

**SCHRIFTEN ZUM
WIRTSCHAFTS- UND
MEDIENRECHT,
STEUERRECHT UND
ZIVILPROZESSRECHT**

Herausgegeben von Jürgen Costede
und Gerald Spindler

Band 51

Thomas Müller

**Rechtsnatur
und Wirkung
so genannter
„atypischer
Beherrschungs-
verträge“**



PETER LANG Internationaler Verlag der Wissenschaften

Einleitung

Das AktG unterscheidet fünf verschiedene Typen von Unternehmensverträgen, den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag i.S.d. § 291 I S. 1 AktG, letzterem gleichgestellt der Geschäftsführungsvertrag i.S.d. § 291 I S. 2 AktG, sowie die in § 292 I AktG genannten anderen Unternehmensverträge, den Gewinngemeinschafts-, Teilgewinnabführungs- und Betriebspacht- bzw. Betriebsüberlassungsvertrag.¹

Indes soll nur der Beherrschungsvertrag i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG dem herrschenden Unternehmen das Recht verschaffen, eine andere – im Regelfall bereits abhängige² – Gesellschaft seiner Leitung zu unterstellen und in Ausübung der Leitungsmacht auch zu nachteiligen Maßnahmen anzuweisen, gegebenenfalls ergänzt durch einen Gewinnabführungsvertrag, der die abhängige Gesellschaft darüber hinaus zur Abführung ihres gesamten Gewinns an das herrschende Unternehmen verpflichtet.³ Der Gefahr, dass dabei unternehmerische Interessen des herrschenden Unternehmens hinsichtlich der Geschäftsführung und Gewinnverwendung ausgeübt werden, die denen der abhängigen Gesellschaft, deren Aktionäre und Gläubiger am Erhalt der Vermögensbasis entgegenstehen, ist der Gesetzgeber dadurch begegnet, dass er dem herrschenden Unternehmen in den §§ 300 ff. AktG besondere Sicherungspflichten gegenüber der abhängigen Gesellschaft und den ihr zuzuordnenden Personen auferlegt hat. Deren Regelungsziel ist es, die abhängige Gesellschaft, und ihre Gläubiger vor Aushöhlung des Gesellschaftsvermögens zu schützen und die bilanzmäßige Substanz der Gesellschaft sicherzustellen.⁴ Die außenstehenden Aktionäre wiederum haben die Wahl, entweder gesichert durch eine Dividendengarantie i.S.d. § 304 AktG in der abhängigen Gesellschaft zu bleiben oder gegen angemessene Abfindung i.S.d. § 305 AktG aus ihr auszuschcheiden.⁵

Auf die anderen Unternehmensverträge i.S.d. § 292 AktG hingegen finden die genannten Sicherungsmechanismen, abgesehen von den in §§ 300 Nr. 2,

1 siehe Überblick bei Möhring, NJW 1967, S. 3 ff.

2 Dementsprechend werden die Vertragsparteien im Folgenden unabhängig vom Vertragsschluss als herrschendes Unternehmen einerseits und abhängige Gesellschaft andererseits bezeichnet, wenngleich der sich verpflichtende Vertragsteil nicht zwingend schon vor Abschluss des Beherrschungsvertrages in Abhängigkeit i.S.d. § 17 AktG oder Mehrheitsbesitz des Vertragspartners i.S.d. § 16 AktG gestanden haben muss – vgl. Hüffer, § 291 Rn. 5

3 Begr. RegE bei Kropff, S. 374

4 Begr. RegE bei Kropff, S. 375, 388

5 Begr. RegE bei Kropff, S. 375

301, 302 II AktG vorgesehenen Ausnahmen, keine Anwendung.⁶ Anders als die Unternehmensverträge i.S.d. § 291 AktG hat der Gesetzgeber die Unternehmensverträge i.S.d. § 292 AktG als schuldrechtliche Verträge mit Austausch von Leistung und Gegenleistung konzipiert.⁷ Die Interessen außenstehender Aktionäre und Gläubiger waren entsprechend der für den gesetzlichen Normalfall entwickelten Konzeption des Gesetzgebers durch den Austausch von Leistung und angemessener Gegenleistung nicht in Gefahr, weshalb vergleichbare Sicherungsvorkehrungen nicht als erforderlich erachtet wurden.⁸

A. Gegenstand der Untersuchung

Die gesetzliche Unterscheidung der sich aus der jeweiligen Art eines Unternehmensvertrages ergebenden Rechte und Pflichten bedingt die Bestimmung der jeweils einschlägigen Vertragsart.⁹ Dies kann sich im Einzelfall durchaus als problematisch erweisen, insbesondere dann, wenn die Vertragsparteien Vertragsgestaltungen wählen, die sich in das Normengefüge der §§ 291 ff. AktG nicht ohne Weiteres einordnen lassen.

Im Mittelpunkt der vorliegenden Untersuchung steht die Frage der rechtlichen Qualifizierung so genannter „atypischer Beherrschungsverträge“, wobei unter dieser Bezeichnung ganz unterschiedliche Fragestellungen problematisiert werden:

Teilweise findet die genannte Bezeichnung für Vertragsgestaltungen Verwendung, deren Einordnung als Beherrschungsvertrag i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG insofern in Frage steht, als deren Inhalt nach dem herrschenden Unternehmen nicht die Leitung der Gesellschaft als solche, sondern nur einzelne Leitungsbereiche oder einzelne Betriebe der abhängigen Gesellschaft unterstellt¹⁰ oder dem herrschenden Unternehmen anstelle des Weisungsrechts i.S.d. § 308 AktG nur bloße Zustimmungs- oder Vetorechte hinsichtlich bestimmter Leitungsmaßnahmen des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft eingeräumt wer-

6 *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, § 292 Rn. 3; *Langenbucher* in *Schmidt/Lutter*, § 292 Rn. 1

7 *Begr. RegE* bei *Kropff*, S. 378; *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, § 292 Rn. 4

8 *Bälz*, FS *Raiser*, S. 287, 304; *Koppensteiner* in *KölnKomm*, Vor § 291 Rn. 8; *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, § 292 Rn. 4

9 siehe bereits *Geßler* in *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 291 Rn. 28

10 *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, § 291 Rn. 19 f.; *ders.*, FS *Hüffer*, S. 179, 180; *Langenbucher* in *Schmidt/Lutter*, 1. Auflage, § 291 Rn. 28 ff.; *Schürnbrand*, ZHR 169 (2005), S. 41, 45 f.; *Oehlschläger*, S. 168 ff.; *Ederle*, S. 79 f., 81, 84, 119; *Kienzle*, S. 20, 43

den¹¹ sowie schließlich für die Frage der Einordnung solcher Vertragsgestaltungen, die Eingriffsbefugnisse des herrschenden Unternehmens generell abbedingen.¹²

Zumeist findet die genannte Bezeichnung für besondere Gestaltungen anderer Unternehmensverträge, insbesondere von Betriebspacht- bzw. Betriebsüberlassungsverträgen sowie Betriebsführungsverträgen Verwendung, die zwar nicht in ihrem Äußeren, dafür jedoch in ihren Wirkungen einem Beherrschungsvertrag i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG nahestehen, wobei erwogen wird, einschlägige Vertragsgestaltungen unmittelbar oder durch Analogiebildung den für Beherrschungsverträge geltenden Regelungen zu unterstellen.¹³

Die Diskussion um die Abgrenzung des Beherrschungsvertrages zu wirkungsgleich gestalteten Verträgen erstreckt sich darüber hinaus auch auf andere Vertragsgestaltungen der Wirtschaftspraxis, insbesondere atypische stille Gesellschafts-, Darlehens- und Cash-Management-Verträge, Dienstleistungsverhältnisse und Just-in-Time-Zulieferverträge sowie Franchise- und Lizenzverträge, die, wenn sie Einflussmöglichkeiten hinsichtlich der Unternehmensleitung des anderen Vertragsteils vorsehen, einem Beherrschungsvertrag i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG durchaus nahestehen können.¹⁴

Die ebenfalls anzutreffenden Bezeichnungen einschlägiger Verträge als „verschleierte“¹⁵, „verdeckte“¹⁶, „getarnte“¹⁷, „faktische“¹⁸, „heimliche“¹⁹ oder

11 *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, § 291 Rn. 19, 24; *ders.*, FS Hüffer, S. 179, 180; *Veil* in *Spindler/Stilz*, § 291 Rn. 26 ff.; *Schürnbrand*, ZHR 169 (2005), S. 41 ff.; *Oehlschläger*, S. 170 ff.

12 *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, § 291 Rn. 19, 22; *ders.*, FS Hüffer, S. 179, 180; *Bayer* in *MünchKommAktG*, § 17 Rn. 67; *Schürnbrand*, ZHR 169 (2005), S. 38, 43 f.; *Gefler*, FS Beitzke, S. 924, 929 ff.; *Oehlschläger*, S. 170 ff.; *Ederle*, S. 79 ff., 118

13 *Hüffer*, § 291 Rn. 14, § 292 Rn. 24: Vermutung zugunsten eines Beherrschungsvertrages, ohne dass es dafür der besonderen Kategorie atypischer Beherrschungsverträge bedarf; *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, § 291 Rn. 24 b; § 292 Rn. 61 f.; *ders.* FS Hüffer, S. 179, 185; *Koppensteiner* in *KölnKomm*, § 291 Rn. 24; *Peres* in *Heidel*, § 291 Rn. 52; *Krieger* in *MünchHdb AG*, § 70 Rn. 12; *Schürnbrand*, ZHR 169 (2005), S. 35 ff., 57 ff.

14 siehe DRITTER TEIL

15 *Krieger* in *MünchHdb AG*, § 70 Rn. 12, § 72 Rn. 38; *Veil*, S. 36; *Oehlschläger*, S. 163 ff.

16 OLG München ZIP 2008, 1330 ff.; *Bayer* in *MünchKommAktG*, § 17 Rn. 68; *Liebscher* in *BeckHdb AG*, § 15 Rn. 113; *Raiser/Veil*, § 54 Rn. 126 ff.; differenzierend nunmehr *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, § 291 Rn. 19, 24 c; *ders.*, FS Hüffer, S. 179, 183; ihm folgend *Ederle*, S. 80; *Kienzle*, S. 19 f.

17 *Maser*, S. 70 f.

„konkludente“²⁰ Beherrschungsverträge meinen in der Sache nichts anderes. Gleiches gilt für die Bezeichnung als „Umgehungsproblem“²¹. Nur rückt letztere die häufig mit derartigen Vertragsgestaltungen verbundene Intention des herrschenden Unternehmens in den Vordergrund, die Leitung der abhängigen Gesellschaft i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG zu unterstellen, ohne sich den mit Abschluss eines Beherrschungsvertrages einhergehenden besonderen Sicherungspflichten gegenüber der abhängigen Gesellschaft, ihre außenstehenden Aktionäre und Gläubiger aussetzen zu wollen.

B. Gang der Untersuchung

Sofern einschlägige Vertragsgestaltungen die Anforderungen eines Beherrschungsvertrages i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG erfüllen, wäre die Bezeichnung als „atypische Beherrschungsverträge“ rechtlich gesehen unzutreffend und daher zu vermeiden.²² Problematischer hingegen wird es, sollten sich einschlägige Vertragsgestaltungen selbst unter extensiver Auslegung nicht mit dem inhaltlichen Anforderungsprofil eines Beherrschungsvertrages in Übereinstimmung bringen lassen, wenngleich sie in ihren Wirkungen einem Beherrschungsvertrag nahestehen. Die insofern zum Schutze der abhängigen Gesellschaft, deren Aktionäre und Gläubiger erwogene analoge Anwendung der beherrschungsvertraglichen Regelungen könnte sich angesichts der überwiegend vertretenen Annahme eines Numerus clausus der in §§ 291, 292 AktG erfassten Unternehmensverträge²³ von vornherein als nicht gangbar erweisen. Andererseits wird zu Recht darauf verwiesen, dass die Annahme eines Numerus clausus nicht dazu führen darf, lückenhafte und somit ergänzungsbedürftige Regelungen einfach zu akzep-

18 *Simon*, § 1 Rn. 52 ff.; siehe auch *Hirte/Schall*, Konzern 2006, S. 243 ff. zu „Tarnkonstruktionen“ sog. faktischer Beherrschungsverträge, die auf den ersten Blick als Kooperationsverträge (joint ventures) und Gesellschaftsvereinbarungen gefasst, bei genauerem Hinsehen auf die Unterwerfung einer Gesellschaft unter die Leitung einer anderen gerichtet sind

19 *Hirte/Schall*, Konzern 2006, S. 243 ff., 249

20 *Bayreuther*, S. 243 ff.; *Huber*, ZHR 152 (1988), S. 123, 136 ff.

21 *Oesterreich*, S. 14 ff.; *Altmeyen* in MünchKommAktG, § 292 Rn. 132 ff.

22 so auch *Altmeyen* in MünchKommAktG, § 291 Rn. 41; *Hüffer*, § 291 Rn. 14; vgl. auch noch *Langenbucher* in Schmidt/Lutter, 1. Auflage, § 291 Rn. 28: „Der terminologisch wenig glückliche Begriff des atypischen Beherrschungsvertrages ...“

23 *Altmeyen* in MünchKommAktG, § 291 Rn. 40; *Geßler* in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291 Rn. 15; *Godin/Wilhelmi*, Vor §§ 291-328 Anm. 14; *Würdinger* in Großkomm., § 291 Anm. 1; *Baumbach/Hueck*, § 291 Rn. 1; *Maser*, S. 15 f.; a.A.: *Bachmayr*, BB 1967, S. 135, 137; *Martens*, S. 26

tieren, was als unvereinbar mit den Gründen, die Analogie als Instrument der Rechtsfindung überhaupt anzuerkennen, angesehen wird.²⁴ So ziehen auch Vertreter eines Numerus clausus eine Einordnung einschlägiger Verträge als Unternehmensverträge i.S.d. §§ 291, 292 AktG in Betracht,²⁵ womit sich das Problem eines etwaigen Numerus clausus der Unternehmensverträge letztlich auf die Frage einer analogen Anwendung der §§ 291, 292 AktG reduziert.²⁶ Bezogen auf den vorliegenden Untersuchungsgegenstand ist mithin zu prüfen, ob ein Vertrag, der dem gesetzlichen Anforderungsprofil i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG nicht genügt, gleichwohl wegen seiner wirtschaftlichen oder organisatorischen Wirkungen analog den für Beherrschungsverträge geltenden Regelungen unterworfen werden kann. Andererseits sieht das Aktienrecht mit den §§ 311 ff., 317 AktG spezielle Regelungen für den Fall vor, dass kein Beherrschungsvertrag besteht, das herrschende Unternehmen jedoch seinen Einfluss gleichwohl dazu benutzt, die abhängige Gesellschaft zu veranlassen, nachteilige Maßnahmen zu treffen bzw. vorteilige Maßnahmen zu unterlassen. Die gesetzgeberische Unterscheidung zwischen Vertragskonzern und faktischen Konzern darf bei der Frage einer analogen Anwendung der §§ 302 ff. AktG nicht außer Betracht bleiben. So wird die Problematik „atypischer Beherrschungsverträge“ zu Recht auch als Abgrenzungsproblem zwischen Vertragskonzern und faktischen Konzern verstanden.²⁷

Ob einschlägige Verträge als Beherrschungsverträge i.S.d. § 291 I S. 1, 1. Alt AktG qualifiziert werden können, hängt im Wesentlichen davon ab, wie man den typischen Inhalt eines Beherrschungsvertrages versteht.²⁸ Mithin lässt sich die im Rahmen der vorliegenden Arbeit zu untersuchende Problematik so genannter „atypischer Beherrschungsverträge“ nicht auf die Darstellung einzelner Problemfälle und deren Lösungen beschränken, sondern bedingt zunächst eine inhaltliche Konkretisierung der beherrschungsvertraglichen Anforderungen. Diese ist Gegenstand des ersten Teils dieser Arbeit. Anknüpfend an die hierbei gewonnenen Erkenntnisse können sogleich die im Rahmen des ersten Problemkreises diskutierten Vertragsgestaltungen daraufhin überprüft werden, ob sie einer Qualifizierung als Beherrschungsvertrag zugänglich sind. Insofern wird entscheidend sein, ob und inwieweit man den Vertragsparteien Vertragsfreiheit hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung eines Beherrschungsvertrages zubilligt.

24 *Koppensteiner* in KölnKomm, Vor § 291 Rn. 162

25 *Altmeyen* in MünchKommAktG, § 291 Rn. 40; *Geßler* in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 291 Rn. 15

26 zutreffend *Koppensteiner* in KölnKomm, Vor § 291 Rn. 162; *Emmerich* in Emmerich/Habersack, § 292 Rn. 7

27 *Hüffer*, § 291 Rn. 14

28 so bereits *Hüffer*, § 291 Rn. 14

Im zweiten Teil widmet sich die Arbeit der Abgrenzung des Beherrschungsvertrages von Betriebspacht- bzw. Betriebsüberlassungsverträgen sowie Betriebsführungsverträgen und dabei vor allem der im Rahmen des zweiten Problemkreises aufgeworfenen Frage der rechtlichen Qualifizierung wirkungsnah zum Beherrschungsvertrag gestalteter Verträgen.

Im dritten Teil schließlich soll die Frage der rechtlichen Qualifizierung der im dritten Problemkreis genannten Vertragsgestaltungen untersucht werden.