außenstehenden Aktionäre zum Verbleib in der Gesellschaft zu bewegen und eine Barabfindung derselben zu vermeiden.

§ 304 Angemessener Ausgleich

(1) Ein Gewinnabführungsvertrag muß einen angemessenen Ausgleich für die außenstehenden Aktionäre durch eine auf die Aktiennennbeträge bezogene wiederkehrende Geldleistung (Ausgleichszahlung) vorsehen. Ein Beherrschungsvertrag muß, wenn die Gesellschaft nicht auch zur Abführung ihres ganzen Gewinns verpflichtet ist, den außenstehenden Aktionären als angemessenen Ausgleich einen bestimmten jährlichen Gewinnanteil nach der für die Ausgleichszahlung bestimmten Höhe garantieren. Von der Bestimmung eines angemessenen Ausgleichs kann nur abgesehen werden, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Beschlußfassung ihrer Hauptversammlung über den Vertrag keinen außenstehenden Aktionär hat.

(2) Als Ausgleichszahlung ist mindestens die jährliche Zahlung des Betrags zuzusichern, der nach der bisherigen Ertragslage der Gesellschaft und ihren künftigen Ertragsaussichten unter Berücksichtigung angemessener Abschreibungen und Wertberichtigungen, jedoch ohne Bildung freier Rücklagen, voraussichtlich als durchschnittlicher Gewinnanteil auf die einzelne

Aktie verteilt werden könnte. Ist der andere Vertragsteil eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, so kann als Ausgleichszahlung auch die Zahlung des Betrags zugesichert werden, der auf Aktien der anderen Gesellschaft mit mindestens dem entsprechenden Nennbetrag jeweils als Gewinnanteil entfällt. Der entsprechende Nennbetrag bestimmt sich nach dem Verhältnis, in dem bei einer Verschmelzung auf eine Aktie der Gesellschaft Aktien der anderen Gesellschaft zu gewähren wären.

(3) Ein Vertrag, der entgegen Absatz 1 überhaupt keinen Ausgleich vorsieht, ist nichtig. Die Anfechtung des Beschlusses, durch den die Hauptversammlung der Gesellschaft dem Vertrag oder einer unter § 295 Abs. 2 fallenden Änderung des Vertrags zugestimmt hat, kann nicht auf § 243 Abs. 2 oder darauf gestützt werden, daß der im Vertrag bestimmte Ausgleich nicht angemessen ist. Ist der im Vertrag bestimmte Ausgleich nicht angemessen, so hat das in § 306 bestimmte Gericht auf Antrag den vertraglich geschuldeten Ausgleich zu bestimmen, wobei es, wenn der Vertrag einen nach Absatz 2 Satz 2 berechneten Ausgleich vorsieht, den Ausgleich nach dieser Vorschrift zu bestimmen hat.

(4) Antragsberechtigt ist jeder außenstehende Aktionär. Der Antrag kann nur binnen zwei Monaten seit dem Tage gestellt werden, an dem die Eintragung des Bestehens oder einer unter § 295 Abs. 2 fallenden Änderung des Vertrags im Handelsregister nach § 10 des Handelsgesetzbuchs als bekanntgemacht gilt.

(5) Bestimmt das Gericht den Ausgleich, so kann der andere Vertragsteil den Vertrag binnen zwei Monaten nach Rechtskraft der Entscheidung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen.

Übersicht

	Ann.		Ann.
I. Voraussetzung des Ausgleichs	1, 2	VIII. Einfluß von Kapitalveränderungen auf den Ausgleich	
II. Kreis der zu sichernden Aktionäre		1. Kapitalerhöhung der herrschenden Gesellschaft	19, 20
1. Begriff „außenstehender Aktionär“	3—5	2. Kapitalherabsetzung der herrschenden Gesellschaft	21
2. Rechtsnachfolger	6	3. Kapitalerhöhung der abhängigen Gesellschaft	22
3. Gewinnschuldverschreibungen, Genußrechte	7	4. Kapitalherabsetzung der abhängigen Gesellschaft	23
III. Die Art des Ausgleichs		IX. Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse	24
1. Bei Gewinnabführungsvertrag	8	X. Fehlen des Ausgleichs	25
2. Bei Beherrschungsvertrag	9	XI. Unangemessenheit des Ausgleichs	
IV. Die Höhe des Ausgleichs		1. Wann liegt sie vor?	26
1. Angemessenheit als Mindestanfordernis	10	2. Keine Anfechtbarkeit des Beschlusses	27
2. Angemessenheit des festen Ausgleichs	11, 12	XII. Festsetzung durch das Gericht	
3. Angemessenheit des variablen Ausgleichs	13	1. Bei fester Bemessung	28, 29
V. Wirkung von Gewinnzuweisung in freie Rücklage auf die Dividendengarantie		2. Bei variabler Bemessung	30
1. Bei der Dividendenergänzungs-garantie	14	3. Antragsberechtigte	31
2. Beim variablen Ausgleich	15	4. Absolute Rechtskraft	32
VI. Fälligkeit des Ausgleichs	16	5. Rückwirkung der Entscheidung	33, 34
VII. Schuldner des Ausgleichs		6. Gerichtliche Festsetzung bei Vertragsänderung	35
1. Der andere Vertragsteil	17	7. Kündigung des anderen Vertragsteils	36
2. Die Gesellschaft selbst	18		

I. Voraussetzung des Ausgleichs**Anm. 1**

Die Verpflichtung zur Gewährung eines Ausgleichs ist nur mit dem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag verbunden. Schon früher wurde in den steuerlichen Organschaftsverträgen von dem Organträger eine Dividendengarantie an die Aktionäre der Organgesellschaft zugesagt. Durch § 304 wird diese Verpflichtung nunmehr für beide Vertragsarten vorgeschrieben und zugleich die Art und Mindesthöhe des angemessenen Ausgleichs bestimmt.

Keine Ausgleichspflicht besteht bei den anderen in § 292 aufgezählten Unternehmensverträgen, insbesondere nicht beim *Teilgewinnabführungsvertrag*. Auf ihn findet auch eine analoge Anwendung des § 304 nicht statt (a. A. Brauksiepe BB 66, 145); gewinnbeteiligte Arbeitnehmer (s. § 292 Anm. 13) können nicht etwa ausgleichspflichtig werden.

Auch bei der *Verpachtung* oder *Betriebsüberlassung* ist eine Ausgleichspflicht nicht vorgeschrieben. Häufig wird jedoch bei Verpachtung des Unternehmens durch die abhängige Gesellschaft von der herrschenden Gesellschaft eine Dividendengarantie als Gegenleistung gewährt (s. darüber § 302 Anm. 11 sub a).

Anm. 2

Die Verpflichtung zum Ausgleich entfällt beim Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, wenn die beherrschte Gesellschaft im Zeitpunkt der Beschlussfassung ihrer HV über den Vertrag keinen außenstehenden Aktionär hat (§ 304 Abs. 1 Satz 3).

Dieses trifft nicht nur bei der *Einmanngesellschaft* zu, bei welcher der andere Vertragsteil alle Aktien derselben in seiner Hand vereinigt, sondern auch in jenen Fällen, in denen neben dem anderen Vertragsteil noch weitere Aktionäre an der Gesellschaft beteiligt sind, welche jedoch nicht zu dem Kreis der außenstehenden Aktionäre gehören.

Über die Nutzlosigkeit einer vorsorglichen Regelung zugunsten künftig hinzutretender außenstehender Aktionäre s. § 307 Anm. 3.

II. Der Kreis der zu sichernden Aktionäre**Anm. 3****1. Begriff „außenstehender Aktionär“**

Anspruch auf Ausgleich haben die *außenstehenden* Aktionäre der beherrschten oder gewinnabführenden Gesellschaft. Grundsätzlich sind außenstehende Aktionäre alle im Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Vertrags an der abhängigen Gesellschaft beteiligten Aktionäre mit Ausnahme des regelmäßig als Großaktionäre an der Gesellschaft beteiligten anderen Vertragsteils. Mit dem anderen Vertragsteil können noch andere Gesellschaften verbunden sein, welche ebenfalls Aktien der abhängigen Gesellschaft besitzen, deren Vermögen jedoch wirtschaftlich mit dem Vermögen des anderen Vertragsteils eine Einheit bildet oder deren Erträge dem anderen Vertragsteil zufließen oder welche umgekehrt die Erträge des anderen Vertragsteils übernehmen. In der Amtl. Begr. zu § 295 (Kropff S. 385) ist gesagt: „Nicht außenstehende Aktionäre sind daher auch Aktionäre, die mit dem anderen Vertragsteil unmittelbar oder mittelbar durch den Besitz aller Anteile oder durch einen Gewinnabführungs- oder Beherrschungsvertrag verbunden sind. Das gleiche gilt, wenn die Gesellschaft ihre vertraglichen Leistungen statt an den anderen Vertragsteil an einen Dritten zu erbringen hat, für den Dritten und die mit ihm in der erwähnten Weise verbundenen Aktionäre.“ Der für die Abgrenzung des Kreises der außenstehenden Aktionäre maßgebende Gesichtspunkt ist folgender: Durch den Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag werden *alle* an der unterworfenen Gesellschaft bestehenden Beteiligungen beeinträchtigt, auch jene des anderen Vertragsteils selbst. Dem anderen Vertragsteil kommt jedoch als Äquivalent der wirtschaftliche Vorteil des Vertrags zugute. Die gesetzlichen Garantien des Aus-

gleichs und der Abfindung verbinden sich daher nur mit jenen Aktien der vertragsunterworfenen Gesellschaft zu, denen nicht zugleich, sei es unmittelbar oder mittelbar, auch der *wirtschaftliche Vorteil* des Vertrags zufällt. Andererseits: Selbst wenn Aktien an dem wirtschaftlichen Vorteil des Vertrags nicht partizipieren, stehen ihnen die Garantien dann nicht zu, wenn die Beeinträchtigung derselben *ausschließlich*, sei es auch nur mittelbar, das herrschende Unternehmen *allein* trifft (s. dazu Anm. 5).

Steht das herrschende Unternehmen im Besitz einer Obergesellschaft, welche auch an der vertragsunterworfenen Enkelgesellschaft beteiligt ist, dann ist die Obergesellschaft nicht außenstehender Aktionär derselben, da ihr mittelbar auch die Vorteile des Vertrages zufließen, an welchen alsdann auch die Gesellschafter der Obergesellschaft partizipieren.

Ist an der vertragsunterworfenen Gesellschaft neben dem herrschenden Unternehmen auch eine Tochtergesellschaft desselben beteiligt, dann ist auch diese Tochtergesellschaft dann nicht außenstehende Aktionärin der vertragsgebundenen Gesellschaft, wenn auch sie mit dem herrschenden Unternehmen durch einen Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag verbunden ist. Zwar kommt hier der Tochtergesellschaft der Vorteil jenes Vertrages, den das herrschende Unternehmen mit der anderen Gesellschaft geschlossen hat, nicht zugute. Die Beeinträchtigung ihrer Beteiligung durch diesen Vertrag aber trifft hier auf Grund ihrer eigenen Vertragsunterworfenheit ausschließlich das herrschende Unternehmen, weil die an der Tochtergesellschaft sonst noch beteiligten außenstehenden Aktionäre durch ihre dort erhaltenen Garantien entschädigt sind.

Dasselbe gilt, wenn die Tochtergesellschaft sich im *Alleinbesitz* des herrschenden Unternehmens befindet; auch hier wird von der Beeinträchtigung ihrer Beteiligung nur das herrschende Unternehmen betroffen.

Anders hingegen, wenn an der Tochtergesellschaft außer dem herrschenden Unternehmen noch Minderheitsaktionäre beteiligt sind. Sie nämlich werden von der Entwertung der zum Gesellschaftsvermögen der Tochtergesellschaft gehörenden Aktien mittelbar betroffen. Daher ist hier die Tochtergesellschaft des herrschenden Unternehmens außenstehende Aktionärin der vertragsunterworfenen Gesellschaft. Soweit das herrschende Unternehmen an dem dieser Gesellschaft zukommenden Ausgleich mittelbar selbst partizipiert, ist das ohne Belang, weil es den Ausgleich auch selbst zahlt.

Andererseits wird in diesem Falle die Tochtergesellschaft bei den in den §§ 295—297 vorgesehenen Sonderbeschlüssen der außenstehenden Aktionäre analog § 136 Abs. 2 das Stimmrecht nicht ausüben dürfen, weil ansonsten das herrschende Unternehmen in der Lage wäre, über ihre Tochtergesellschaft das Beschlußergebnis zu beeinflussen (s. § 295 Anm. 5).

Anm. 4

Private Aktionäre der gewinnabführenden Gesellschaft hören nicht dadurch auf, außenstehende Aktionäre derselben zu sein, daß sie zugleich Aktien der gewinnübernehmenden Gesellschaft besitzen. Ihnen fällt dadurch nicht etwa eine doppelte Dividende zu, denn der an die Aktionäre der gewinnübernehmenden Gesellschaft verteilbare Gewinn wird durch die Dividendengarantie verkürzt, möglicherweise sogar konsumiert.

Wenn die gewinnübernehmende Gesellschaft sich jedoch im Alleinbesitz des auch an der gewinnabführenden Gesellschaft beteiligten Aktionärs befindet, ist dieser Aktionär nicht außenstehender Aktionär, da der Vorteil des Gewinnabführungsvertrags ihm zufällt.

Anm. 5

Das Recht auf Ausgleich und Abfindung verbindet sich ipso jure mit jenen bei Inkrafttreten des Vertrags ausgegebenen Aktien, welche und solange sie zu dem in Anm. 3 umschriebenen Kreis der begünstigten Aktien gehören. Wird nicht Abfindung gewählt, bleibt das Recht auf Ausgleich während der Vertragsdauer erhalten. Die Eigentümer dieser Aktien bilden die außenstehenden Aktionäre (s. § 295 Anm. 5).

Veräußert ein außenstehender Aktionär seine Aktien während des gerichtlichen Verfahrens zur Feststellung des Ausgleichs oder der Abfindung, so ist mit der Aktie auch der Anspruch auf Ausgleich oder Abfindung übertragen worden da der Anspruch nicht der Person zugesagt ist, sondern sich untrennbar mit der Aktie verbindet und dadurch dem Aktionär zusteht.

Anm. 6**2. Rechtsnachfolger**

Hat ein außenstehender Aktionär sich für den Verbleib in der Gesellschaft gegen Empfang der Ausgleichszahlung entschieden, dann ist sein Rechtsnachfolger daran gebunden. Er übernimmt die Aktie in jener rechtlichen Position, wie der Vorgänger sie herbeigeführt hat. Mit der Aktie erlangt er den Anspruch auf Ausgleich, welcher mit ihr verbunden ist. (Anm. 5).

Anm. 7**3. Gewinnschuldverschreibungen, Genußrechte**

Keinen Schutz enthält das Gesetz für die Inhaber von *Gewinnschuldverschreibungen* oder von *Genußrechten*. Über ihre Rechte s. § 291 Anm. 48.

III. Die Art des Ausgleichs**Anm. 8****1. Bei Gewinnabführungsvertrag**

Durch den *Gewinnabführungsvertrag*, mag er mit einem Beherrschungsvertrag verbunden sein oder allein bestehen, kann bei der gewinnabführenden Gesellschaft ein verteilter Gewinn nicht mehr entstehen.

a) Grundsätzlich muß deshalb der Vertrag für die außenstehenden Aktionäre als Ausgleichszahlung eine auf die Aktiennennbeträge bezogene wiederkehrende Geldleistung (*Dividendengarantie*) vorsehen, welche gleich einer Verzinsung der Aktien fest bemessen ist, z. B. X DM pro 50 DM Nennbetrag oder X% pro Nennbetrag.

b) Ist das gewinnübernehmende Unternehmen selbst eine AG oder KoAG, so kann die Dividendengarantie von deren Gewinn abhängig gemacht werden, also variabel sein, Abs. 2 Satz 2 (Anm. 15).

Anm. 9**2. Bei Beherrschungsvertrag**

Für den *Beherrschungsvertrag*, der nicht mit einem Gewinnabführungsvertrag verbunden ist, gilt nach Abs. 1 Satz 2 folgendes.

a) Da bei diesem Vertrag eine Gewinnerzielung der abhängigen Gesellschaft nicht ausgeschlossen ist, ist ein Ausgleich erforderlich, bei welchem dem Umstand Rechnung getragen wird, daß die beherrschte Gesellschaft möglicherweise selbst Gewinn erzielt und ihn ausschüttet. Den außenstehenden Aktionären ist daher die Auszahlung eines festen, auf den Nennbetrag ihrer Aktien bezogenen jährlichen *Gewinnanteils* zu garantieren (*Dividendenergänzungsgarantie*), z. B. 6% je Nennbetrag der Aktie.

Schüttet die beherrschte Gesellschaft eigenen Gewinn aus, der die garantierte Quote erreicht oder übersteigt, dann wirkt die Garantie sich nicht aus; anders, wenn die Gesellschaft keinen oder keinen der Garantie entsprechenden Gewinn erzielt; alsdann wird der Fehlbetrag durch die Garantie gedeckt.

b) Es ist jedoch auch hier zulässig, statt der Dividendenergänzungsgarantie eine vom Gewinn des herrschenden Unternehmens abhängige variable Zahlung vorzusehen, wenn das herrschende Unternehmen eine AG oder KoAG ist (Abs. 2 Satz 2; Anm. 15).

IV. Die Höhe des Ausgleichs, Abs. 2

Anm. 10

1. Angemessenheit als Mindestanforderung

Nach Abs. 1 Satz 1 muß der Ausgleich *angemessen* sein. Das gilt sowohl für den als feste Dividende (Anm. 8) oder Dividendenergänzungsgarantie (Anm. 9) zugesagten Ausgleich als auch für den variablen Ausgleich, der unter der Voraussetzung zulässig ist, daß das herrschende bzw. gewinnübernehmende Unternehmen eine AG oder KoAG ist.

Was bei beiden Arten des Ausgleichs unter Angemessenheit zu verstehen ist, wird in Abs. 2 bestimmt (Anm. 11, 13). Die dort aufgestellten Erfordernisse sind *Mindestanforderungen*. Es steht dem herrschenden Unternehmen frei, neben der gesetzlich vorgeschriebenen Art des Ausgleichs noch weitere Vorteile beliebiger Art anzubieten. Es kann z. B., um die außenstehenden Aktionäre von der Wahl der Abfindung abzuhalten und sie zum Empfang des Ausgleichs zu bewegen, die Dividendengarantie über das gesetzlich erforderliche Maß erhöhen oder neben der Garantie noch Vorteile anderer Art bieten.

Andererseits ist die gesetzlich vorgeschriebene Art des Ausgleichs als Mindestanforderung zwingend; sie kann nicht durch Angebote anderer Art ersetzt werden.

Anm. 11

2. Angemessenheit des festen Ausgleichs

Die garantierte feste Quote ist nach Abs. 2 Satz 1 *angemessen*, wenn der hierauf entfallende Betrag mindestens jenem Betrag entspricht, der nach der bisherigen Ertragslage der Gesellschaft und ihrer künftigen Ertragsaussichten unter Berücksichtigung angemessener Abschreibungen und Wertberichtigungen, jedoch ohne Bildung freier Rücklagen, voraussichtlich als durchschnittlicher Gewinnanteil auf die einzelne Stamm- oder Vorzugsaktie verteilt werden könnte. Darin ist folgendes enthalten:

a) Das Gesetz spricht von der zu ermittelnden *Ertragslage* der Gesellschaft, nicht von dem Ergebnis der Jahresabschlüsse der letzten Jahre. Wiewohl der Jahresabschluß die Ertragslage sichtbar macht, können Korrekturen aus verschiedenen Gründen erforderlich sein.

Unerheblich ist die Ertragslage des anderen Vertragsteils.

b) Maßgebend ist zunächst die *bisherige* Ertragslage der Gesellschaft und zwar der Gesellschaft in ihrer bestehenden wirtschaftlichen und organisatorischen Situation. Da der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag in aller Regel nur zustandekommt, wenn der andere Vertragsteil die Gesellschaft bereits beherrscht, ist es denkbar, daß die bisherige Ertragslage durch das herrschende Unternehmen negativ beeinflusst worden ist. Solchenfalls würde das herrschende Unternehmen gemäß § 311 zur Kompensation verpflichtet sein, was alsdann bei der Bemessung des Ausgleichs zu berücksichtigen wäre.

c) Wieviele zurückliegende Geschäftsjahre bei Ermittlung der durchschnittlichen Ertragslage zu berücksichtigen sind, hängt davon ab, ob die Ertragslage eine relativ stabile war oder ob sie konjunkturbedingt stärker schwankt. Die Lage eines Kaufhauses mit raschem Warenumsatz ist eine andere als die einer Werft oder beim Großmaschinenbau.

d) Bei Ermittlung der Ertragslage sind angemessene Abschreibungen und Wertberichtigungen und die Einstellungen in die gesetzliche Rücklage zu berücksichtigen. Für die Angemessenheit derselben ist § 154 maßgebend.

e) Möglich ist, daß im Gesellschaftsvermögen in größerem Umfang stille Reserven stecken. Liegen sie im Umlaufvermögen — z. B. bei Wohnungsbaugesellschaften in Grundstücken —, so daß sie sich bei Veräußerung als Gewinne niederschlagen, die alsdann abzuführen wären (§ 301 Anm. 7), so ist ihre Berücksichtigung bei der Ertragslage geboten.

f) Die in den zurückliegenden Jahren in freie Rücklagen eingestellten Beträge sind thesaurierter Gewinn; er bleibt den außenstehenden Aktionären während der Vertragsdauer erhalten (§ 301 Anm. 5; § 302 Anm. 4). Sie sind jedoch bei der Ermittlung der Ertragslage zu berücksichtigen, während künftige Einstellungen in freie Rücklage während der Vertragsdauer unberücksichtigt bleiben, da sie gemäß § 301 wieder aufgelöst und als Gewinn abgeführt werden oder nach § 302 zur Verlustdeckung herangezogen werden können.

g) Zu berücksichtigen sind sodann die *künftigen* Ertragsaussichten. Ihre Schätzung wird vielfach Schwierigkeiten bereiten. Kostensteigerungen durch Lohnerhöhungen, ferner Schwankungen der Konjunktur und die Risiken exportintensiver Unternehmen sind schwer überschaubar. Andererseits kann kostspielige Forschung in der zurückliegenden Zeit die Ertragslage geschmälert haben, während das Forschungsergebnis sich vielleicht nach Abschluß des Gewinnabführungsvertrages ertragsteigernd bewährt (s. Anm. 24).

Durch das Gebot, auch die künftigen Ertragsaussichten zu berücksichtigen, wird das in § 153 Abs. 3 statuierte Verbot der Aktivierung von Forschungskosten bei der Bemessung der Dividendengarantie kompensiert.

Zu beachten sind ferner die mit Sicherheit zu erwartenden Auswirkungen vollzogener Rationalisierungsmaßnahmen.

Auch bei Abschätzung der künftigen Ertragslage sind angemessene Abschreibungen und Wertberichtigungen, nicht aber die Bildung freier Rücklagen zu berücksichtigen.

Anm. 12

Bei fester Bemessung der Garantie kann der Unterschied zwischen gewöhnlichen Aktien und Vorzugsaktien der abhängigen Gesellschaft entfallen, wenn der Vorzug darin besteht, daß auf letztere bei der Auszahlung eine bestimmte Quote des Nennbetrages vorzugsweise entfällt, sofern die Vorzugsquote die garantierte Quote nicht übersteigt; denn der Vorzug würde sich nur dann bewähren, wenn durch die vorzugsweise Ausschüttung auf die Vorzugsaktien der verteilbare Gewinn sich erschöpfen würde. Da aber alle Aktionäre den Ausgleich entsprechend dem Nennbetrag ihrer Aktien erhalten, wirkt der Vorzug sich nicht mehr aus.

Sollte jedoch die garantierte Quote geringer sein als die Quote, mit welcher die Vorzugsaktien ausgestattet sind, so wäre dieses auch bei der Bemessung der Garantie zu berücksichtigen (s. § 306 Anm. 3 u. 6).

Auf keinen Fall können die Vorzugsaktionäre mit der Begründung, daß durch die Bemessung der Quote das bisherige Verhältnis der Vorzugsaktien zu den gewöhnlichen Aktien zum Nachteil der ersteren geändert werde, in der HV, welche gemäß § 293 Abs. 1 über den Vertrag zu beschließen hat, getrennte Abstimmung nach § 179 Abs. 3 verlangen; denn nach § 293 Abs. 1 Satz 3 sind die Vorschriften über die Satzungsänderung nicht anzuwenden. Es bleibt jedoch den Vorzugsaktionären die Möglichkeit, die Festsetzung des Ausgleichs, falls er ihnen gegenüber unangemessen ist, durch das Gericht zu verlangen (Anm. 31).

Anm. 13

3. Angemessenheit bei variabler Bemessung

Die *veränderliche* Bemessung des Ausgleichsbetrages ist nach Abs. 2 Satz 2 nur zulässig, wenn der andere Vertragsteil eine AG oder KoAG ist. Nicht vorausgesetzt ist, daß der andere Vertragsteil seinerseits unabhängig sei (s. Anm. 15). Das Gesetz verlangt auch nicht, daß die herrschende AG ihren Sitz im Inland haben müsse (s. dazu jedoch Koppensteiner, Internationale Unternehmen S. 312).

Der Ausgleich besteht darin, daß die Zahlung jenes Betrages zugesichert wird, der auf Aktien mit mindestens dem entsprechenden Nennbetrag jeweils als Gewinn entfällt. Unter „entsprechendem Nennbetrag“ ist jenes Verhältnis zu verstehen, in welchem bei einer Verschmelzung der abhängigen Gesellschaft mit der herrschenden auf eine Aktie der Gesellschaft Aktien der anderen Gesellschaft zu gewähren wären