

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

---

Band 202

# Die vertragliche Beteiligung Dritter am Gewinn der GmbH

Von

Benedikt Mack



Duncker & Humblot · Berlin

BENEDIKT MACK

Die vertragliche Beteiligung Dritter am Gewinn der GmbH

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg  
Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg  
Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 202

# Die vertragliche Beteiligung Dritter am Gewinn der GmbH

Von

Benedikt Mack



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Augsburg hat diese Arbeit  
im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D384

Alle Rechte vorbehalten

© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+p GmbH, Rimpau

Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach

Printed in Germany

ISSN 1614-7626

ISBN 978-3-428-18590-0 (Print)

ISBN 978-3-428-58590-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## **Vorwort**

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis einschließlich Januar 2022 berücksichtigt.

Der erste Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Michael Kort, für die vertrauensvolle Betreuung der Arbeit, seine wertvollen Anregungen und die rasche Erstellung des Erstgutachtens. Frau Prof. Dr. Martina Benecke danke ich für die schnelle Anfertigung des Zweitgutachtens.

Aus meinem privaten Umfeld danke ich meiner lieben Frau Manuela. Da die Arbeit in weiten Teilen berufsbegleitend entstanden ist, hat sie an vielen Wochenenden auf mich verzichtet und mir dennoch in jeder erdenklichen Hinsicht Rückhalt bei diesem Projekt gegeben. Schließlich danke ich meinen Eltern für die stets bedingungslose Unterstützung meines Lebens- und Ausbildungswegs.

Gewidmet ist die Arbeit meiner Tochter Antonia, die nahezu zeitgleich mit der Fertigstellung des Manuskripts das Licht der Welt erblickt hat.

München, im Februar 2022

*Benedikt Mack*



# **Inhaltsverzeichnis**

<b>Einleitung</b> .....	19
A. Einführung in die Thematik und Ziel der Untersuchung .....	19
B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands .....	21
C. Gang der Untersuchung .....	22
<i>1. Kapitel</i>	
<b>Grundlagen einer vertraglichen Gewinnbeteiligung</b>	23
A. Die Unterscheidung der mitgliedschaftlichen von der vertraglichen Gewinnbeteiligung .....	23
I. Die Grundlagen der mitgliedschaftlichen Gewinnbeteiligung eines GmbH-Gesellschafters .....	23
II. Die Untrennbarkeit der mitgliedschaftlichen Gewinnbeteiligung von der Mitgliedschaft .....	24
III. Die Nachbildung von mitgliedschaftlichen Vermögensrechten durch Vertrag .....	24
B. Typische Einsatzfelder einer vertraglichen Gewinnbeteiligung in der Praxis .....	25
I. Die vertragliche Gewinnbeteiligung als Teil einer mittelbaren Unternehmensbeteiligung .....	25
II. Die vertragliche Gewinnbeteiligung als Bestandteil von mezzaninen Finanzierungsinstrumenten .....	26
III. Die vertragliche Gewinnbeteiligung von Mitarbeitern .....	29
C. Inhalte von Gewinnbeteiligungsverträgen .....	30
I. Mögliche Bemessungsgrundlagen für die Gewinnbeteiligung .....	30
1. Kein einheitlicher Gewinnbegriff .....	30
2. Am Gewinnanspruch der Gesellschafter orientierte Gewinnbeteiligungen .....	32
3. An der Ertragskraft des Unternehmens orientierte Gewinnbeteiligungen .....	32
II. Formen der Gewinnzuweisung .....	33
1. Gewinnvariablen .....	34
2. Gewinnvorbehalte .....	35
III. Häufige weitere Regelungen in einem Gewinnbeteiligungsvertrag .....	36
1. Beteiligung am Wertzuwachs .....	37

2. Festverzinsung .....	38
3. Verlustbeteiligung .....	39
4. Nachrangvereinbarungen .....	40
5. Mitwirkungsrechte .....	40
a) Informationsrechte .....	41
b) Mitspracherechte, insbesondere Zustimmungsrechte .....	42
 <i>2. Kapitel</i>	
<b>Die verschiedenen Regelungstypen des Gewinnbeteiligungsvertrags</b>	44
A. Partiarisches Darlehen und Gewinnschuldverschreibung .....	44
B. Genussrecht .....	45
C. Stille Gesellschaft .....	48
D. Abgrenzung der einzelnen Regelungstypen .....	50
I. Mögliche Bedeutung der Abgrenzungsfragen im Hinblick auf die Begründungsvoraussetzungen eines Gewinnbeteiligungsvertrags mit einer GmbH .....	50
II. Abgrenzung zwischen stiller Gesellschaft und partiarischem Darlehen .....	53
1. Der gemeinsame Zweck als dogmatisches Abgrenzungsmerkmal .....	53
2. Inhaltliche Abgrenzungskriterien .....	54
a) Ausschluss der Verlustbeteiligung bei einem partiarischen Darlehen .....	54
b) Gewinnbeteiligung als Abgrenzungsmerkmal .....	55
aa) Einschränkung der möglichen Bemessungsgrundlagen für die Gewinnbeteiligung bei einer stillen Gesellschaft .....	55
bb) Gewinnvorbehalte als Gewinnbeteiligung gemäß § 231 HGB? .....	55
c) Atypische Beteiligung an den stillen Reserven .....	57
d) Unternehmerische Mitspracherechte .....	58
aa) Mitspracherechte als zwingendes Abgrenzungskriterium .....	59
bb) Gegenstand der Mitspracherechte als indizielles Abgrenzungskriterium .....	59
cc) Rechtsfolgen der Mitspracherechte als indizielles Abgrenzungskriterium .....	60
e) Sonstige indizielle Abgrenzungskriterien .....	60
f) Die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses als verbleibendes Abgrenzungsmerkmal .....	61
III. Abgrenzung zwischen stiller Gesellschaft und Genussrecht .....	62
1. Dogmatische Unterscheidung zwischen stiller Gesellschaft und Genussrecht .....	62
2. Äußere Abgrenzungsmerkmale: Verbriefung und massenhafte Begründung? .....	63
3. Vermögensrechte als Abgrenzungskriterium .....	64
4. Entgeltlichkeit der Gewinnbeteiligung .....	65
5. Verwaltungsrechte als Abgrenzungskriterium .....	66

6. Abgrenzung im Übrigen .....	67
IV. Abgrenzung zwischen Genussrecht und partiarischem Darlehen bzw. Gewinn-schuldverschreibung .....	67
V. Zwischenergebnis .....	68

### *3. Kapitel*

#### **Analoge Anwendung aktienrechtlicher Regelungen bei der Begründung einer vertraglichen Gewinnbeteiligung durch eine GmbH** 71

A. Regelungen zur vertraglichen Gewinnbeteiligung im Aktienrecht .....	72
I. Die vertragliche Gewinnbeteiligung als Teilgewinnabführungsvertrag gemäß § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG .....	72
1. Tatbestandsmerkmale des Teilgewinnabführungsvertrags .....	72
a) Vertragspartner .....	72
b) Teilgewinn i. S. d. § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG .....	73
aa) Schutzzweck des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG .....	73
bb) Mögliche Bemessungsgrundlagen für den Teilgewinn .....	74
cc) Feste Ansprüche unter Gewinnvorbehalt als Teilgewinnabführung? ..	75
c) Die Gewinnbeteiligung im Rahmen eines Vertrags des laufenden Ge-schäftsverkehrs gemäß § 292 Abs. 2 AktG .....	76
d) Subsumtion einzelner Regelungstypen unter den Begriff des Teilgewinnab-führungsvertrags .....	78
aa) Stille Gesellschaft .....	78
bb) Partiarisches Darlehen .....	79
cc) Genussrecht und Gewinnschuldverschreibung .....	80
2. Rechtsfolgen bei Vorliegen eines Teilgewinnabführungsvertrags .....	80
a) Formelle Anforderungen an den Vertragsschluss .....	80
b) Materielle Anforderungen an den Vertragsinhalt, insbesondere Höchstbetrag der Gewinnabführung gemäß § 301 AktG .....	81
aa) Anwendbarkeit des § 301 AktG bei einem Teilgewinnabführungsvertrag ..	82
bb) Mögliche Unvereinbarkeit einer Festverzinsung mit § 301 AktG ..	83
II. Vertragliche Gewinnbeteiligungen als Rechtsverhältnisse i. S. v. § 221 Abs. 1 und 3 AktG .....	83
1. Tatbestand des § 221 AktG .....	83
2. Rechtsfolgen des § 221 AktG .....	85
3. Das Verhältnis zwischen § 221 AktG und § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG .....	86
a) Identischer Gewinnbegriff in § 221 AktG und § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG ..	86
b) Mögliche Folgen bei Überschneidung der Anwendungsbereiche von § 221 AktG und § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG .....	86
aa) Spezialität des § 221 Abs. 3 AktG bei gleichzeitiger Abgrenzung nach Regelungstypen .....	87

bb) Kumulative Anwendung von § 221 AktG und § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG	87
cc) Abgrenzung zwischen § 221 AktG und § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG anhand der Kriterien der massenhaften Begründung oder standardisierten Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse	88
III. Zwischenergebnis	89
 B. Analoge Anwendung der § 292 Abs. 1 Nr. 2, §§ 293 ff. AktG im GmbH-Recht	91
I. Planwidrige Regelungslücke	91
1. Gesetzgebungshistorie	92
2. Gesetzeswortlaut und Systematik	93
II. Vergleichbare Wertungslage	93
1. Möglicher Umfang einer Analogie und Prüfungsmaßstab für die Bestimmung der vergleichbaren Wertungslage	93
a) Einzel- oder Gesamtanalogie?	93
b) Prüfungsmaßstab der h. M. für die analoge Anwendung der §§ 291 ff. AktG bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen einer abhängigen GmbH	96
c) Übertragung dieses Prüfungsmaßstabs auf Teilgewinnabführungsverträge einer verpflichteten GmbH	96
2. Bestehen einer vergleichbaren Wertungslage im Hinblick auf die einzelnen Regelungen der § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG i. V. m. §§ 293 ff. AktG	97
a) Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafter gemäß § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG i. V. m. § 293 Abs. 1 AktG	97
aa) Ausnahmeharakter der Regelung im Hinblick auf das Prinzip der unbeschränkten und unbeschränkbaren Vertretungsmacht	97
bb) Einschlägigkeit des Schutzzwecks des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG i. V. m. § 293 Abs. 1 AktG bei der GmbH	98
cc) Rechtsformspezifische Unterschiede zwischen der AG und der GmbH im Hinblick auf die Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter auf die Geschäftsleitung	99
b) Vorbereitung der Beschlussfassung gemäß § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG i. V. m. §§ 293a bis 293g AktG	100
aa) Grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 293a ff. AktG bei einem Teilgewinnabführungsvertrag	101
bb) Rechtsformspezifische Unterschiede zwischen der AG und der GmbH hinsichtlich der Informationsrechte der Gesellschafter	102
c) Handelsregistereintragung gemäß § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG i. V. m. § 294 AktG	103
aa) Rechtsformspezifische Unterschiede zwischen der AG und der GmbH im Hinblick auf die Unterrichtung zukünftiger Gesellschafter als Eintragungszweck	103
bb) Rechtsformspezifische Unterschiede zwischen der AG und der GmbH im Hinblick auf die Unterrichtung von Gläubigern als Eintragungszweck	103
d) Schriftformgebot gemäß § 292 Abs. 1 AktG i. V. m. § 293 Abs. 3 AktG	104

e) Höchstbetrag der Gewinnabführung gemäß § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG i. V. m. § 301 AktG .....	106
aa) Anwendbarkeit des § 301 AktG bei einem Gewinnabführungsvertrag einer GmbH .....	106
bb) Einschlägigkeit des Gewinnbegriffs i. S. d. § 301 AktG bei einem Teilgewinnabführungsvertrag einer GmbH .....	107
cc) Rechtsformspezifische Unterschiede zwischen der AG und der GmbH im Hinblick auf die Kapitalbindung .....	108
III. Zwischenergebnis .....	109
C. Analoge Anwendung des § 221 AktG im GmbH-Recht .....	110
I. Grundsätzliche Übertragbarkeit des § 221 AktG in das GmbH-Recht .....	110
1. § 221 AktG als aktienrechtliche Sonderregelung? .....	110
2. Das traditionelle Erscheinungsbild des Genussrechts .....	111
3. Die vermeintlich fehlende Relevanz des Genussrechts im GmbH-Recht .....	111
4. Die praktische Weiterentwicklung des Genussrechts vom massenhaft begebenen Genussschein hin zum individuellen Genussrechtsvertrag .....	112
II. Analoge Anwendung von § 221 Abs. 1 und 2 AktG (Zustimmung der Gesellschafter) im GmbH-Recht .....	114
1. Analoge Anwendung des Beschlussverfahrens gemäß § 221 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 AktG .....	114
2. Analoge Anwendung des Beschlussverfahrens gemäß § 221 Abs. 1 und 2 AktG	115
a) Qualifizierte Kapitalmehrheit gemäß § 221 Abs. 1 Satz 2 AktG .....	115
b) Notarielle Beurkundung des Beschlusses .....	115
c) Ermächtigungsverfahren gemäß § 221 Abs. 2 AktG .....	116
III. Analoge Anwendung des § 221 Abs. 4 AktG (gesetzliches Bezugsrecht) im GmbH-Recht .....	117
1. Vergleichbare Schutzbedürftigkeit der GmbH-Gesellschafter und der Aktionäre im Hinblick auf das gesetzliche Bezugsrecht gemäß § 221 Abs. 4 AktG .....	117
2. Keine rechtsformspezifischen Unterschiede zwischen der GmbH und der AG, die einer Anwendung des § 221 Abs. 4 AktG im GmbH-Recht entgegenstehen	118
a) Rechtsformspezifische Unterschiede zwischen der AG und der GmbH im Hinblick auf das Bezugsrecht bei einer Kapitalerhöhung .....	118
aa) Dogmatische Grundlage des Bezugsrechts bei einer Kapitalerhöhung einer GmbH .....	118
(1) Gesetzliches Bezugsrecht gemäß § 186 AktG analog? .....	119
(2) Bezugsrecht nur aufgrund einer Zulassungsentscheidung gemäß § 55 Abs. 2 Satz 1 GmbHG? .....	119
bb) Übertragung der Erwägungen für das Bestehen eines Bezugsrechts bei Kapitalerhöhungen einer GmbH auf das Bezugsrecht bei einer vertraglichen Gewinnbeteiligung einer GmbH .....	120
(1) Vergleichbarer Schutzzweck von § 186 AktG und § 221 Abs. 4 AktG	120

(2) Bedarf für ein gesetzliches Bezugsrecht gemäß § 221 Abs. 4 AktG analog mangels gesonderter Zulassungsentscheidung über die Person des Gewinnberechtigten .....	121
b) Rechtsformspezifische Unterschiede zwischen der AG und der GmbH im Hinblick auf Binnenverfassung sowie Realstruktur .....	122
3. Möglicher Anwendungsbereich des Bezugsrechts gemäß § 221 Abs. 4 AktG analog bei einer vertraglichen Gewinnbeteiligung im GmbH-Recht .....	122
a) Unterscheidung zwischen Gewinnvariablen und Gewinnvorbehalten .....	122
b) Unterscheidung zwischen den verschiedenen Regelungstypen einer vertraglichen Gewinnbeteiligung .....	123
aa) Entfall der Anwendungskonkurrenz zwischen § 221 AktG und § 292 Abs. 1 Nr. 2, §§ 293 ff. AktG im GmbH-Recht .....	123
bb) Die Auslegung des Begriffs „Genussrecht“ gemäß § 221 Abs. 3 AktG bei analoger Anwendung des § 221 Abs. 4 AktG im GmbH-Recht .....	124
4. Rechtsfolge des Bezugsrechts bei einem Gewinnbeteiligungsvertrag .....	126
a) Grundsatz: Anspruch auf Abschluss eines inhaltsgleichen Gewinnbeteiligungsvertrags .....	126
b) Ausnahme bei höchstpersönlichen Vertragsverhältnissen .....	126
5. Regelungsmöglichkeiten hinsichtlich des Bezugsrechts im GmbH-Recht .....	127
a) Verzicht der Gesellschafter auf das Bezugsrecht .....	127
b) Bezugsrechtsausschluss durch Gesellschafterbeschluss gemäß § 221 Abs. 4 Satz 2 i. V. m. § 186 Abs. 3 und 4 AktG analog .....	128
aa) Formelle Anforderungen des Bezugsrechtsausschlusses .....	128
bb) Materielle Anforderungen des Bezugsrechtsausschlusses .....	129
(1) Grundsätzliche Geltung materieller Schranken bei einem Bezugsrechtsausschluss gemäß § 221 Abs. 4 Satz 2 i. V. m. § 186 AktG im Aktienrecht .....	129
(2) Entsprechende Geltung materieller Schranken bei einem Bezugsrechtsausschluss gemäß § 221 Abs. 4 Satz 2 i. V. m. § 186 AktG analog im GmbH-Recht .....	129
(3) Erleichterter Bezugsrechtsausschluss gemäß § 221 Abs. 4 Satz 2 AktG i. V. m. § 186 Abs. 3 Satz 4 AktG analog im GmbH-Recht .....	130
c) Regelungen zu dem Bezugsrecht in der GmbH-Satzung .....	131
IV. Zwischenergebnis .....	132
D. Zusammenfassung .....	133

*4. Kapitel***Die Kompetenzverteilung bei der Begründung einer vertraglichen Gewinnbeteiligung nach dem GmbHG**

134

A. Die Anwendung der Vorschriften über die Satzungsänderung auf eine vertragliche Gewinnbeteiligung .....	134
I. Anwendungsvoraussetzungen der §§ 53 und 54 GmbHG im Allgemeinen .....	134
1. Unmittelbare Anwendung der §§ 53 und 54 GmbHG bei einer materiellen Satzungsänderung .....	135
a) Der Begriff der Satzung i.S.d. §§ 53 und 54 GmbHG .....	135
b) Materielle Satzungsänderung ohne Eingriff in den Satzungstext .....	137
c) Materielle Satzungsänderung durch die Entscheidung über den Abschluss eines Vertrags? .....	138
2. Analoge Anwendung der §§ 53 und 54 GmbHG bei einer Satzungsüberlagerung .....	139
a) Mögliche Fallgruppen einer Satzungsüberlagerung .....	139
b) Die Rechtsfigur der Satzungsüberlagerung bei anderen Gesellschaftsformen .....	140
c) Voraussetzungen für eine analoge Anwendung der §§ 53 und 54 GmbHG bei einer Satzungsüberlagerung .....	141
aa) Planwidrige Regelungslücke .....	141
bb) Vergleichbare Wertungslage .....	141
3. Zwischenergebnis .....	142
II. Generelle Anwendbarkeit der §§ 53 und 54 GmbHG entsprechend den Grundsätzen des GmbH-Unternehmensvertragsrechts bei Begründung einer vertraglichen Gewinnbeteiligung? .....	142
1. Grundsätze zur Anwendung der §§ 53 und 54 GmbHG bei einem Unternehmensvertrag i.S.d. § 291 Abs. 1 AktG mit einer GmbH als verpflichtete Gesellschaft .....	143
a) Anpassung von §§ 53 und 54 GmbHG an die Eigenart eines Unternehmensvertrags .....	143
b) Gründe für die Anwendung der §§ 53 und 54 GmbHG bei einem Gewinnabführungsvertrag .....	145
c) Einstufung eines Unternehmensvertrags als materielle Satzungsänderung oder als Satzungsüberlagerung? .....	146
2. Übertragung der Argumente für die Anwendung von §§ 53 und 54 GmbHG bei einem Gewinnabführungsvertrag auf einen Gewinnbeteiligungsvertrag? .....	147
a) Das „Grundsatzurteil“ des BGH vom 16.7.2019 – II ZR 175/18 .....	147
aa) Merkmale der entscheidungsgegenständlichen Gewinnbeteiligung .....	148
bb) Aussagen des BGH zur Anwendbarkeit der §§ 53 und 54 GmbHG bei Abschluss eines Gewinnbeteiligungsvertrags .....	148
cc) Reichweite der Entscheidung und offene Fragen .....	149

b) Die Rechtsnatur des Gewinnbeteiligungsvertrags als Kriterium für die Anwendung der §§ 53 und 54 GmbHG? .....	150
aa) Die Unterscheidung zwischen Organisationsvertrag und Schuldvertrag	150
bb) Die Merkmale eines Organisationsvertrags .....	151
cc) Folgerungen aus der Rechtsnatur des Vertrags im Hinblick auf die Anwendbarkeit der §§ 53 und 54 GmbHG bei einer vertraglichen Gewinnbeteiligung .....	152
c) Die vertragliche Gewinnbeteiligung im Verhältnis zu zwingenden Regelungen des GmbHG, insbesondere zur Kapitalerhaltung .....	153
d) Die vertragliche Gewinnbeteiligung im Verhältnis zur Satzung der verpflichteten GmbH .....	155
aa) Die Auswirkungen einer vertraglichen Gewinnbeteiligung auf die mitgliedschaftliche Gewinnbeteiligung der Gesellschafter .....	155
(1) Die Satzungsdispositivität des mitgliedschaftlichen Gewinnbezugsrechts .....	156
(2) Materiell-satzungsändernde Wirkung der vertraglichen Gewinnbeteiligung im Hinblick auf das Gewinnbezugsrecht .....	157
(a) Die vertragliche Gewinnbeteiligung im Verhältnis zur Gewinnverwendung gemäß § 29 Abs. 1 und 2 GmbHG .....	157
(b) Die vertragliche Gewinnbeteiligung im Verhältnis zur Gewinnverteilung gemäß § 29 Abs. 3 GmbHG .....	158
(3) Satzungsüberlagernde Wirkung der vertraglichen Gewinnbeteiligung im Hinblick auf das Gewinnbezugsrecht .....	159
(a) Die Auswirkungen einer vertraglichen Gewinnbeteiligung auf das Gewinnbezugsrecht verglichen mit den entsprechenden Auswirkungen einer festen Verbindlichkeit .....	160
(b) Die Auswirkungen einer vertraglichen Gewinnbeteiligung auf das Gewinnbezugsrecht verglichen mit den entsprechenden Auswirkungen eines Gewinnabführungsvertrags i. S. d. § 291 Abs. 1 AktG .....	161
bb) Die Auswirkungen einer vertraglichen Gewinnbeteiligung auf die gesetzliche Zuständigkeit der Gesellschafter gemäß § 46 Nr. 1 Alt. 2 GmbHG .....	162
cc) Die Auswirkungen einer vertraglichen Gewinnbeteiligung auf den Unternehmensgegenstand .....	163
dd) Die Auswirkungen einer vertraglichen Gewinnbeteiligung auf den Gesellschaftszweck .....	164
(1) Die Satzungsrelevanz des Gesellschaftszwecks .....	164
(2) Die Bestandteile des vermuteten Gesellschaftszwecks einer GmbH	165
(3) Die Vereinbarkeit einer vertraglichen Gewinnbeteiligung mit dem vermuteten Gesellschaftszweck .....	166
(a) Vereinbarkeit mit der Gewinnerzielungsvermutung .....	167
(b) Vereinbarkeit mit der Eigennützigkeitsvermutung .....	168

3. Zwischenergebnis .....	169
III. Kriterien für die Anwendung der §§ 53 und 54 GmbHG nur bei bestimmten Gewinnbeteiligungsverträgen .....	170
1. Satzungsüberlagernde Wirkung der Gewinnbeteiligungsabrede selbst .....	170
a) Satzungsüberlagerung wegen des Umfangs der Gewinnbeteiligung .....	170
aa) Annahme eines „verdeckten Gewinnabführungsvertrags“ bei übermäßiger Gewinnabführung? .....	170
(1) Bedeutung des „ganzen“ Gewinns gemäß § 291 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 AktG im Aktienrecht .....	171
(2) Übertragbarkeit der Grundsätze zur Bestimmung des ganzen Gewinns gemäß § 291 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 AktG in das GmbH-Recht .....	172
(3) Zwischenergebnis .....	173
bb) Mögliche Grenzen für das Vorliegen einer satzungsüberlagernden Gewinnbeteiligung .....	173
(1) Abführung von über 50 % des Gewinns .....	174
(2) Abführung von über 75 % des Gewinns .....	175
(3) Abführung von über 90 % des Gewinns .....	175
(4) Ungeeignetheit prozentualer Abführungsgrenzen zur Beurteilung des Vorliegens einer Satzungsüberlagerung? .....	175
(5) Satzungsüberlagerung nur in Missbrauchs- oder Umgehungsfällen unter Berücksichtigung des für die Gesellschafter verbleibenden Gewinns .....	177
(a) Verbleibender Gewinn unter 4 % des Stammkapitals als Anhaltspunkt für das Vorliegen einer Satzungsüberlagerung .....	177
(b) Feststellung der Satzungsüberlagerung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Gewinnbeteiligungsvertrags .....	178
b) Berücksichtigung der Gegenleistung für die Gewinnbeteiligung als Kriterium für die Anwendbarkeit der §§ 53 f. GmbHG .....	179
aa) Gründe für eine Anwendung der §§ 53 f. GmbHG bei fehlender oder unangemessener Gegenleistung .....	179
(1) Parallele zum Aktienkonzernrecht .....	180
(2) Parallele zur verdeckten Gewinnausschüttung .....	180
(3) Eingriff in § 29 GmbHG und in den Gesellschaftszweck .....	181
bb) Gründe gegen eine Anwendung der §§ 53 f. GmbHG allein aufgrund fehlender oder unangemessener Gegenleistung .....	182
(1) Kein Angemessenheitsvorbehalt für Teilgewinnabführungsverträge im Aktienkonzernrecht .....	182
(2) Keine Übertragungsfähigkeit der Grundsätze zur verdeckten Gewinnausschüttung auf Gewinnbeteiligungsverträge mit Dritten .....	183
(3) Keine materielle Satzungsänderung und keine zwingende Satzungsüberlagerung bei unangemessener Gegenleistung im Hinblick auf § 29 GmbHG und den Gesellschaftszweck .....	184

cc) Anderweitiger Schutz der Gesellschafter vor Gewinnbeteiligungen mit fehlender oder unangemessener Gegenleistung .....	186
c) Zwischenergebnis .....	186
2. Anwendung der §§ 53 f. GmbHG aufgrund von Abreden neben der Gewinnbeteiligung .....	187
a) Beteiligung am Gesellschaftsvermögen .....	188
b) Vereinbarung von Mitwirkungsrechten zur Sicherung des Gewinnanspruchs	188
aa) Zustimmungsrechte des Gewinnberechtigten .....	189
(1) Zustimmungsrechte bei Strukturmaßnahmen, insbesondere Satzungsänderungen .....	190
(a) Wirksamkeitsrelevante Zustimmungsvorbehalte .....	190
(b) Schuldrechtlich wirkende Zustimmungsvorbehalte mit einem durchsetzbaren Unterlassungs- oder Wiederherstellungsanspruch	191
(aa) Allgemeine Anforderungen an die Begründung durchsetzbarer, schuldrechtlicher Verpflichtungen im Zusammenhang mit Strukturmaßnahmen .....	191
(bb) Konkretisierung des Zustimmungsgegenstands bei einem Zustimmungsvorbehalt im Rahmen eines Gewinnbeteiligungsvertrags .....	192
(cc) Ermächtigungsbeschluss durch die Gesellschafterversammlung bei Begründung eines Zustimmungsvorbehalts im Rahmen eines Gewinnbeteiligungsvertrags .....	193
(dd) Notarielle Beurkundung des Ermächtigungsbeschlusses .....	194
(ee) Eintragung des Ermächtigungsbeschlusses in das Handelsregister .....	196
(c) Schuldrechtliche Zustimmungsvorbehalte mit einem Kündigungsrecht oder Geldersatzanspruch bei Missachtung des Zustimmungsrechts .....	197
(2) Zustimmungsrechte bei Geschäftsführungsmaßnahmen .....	198
bb) Informationsrechte des Gewinnberechtigten .....	199
(1) Kollision vertraglicher Informationsrechte mit der Verschwiegenheitspflicht der Geschäftsführer .....	200
(2) Informationsrechte zur Kontrolle des Gewinnanspruchs .....	200
(3) Weitergehende Informationsrechte .....	201
cc) Zwischenergebnis .....	201
dd) Folgen der Schranken vertraglicher Mitwirkungsrechte für Gewinnbeteiligungsverträge in Gestalt einer stillen Gesellschaft .....	202
(1) Bestehen gesetzlicher Zustimmungsrechte zugunsten des stillen Gesellschafters .....	203
(2) Strukturmaßnahmen als Gegenstand der gesetzlichen Zustimmungsrechte des stillen Gesellschafters .....	204

(3) Unterlassungs- und Leistungsansprüche des stillen Gesellschafters bei zustimmungswidrigen Strukturmaßnahmen .....	205
(a) Handelsrechtliche Sichtweise: Bestehen von Unterlassungs- und Leistungsansprüchen des stillen Gesellschafters gegen den Geschäftsinhaber .....	206
(b) Gesellschaftsrechtliche Sichtweise: Keine Unterlassungs- und Leistungsansprüche des stillen Gesellschafters bei einer AG oder GmbH als Geschäftsinhaber? .....	208
(4) Fazit: Regelmäßige Anwendbarkeit des § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG bei Begründung einer stillen Gesellschaft .....	209
ee) Folgen der Schranken vertraglicher Mitwirkungsrechte für Gewinnbeteiligungsverträge in Gestalt eines partiarischen Darlehens oder eines Genussrechts .....	210
(1) Genussrechte und partiarische Darlehen ohne vertraglich vereinbarte Mitwirkungsrechte .....	210
(2) Genussrechte und partiarische Darlehen mit vertraglich vereinbarten Mitwirkungsrechten .....	211
c) Auswirkung fehlerhaft begründeter Mitwirkungsrechte auf den Gewinnbeteiligungsvertrag im Übrigen .....	212
aa) Teilunwirksamkeit oder Gesamtunwirksamkeit des Gewinnbeteiligungsvertrags (§ 139 BGB)? .....	212
(1) Ersatzlose Streichung unzulässiger Mitwirkungsrechte unter Aufrechterhaltung des Gewinnbeteiligungsvertrags im Übrigen .....	212
(2) Reduzierung unzulässiger Mitwirkungsrechte auf ein zulässiges Maß .....	213
(3) Verhinderung der Gesamtunwirksamkeit durch eine salvatorische Klausel? .....	213
bb) Aufrechterhaltung des Gewinnbeteiligungsvertrags gemäß den Grundsätzen des fehlerhaften Vertragsverhältnisses .....	214
(1) Grundlegendes zum fehlerhaften Vertragsverhältnis .....	214
(2) Anwendbarkeit der Grundsätze des fehlerhaften Vertragsverhältnisses bei einem Gewinnbeteiligungsvertrag .....	215
(a) Gewinnbeteiligungsverträge in Gestalt der stillen Gesellschaft .....	215
(b) Gewinnbeteiligungsverträge in Gestalt des Genussrechts oder partiarischen Darlehens .....	217
(3) Entstehen eines fehlerhaften Vertragsverhältnisses bei Vertragschluss durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht? .....	217
cc) Zwischenergebnis .....	219
B. Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis bei Begründung einer vertraglichen Gewinnbeteiligung .....	220
I. Grundlegendes zu den Schranken der Geschäftsführungsbefugnis eines GmbH-Geschäftsführers .....	220

II. Bestehen gesetzlicher Zustimmungsvorbehalte der Gesellschafterversammlung bei Fehlen einer ausdrücklichen Satzungsregelung .....	221
1. Die Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis bei „außergewöhnlichen Maßnahmen“ der GmbH in Rechtsprechung und Schrifttum .....	221
2. Die Einberufungspflicht gemäß § 49 Abs. 2 Halbsatz 2 GmbHG als Grundlage für eine Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis bei außergewöhnlichen Maßnahmen der GmbH .....	222
III. Bestehen einer Einberufungspflicht gemäß § 49 Abs. 2 Halbsatz 2 GmbHG vor Begründung einer vertraglichen Gewinnbeteiligung .....	224
1. Einberufungspflicht aufgrund der faktischen Konkurrenz einer vertraglichen Gewinnbeteiligung zu den Rechten und Zuständigkeiten der Gesellschafter ..	224
2. Einberufungspflicht aufgrund von Abreden neben der Gewinnbeteiligung ..	226
3. Einschränkung der Einberufungspflicht bei Gewinnbeteiligungen im Rahmen von Verträgen des laufenden Geschäftsverkehrs? .....	227
4. Keine Einberufungspflicht bei reinen Gewinnvorbehalten .....	228
IV. Rechtsfolge der Einberufungspflicht nach § 49 Abs. 2 Halbsatz 2 GmbHG .....	229
<b>Zusammenfassung der Ergebnisse .....</b>	<b>230</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>232</b>
<b>Sachverzeichnis .....</b>	<b>248</b>

## Einleitung

### A. Einführung in die Thematik und Ziel der Untersuchung

Der Zweck einer GmbH ist im Regelfall darauf gerichtet, Gewinn zu erwirtschaften. Obwohl das GmbHG selbst einen solchen Regelzweck nicht erwähnt, ist die Gewinnerzielung als ökonomisches Grundprinzip der GmbH anerkannt.<sup>1</sup> So ist etwa der Gesellschaftszweck einer GmbH nur dann ausdrücklich in der Satzung anzugeben, wenn dieser Zweck ausnahmsweise nicht in der Gewinnerzielung besteht.<sup>2</sup> Ein erwirtschafteter Gewinn ist nach § 29 GmbHG den Gesellschaftern zur Verwendung und Verteilung zugewiesen.

Die Maxime der eigennützigen Gewinnerzielung wird aufgeweicht, wenn Dritte, d.h. Personen, die nicht zum Kreis der Gesellschafter gehören, durch Vertrag an dem Gewinn der Gesellschaft beteiligt werden.<sup>3</sup> Im GmbH-Recht werden Zulässigkeit und Voraussetzungen für eine solche Gewinnbeteiligung uneinheitlich beurteilt. Die Ursache hierfür liegt in den unterschiedlichen Perspektiven, aus denen die Thematik bisher betrachtet wird:<sup>4</sup>

1. Im konzernrechtlichen Schrifttum wird erörtert, ob eine vertragliche Beteiligung an dem Gewinn einer GmbH den gleichen formellen Anforderungen unterliegt, die für einen Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag mit einer GmbH als verpflichtetem Vertragsteil gelten.<sup>5</sup> Diese Sichtweise beruht auf der aktienrechtlichen Regelung des Teilgewinnabführungsvertrags gemäß § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG. Die Bestimmung unterstellt eine vertragliche Beteiligung am Gewinn einer AG den formellen Regeln des Unternehmensvertragsrechts gemäß §§ 293 ff. AktG. Auch in der Rechtsprechung zur GmbH wird die Gewinnbeteiligung Dritter auf der Folie des

---

<sup>1</sup> Mock, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, § 29 Rn. 6; Ekkenga, in: MüKoGmbHG, § 29 Rn. 196.

<sup>2</sup> Siehe nur Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 1 Rn. 12; Altmeppen, GmbHG, § 1 Rn. 7; Wicke, DNotZ 2020, 448.

<sup>3</sup> Ekkenga, in: MüKoGmbHG, § 29 Rn. 196.

<sup>4</sup> Vgl. DNotI-Report 2004, 57, 58 (bezogen auf die stille Gesellschaft).

<sup>5</sup> So etwa Casper, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, Anh. § 77 Rn. 219 f.; Liebscher, in: MüKoGmbHG, Anh. zu § 13 Rn. 804 ff.; Servatius, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, Syst. Darst. 4 Rn. 358 ff.; Emmerich, in: Scholz, GmbHG, Anh. § 13 Rn. 213 ff.; ders., in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 292 Rn. 37 f.; Führling, Sonstige Unternehmensverträge, 1993, S. 107 ff., 131 ff.; Lieder/Wernert, NZG 2020, 361; Priester, NZG 2020, 1; Wachter, GmbHHR 2019, 1153; Habersack, in: FS Happ, 2006, S. 49, 54 ff.; K. Schmidt, ZGR 1984, 295, 307 ff.

Konzernrechts behandelt. Die Frage, ob Gewinnbeteiligungsabreden als Unternehmensvertrag im Handelsregister einzutragen sind, war bereits Gegenstand verschiedener registergerichtlicher Beschwerdeentscheidungen.<sup>6</sup> Der BGH ordnet die Thematik ebenfalls dem Recht der Unternehmensverträge zu: Einen Streit um die Wirksamkeit einer vertraglichen Gewinnbeteiligung hat der II. Senat mit Urteil vom 16. 7. 2019 dahingehend entschieden, dass „Teilgewinnabführungsverträge mit einer GmbH als abführungspflichtiger Gesellschaft [...] keinen besonderen Wirksamkeitsanforderungen [unterliegen], wenn sie keine satzungsüberlagernde Wirkung haben“<sup>7</sup> (Hervorhebung durch den Verfasser).

2. Andere behandeln das Problem unter dem Vorzeichen der einzelnen Regelungstypen, innerhalb derer eine vertragliche Gewinnbeteiligung vereinbart sein kann. So wird im handelsrechtlichen Schrifttum erörtert, ob die Begründung einer stillen Beteiligung (§§ 230 ff. HGB) an einer GmbH den für eine Satzungsänderung geltenden Anforderungen gemäß §§ 53 f. GmbHG unterliegt oder jedenfalls eines zustimmenden Gesellschafterbeschlusses im Innenverhältnis bedarf.<sup>8</sup> Häufig wird dabei zwischen den einzelnen Ausprägungen der stillen Beteiligung differenziert, insbesondere zwischen der typisch und atypisch stillen Gesellschaft.<sup>9</sup> Bleibt man dieser vertragstypenbezogenen Sichtweise treu und richtet den Blick auf die weiteren Regelungsformen einer vertraglichen Gewinnbeteiligung, wie das partiarische Darlehen oder das Genussrecht, so fällt auf, dass diese Vertragstypen, anders als etwa das Genussrecht im Aktienrecht gemäß § 221 AktG, im GmbH-Recht bisher wenig Beachtung finden.<sup>10</sup>

3. Ein weiterer Blickwinkel, aus dem sich die vertragliche Beteiligung Dritter am Gewinn einer GmbH betrachten lässt, ist derjenige der Unternehmensfinanzierung. Die vertragliche Gewinnbeteiligung wird in der Praxis oft als Mittel zur Kapitalbeschaffung verwendet, indem der Kapitalgeber anstelle eines festen Zinssatzes eine Beteiligung an den Gewinnen des Kapitalnehmers erhält. Die Mittel aus einer solchen Finanzierung vereinen die Merkmale des Eigenkapitals und des Fremdkapitals. Sie gewähren einerseits Rechte, die typischerweise nur den Gesellschaftern zustehen (z. B. eine Gewinnbeteiligung), beruhen andererseits jedoch auf einer schuldrechtlichen Rechtsbeziehung zwischen Kapitalgeber und -nehmer, die als solche für die

<sup>6</sup> KG, Beschl. v. 24. 3. 2014 – 12 W 43/12, NZG 2014, 668; OLG München, Beschl. v. 17. 3. 2011 – 31 Wx 68/11, DNotZ 2011, 949; BayObLG, Beschl. v. 18. 2. 2003 – 3Z BR 233/02, NZG 2003, 636.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 16. 7. 2019 – II ZR 175/18, NZG 2019, 1149 Leitsatz 1.

<sup>8</sup> K. Schmidt, in: MüKoHGB, § 230 Rn. 114 f.; Harbarth, in: Staub, HGB, § 230 Rn. 151 ff.; Gehrlein, in: Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohnn, HGB, § 230 Rn. 30; Kinzl/Schmidberger, in: BeckOGK, HGB, § 230 Rn. 196; Lamprecht, in: Blaurock, Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 9.61 f.; Keul, in: Münch. Hdb. GesR II, Stille Gesellschaft, § 76 Rn. 77 ff.; Weigl, GmbHR 2002, 778.

<sup>9</sup> Vgl. nur K. Schmidt, in: MüKoHGB, § 230 Rn. 114 f.; Keul, in: Münch. Hdb. GesR II, Stille Gesellschaft, § 76 Rn. 84 f. (im Hinblick auf eine atypische Mitspracherechte eines stillen Gesellschafters).

<sup>10</sup> Mit einer bedeutenden Ausnahme: Rid-Niebler, Genussrechte, 1989.

Fremdfinanzierung kennzeichnend ist. Manche Autoren legen ihren Fokus auf die Friktionen, die sich aus diesem Mischcharakter im Hinblick auf die Kompetenzverteilung der kapitalnehmenden Gesellschaft ergeben.<sup>11</sup> Während nämlich die Entscheidungen über die Ausstattung der Gesellschaft mit Eigenkapital – sei es bei der Gründung, im Rahmen von Kapitalmaßnahmen oder durch Gewinnthesaurierung – den Gesellschaftern vorbehalten sind, obliegt der Abschluss von Verträgen zur Fremdfinanzierung grundsätzlich den Geschäftsführern.<sup>12</sup>

Ziel dieser Untersuchung ist es, die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen für die Begründung einer vertraglichen Beteiligung am Gewinn einer GmbH zu klären, ohne den Prüfungsmaßstab auf eine der vorgenannten Perspektiven zu verengen.

## B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands

Gegenstand dieser Untersuchung ist der Abschluss eines Gewinnbeteiligungsvertrags durch eine GmbH als verpflichteter Vertragsteil. Die Ausführungen beschränken sich auf die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen, die auf Seiten der GmbH im Hinblick auf den Vertragsschluss zu erfüllen sind. Neben der Kompetenzverteilung betrifft dies Fragen des Minderheitenschutzes sowie des Schutzes dritter Personen (z. B. von Gläubigern) und der Öffentlichkeit, etwa durch Eintragungspflichten im Handelsregister. Steuer-, bilanz- und arbeitsrechtliche Fragestellungen werden ausgeklammert, es sei denn, deren Beantwortung erlaubt Rückschlüsse auf die gesellschaftsrechtliche Behandlung des Gewinnbeteiligungsvertrags.

Untersucht wird die vertragliche Beteiligung am Gewinn *der GmbH*. Nicht zum Untersuchungsgegenstand gehören damit Beteiligungsformen, die eine Teilhabe an den Gewinnansprüchen *eines Gesellschafters* ermöglichen, z. B. der Nießbrauch an dem Gesellschaftsanteil oder die Unterbeteiligung. Im Bereich der stillen Gesellschaft bleibt die Rechtsfigur der sog. Innen-KG<sup>13</sup> und deren Behandlung im GmbH-rechtlichen Kontext anderen Untersuchungen vorbehalten.<sup>14</sup> Die vorliegende Studie beschränkt sich auf die – in vermögensrechtlicher Hinsicht – schuldvertraglichen Formen der Beteiligung am unternehmerischen Erfolg.

Schließlich wird das Thema auf die vertragliche Gewinnbeteiligung zugunsten von Dritten begrenzt. Dritter kann dabei auch ein Mitgesellschafter sein, wenn diesem auf einer vertraglichen Grundlage eine Gewinnbeteiligung außerhalb seiner

<sup>11</sup> So insbesondere *Lörsch*, Mezzanine-Finanzierung, 2012 (bezogen auf die AG) und *Klingberg*, in: FS Westermann, 2008, 1087 (bezogen auf die GmbH); mit ähnlichem Untersuchungsanlass: *Marzinkowski*, Mezzanine-Finanzierung, 2012; *Ebert*, Mezzanine Kapitaltitel, 2010.

<sup>12</sup> *Klingberg*, in: FS Westermann, 2008, 1087, 1094.

<sup>13</sup> Zu dieser Rechtsfigur statt vieler: *K. Schmidt*, ZHR 178 (2014), 10.

<sup>14</sup> Siehe hierzu bereits die Nachweise bei *K. Schmidt*, in: MüKoHGB, § 230 Rn. 87.