



CAU

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)

LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, DEUTSCHES UND
EUROPÄISCHES GESELLSCHAFTS- UND WIRTSCHAFTSRECHT

INSTITUT FÜR WIRTSCHAFTS- UND STEUERRECHT



Konzern- und Umwandlungsrecht

Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)

Sommersemester 2020

Einheit 10: Vertragskonzern (4/5): Gewinnabführungsvertrag und andere Unternehmensverträge

C | A | U

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



Hinweis auf eine Zusatzveranstaltung

„Aktuelle Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht mit Examensrelevanz“

Unser Lehrbeauftragter, Rechtsanwalt **Dr. Hauke Thilow**, bietet im Sommersemester für Studenten*innen **ab dem 4. Fachsemester** die o. g. Blockveranstaltung an. Die Veranstaltung wird am **4. Juli 2020** als Präsenzveranstaltung in Kleingruppen in den Räumen der Kanzlei BROCK MÜLLER ZIEGENBEIN stattfinden. Einzelheiten entnehmen Sie bitte der vollständigen Ankündigung auf der Homepage: <https://www.fest.jura.uni-kiel.de/startseite/aktuelles/dateiordner-aktuelles/ankundigung-blockveranstaltung-aktuelle.pdf>



Übersicht zur heutigen Veranstaltung

- I. Gewinnabführungsvertrag**
- II. Andere Unternehmensverträge**



I. Gewinnabführungsvertrag

1. Einführung

- Der Gewinnabführungsvertrag ist ein **Unternehmensvertrag**, durch den sich eine AG oder KGaA verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen (§ 291 I 1 Alt. 2 AktG).
- Soll der Gewinn nur anteilig abgeführt werden, handelt es sich um einen **Teilgewinnabführungsvertrag** i.S.v. § 292 I Nr. 2 AktG.
- Dem Gewinnabführungsvertrag wird durch die Fiktion in § 291 I 2 AktG der sog. **Geschäfts- bzw. Betriebsführungsvertrag** gleichgestellt. In der Praxis sind diese Verträge selten, da sie für die Begründung der steuerlichen Organschaft (dazu sogleich) nicht ausreichen.



I. Gewinnabführungsvertrag

1. Einführung

- **Motiv** für den Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags ist das **Privileg der steuerlichen Organschaft**.
- Ausreichend hierfür ist nach **§§ 14 I 1, 17 Satz 1 KStG** ein isolierter Gewinnabführungsvertrag.
- Mit einer **abhängigen GmbH** sind isolierte Gewinnabführungsverträge (§ 17 KStG) üblich. Auf den Abschluss eines Beherrschungsvertrags wird aufgrund des weitreichenden Weisungsrechts der Gesellschafterversammlung häufig verzichtet.
- Bei einer **abhängigen AG oder KGaA** dominieren hingegen Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge, um die eigenständige Leistung des abhängigen Unternehmens (§ 76 I AktG) und die Einschränkungen des beherrschenden Einflusses (§§ 57 ff., 311 I AktG) zu beseitigen.



I. Gewinnabführungsvertrag

2. Abschluss, Änderung und Aufhebung

- Ist die abhängige Gesellschaft eine **AG** oder **KGaA** gelten für den Abschluss, die Änderung und die Aufhebung eines Gewinnabführungsvertrags die **§§ 293-299 AktG**.
- Der Gewinnabführungsvertrag kann **befristet** werden. Die Dauer können die Parteien privatautonom bestimmen.
- Aber: Um das Privileg der steuerlichen Organschaft zu erreichen, muss der Gewinnabführungsvertrag nach **§ 14 I 1 Nr. 3 KStG** auf **mindestens fünf Jahre** abgeschlossen werden.



I. Gewinnabführungsvertrag

2. Abschluss, Änderung und Aufhebung

- Ist die abhängige Gesellschaft eine **GmbH** finden die §§ 293-299 AktG keine (analoge) Anwendung.
- Die Verpflichtung, den ganzen Gewinn abzuführen, ist eine **Änderung des Gesellschaftszwecks**.
- Die hierfür erforderliche Änderung des Gesellschaftsvertrags (§ 53 I GmbHG) bedarf einer **qualifizierten Mehrheit** von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen, muss **notariell beurkundet** (§ 53 II 1 GmbHG) und in das **Handelsregister eingetragen** werden (§ 54 III GmbHG).
- Nach **a. A.** muss der Beschluss **analog § 33 I 2 BGB** sogar **einstimmig** gefasst werden. Hierfür kann auch die Wertung des § 53 III GmbHG angeführt werden, da das Recht der (außenstehenden) Gesellschafter auf Gewinnbeteiligung für die Dauer des Gewinnabführungsvertrags „ins Leere“ läuft.



Einheit 10: Vertragskonzern (4/5)

I. Gewinnabführung

2. Abschluss, Änderung

- Ist die abhängige Gesellschaft (analoge) Anwendung des § 304 AktG?
- Die Verpflichtung der Gesellschaft zur Gewinnabführung ist ein **Gesellschaftszweck**.
- Die hierfür erforderliche **qualifizierte Mehrheit** (analog § 304 AktG) bedarf einer **qualifizierten Mehrheit** von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen, muss **notariell beurkundet** (§ 53 II 1 GmbHG) und in das **Handelsregister eingetragen** werden (§ 54 GmbHG).
- Nach **a. A.** muss der Beschluss **analog § 33 I 2 BGB** sogar **einstimmig** gefasst werden. Hierfür kann auch die Wertung des § 53 III GmbHG angeführt werden, da das Recht der (außenstehenden) Gesellschafter auf Gewinnbeteiligung für die Dauer des Gewinnabführungsvertrags „ins Leere“ läuft.

Diese Entscheidung über diese Analogie stellt auch die Weiche für die **analoge Anwendung der §§ 304, 305 AktG**. Deren Schutz bedürfen die außenstehenden Gesellschafter nämlich nur, wenn für den Abschluss des Gewinnabführungsvertrags eine qualifizierte Mehrheit ausreicht, die außenstehenden Gesellschafter also nicht in den Genuss kommen, den „Preis“ für ihre Zustimmung aushandeln zu können.



I. Gewinnabführungsvertrag

3. Rechtsfolgen

a) Pflicht zur Gewinnabführung

Der abzuführende Gewinn – gemeint ist der Bilanzgewinn i.S.v. § 158 I 1 Nr. 5 AktG – ist in **zwei Schritten** zu ermitteln:

- (1) Der Bilanzgewinn entspricht dem **Jahresüberschuss i.S.d § 275 II Nr. 20, III Nr. 19 HGB**.
 - Dieser ist in einer sog. **Vorbilanz** zu ermitteln.
 - Der **Jahresabschluss** weist sodann keinen Jahresüberschuss aus.
 - In der **Bilanz** ist die Gewinnabführung als **Verbindlichkeit** auszuweisen (§ 266 III C. 6. HGB).
 - In der **GuV-Rechnung** wird der abzuführende Betrag als **Aufwand** verbucht (§ 277 III 2 HGB).



I. Gewinnabführungsvertrag

3. Rechtsfolgen

a) Pflicht zur Gewinnabführung

Der abzuführende Gewinn – gemeint ist der Bilanzgewinn i.S.v. § 158 I 1 Nr. 5 AktG – ist **in zwei Schritten** zu ermitteln:

(2) In Anbetracht der Tatsache, dass der Bilanzgewinn eine beeinflussbare Größe ist (z. B. Auflösung von Rücklagen), bestimmt **§ 301 Satz 1 AktG** einen **Höchstbetrag** für die Gewinnabführung.

- **Ausgangspunkt** ist der (hypothetische) Jahresüberschuss, der ohne die Gewinnabführung auszuweisen wäre.
- Von dem hypothetischen Jahresüberschuss sind **drei Beträge zu subtrahieren**:
 - ein Verlustvortrag aus dem Vorjahr,
 - der nach § 300 Nr. 1 AktG in die gesetzliche Rücklage (§ 150 AktG) einzustellende Betrag und
 - der nach § 268 VIII HGB ausschüttungsgespernte Betrag.



I. Gewinnabführungsvertrag

3. Rechtsfolgen

a) Pflicht zur Gewinnabführung

Der abzuführende Gewinn – gemeint ist der Bilanzgewinn i.S.v. § 158 I 1 Nr. 5 AktG – ist **in zwei Schritten** zu ermitteln:

(2) In Anbetracht der Tatsache, dass der Bilanzgewinn eine beeinflussbare Größe ist (z. B. Auflösung von Rücklagen), bestimmt das **AktG** einen **Höchstbetrag** für die Gewinnabführung.

- **Ausgangspunkt** ist die Gewinnabführung auszuweisen
- Von dem hypothetischen Bilanzgewinn sind zu subtrahieren:
 - ein Verlustvortrag
 - der nach § 300 AktG festgesetzte Betrag und
 - der nach § 268 VIII HGB ausschüttungsgespernte Betrag.

Fällig ist der Anspruch auf Gewinnabführung mit der **Feststellung der Abschlüsse** (§ 242 I-III HGB, §§ 172, 173 AktG). In dem Gewinnabführungsvertrag kann die Fälligkeit **abweichend geregelt** werden. Üblich ist es, sie zeitlich parallel zu dem Verlustausgleichsanspruch (§ 302 AktG) fällig werden zu lassen.



I. Gewinnabführungsvertrag

3. Rechtsfolgen

b) Unterschiede zum Beherrschungsvertrag

- Der Gewinnabführungsvertrag begründet **kein Weisungsrecht** des anderen Vertragsteils, § 308 I 1 AktG.
- Der Vorstand bzw. der Geschäftsführer der Gesellschaft haben das Unternehmen **eigenverantwortlich** nach dessen Wohl zu leiten.
- Der Gewinnabführungsvertrag begründet **keine Abhängigkeits- oder Konzernvermutung** (§ 18 I 2 AktG).
- Besteht aber – wie häufig – eine Abhängigkeit nach § 17 I, II AktG, kann der andere Vertragsteil seinen beherrschenden Einfluss (nur) in den Grenzen der **§§ 311 ff. AktG** ausüben.



I. Gewinnabführungsvertrag

3. Rechtsfolgen

c) Zwingende gesetzliche Rechtsfolgen

Der Gewinnabführungsvertrag verpflichtet den anderen Vertragspartei – auch dann, wenn er isoliert geschlossen wird – dazu ...

- **Verluste** der Gesellschaft **auszugleichen** (§ 302 AktG),
- den außenstehenden Aktionären einen angemessenen **Ausgleich** (§ 304 AktG) und eine angemessene **Abfindung** (§ 305 AktG) anzubieten und
- bei Beendigung des Gewinnabführungsvertrags **Sicherheit zu leisten** (§ 303 AktG).



I. Gewinnabführung

3. Rechtsfolgen

c) Zwingende g

Der Gewinnabf

teil – auch dann, wenn e ... beschlossen wird – dazu ...

- **Verluste** der Gesellschaft **ausgleichen** (§ 302 AktG),
- den außenstehenden Aktionären einen angemessenen **Ausgleich** (§ 304 AktG) und eine angemessene **Abfindung** (§ 305 AktG) anzubieten und
- bei Beendigung des Gewinnabführungsvertrags **Sicherheit zu leisten** (§ 303 AktG).

Ist die Gesellschaft eine **GmbH**, sind die **§§ 302, 303 AktG analog** anzuwenden. Ob auch die §§ 304, 305 AktG analog anzuwenden sind, hängt davon ab, ob für den Abschluss des Gewinnabführungsvertrags die qualifizierte Mehrheit genügt (§ 53 II 1 GmbHG) oder es der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bedarf (s. o.).



II. Andere Unternehmensverträge

1. Einführung

- Unter der Sammelbezeichnung „Andere Unternehmensverträge“ nennt **§ 292 I AktG** vier Vertragstypen:
 - Gewinngemeinschaft (Nr. 1),
 - Teilgewinnabführungsvertrag (Nr. 2),
 - Betriebspacht- und
 - Betriebsüberlassungsvertrag (Nr. 3).
- Nach der Vorstellung des historischen Gesetzgebers und der h. M. ist diesen Verträgen gemeinsam, dass es sich – im Gegensatz zu § 291 I 1 Alt. 1, 2 AktG (sog. Organisationsverträge) – um **schuldrechtliche Verträge** handelt. Im Einzelnen:
 - Die Gewinngemeinschaft ist eine GbR (§ 705 BGB),
 - die übrigen Verträge sind Austauschverträge.



II. Andere Unternehmensverträge

1. Einführung

- Die Aufzählung „anderer Unternehmensverträge“ in § 292 I AktG ist **nicht abschließend**.
- Ein weiterer schuldrechtlicher Vertrag, der als anderer Unternehmensvertrag i.S.d. § 292 I AktG behandelt wird, ist der **Betriebsführungsvertrag**. Im Einzelnen:
 - Durch den Betriebsführungsvertrag verpflichtet sich ein Vertragspartner ein *fremdes* Unternehmen für Rechnung eines *anderen* zu führen. Typologisch handelt es sich um einen **Geschäftsbesorgungsvertrag** (§ 675 I BGB).
 - Da das Unternehmen **für fremde Rechnung** geführt wird, stellt **§ 291 I 2 AktG** diese Verträge dem Gewinnabführungsvertrag gleich.
 - Zu unterscheiden sind
 - der sog. **echte Betriebsführungsvertrag**, bei dem das fremde Unternehmen im Namen des Vertragspartners geführt wird, und
 - der sog. **unechte Betriebsführungsvertrag**, bei dem das fremde Unternehmen im eigenen Namen geführt wird.



II. Andere Unternehmensverträge

1. Einführung

- Trotz ihres schuldrechtlichen Charakters sind die Verträge unter dem Begriff „andere Unternehmensverträge“ zusammengefasst.
- Ziel dieser Systematik ist es, die „anderen Unternehmensverträge“ umfassend den **§§ 293-299 AktG** zu unterstellen, soweit deren Anwendungsbereich nicht ausdrücklich auf Beherrschungs- oder Gewinnabführungsverträge beschränkt ist (z. B. § 293 II 1 AktG).
- Deren Abschluss bedarf also der Zustimmung der Hauptversammlung (§ 293 I 1 AktG) sowie der Eintragung in das Handelsregister (§ 294 II AktG).



II. Andere Unternehmensverträge

1. Einführung

- Im Gegensatz zu einem Beherrschungsvertrag (§ 292 I 1 Alt. 1 AktG) lassen die anderen Unternehmensverträge die **eigenständige Leistung** der Unternehmen **unberührt**.
- Die Leitungsorgane sind allein auf das **Wohl ihres Unternehmens** verpflichtet.
- Daher muss das Organ der Gesellschaft, die Gläubigerin des Entgeltanspruchs ist, bei den Austauschverträgen (§ 292 I Nr. 2, 3 AktG) auf eine **angemessene Gegenleistung** bestehen.
- Andernfalls verletzen die Organmitglieder ihrer **Sorgfalts- und Treuepflicht** (§ 93 I 1 AktG, § 43 I GmbHG) mit der Konsequenz der **persönlichen Haftung** (§ 93 II 1 AktG, § 43 II GmbHG).



II. Andere Unternehmensverträge

2. Gewinngemeinschaft

- Gewinngemeinschaften (§ 292 I Nr. 1 AktG) sind zur Begründung einer steuerlichen Organschaft (§§ 14, 17 KStG) nicht ausreichend und daher **sehr selten**.
- **Charakteristisch** für Gewinngemeinschaften ist, dass die Gewinne in einen „Topf“ geworfen und dann nach Maßgabe des Vertrags unter den Beteiligten verteilt werden.
- Aufgrund des gemeinsamen Topfes handelt es sich bei der Gewinngemeinschaft um eine (Innen-) **GbR i.S.d. §§ 705 ff. BGB**.
- Der gemeinsame Topf dient auch der Unterscheidung von Gewinngemeinschaften einerseits und Gewinn- und Teilgewinnabführungsverträgen andererseits.



II. Andere Unternehmensverträge

2. Gewinngemeinschaft

- Gewinngemeinschaften (§ 292 I Nr. 1 BGB) sind eine steuerliche Organform mit einer steuerlichen Organschaft (§§ 14, 17 KStG). Die Organform ist **ausreichend** und daher **sehr selten**.
- **Charakteristisch** für Gewinngemeinschaften ist, dass die Gewinne in einen „Topf“ geworfen und dann nach Maßgabe des Vertrags unter den Beteiligten verteilt werden.
- Aufgrund des gemeinsamen Topfes handelt es sich bei der Gewinngemeinschaft um eine (Innen-) **GbR i.S.d. §§ 705 ff. BGB**.
- Der gemeinsame Topf dient auch der Unterscheidung von Gewinngemeinschaften einerseits und Gewinn- und Teilgewinnabführungsverträgen andererseits.

Der (**Gesellschafts-**)**Vertrag** kann nicht nur den abzuführenden Gewinn näher definieren, sondern auch die Verteilung abweichend von § 722 BGB regeln.



II. Andere Unternehmensverträge

2. Gewinngemeinschaft

- Für die Gewinngemeinschaft als anderen Unternehmensvertrag gelten die **§§ 293-299 AktG**.
- Hiermit gehen die Erfordernisse einher, die **Zustimmung der Hauptversammlung** einzuholen (§ 293 I 1 AktG) und den Vertrag in das **Handelsregister eintragen** zu lassen (§ 294 II AktG).
- Die Anwendung der §§ 293 ff. AktG kann dadurch vermieden werden, dass die Betriebe in eine **Holding-Gesellschaft** eingebracht werden, an der die designierten Vertragspartner quotaal beteiligt sind.
- Diese Konstruktion ist zwar **keine Gewinngemeinschaft** i.S.d. § 292 I Nr. 1 AktG. Aber: Die Zustimmung der Hauptversammlung kann im Einzelfall nach der sog. **Holz Müller-Judikatur** erforderlich sein.



II. Andere Unternehmensverträge

3. Teilgewinnabführungsvertrag

a) Begriff

- Nach **§ 292 I Nr. 2 AktG** muss sich die AG oder KGaA verpflichten, „einen Teil **ihres** Gewinns (Alt. 1) oder den Gewinn **einzelner ihrer Betriebe** ganz oder zum Teil (Alt. 2)“ abzuführen.
- Gemeinsam ist den Alternativen, dass der Zahlbetrag eine **variable Größe** aus einer **periodischen Gewinnermittlung** sein muss.
- Der **Begriff des Gewinns** kann in dem Vertrag definiert werden. Übliche Bezugsgrößen sind der Jahresüberschuss, der Bilanzgewinn, der Umsatzerlös und der Nettoertrag. Die privatautonome Gestaltungsbefugnis wird insbesondere durch den Höchstbetrag nach **§ 301 AktG** beschränkt.
- **Kein Teilgewinnabführungsvertrag** liegt vor, wenn die Zahlung einer vom Gewinn unabhängigen Summe – sei sie gleichbleibend, sei sie von einer anderen Bezugsgröße abhängig (z. B. Betriebsexporte) – versprochen wird.



II. Andere Unternehmensverträge

3. Teilgewinnabführungsvertrag

a) Begriff

- Eine typische Erscheinung des Teilgewinnabführungsvertrags ist die **stille Gesellschaft** (§§ 230 ff. HGB) an einer AG oder KGaA.
- **Gewinnschuldverschreibungen** (§ 221 I 1 Alt. 2 AktG) und **Genussrechte** (§ 221 III AktG) können zwar ebenfalls unter § 292 I Nr. 2 AktG subsumiert werden. Nach ganz h. M. ist für sie aber **§ 221 AktG *lex specialis***, der die Anwendung der §§ 293 ff. AktG ausschließt.
- In **§ 292 II AktG** sind Gestaltungen aufgezählt, die ebenfalls den Tatbestand des § 292 I Nr. 2 AktG unterfallen (z. B. Boni der Vorstandsmitglieder, Fall 1), bei denen aber die Anwendung der §§ 293 ff. AktG unpassend erscheint. Daher werden sie aus dem Kreis der Teilgewinnabführungsverträge herausgenommen.



II. Andere Unternehmensverträge

3. Teilgewinnabführungsvertrag

b) Rechtsfolgen

- Die Verpflichtung zur Abführung eines vertraglich näher bestimmten Gewinnanteils verschlechtert die finanzielle Grundlage der Gesellschaft und damit *wirtschaftlich* die Position der **Gesellschaftsgläubiger**.
- Zu ihrem Schutz enthält das AktG **zwei Vorgaben**:
 - (1) Modifikation des in die gesetzliche Rücklage einzustellenden Betrags nach § 300 Nr. 2 AktG
 - (2) Angemessene Gegenleistung



II. Andere Unternehmensverträge

3. Teilgewinnabführungsvertrag

b) Rechtsfolgen

(1) Gesetzliche Rücklage

In die gesetzliche Rücklage sind nach **§ 150 II AktG** einzustellen:

- Jahresüberschuss,
- abzüglich des Verlustvortrags aus dem Vorjahr,
- davon der zwanzigste Teil (= 5 %),
- bis die gesetzliche Rücklage UND die Kapitalrücklage (§ 272 II Nr. 1-3 HGB) mindestens 10 % des Grundkapitals betragen.

Dieser Betrag wird durch **§ 300 Nr. 2 AktG** dahingehend modifiziert, dass die **Verpflichtung zur Gewinnabführung** – diese ist sowohl in die Bilanz (§ 266 III C. 6. HGB) als auch in den Jahresabschluss (§ 275 II Nr. 13, III Nr. 12 HGB) aufzunehmen – **unberücksichtigt** bleiben.



II. Andere Unternehmensverträge

3. Teilgewinnabführungsvertrag

b) Rechtsfolgen

(2) Angemessene Gegenleistung

- Der *Teilgewinnabführungsvertrag* hebt die Vermögensbindung durch die §§ 57, 58, 60 AktG nicht auf. Die Regelung des § 291 III AktG ist auf Beherrschungs- oder Gewinnabführungsverträge (§ 291 I 1 AktG) beschränkt.
- Ist der andere Vertragsteil **Aktionär der Gesellschaft**, erlangt er durch die Teilgewinnabführung einen **Sondervorteil**.
- Den übrigen Aktionären stehen nach ganz h. M. keine Rechte aus den **§§ 304-307 AktG** zu. Die Vorschriften finden auf einen Teilgewinnabführungsvertrag **keine Anwendung**.
- Daher muss der Teilgewinnabführungsvertrag – aufgrund seiner Natur als Austauschvertrag – zum Schutz der übrigen Aktionäre der AG eine der Höhe nach **angemessene Gegenleistung vorsehen**.
- Ist die Gegenleistung unangemessen niedrig, ist der Teilgewinnabführungsvertrag nach **§ 134 BGB nichtig**.



II. Andere Unternehmensverträge

3. Teilgewinnabführungsvertrag

c) GmbH als verpflichtete Gesellschaft

(1) Vorüberlegung: Abführung des ganzen Gewinns

- Verträge, durch die sich eine GmbH verpflichtet, ihren **ganzen Gewinn abzuführen**, greifen in den **Gesellschaftszweck**, die **Zuständigkeitskompetenz** der Gesellschafter (§ 46 Nr. 1 Fall 2 GmbHG) und ihr **Gewinnbezugsrecht** satzungsgleich ein.
- Mit anderen Worten: Der Vertrag ändert die Grundstruktur der GmbH in einer Weise, deren Bedeutung einer **Satzungsänderung entspricht**.
- Daher besteht weitgehend Einigkeit, dass die Vorschriften der **§§ 53, 54 GmbHG analog** gelten.



II. Andere Unternehmensverträge

3. Teilgewinnabführungsvertrag

c) GmbH als verpflichtete Gesellschaft

(1) Vorüberlegung: Abführung des ganzen Gewinns

Dies analoge Anwendung der §§ 53, 54 GmbHG bedeutet:

- Der Vertrag bedarf **analog § 53 I GmbHG** der Zustimmung Gesellschafterversammlung.
- Nach h. M. bedarf der Beschluss nicht nur einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen (§ 53 II 1 GmbHG), sondern **analog § 53 III GmbHG** der **Zustimmung sämtlicher Gesellschafter**.
- Schließlich bedarf der Vertrag zu seiner Wirksamkeit – in Anlehnung an § 294 II AktG – **analog § 54 III GmbHG** der **Eintragung in das Handelsregister**.



II. Andere Unternehmensverträge

3. Teilgewinnabführungsvertrag

c) GmbH als verpflichtete Gesellschaft

(2) Gewinn soll nur teilweise abgeführt werden

Gelten die §§ 53, 54 GmbHG hierfür auch analog?

- **BGHZ 223, 13 ff.** differenziert danach, ob die Verpflichtung „satzungsüberlagernde Wirkung“ hat.
- Dies ist nicht notwendig der Fall:
 - Bei der **AG** beruht das Erfordernis der Zustimmung der Hauptversammlung (§ 293 I 1 AktG) auf der Kompetenzabgrenzung der Organe, insbesondere der Tatsache, dass der Vorstand die Gesellschaft „unter eigener Verantwortung“ zu leiten hat (§ 76 I AktG).
 - Dem Geschäftsführer einer **GmbH** steht kein vergleichbar weisungsfreies Leitungsermessen zu. Vielmehr ist er bei besonders bedeutsamen Geschäften nach § 49 II GmbHG verpflichtet, die Angelegenheit der Gesellschafterversammlung vorzulegen; jede andere Angelegenheit kann die Gesellschafterversammlung an sich ziehen und Weisungen erteilen.



II. Andere Unternehmensverträge

3. Teilgewinnabführungsvertrag

c) GmbH als verpflichtete Gesellschaft

(2) Gewinn soll nur teilweise abgeführt werden

Gelten die §§ 53, 54 GmbHG hierfür auch analog?

- **BGHZ 223, 13 ff.** differenziert danach, ob die Verpflichtung „satzungsüberlagernde Wirkung“ hat.
- Dies ist nicht notwendig der Fall:
 - Bei der **AG** beruht das Erfordernis der Zustimmung der Hauptversammlung (§ 293 I 1 AktG) auf der Kompetenzabgrenzung der Organe, insbesondere der Tatsache, dass der Geschäftsführer die „gesamte Verantwortung“ zu leiten hat (§ 76 AktG).
 - Dem Geschäftsführer einer **GmbH** steht ein weitgehendes **Leitungsermessen** zu. Vielmehr ist der Geschäftsführer nach § 49 II GmbHG der **Gesellschafterversammlung** vorzulegen und von dieser an sich ziehen und Weisungen erteilen.

Zwischenergebnis:
Daher bedürfen die Gesellschafter **nicht notwendig** des Schutzes durch Begrenzung der Leitungskompetenz der Geschäftsführung.



II. Andere Unternehmensverträge

3. Teilgewinnabführungsvertrag

c) GmbH als verpflichtete Gesellschaft

(2) Gewinn soll nur teilweise abgeführt werden

Gelten die §§ 53, 54 GmbHG hierfür auch analog?

- **BGHZ 223, 13 ff.** differenziert danach, ob die Verpflichtung „satzungsüberlagernde Wirkung“ hat.
- Hierüber ist **im Einzelfall** zu entscheiden.
- Maßgeblich ist, welche **Rechtsstellung des Berechtigten** eingeräumt wird.
- Für die Verpflichtung zur Abführung von **20 % des Jahresüberschusses** hat der BGH (a.a.O.) eine satzungsüberlagernde Wirkung mangels zusätzlicher Anhaltspunkte verneint.
- Wie in Fällen zu entscheiden ist, in denen „**Großteil oder zumindest der überwiegende Anteil der Gewinne**“ abzuführen ist, hat der Senat ausdrücklich offengelassen.



II. Andere Unternehmensverträge

3. Teilgewinnabführungsvertrag

d) Fehlerhafter Teilgewinnabführungsvertrag

- Für den Teilgewinnabführungsvertrag gelten die **allgemeinen Unwirksamkeits-, Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe** (z. B. § 134 BGB i.V.m. §§ 57 ff. AktG bei einer unangemessen niedrigen Gegenleistung).
- Nach der **Rspr.** gelten für einen fehlerhaften Teilgewinnabführungsvertrag die **Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft entsprechend**.
 - Motiviert ist diese Rspr. dadurch, dass der Teilgewinnabführungsvertrag i.d.R. eine **stille Gesellschaft** (§§ 230 ff. HGB) ist.
 - Wird der Vertrag bereits **vollzogen**, kann er **nur ex nunc gekündigt** werden.
 - An die Stelle des Anspruchs auf Rückzahlung der Einlage soll dann ein **Anspruch auf Auseinandersetzung** treten.



II. Andere Unter

3. Teilgewinnabfüh

d) Fehlerhafter

- Für den Te
samkeits-, Nichtigkeits- und Anrechnungsg
i.V.m. §§ 57 ff. AktG bei einer unangemessen nicht (Gegenleistung).
- Nach der **Rspr.** gelten für einen fehlerhaften Teilgewinnabführungsvertrag die **Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft entsprechend.**
 - Motiviert ist diese Rspr. dadurch, dass der Teilgewinnabführungsvertrag i.d.R. eine **stille Gesellschaft** (§§ 230 ff. HGB) ist.
 - Wird der Vertrag bereits **vollzogen**, kann er **nur ex nunc gekündigt** werden.
 - An die Stelle des Anspruchs auf Rückzahlung der Einlage soll dann ein **Anspruch auf Auseinandersetzung** treten.

In der **Literatur** wird die entsprechende Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft mit der Begründung abgelehnt, dass der Stille nicht nach außen in Erscheinung trete, daher **keine hinreichenden Rückabwicklungsschwierigkeiten** bestünden, die es rechtfertigten, die Anwendung der §§ 812 ff. BGB auszuschließen.



II. Andere Unternehmensverträge

4. Betriebspacht-, Betriebsüberlassungsvertrag

a) Einführung

- In der Praxis haben diese Verträge – im Gegensatz zu Gewinngemeinschaften (§ 292 I Nr. 1 AktG) – erhebliche Bedeutung.
- Den Verträgen i.S.d. § 292 I Nr. 3 AktG ist gemeinsam, dass sie die **Leitungsmacht** über das Unternehmen **verlagern**.
- Gegenstand der Verträge muss das **gesamte Unternehmen** der Gesellschaft sein. Die Verpachtung bzw. Überlassung einzelner Betriebe oder Betriebsteile ist kein Unternehmensvertrag i.S.d. § 292 I Nr. 3 AktG.
- Die Nichtigkeit nach § 134 BGB wegen des Eingriffs in die Leitungsmacht des Vorstands (§ 76 I AktG) wird dadurch vermieden, dass es sich um andere **Unternehmensverträge** handelt, die den **§§ 293 ff. AktG** unterstellt sind.
- Die Verträge enthalten auch **schuldrechtliche Elemente** (z. B. Fruchtziehung, Pachtzins) für die die **§§ 581 ff. BGB** gelten.



II. Andere Unternehmensverträge

4. Betriebspacht-, Betriebsüberlassungsvertrag

b) Betriebspacht

- Bei der Betriebspacht verpflichtet sich der Pächter das Unternehmen (s. o.) des Verpächters **im eigenen Namen** und **auf eigene Rechnung** zu betreiben.
- Die Gegenleistung besteht in der Zahlung des vereinbarten **Pachtzinses** (§ 581 I BGB).



II. Andere Unternehmensverträge

4. Betriebspacht-, Betriebsüberlassungsvertrag

c) Betriebsüberlassung

- Schuldrechtlich handelt es sich gleichfalls um einen **Pachtvertrag** (§§ 581 ff. BGB). Dieser tritt allerdings nicht nach außen in Erscheinung.
- Vielmehr verpflichtet sich der Übernehmer dazu, das Unternehmen (s. o.) der überlassenden Eigentümergesellschaft **auf eigene Rechnung**, aber **im Namen des Überlassenden** zu betreiben.
- Da der Übernehmer **kein Organ der Eigentümergesellschaft ist**, also über keine organschaftliche Vertretungsmacht verfügt, muss die Eigentümergesellschaft dem Übernehmenden eine **umfassende Vollmacht** erteilen, damit dieser seine Verpflichtung erfüllen kann.
- Aufgrund der Tatsache, dass die durch den Übernehmer begründeten Verbindlichkeiten die Eigentümergesellschaft treffen (§ 164 I 1 BGB), muss der Übernehmer sie von diesen **Verbindlichkeiten freistellen**.



II. Andere Unternehmensverträge

4. Betriebspacht-, Betriebsüberlassungsvertrag

d) Verpächter bzw. Überlassender ist eine GmbH

- Der Abschluss eines Vertrags nach § 292 I Nr. 3 AktG durch eine GmbH als Verpächter bzw. Überlassender steht – jedenfalls wertungsmäßig – einer **Zweckänderung der Eigentümergesellschaft** gleich, da das Unternehmen nicht mehr selbst betrieben wird.
- Daher bedürfen die Verträge **analog § 53 I GmbHG** eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung.
- Nach h. M. genügt aufgrund der der Eigentümergesellschaft zufließenden Gegenleistung (§ 581 I BGB, dazu sogleich) **analog § 53 II 1 GmbHG** eine **Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen**.
- Wirksam werden die Verträge – in Anlehnung an § 294 II AktG – **analog § 54 III GmbHG** erst mit ihrer **Eintragung in das Handelsregister**.



II. Andere Unternehmensverträge

4. Betriebspacht-, Betriebsüberlassungsvertrag

e) **Gesellschafter- und Gläubigerschutz**

Dem Schutz der Gesellschafter und der Gläubiger der Eigentümergesellschaft dienen **zwei Regelungen**:

- (1) Erfordernis einer angemessenen Gegenleistung
- (2) Modifizierte Verlustausgleichspflicht



II. Andere Unternehmensverträge

4. Betriebspacht-, Betriebsüberlassungsvertrag

e) Gesellschafter- und Gläubigerschutz

(1) Angemessene Gegenleistung

- Die Verträge nach § 292 I Nr. 3 AktG müssen – aufgrund ihrer Natur als Austauschverträge – zum Schutz der Aktionäre der Eigentümergesellschaft eine der Höhe nach **angemessene Gegenleistung vorsehen**.
- Für den Vorstand der Gesellschaft ergibt sich dieses inhaltliche Gebot aus **§ 93 I AktG**. Er ist den Interessen der Gesellschaft verpflichtet und hat daher auf einer angemessenen Gegenleistung zu bestehen.
- Ist die Gegenleistung unangemessen niedrig, ist der jeweilige Vertrag – im Gegensatz zu dem Teilgewinnabführungsvertrag (s. o.) – **nicht nach § 134 BGB** nichtig. Dies ergibt sich daraus, dass **§ 302 II AktG** trotz einer unangemessen niedrigen Gegenleistung den Verlustausgleich unter Geltung des (wirksamen) Vertrags voraussetzt.



II. Andere Unternehmensverträge

4. Betriebspacht-, Betriebsüberlassungsvertrag

e) Gesellschafter- und Gläubigerschutz

(2) Modifizierte Verlustausgleichspflicht

- Ferner hat die Eigentümergesellschaft nach **§ 302 II AktG** Anspruch auf einen modifizierten Verlustausgleich.
- Danach ist die **angemessene Vergütung** auf den unter Geltung des Vertrags entstehenden **Jahresfehlbetrag** (§ 275 II Nr. 20, III Nr. 19 HGB) **anzurechnen**. Auszugleichen ist nur die verbleibende **Differenz**.



II. Andere Unternehmen

4. Betriebspacht-, Betriebsübernahme- und e) Gesellschafter- und

In dem **Jahresabschluss** sind u. a. Ersatzansprüche gegen den Pächter bzw. Übernehmer zu aktivieren (z. B. **§ 317 AktG**, wenn dieser Aktionär der Eigentümergesellschaft ist), weshalb ein *häufig* ein ausgleichender Jahresfehlbetrag fehlt.

(2) Modifizierte Verlustausgleichspflicht

- Ferner hat die Eigentümergesellschaft nach **§ 302 II AktG** Anspruch auf einen modifizierten Verlustausgleich.
- Danach ist die **angemessene Vergütung** auf den unter Geltung des Vertrags entstehenden **Jahresfehlbetrag** (§ 275 II Nr. 20, III Nr. 19 HGB) **anzurechnen**. Auszugleichen ist nur die verbleibende **Differenz**.



Lesehinweise zur Vertiefung:

- BGH, ZIP 2005, 254 ff. & 753 ff. (fehlerhafter Teilgewinnabführungsvertrag)
- BGHZ 223, 13 ff. = NJW 2019, 3302
- *Henrichs*, Gewinnabführung und Verlustausgleich im Vertragskonzern, ZHR 174 (2010), 683 ff.
- *Lieder/Wernert*, Teilgewinnabführungsverträge im Recht der GmbH, NZG 2020, 361 ff.



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

C | A | U

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)

LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, DEUTSCHES UND
EUROPÄISCHES GESELLSCHAFTS- UND WIRTSCHAFTSRECHT
INSTITUT FÜR WIRTSCHAFTS- UND STEUERRECHT

MAIL: SEK.FEST@LAW.UNI-KIEL.DE

AKTUELLE HINWEISE FINDEN SIE UNTER:

Homepage: <https://www.fest.jura.uni-kiel.de/de>

Facebook: <http://fb.me/LehrstuhlFest>

Twitter: [@FestTimo](https://twitter.com/FestTimo)

