

Die Beendigung kombinierter Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge mit abhängiger GmbH

Inauguraldissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

vorgelegt von Marcel Hagemann

Erstgutachter: Professor Dr. Ulrich Noack
Zweitgutachter: Professor Dr. Jan Busche

Jahr der mündlichen Prüfung: 2004

Vorwort

Diese Arbeit lag der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf im Sommersemester 2004 als Dissertation vor. Sie entstand in den Jahren 2001 und 2002 während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

Mein Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Ulrich Noack, der diese Arbeit stets wohlwollend begleitet und mit wertvollen Hinweisen die Erstellung gefördert hat. Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Professor Dr. Jan Busche für die sorgfältige und zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonderer Dank gebührt meinen Eltern, die mich während meiner gesamten juristischen Ausbildung unterstützt haben und mir immer mit Rat und Tat zur Seite standen. Ihnen widme ich diese Arbeit. Mein Dank gilt ebenfalls Herrn Rechtsanwalt Dr. Philipp Schäfer, der in zahlreichen Diskussionen mit wertvollen Anregungen zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen hat. Nicht zuletzt möchte ich mich bei Anika Meinefeld bedanken, ohne deren fortwährende Unterstützung diese Arbeit so nicht zustande gekommen wäre.

Düsseldorf im März 2005

Marcel Hagemann

Erster Teil – Einführung	1
A. Einleitung.....	1
B. Allgemeines zu kombinierten Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen	3
C. Entwicklung des Vertragskonzernrechts.....	5
D. Gang der Untersuchung	7
Zweiter Teil – Schutz der am Vertrag beteiligten Personen	9
A. Schutz der abhängigen Gesellschaft.....	9
I. Verweigerungsrecht der abhängigen GmbH	11
1. Einflußnahme außerhalb des Leitungsrechts	13
a) Widerspruch der Gesellschafterversammlung	20
b) Aufsichtsrat verweigert Zustimmung	22
2. Weisung oder Durchführung der Weisung verstößt gegen gesetzliche Bestimmungen oder satzungrechtliche Schranken...	25
3. § 308 Abs. 2 Satz 2 AktG entsprechend.....	28
4. Mangelnde Solvenz des herrschenden Unternehmens	34
II. Schutz durch Verlustausgleich	34
III. Schutz durch Sekundäransprüche	37
IV. Zusammenfassung: Schutz der abhängigen GmbH.....	42
B. Schutz der Gläubiger der abhängigen Gesellschaft	43
C. Schutz der Arbeitnehmer.....	44
D. Schutz der außenstehenden Gesellschafter.....	46
Dritter Teil – Beendigungstatbestände	54
A. Allgemeines	54
B. Wirkung der Eintragung.....	55
C. Automatische Beendigung von Organschaftsverträgen.....	56
I. Befristung und auflösende Bedingung	56
II. Vertragsbeendigung nach § 307 AktG	57
III. Insolvenz eines Vertragspartners.....	58
IV. Sonstige Auflösungsgründe eines Vertragsteils	63
D. Aufhebungsvertrag	63

I. Rechtsprechung	65
II. Literatur	67
III. Anwendbarkeit des § 47 Abs. 4 GmbHG?	67
IV. Diskussion	71
1. Unlösbarer Zusammenhang zwischen §§ 293 AktG einerseits und § 296 AktG andererseits – Oder: Die Bedeutung des § 293 Abs. 1 Satz 4 AktG	71
2. Die „Stromlieferungs“-Entscheidung des BGH	73
3. Rechtspolitische Kritik an § 296 Abs. 2 AktG als Argument für eine restriktive Anwendung	75
4. Tendenz zu einem eigenständigen GmbH-Konzernrecht	81
5. Der „actus-contrarius“-Gedanke – die Rückgängigmachung einer Satzungsänderung ist ebenfalls eine Satzungsänderung	83
6. Entsprechende Anwendbarkeit der §§ 53, 45 GmbHG, 33, 35 BGB	86
7. Weitere Voraussetzungen des Aufhebungsvertrages	88
a) Zustimmung auf Seiten des herrschenden Unternehmens	88
b) Analoge Anwendung des § 296 Abs. 1 AktG	94
V. Zwischenergebnis	96
E. Kündigung	97
I. Ordentliche Kündigung	97
1. Kündigungserklärung	98
2. Zustimmungserfordernis zur Kündigung durch die beherrschte GmbH	98
3. Zustimmungserfordernisse zur Kündigung durch das herrschende Unternehmen	101
4. Zeitpunkt	102
II. Zwischenergebnis	103
III. Außerordentliche Kündigung	103
1. Kündigungserklärung und etwaige Zustimmungserfordernisse 104	
a) Kündigung durch die beherrschte GmbH	105

b) Kündigung durch das herrschende Unternehmen.....	107
2. Kündigungsgrund	108
a) Kündigung durch das herrschende Unternehmen.....	109
aa) Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse	109
bb) Insolvenz der beherrschten GmbH	114
cc) Andere Auflösungsgründe der beherrschten GmbH ..	116
dd) Schwere Vertragsverletzung	116
ee) Anteilsverlust des herrschenden Unternehmens.....	116
ff) §§ 304 Abs. 5, 305 Abs. 5 Satz 4 AktG	120
b) Kündigung durch die beherrschte GmbH.....	120
aa) § 297 Abs. 1 Satz 2 AktG analog.....	120
bb) Verringerung der Beteiligung an beherrschter GmbH	124
cc) Schwere Vertragsverletzungen	125
dd) Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse	127
c) Beiderseitiges Kündigungsrecht.....	129
d) Vertragliche Vereinbarungen über den wichtigen Grund	129
IV. Zwischenergebnis	134
F. Umwandlungen der Vertragsparteien	135
I. Umwandlungen der beherrschten GmbH.....	136
1. Verschmelzung eines Dritten auf die beherrschte GmbH.....	136
2. Verschmelzung der beherrschten GmbH auf einen Dritten	140
3. Spaltung der beherrschten GmbH.....	142
4. Vermögensübertragung der beherrschten GmbH.....	143
5. Formwechsel der beherrschten GmbH.....	143
II. Umwandlungen des herrschenden Unternehmens	143
III. Zwischenergebnis	146
G. Rücktritt	147
Vierter Teil – Thesen	148

Erster Teil – Einführung

A. Einleitung

Unternehmensverträge, namentlich Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge, sind „Kinder des deutschen Steuerrechts“.¹ Wird eine juristische Person wirtschaftlich ausschließlich für ein anderes Unternehmen tätig, so werden beide Unternehmen steuerrechtlich als Einheit (Organkreis) behandelt und entsprechend einheitlich besteuert, was oftmals Vorteile gegenüber einer Einzelbesteuerung mit sich bringt.² Steuerrechtlich ist das Institut der Organschaft bereits seit 1902 bekannt.

Diese Gestaltungsmöglichkeit führte zum Abschluß zahlreicher Organschaftsverträge zwischen abhängigen Kapitalgesellschaften und dem herrschenden Unternehmen,³ obgleich die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen für solche Verträge erst viel später gelegt wurden. Dies verwundert angesichts der spezifisch gesellschaftsrechtlichen Probleme, die die Behandlung von Organschaftsverträgen mit sich bringt. Anders als schuldrechtliche Verträge, die lediglich die Gesellschaft verpflichten, modifizieren Organschaftsverträge das innere Gefüge der abhängigen Gesellschaft. Der Gesellschaftszweck wird geändert und das Gewinnbezugsrecht der einzelnen Gesellschafter wird suspendiert.

Erst mit der Aktienrechtsreform von 1965 wurden gesellschaftsrechtliche Regelungen über derartige Unternehmensverbindungen normiert. Diese regeln unmittelbar allerdings nur Vertragskonzerne mit abhängiger Aktiengesellschaft bzw. abhängiger Kommanditgesellschaft auf Aktien (§§ 291 -

¹ Priester ZGR 1996, 189, 190; Wiedemann/Hirte, 50 Jahre BGH, Band II, "Konzernrecht", S. 335; 367; Hoffmann-Becking in Münchener Vertragshandbuch Bd.1, IX.2 Anm.1.

² Zu den hier nicht behandelten steuerrechtlichen Wirkungen der Organschaft, wird auf die umfangreiche Literatur verwiesen: z.B. Schmidt/Müller/Stöcker, Die Organschaft; Schuhmann, Die Organschaft; speziell zur körperschaftssteuerrechtlichen Organschaft im GmbH-Konzern: Pache, Die körperschaftssteuerliche Organschaft im GmbH-Vertragskonzern; zu den durch das Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts vom 20.12.2001, BGBl. I 2001, 3858 und das Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz vom 19.12.2001, BGBl. I 2001, 3922 bewirkten Änderungen: Prinz FR 2002, 66-75.

³ Diesen Befund stellte der Gesetzgeber auch der Aktienrechtsreform von 1965 voran, vgl. im Einzelnen RegBegr. bei Kropff, S. 373.

307 AktG). Der im Steuerrecht als Organschaftsvertrag bezeichnete Vertragstypus wird zivilrechtlich als Kombination von Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag in § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG normiert. Demgegenüber fehlt es bis heute an gesellschaftsrechtlichen Regelungen über Unternehmensverbindungen mit abhängiger GmbH, obwohl sich steuerrechtlich auch diese Gesellschaftsform als Organgesellschaft eignet, vgl. § 17 KStG.

Diese Regelungslücke wird durch Rechtsprechung und Wissenschaft zunehmend geschlossen, ohne daß zum jetzigen Zeitpunkt bereits von einem konsistenten GmbH-Konzernrecht gesprochen werden könnte. Bislang standen vor allem Fragen des Vertragsschlusses und des Umfangs der Leitungsmacht im Mittelpunkt der Diskussion, während die Probleme der Vertragsbeendigung nur punktuell erforscht wurden. Auf den ersten Blick mag diese Diskussionsentwicklung verblüffen, kommt es doch vielfach auf die Frage an, wann bzw. ob der kombinierte Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag endet.⁴

Die vorliegende Arbeit soll sich deshalb mit den Voraussetzungen der verschiedenen Beendigungstatbestände im GmbH-Vertragskonzernrecht auseinandersetzen. Hierbei wird den Schutzmöglichkeiten der an dem Vertrag Beteiligten besonderes Augenmerk gewidmet. Es soll insbesondere der Frage nachgegangen werden, ob sich die Beendigungstatbestände dazu eignen, ein etwaiges Schutzdefizit einzelner Beteiligter vor, während und nach der Vertragsdurchführung zu kompensieren.

Nach einigen allgemeinen Erläuterungen zu Unternehmensverträgen, wird ein Überblick über die Entwicklung der Organschaft bzw. des Vertragskonzernrechts folgen. Im Anschluß daran werden die Schutzmöglichkeiten der am Vertrag Beteiligten und die Beendigungstatbestände eingehend untersucht.

⁴ Timm in FS Kellermann, Rechtsfragen der Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen, S. 461.

B. Allgemeines zu kombinierten Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen

Unternehmensverträge, also insbesondere Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge, sind nur im AktG kodifiziert. Nach den dort vorzufindenden Legaldefinitionen (§ 291 Abs. 1 AktG) liegt ein Beherrschungsvertrag dann vor, wenn eine Gesellschaft ihre Leitung einem anderen Unternehmen unterstellt. Ein Gewinnabführungsvertrag ist dann gegeben, wenn sich eine Gesellschaft verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen. Diese Definitionen lassen sich ohne Modifikationen auch für solche Verträge übernehmen, bei denen eine GmbH beherrschter Vertragsteil ist.

Im Hinblick auf die Gegenleistung differenziert das AktG. So erhält die abhängige Aktiengesellschaft einen jährlichen Anspruch auf Verlustausgleich (§ 302 Abs. 1 AktG) und das herrschende Unternehmen wird verpflichtet, eine höhere als in § 150 Abs. 2 AktG normierte Rücklage bei der abhängigen Gesellschaft zu bilden (§ 300 Nr. 1 AktG). Die eigentliche Gegenleistung erhalten aber die Aktionäre der abhängigen Aktiengesellschaft. Sind diese außenstehend, also von dem herrschenden Unternehmen personenverschieden,⁵ haben sie bei Vertragsschluß das Wahlrecht, entweder gegen Abfindung aus der Gesellschaft auszuscheiden oder aber Aktionär der abhängigen Gesellschaft zu bleiben und einen jährlichen Ausgleichsanspruch (§ 304 AktG) zu erhalten. Obwohl sich diese Systematik nicht ohne weiteres auf einen Vertragskonzern mit abhängiger GmbH übertragen läßt,⁶ werden den außenstehenden Gesellschaftern im Ergebnis auch im GmbH-Vertragskonzernrecht sowohl Ausgleichs- als auch Abfindungsansprüche angeboten.

Nach der gesetzlichen Konzeption der §§ 291 ff. AktG setzen weder der Gewinnabführungs- noch der Beherrschungsvertrag voraus, daß das herrschende Unternehmen an der Gesellschaft beteiligt ist. Gleichwohl werden

⁵ Begriff ist str., vgl. im Einzelnen Kley, Die Rechtsstellung der außenstehenden Aktionäre bei der vorzeitigen Beendigung von Unternehmensverträgen, S. 29ff. Für die vorliegende Bearbeitung reicht diese Begriffsdefinition aus. Vgl. auch Hüffer § 304 Rz. 2; abweichend Pentz AG 1996, 97, 104.

⁶ Beachte zum einen, daß eine Rücklage dem GmbHG fremd ist; zum anderen zu den Unterschieden bei Vertragsabschluß unten S. 46.

solche Verträge praktisch nur bei mehrheitlicher Beteiligung abgeschlossen. Dies läßt sich vor allem auf zwei Ursachen zurückführen. Einerseits erfordert die steuerliche Organschaft tatbestandlich die „finanzielle Eingliederung“, welche dann vorliegt, wenn der Organträger an der Organgesellschaft in einem solchen Maße beteiligt ist, daß ihm die Mehrheit der Stimmrechte aus den Anteilen an der Organgesellschaft zusteht (§ 14 Nr. 1 KStG 1999, 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG 1999, 8 Ziff. 10b GewO 1999). Andererseits ist gesellschaftsrechtlich die Zustimmung der Gesellschafter der beherrschten Gesellschaft mit wenigstens satzungsändernder Mehrheit erforderlich und diese Zustimmungsquote kann wirtschaftlich sinnvoll nur erreicht werden, wenn das herrschende Unternehmen ohnehin schon den größten Stimmrechtsanteil inne hat. Man kann den außenstehenden Gesellschaftern freilich wirtschaftliche Anreize dafür bieten, für den Vertragschluß zu stimmen; wirtschaftlich sinnvoll ist dies allerdings nur, wenn die Gruppe der außenstehenden Gesellschafter klein ist. Andernfalls wird der Vorteil, der durch den Vertragsabschluß erzielt wird, direkt aufgezehrt, denn die außenstehenden Gesellschafter werden einem Organisationsvertrag nur zustimmen, wenn sie eine angemessene Entschädigung erhalten. Dies hat zur Folge, daß der Vertrag zwar zwischen zwei juristisch eigenständigen Personen zustande kommt, rein wirtschaftlich aber das herrschende Unternehmen mehrheitlich hinter der beherrschten Gesellschaft steht. Der Vertrag wird demnach zwischen dem herrschenden Unternehmen einerseits und dem „Zusammenschluß“ aus herrschendem Unternehmen und außenstehenden Gesellschaftern andererseits abgeschlossen. Da das herrschende Unternehmen gemäß § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG mit Vertragsschluß das Recht erhält, der Gesellschaft nachteilige Weisungen zu erteilen, liegt es auf der Hand, daß die außenstehenden Gesellschafter insoweit besonders gefährdet sind.⁷

Gleichwohl ist der Abschluß eines solchen kombinierten Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrags bei entsprechenden Mehrheitsverhältnissen im GmbH-Konzernrecht rechtspolitisch wünschenswert. Einerseits ist der Vertrag eintragungspflichtig, so daß für jedermann das Bestehen eines solchen Beherrschungs- und Gewinnabführungsverhältnisses er-

⁷ Koppenssteiner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, Kommentar zum GmbHG, Anh. nach § 52 Rz. 1.

kennbar ist. Zum anderen werden nur durch einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag klare Regelungen zum Schutz der Minderheitsgesellschafter sowie der Gläubiger der abhängigen GmbH getroffen. Endet der Vertrag, so haben diese für ihre Forderungen einen Anspruch auf Sicherheitsleistung gegen das herrschende Unternehmen (§ 303 AktG); ist die Leitungsmacht demgegenüber nur faktisch durch bloßen Mehrheitsbesitz vermittelt, so können sich die Gläubiger der abhängigen Gesellschaft und Minderheitsgesellschafter nur in Ausnahmekonstellationen an das herrschende Unternehmen halten, auch wenn dieses die Leitungsmacht in ähnlicher Intensität ausgeübt hat, als wenn ein Vertrag bestanden hätte.⁸

C. Entwicklung des Vertragskonzernrechts

Das Vertragskonzernrecht hat seine Wurzeln im Steuerrecht; der in diesem Rechtsgebiet gebräuchliche Begriff der Organschaft, wurde erstmals in einem Urteil des PreußOVG 1902 zur Gewerbesteuer verwendet.⁹ In diesem Fall wurde der Begriff der Organschaft, nicht wie heutzutage zu Gunsten des Steuerpflichtigen¹⁰, sondern zu dessen Lasten verwendet. Es sollte verhindert werden, daß sich eine Aktiengesellschaft der preußischen Gewerbesteuer entzieht. Wenn eine Gesellschaft nach den tatsächlichen Umständen als Angestellte anzusehen sei, sei diese auch entsprechend zu besteuern (sogenannte Angestelltentheorie). 1909 stellte das PreußOVG erstmals fest, daß eine GmbH auch Organgesellschaft sein kann.¹¹

Diese Rechtsprechung übernahm in der Folge auch der RFH,¹² übertrug diese 1922 auf das Gebiet der Körperschaftssteuer und prägte 1927, teilweise heute noch geltende, Voraussetzungen für die Organschaft: Für die Organschaft bedarf es der finanziellen, wirtschaftlichen und organisatori-

⁸ Einzelheiten bei: Assmann, Der faktische GmbH-Konzern, FS 100 Jahre GmbHG, S.657ff; Büscher, Die qualifizierte faktische Konzernierung; vgl. besonders die neuesten Entwicklungen nach dem „Bremer Vulkan“-Urteil (BGH, Urt. v. 17.9.2001 - II ZR 178/99); hierzu: Ulmer ZIP 2001, 2021 – 2029; Altmeppen ZIP 2001, 1837 - 1847

⁹ PreußOVG Urt. v. 31.5.1902, OVGSt. Bd. 10, 391, 392-394.

¹⁰ Vgl. im Einzelnen Nachweise bei FN. 2.

¹¹ PreußOVG Urt. v. 30.1.1909, OVGSt. Bd. 12, 268, 319f.; so auch PreußOVG Urt. v. 5.4.1913, OVGSt. Bd. 16, 411ff.

¹² RFH Urt. v. 12.5.1920, RStBl. 1920, 639; RFH Urt. v. 25.6.1920, RStBl. 1920, 468.

schen Eingliederung nach Art einer bloßen Betriebsabteilung.¹³ 1934 normierte der Gesetzgeber erstmals die Organschaft für die Umsatzsteuer¹⁴ und 1936 für die Gewerbesteuer¹⁵. Erst 1969 wurde die körperschaftsteuerrechtliche Organschaft in § 7a KStG normiert.¹⁶ Gesellschaftsrechtlich wurde zunächst die Wirksamkeit solcher Verträge lebhaft diskutiert; denn Organschaftsverträge greifen, im Gegensatz zu rein schuldrechtlichen Verträgen, in die Struktur der abhängigen Gesellschaft ein. Die Unternehmensleitung wird – ebenso wie etwaige Gewinne – auf Stellen außerhalb der Gesellschaft, nämlich auf den Vertragspartner, verlagert. Die überwiegende Ansicht ging allerdings von der Zulässigkeit solcher Verträge aus; eine juristische Person kann sich – im Gegensatz zu einer physischen Person oder Personengesellschaft – einem fremden Willen vertraglich so weitgehend unterwerfen, daß ihr praktisch kein eigener Wille verbleibt, da ihr gegenüber die ethische Mißbilligung der Aufgabe der Eigenpersönlichkeit nicht eingreife.¹⁷

Obwohl die kleine Aktienrechtsreform von 1931 bereits erste konzernrechtliche Regelungen ins AktG aufnahm,¹⁸ stellte erst die Aktienrechtsreform von 1965 mit den „Grundzügen eines Konzernverfassungsrechts“¹⁹ die Wirksamkeit solcher Verträge außer Streit. Der steuerrechtlich als Organschaftsvertrag bezeichnete Vertrag wurde gesellschaftsrechtlich als Kombination von Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag ausgestaltet.²⁰ Eine eigenständige Regelung für das GmbHG existiert bis heute nicht; zwar waren in der GmbHG-Novelle von 1971, 1973²¹ konzernrechtliche Vorschriften vorgesehen; sie wurden jedoch nicht verabschiedet. Die Novelle lehnte sich hinsichtlich des Konzernrechts in weiten Teilen an die §§ 291ff. AktG an.

¹³ RStBl. 1928, 52.

¹⁴ § 2 Abs. 2 Nr. UStG v. 16. 10.1934, RGBl. I S. 942.

¹⁵ § 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 GewStG v. 1.12.1936, RGBl. I. 979.

¹⁶ BGBl. I S. 1182ff.

¹⁷ Würdinger, Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Band II, F 5, F 15.

¹⁸ Hierzu Priester ZGR 1996, 189, 197.

¹⁹ So ausdrücklich Begr.RegE bei Kropff, S. 374; zu den konzernrechtlichen Vorschriften: Würdinger DB 1958, 1447-1452.

²⁰ Begr.RegE bei Kropff, S. 374; diese Begriffe werden im Folgenden – obgleich sie aus verschiedenen Rechtsbereichen stammen – synonym verwendet.

²¹ BT-Drucks. 7/253 vom 26.2.1973 entspricht BR-Drucks. 595/71 vom 5.11.1971.

Auch europäische Regelungen sind derzeit nicht zu erwarten. So wurde 1984 zwar der Entwurf einer Neunten Richtlinie zur Vereinheitlichung des Konzernrechts in Europa vorgelegt,²² der allerdings in der Kommission keine Mehrheit fand und daher nicht umgesetzt wurde. Auch eine internationale Initiative, die 1998 Vorschläge für eine Harmonisierung und Weiterentwicklung konzernrechtlicher Grundsätze und Regeln in Europa entwickelte,²³ wurde nicht aufgegriffen. Es braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden, daß in dieser Situation dem Richterrecht eine zentrale Bedeutung zukommt.²⁴

D. Gang der Untersuchung

Eine Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen der verschiedenen Beendigungstatbestände kann nicht erfolgen, ohne zuvor untersucht zu haben, inwieweit die am Vertrag Beteiligten vor, während und nach der Vertragsdurchführung hinreichend geschützt sind. Dies ist vor allem deshalb notwendig, weil nicht auszuschließen ist, daß ein etwaiges Schutzdefizit von Beteiligten durch entsprechend enge Voraussetzungen bei der Beendigung kompensiert werden kann.

Auf den ersten Blick mag es verblüffend erscheinen, daß fehlender Schutz vor bzw. während der Vertragsdurchführung möglicherweise durch Vertragsfortsetzung kompensiert wird. Gleichwohl ist ein solcher Mechanismus dem GmbH-Konzernrecht keineswegs fremd. So wurden zum Beispiel Fälle, die früher unter dem Stichwort „qualifiziert faktischer GmbH-Konzern“ zusammengefaßt waren,²⁵ zum Teil so behandelt, als bestünde ein die Leitungsmacht legitimierender Beherrschungsvertrag. In eine ähnliche Richtung weist der Vorschlag den Würdinger – noch vor der Aktiengesetzreform von 1965 – dem 42. Deutschen Juristentag unterbreitete. Die außenstehenden Gesellschafter sollten für die Zukunft einen ange-

²² abgedruckt in ZGR 1985, 444.

²³ Forum Europaeum Konzernrecht, ZGR 1998, 672-772; hierzu: Lutter, Europäisches Unternehmensrecht im 21. Jahrhundert, ZGR 2000, 1, 15.

²⁴ So auch Kuhlmann/Ahnis Konzernrecht, E I 1 d (S. 388, Rz. 290).

²⁵ vgl. FN 8.

messenen Ausgleich erhalten. Dieser sollte allerdings losgelöst von dem Unternehmensvertrag beansprucht werden können.²⁶

Ausgangspunkt der Untersuchung ist die beherrschte GmbH. Gelänge es, diese ausreichend zu schützen, so würde dies gleichsam Schutz für die am Vertrag mittelbar beteiligten Personen bedingen; eine funktionstüchtige und liquide Gesellschaft bietet den bestmöglichen Schutz für alle Beteiligten. Die Wirkung eines kombinierten Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages erstreckt sich nicht nur auf die Vertragsparteien selber, sondern auch auf die Interessen dritter Personen. In erster Linie sind hier die Gläubiger der abhängigen Gesellschaft und – sofern vorhanden – die außenstehenden Gesellschafter zu nennen. Daneben ergeben sich indirekte Auswirkungen für die Arbeitnehmer der beherrschten Gesellschaft und für die Gesellschafter des herrschenden Unternehmens. Läßt sich ausreichender Schutz der Gesellschaft an sich nicht begründen, so wird im Einzelnen zu untersuchen sein, inwieweit ein individuelles Schutzbedürfnis besteht und wie diesem Rechnung zu tragen ist.

²⁶ Würdinger, Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Band II, F 5, F 26f., wobei sich diese Äußerung auf den AG-Vertragskonzern bezog.

Zweiter Teil – Schutz der vom Vertrag betroffenen Personen

A. Schutz der abhängigen Gesellschaft

Eine GmbH wird maßgeblich durch deren Gesellschafter bestimmt (vgl. § 37 Abs. 1 GmbHG). Die Gesellschafter wiederum, so das gesetzliche Leitbild des GmbHG, verfolgen bei der Leitung der GmbH nur ihre persönlichen Interessen, welche in aller Regel darauf gerichtet sind, für sich den größtmöglichen Nutzen zu erzielen. Sie werden daher üblicherweise das Ziel anstreben, mit der Gesellschaft dauerhaft den maximalen Gewinn zu erwirtschaften und schaffen damit eine der Voraussetzungen für eine gedeihliche Entwicklung der GmbH.²⁷

Dieser Gleichlauf der Gesellschafterinteressen wird allerdings dann gestört, wenn ein Gesellschafter nicht bloß persönliche Interessen, sondern auch andere unternehmerische Interessen verfolgt. Ist ein Gesellschafter beispielsweise zusätzlich Inhaber eines Handelsgeschäfts, könnte er sich die Gesellschaft auch anders dienstbar machen.²⁸ Käme beispielsweise ein für die Gesellschaft ungünstiger Vertrag mit dem Handelsgeschäft eines Gesellschafters zustande, würde er mehr Nutzen aus der Gesellschaft ziehen, als wenn das Geschäft zu marktüblichen Konditionen zustande gekommen wäre.²⁹ Besonders prekär wird die Situation, wenn eine Gesellschaft dem beherrschenden Einfluß eines anderen Unternehmens ausgesetzt ist (vgl. § 17 Abs. 1 AktG), da dann die Gefahr besteht, daß das herrschende Unternehmen die durch Stimmenmehrheit vermittelte Leitungsmacht über die beherrschte Gesellschaft dazu nutzt, letztere ganz den eigenen Interessen unterzuordnen. Ist diese Leitungsmacht durch einen Beherrschungsvertrag legitimiert, so verschärft sich diese Gefähr-

²⁷ Koppensteiner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, Kommentar zum GmbHG, Anh. nach § 52 Rz. 1.

²⁸ Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl. 2000, Anh. Konzernrecht, Rz. 1; Hüffer § 15 Rz. 3 „gesellschaftsfremde Partikularinteressen“; Bälz, 40 Jahre BRD, Verbundene Unternehmen - Konzernrecht als Speerspitze eines fortschrittlichen Gesellschaftsrechts?, S. 177, 185f; AG 1992, 277, 281 „Sprengkörper des klassischen Gesellschaftsrechts“; vgl. auch Flume in der Diskussion über das Referat von Würdinger (Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Band II, F 5-F28) F 42.

²⁹ weitere Beispiele bei Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, 7., Aufl. § 1 III 3 a).

dungslage, da es dem anderen Vertragsteil nach § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG ermöglicht wird, dem beherrschten Unternehmen selbst nachteilige Weisungen zu erteilen. Die zahlreichen Versuche dieser Gefährdungslage zu begegnen verwundern daher nicht.³⁰

Der naheliegendste und unmittelbarste Schutz ist derjenige während der Vertragszeit. Gelänge es, bestimmte „Spielregeln“ zu etablieren, und hätte die beherrschte Gesellschaft die Möglichkeit, deren Einhaltung zu erzwingen, so könnte hierdurch der Schutz der beherrschten Gesellschaft sichergestellt werden. Diesen Weg hat der Gesetzgeber für den AG-Vertragskonzern aber nicht beschritten; vielmehr wurde, soweit sich die Weisung auf die Leitung der Aktiengesellschaft bezieht, eine generelle Folgepflicht der beherrschten Gesellschaft in § 308 Abs. 2 Satz 2 AktG statuiert. Nur dann, wenn die abhängige Gesellschaft beweisen kann, daß die für sie nachteilige Weisung offensichtlich nicht den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen³¹ dient (§ 308 Abs. 2 Satz 2 AktG), darf sie die Befolgung dieser Weisung verweigern. Da derartige dem Konzern offensichtlich nicht dienende Weisungen, so gut wie nicht vorkommen, ist nach der gesetzlichen Konzeption der Schutz während der Vertragszeit weitgehend zugunsten des Interesses an einer effizienten Leitung geopfert worden. Das herrschende Unternehmen soll den wirtschaftlichen Umständen entsprechend schnell und flexibel handeln können, ohne durch langwierige Rechtsstreitigkeiten von der eigentlichen wirtschaftlichen Betätigung abgehalten zu werden.

Diese Systematik hat nach allgemeiner Ansicht³² im wesentlichen auch dann zu gelten, wenn es sich bei dem beherrschten Vertragsteil um eine

³⁰ Immenga ZHR 140, 301-316; Geßler ZHR 140, 433-441; Emmerich in Hommelhoff, „Bestandsschutz im GmbH-Vertragskonzern“, ZGR Sonderheft 6, 1986, 64-101; Priester ZIP 1989, 1301; monographisch: Kley, Die Rechtsstellung der außenstehenden Aktionäre bei der vorzeitigen Beendigung von Unternehmensverträgen; vgl. auch Kantzas, Weisungsrecht im Vertragskonzern, der durch Einschränkung des Weisungsrechts versucht, die beherrschte Gesellschaft zu schützen; jeweils mwN.

³¹ Aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung im folgenden Konzernbelange genannt.

³² Koppensteiner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, Kommentar zum GmbHG, Anh. nach § 52 Rz. 108; Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 50; Rosenbach in Beck GmbH-HB, § 17 Rz. 27

GmbH handelt. Würde man im GmbH-Vertragskonzern dem herrschenden Unternehmen ein nicht so weitreichendes Weisungsrecht einräumen, bestünde die Gefahr, daß die rechtspolitisch wünschenswerte Privilegierung³³ der vertraglichen gegenüber der faktischen Leitungsmacht nicht erreicht würde. Fraglich ist allerdings in welchem Umfang die Grundsätze über das Weisungsrecht im Aktienvertragskonzern auch auf den GmbH-Vertragskonzern zu übertragen sind. Insbesondere wird zu untersuchen sein, ob bei einer abhängigen GmbH schon während der Durchführung des kombinierten Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages die Möglichkeit besteht, die abhängige GmbH besser zu schützen als eine abhängige Aktiengesellschaft.

I. Verweigerungsrecht der abhängigen GmbH

Während der Vertragsdurchführung kann sich die beherrschte GmbH vor unliebsamen Weisungen schützen, indem sie diese nicht befolgt. Die Möglichkeit, die Gefolgschaft zu verweigern, ist allerdings weitgehend ausgeschlossen: Zum einen verpflichtet § 308 AktG, der ebenfalls auf Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge mit abhängiger GmbH Anwendung findet,³⁴ grundsätzlich die beherrschte Gesellschaft die Weisung zu befolgen. Die beherrschte GmbH ist nämlich nur in vier selten vorliegenden Fällen berechtigt einer Weisung nicht zu entsprechen. Namentlich,

1. wenn sich die Weisung nicht auf die Leitung der GmbH bezieht,³⁵
2. wenn die Weisung oder ihre Durchführung gegen gesetzliche Bestimmungen oder die eigene Satzung verstoßen,³⁶
3. wenn die Voraussetzungen des § 308 Abs. 2 Satz 2 AktG analog vorliegen oder
4. wenn die Solvenz des herrschenden Unternehmens in Frage

³³ Hierzu oben S. 4.

³⁴ Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 77 Rz. 218, Rosenbach in Beck GmbH-HB, § 17 Rz. 1; Koppensteiner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, Kommentar zum GmbHG, Anh. nach § 52 Rz. 108; Lutter/Hommelhoff, GmbHG Anh. § 13 Rz. 50.

³⁵ Hierzu unten S. 13.

³⁶ Im Einzelnen unten S. 25.

steht³⁷

darf die abhängige GmbH die Befolgung der Weisung ablehnen. Zum anderen wird der Geschäftsführer der abhängigen GmbH, selbst wenn eine Weisung nicht bindend sein sollte, deren Befolgung nur selten verweigern. Die unselbständige Stellung des Geschäftsführers in der konzernfreien GmbH setzt sich im Konzern fort. So ist der Geschäftsführer, anders als der Vorstand einer Aktiengesellschaft, nicht zur eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft berufen und gegenüber den Gesellschaftern dazu verpflichtet, deren Beschlüsse auszuführen (§ 37 GmbHG). Obwohl dieser als unmittelbarer Weisungsempfänger im GmbH-Vertragskonzern dazu berufen ist, darüber zu entscheiden, ob die Gesellschaft die Weisung befolgen wird oder nicht, wird er üblicherweise von der Gesellschafterversammlung bestellt und abberufen. Da die Gesellschafterversammlung wiederum in aller Regel vom herrschenden Unternehmen dominiert wird, dürfte es für den Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft besonders schwer sein, die Befolgung einer Weisung abzulehnen, zumal er grundlos abberufen werden kann.

Im Unterschied hierzu, ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft nicht in dem Maße von den Aktionären abhängig, wie der Geschäftsführer von den Gesellschaftern. Der Vorstand wird nicht unmittelbar von den Aktionären bestellt und abberufen. Vielmehr ist hierfür gemäß § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG der Aufsichtsrat zuständig. Da sich dieser nicht nur aus Vertretern der Aktionäre zusammensetzt,³⁸ besteht in der Aktiengesellschaft weniger „Abberufungsdruck“ als in der GmbH, so daß sich die unabhängigere Position des Vorstandes auch im Vertragskonzern fortsetzt. Folglich wird der Geschäftsführer von der Weigerungsmöglichkeit zurückhaltender Gebrauch machen als der Vorstand einer Aktiengesellschaft, auch wenn ersterem unmittelbar nur eine persönliche Haftung gegenüber seiner Gesellschaft (§ 310 Abs. 1 AktG entsprechend) und nicht gegenüber dem herrschenden Unternehmen droht.³⁹ Hierdurch wiederum werden die au-

³⁷ Unten S. 34.

³⁸ Siehe hierzu die in § 95 Abs. 1 Satz 5 AktG genannten Mitbestimmungsgesetze.

³⁹ Für den Vorstand einer abhängigen Aktiengesellschaft wurde teilweise anderes vertreten. Vgl. insoweit Geßler in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, Kommentar zum

ßenstehenden Gesellschafter reflexartig in die Rolle des Anspruchstellers gedrängt; nunmehr müssen sie aktiv werden, um rechtswidrige Schädigungen zu verhindern bzw. Ausgleich für solche einzufordern.⁴⁰ Es ist offenkundig, daß dieser Schutz weit weniger effektiv ist als das Recht die Weisung von vorne herein nicht zu befolgen. Bereits aus diesem Grund ist die Gefährdung einer vertraglich konzernierten GmbH intensiver als bei einer Aktiengesellschaft.

1. Einflußnahme außerhalb des Leitungsrechts

Unabhängig von den Problemen, die sich bei der Durchsetzung der Rechte einer abhängigen GmbH ergeben, ist die beherrschte GmbH dann berechtigt, eine Einflußnahme zurückzuweisen, wenn sich diese nicht auf die „Leitung der Gesellschaft“ bezieht. Die abhängige Aktiengesellschaft unterstellt die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen (§ 291 Abs. 1 Satz 1. Fall AktG) und berechtigt dieses nach § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG „dem Vorstand der Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen“. Daraus, daß Begriff der Leitung einhellig iSd. § 76 AktG verstanden wird,⁴¹ folgert die herrschende Ansicht, daß sich das Weisungsrecht auf das Leitungsrecht des Vorstandes bezieht.⁴² Demnach darf das herrschende Unternehmen im gesamten Zuständigkeitsbereich des Vorstandes Weisungen erteilen.

Da die Aufgaben, die dem Vorstand in der Aktiengesellschaft übertragen sind, in der GmbH teilweise dem Geschäftsführer und teilweise der Gesellschafterversammlung zugeordnet sind, lassen sich die Grundsätze vom Umfang des Weisungsrechtes nicht ohne weiteres auf das GmbH-

AktG, §308 Rz. 24; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 Rz. 68; Koppensteiner in Kölner Kommentar zum AktG, § 308 Rz. 43; aA. Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 308 Rz. 66ff.;

⁴⁰ Vgl. insoweit unten S. 42 und Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG 17. Aufl.2000, Anh. Konzernrecht Rz. 61; Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 19ff.

⁴¹ Altmeppen in Münchener Kommentar AktG § 308 Rz. 86; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 Rz. 26; jeweils mwN.

⁴² Vgl. statt aller: Emmerich/Sonnenschein § 23 I, III 1, V 1; Altmeppen in Münchener Kommentar AktG § 308 Rz. 84.

Vertragskonzernrecht übertragen.⁴³ Daher versuchen diejenigen Stimmen in Literatur und Rechtsprechung, die sich mit dieser Problematik auseinandersetzen, den Umfang des Weisungsrechts anhand der Kompetenzverteilung in der GmbH zu bestimmen. Namentlich Kort⁴⁴ versteht § 308 Abs. 1 AktG für die abhängige GmbH in dem Sinne, daß sich das Weisungsrecht auf den Bereich beziehe, den in der konzernfreien GmbH der Geschäftsführer wahrnehme. Dieses Verständnis begründet er damit, daß, wenn schon die Funktion der Hauptversammlung in der eher kapitalistisch strukturierten Aktiengesellschaft durch den Beherrschungsvertrag unberührt bleibe, dies erst Recht für die Gesellschafterversammlung in der eher personalistisch gegliederten GmbH gelten müsse. Dieser Begründungsansatz überzeugt indessen nicht: Der Erst-Recht-Schluß klingt zwar zunächst plausibel, ist aber in der Sache unzutreffend. Ein Erst-Recht-Schluß setzt voraus, daß zwei Sachverhalte vergleichbar sind, eine Rechtsfolge für einen Sachverhalt eingreift, und dem Sinn der Rechtsfolge nach auf den anderen Sachverhalt noch viel stärker zutrifft.⁴⁵ § 308 Abs. 1 AktG soll indes gar nicht die Kompetenzen der Hauptversammlung schützen, sondern lediglich den Umfang des Weisungsrechts anhand der Leitungsmacht des Vorstandes umschreiben. Die Tatsache, daß indirekt ein Schutz der Hauptversammlung erreicht wird, ist bloßer Reflex der Regelung. Aus diesem Grund handelt es sich bei dem Schutz der Hauptversammlung nicht um den „Sinn der Rechtsfolge“, so daß diese auch nicht viel stärker auf die Gesellschafterversammlung zutreffen kann. Außerdem würde das von Kort angeführte Argument – konsequent zu Ende gedacht – den Beherrschungsvertrag als Mittel der Unternehmensführung weitgehend entwerten. Dem Geschäftsführer der GmbH steht kein ausschließlicher Zuständigkeitsbereich zu. Dieser – das ergibt sich bereits aus der Bezeichnung – führt zwar die Geschäfte der GmbH, ist indessen an sämtliche Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden. Würde man also dem herrschenden Unternehmen ein Weisungsrecht bzgl. des Tätigkeitsbereiches des Geschäftsführers zuerkennen, so könnte die Gesellschafterversammlung dem Geschäftsführer gegenteilige Weisungen ertei-

⁴³ aA. Emmerich/Sonnenschein § 25 IV ; Rosenbach in Beck GmbH-HB, § 17 Rz. 27, jeweils ohne Begründung.

⁴⁴ Kort, Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht, S. 139f.

⁴⁵ Klug, Juristische Logik, S. 145; ähnlich Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 208.

len, die dann den Weisungen des herrschenden Unternehmens vorgingen. Daß auf diesem Wege keine einheitliche Konzernpolitik durchzusetzen ist, liegt auf der Hand. Kort möchte die Entwertung des Weisungsrechts dadurch verhindern, daß er die Gesellschafterversammlung für „organisationsrechtlich“ verpflichtet hält, den Weisungen des herrschenden Unternehmens nicht zu widersprechen. Sollte dennoch eine gegenteilige Weisung erfolgen, so sei diese wegen der „organisationsrechtlichen Bindung der GmbH unwirksam“.⁴⁶ Ohne weiteres nimmt er somit hin, daß die Konstruktion der „organisationsrechtlichen Bindung“, die von ihm so betonte herausragende Stellung der Gesellschafterversammlung mit einem Handstreich wegfeigt. Überdies stellt sich die Frage nach dem Inhalt und der Reichweite der „organisationsrechtlichen Bindung“. Insgesamt wirkt der Ansatz von Kort stark konstruiert und stützt sich in wesentlichen Teilen auf ein Institut, welches nicht näher erforscht ist, geschweige denn in dieser Ausprägung höchstrichterlich abgesichert wäre. Folglich läßt sich der Umfang des Weisungsrechts nicht anhand der Kompetenzen des Geschäftsführers bestimmen.

Der Umfang des Weisungsrechts ist – mit der wohl überwiegenden Ansicht⁴⁷ – anhand der Kompetenz der Gesellschafterversammlung zu bestimmen. Allerdings kann dies nicht für den gesamten Zuständigkeitsbereich der Gesellschafterversammlung gelten; andernfalls würde die Stellung der Gesellschafterversammlung auch dort entwertet, wo deren Zuständigkeit zwingend ist. Das herrschende Unternehmen hätte es sogar in der Hand, über die Auflösung der Gesellschaft⁴⁸ oder über Satzungsänderungen⁴⁹ zu entscheiden. Entscheidungen, die nach den §§ 60 Abs. 1 Ziff.

⁴⁶ Kort, Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht, S. 140.

⁴⁷ BGH Urt. v. 24.10.1988 - II ZR 311/87, BGHZ 105, 306, 324; OLG Stuttgart Urt. v. 29.10.1997 - 20 U 8/97, NZG 1998, 601, 602; Zöllner ZGR 1992, 173, 182; Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 77 Rz. 215; Altmeyen in Roth/Altmeyen Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 43; Schwarz MittRhNotK 1994, 49, 70; wohl auch Decher in Münchener Hdb des Gesellschaftsrecht Band 3, § 72 Rz. 20, der sich auf Ulmer bezieht; leicht abweichend: Emmerich in Scholz, Kommentar zum GmbHG, Anh. Konzernrecht, Rz. 274; Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, § 23 V 1 a).

⁴⁸ Teilweise wird dem herrschenden Unternehmen dieses Recht zuerkannt (so z.B. Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl.2000, Anh. Konzernrecht, Rz. 35).

⁴⁹ Emmerich in Scholz, Kommentar zum GmbHG, Anh. Konzernrecht, Rz. 274; RG Urt. v. 11.10.1932, II 482/31, RGZ 137, 305, 308.

1, 53 Abs. 1 GmbHG zwingend⁵⁰ der Gesellschafterversammlung zugeordnet sind, können auch nicht durch einen die Struktur der GmbH verändernden Unternehmensvertrag⁵¹ übertragen werden. Folglich müssen der Gesellschafterversammlung jedenfalls die gesetzlich zwingend zugeordneten Beschlußkompetenzen verbleiben.⁵² Hierzu zählen vor allem Satzungsänderungen, der Beschluß über die Auflösung der GmbH, die Bestellung und die Abberufung des Geschäftsführers.⁵³

Im Folgenden ist somit zu untersuchen, ob auch weitere Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung durch den Beherrschungsvertrag unberührt bleiben, ob also die Gesellschafterversammlung einer abhängigen GmbH auch während eines Beherrschungsvertrages noch für andere Maßnahmen zuständig bleibt.

Insoweit könnte zunächst an das teilweise behauptete⁵⁴ Recht der Gesellschafterversammlung, die eigene GmbH – mit Zustimmung aller Gesellschafter – bis zur Grenze des Stammkapitalerhaltungsgebotes kompensationslos zu schädigen, gedacht werden. Gewährt man der Gesellschafterversammlung ein solches Recht, stellt sich die Frage, ob dieses Recht durch den Beherrschungsvertrag auf das herrschende Unternehmen übergeht. Zweifel ergeben sich schon deswegen, weil im AG-Vertragskonzern das Leitungsrecht des Vorstandes auf das herrschende Unternehmen übergeht, welches solche nachteiligen Einflußnahmen ge-

⁵⁰ Für § 60 Abs. 1 Ziff. 1 GmbHG siehe Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl.2000, § 60 Rz. 17; für § 53 vgl. Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl.2000, § 53 Rz. 1; jeweils mwN.

⁵¹ Zu den Wirkungen des Unternehmensvertrages vgl. im Einzelnen unten S. 46ff., 47f.

⁵² OLG Stuttgart NZG 1998, 601, 602; Zöllner ZGR 1992, 173, 182; Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, § 53 Rz. 142, Anh. § 77 Rz. 218; Schwarz MittRhNotK 1994, 49, 70; wohl auch Decher in Münchener HdB des Gesellschaftsrechts Bd. 3, § 72 Rz. 20, der sich auf Ulmer bezieht.

⁵³ Altmeppen in Roth/Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 43; Emmerich in Scholz, Kommentar zum GmbHG, Anh. Konzernrecht, Rz. 179; Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 77 Rz. 216: Im Zweifel bleibe es bei der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung.

⁵⁴ Hierfür sprechen sich aus: Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl.2000, Anh. Konzernrecht, Rz. 83; Lutter ZIP 1985, 1425, 1428; Altmeppen in Roth/Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 23; dagegen nehmen ein eigenständiges vom Gesellschafterinteresse zu unterscheidendes Gesellschaftsinteresse an: Ulmer ZHR 148, 391, 418; K. Schmidt BB 1985, 2074, 2077. Jeweils mwN.

rade nicht rechtfertigt.⁵⁵ Würde auch dieses Recht zur kompensationslosen Schädigung von der Gesellschafterversammlung auf das herrschende Unternehmen übergehen, hätte dies zur Folge, daß der Weisungsumfang in weiten Teilen anders zu bestimmen wäre, als im AG-Vertragskonzern. Insbesondere wäre für die Regelung des § 308 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2, Satz 2 AktG kein Raum,⁵⁶ eine Schädigung wäre ohne weitere Voraussetzungen möglich. Soweit außenstehende Gesellschafter vorhanden sind, wären diese – abgesehen von der Erhaltung des Stammkapitals – schutzlos den Einwirkungen des herrschenden Unternehmens ausgesetzt.⁵⁷

Gerade das Schutzbedürfnis der außenstehenden Gesellschafter weist den Weg zu einer sachlich zutreffenden Lösung: Das herrschende Unternehmen erhält durch den Beherrschungsvertrag nicht das Recht, die Gesellschaft kompensationslos zu schädigen. Soweit hiergegen eingewendet wird, daß selbst im vertragslosen Zustand solche Weisungen mit Zustimmung aller Gesellschafter zulässig seien, so folgt hieraus nicht zwingend, daß das Weisungsrecht im Vertragskonzern ebenso weit reichen muß,⁵⁸ sondern lediglich, daß die Gesellschafter der beherrschten GmbH dieses Recht nach wie vor innehaben. Befürwortet man also das Recht der Gesamtheit der Gesellschafter, ihre eigene GmbH bis zur Grenze der Stammkapitalerhaltung zu schädigen,⁵⁹ so ist die Gesamtheit der Gesellschafter, nicht aber das herrschende Unternehmen als solches, auch im Vertragskonzern nicht gehindert, solche Schädigungen vorzunehmen. Handelt es sich – wie im Regelfall – um eine Einmann-GmbH, so kann das herrschende Unternehmen in seiner Eigenschaft als Alleingesellschafter solche Maßnahmen auch alleine anordnen.

⁵⁵ Diese Frage wird üblicherweise im Zusammenhang mit den Weisungsgrenzen diskutiert; vgl. insoweit Altmeyen in Roth/Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 61.

⁵⁶ Dies wird allerdings von niemandem behauptet: vgl. nur Altmeyen in Münchener Kommentar zum AktG, § 308 Rz. 5 mwN., der nach den Ausführungen in Roth/Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 61 zu diesem Ergebnis kommen müßte.

⁵⁷ Aus diesem Grund fordert Altmeyen in Roth/Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 62, daß das Recht zur kompensationslosen Schädigung nur in der Einmann-GmbH übergehen solle.

⁵⁸ So aber Altmeyen in Roth/Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 61.

⁵⁹ Nachweise oben bei FN. 48.

Fraglich ist weiterhin, ob die Gesellschafterversammlung zu Gunsten des herrschenden Unternehmens die Entscheidungskompetenz hinsichtlich grundlegender, die Struktur der abhängigen GmbH verändernder Entscheidungen einbüßt. Kann das herrschende Unternehmen also den Geschäftsführer anweisen, Maßnahmen vorzunehmen, deren Intensität mit der Konstellation, die der „Holzmüller“-Entscheidung⁶⁰ zugrunde lag, vergleichbar ist? Kann das herrschende Unternehmen beispielsweise den Geschäftsführer anweisen 80% der Aktiva zu übertragen?⁶¹ Die Beantwortung dieser Frage hängt wiederum davon ab, ob diese Kompetenz der Gesellschafterversammlung zwingend zugeordnet und damit durch den Beherrschungsvertrag unberührt bleibt. Eine zwingende Zuordnung wird namentlich von Zöllner⁶² befürwortet. Diese ergebe sich daraus, daß eine solche Maßnahme aufgrund „einer wertenden Analogie zu § 361 a.F. (§ 179a n.F.) AktG“ zwingend der Hauptversammlung in der Aktiengesellschaft zugeordnet sei.⁶³ Gemäß § 179a Abs. 1 Satz 1 AktG ist die Wirksamkeit von Verträgen, durch welche sich eine Aktiengesellschaft dazu verpflichtet ihr gesamtes Gesellschaftsvermögen zu übertragen, von einem Zustimmungsbeschluß der Hauptversammlung abhängig. Da die Norm entsprechend auf die GmbH anzuwenden sei, würden so weitreichende Entscheidungen auch in der GmbH zwingend der Gesellschafterversammlung obliegen.

Dieses Verständnis kann zusätzlich durch folgende Erwägung gestützt werden: Wenn selbst die Hauptversammlung in der eher kapitalistisch strukturierten Aktiengesellschaft während des Beherrschungsvertrages dazu berufen ist, solche Entscheidungen zu treffen, dann muß hierzu die Gesellschafterversammlung in der eher personalistischen strukturierten GmbH erst Recht berufen sein.⁶⁴ Folglich sind Maßnahmen, deren Intensität mit der Konstellation, die der „Holzmüller“-Entscheidung zugrunde lag,

⁶⁰ BGH Urt. v. 25.2.1982 - II ZR 174/80, BGHZ 83, 122-144.

⁶¹ Zur Zulässigkeit einer solchen Weisung im Einzelnen hierzu unten S. 28.

⁶² In ZGR 1992, 173, 182, 185; aA.: Altmeppen in Roth/Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 44.

⁶³ Zöllner ZGR 1992, 173, 185.

⁶⁴ Ähnlich Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl.2000, § 37 Rz. 6e für die Vorlagepflicht des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschafterversammlung in der konzernfreien GmbH („es wäre kaum vertretbar, wenn die Vorlagepflicht der GmbH-Geschäftsführer geringer wäre als die des Vorstands einer AG“).

vergleichbar ist, zwingend der Gesellschafterversammlung zugeordnet und bleiben daher durch den Beherrschungsvertrag unberührt. Schließlich bleibt noch darauf hinzuweisen, daß die Kompetenz der Gesellschafterversammlung hinsichtlich ungewöhnlicher Maßnahmen der Geschäftsführung⁶⁵ nicht bei der Gesellschafterversammlung verbleibt, sondern durch den Beherrschungsvertrag auf das herrschende Unternehmen übertragen wird.⁶⁶ Unter außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen werden in dieser Arbeit nur solche Maßnahmen verstanden, die den von den Gesellschaftern festgelegten Grundsätzen der Geschäftspolitik⁶⁷ widersprechen und solche Entscheidungen, bei denen mit einem Widerspruch der Gesellschafter zu rechnen wäre, wenn diese Kenntnis davon hätten.⁶⁸ Würde man für diese Fälle eine ausschließliche Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung und damit kein Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens annehmen, so bestünde gerade für die Richtungsentscheidungen – die für ein herrschendes Unternehmen besonders bedeutsam sein dürften⁶⁹ – kein Weisungsrecht. Dies wiederum würde den Beherrschungsvertrag als Mittel zur Konzernführung weitgehend entwerten, so daß die durch den Beherrschungsvertrag bezweckte einheitliche Leitung der Gesellschaft nicht sichergestellt wäre.

Demzufolge ermöglicht das unternehmensvertragliche Weisungsrecht nur solche Einflußnahmen, die sich auf die Leitung der GmbH beziehen. Der Leitung der GmbH unterfallen sämtliche Bereiche, die weder der Gesellschafterversammlung noch dem obligatorischen Aufsichtsrat zwingend zugeordnet sind. Daher bleiben nur wenige Bereiche vom Beherrschungsvertrag unberührt und gehen nicht auf das herrschende Unternehmen über. Hierzu zählen namentlich Satzungsänderungen, der Beschluß über die Auflösung der GmbH, die Bestellung und die Abberufung des Ge-

⁶⁵ Dieser Begriff wird nicht immer einheitlich gebraucht. Vgl. näher Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl. 2000, § 37 Rz. 6ff. einerseits; H. U. Schneider in Scholz, Kommentar zum GmbHG, § 37 Rz. 13; andererseits Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 37 Rz. 11; siehe auch Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 77 Rz. 215; vgl. auch Kort ZIP 1991, 1274ff.

⁶⁶ Zöllner ZGR 1992, 173, 180; vgl. auch Priester ZGR 1996, 189, 207.

⁶⁷ Vgl. hierzu auch den folgenden Abschnitt.

⁶⁸ vgl. Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 37 Rz. 11ff; U. H. Schneider in Scholz, Kommentar zum GmbHG, § 37 Rz. 13ff. und Altmeyen in Roth/Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, § 37 Rz. 18; vgl. auch unten S. 25ff.

⁶⁹ So auch Zöllner ZGR 1992, 173, 180.

schäftsführers, sowie Maßnahmen vom Zuschnitt der „Holzmüller“-Entscheidung.

a) Widerspruch der Gesellschafterversammlung

Möglicherweise ist die beherrschte GmbH auch dann dazu berechtigt die Weisung nicht zu befolgen, wenn die Weisung gegen einen Beschluß der Gesellschafterversammlung verstößt. Angesichts dessen, daß das herrschende Unternehmen üblicherweise mehrheitlich an der abhängigen GmbH beteiligt ist, dürfte sich eine derartige Konstellation höchst selten ergeben. Gleichwohl muß ein in sich geschlossenes GmbH-Konzernrecht auch für diesen Fall eine Lösung bereithalten.

Zu einer echten Weisungskonkurrenz kann es allerdings nur dann kommen, wenn sich die Kompetenzen der Gesellschafterversammlung mit dem Umfang des Weisungsrechts überschneiden.⁷⁰ Ist dies nicht der Fall, so beschränkt sich die Frage darauf, wer für den konkreten Bereich die Entscheidungskompetenz innehat.⁷¹ In der Rechtsprechung wurde dieser Problemkreis bislang nur beiläufig angesprochen. Der II. Zivilsenat des BGH verwies in der „Supermarkt“-Entscheidung⁷² – ohne weitere Ausführungen – darauf, daß die „Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung auf die herrschende Gesellschaft übertragen“ werde. Diesem Ansatz folgend zieht das OLG Stuttgart⁷³ den Schluß, daß die Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung in Geschäftsführungsangelegenheiten zugunsten des herrschenden Unternehmens beseitigt werden.

Auch in der Literatur finden sich lediglich spärliche Ausführungen zu diesem Problemkreis. So meinen Emmerich,⁷⁴ H. U. Schneider⁷⁵ und Kuhl-

⁷⁰ So beispielsweise Rosenbach in Beck GmbH-HB, § 17 Rz. 29.

⁷¹ Für den Fall einer echten Konkurrenz vgl. insoweit Rosenbach in Beck GmbH-HB, § 17 Rz. 29. Etwas anders Kort, Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht, S. 139f.; Emmerich in Scholz, Kommentar zum GmbHG, Anh. Konzernrecht, Rz. 179; jeweils mwN.

⁷² BGH Beschl. v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 331.

⁷³ NZG 1998, 601, 602; aA. (in anderem Zusammenhang) LG Bochum Teilurt. v. 1.7.1986 - 12 O 67/86, GmbHR 1987, 24, 25.

⁷⁴ Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, § 32 III 1 mwN; nicht so deutlich, aber dennoch für einen Vorrang der Weisungen des herrschenden Unternehmens: ders. in

mann/Ahnis,⁷⁶ daß die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung subsidiär neben dem Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens bestehen bleibt. Nur in den Fällen, in denen eine entgegenstehende, bindende Weisung des herrschenden Unternehmens vorliege, sei die Weisung der Gesellschafterversammlung für den Geschäftsführer unverbindlich. Kort⁷⁷ beschreitet rechtsdogmatisch einen anderen Weg, kommt aber schließlich zum identischen Ergebnis: Die Gesellschafter der beherrschten GmbH verpflichteten sich durch den Organschaftsvertrag „organisationsrechtlich“, dem anderen Vertragsteil ein Weisungsrecht in wesentlichen Fragen der Geschäftsführung zuzubilligen. Wegen dieser organisationsrechtlichen Bindung seien entgegenstehende Weisungen unwirksam. In diesem Fall liege zudem eine schuldrechtlich wirkende Vertragsverletzung vor.

Demgegenüber steht Zöllner⁷⁸ und diesem folgend Rottbauer⁷⁹ auf dem Standpunkt, der Beherrschungsvertrag beseitige die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung für den Bereich, in welchem das herrschende Unternehmen weisungsbefugt ist, generell. Der letztgenannten Ansicht ist zu folgen. Hierfür sprechen vor allem Praktikabilitätsabwägungen sowie die klare Verteilung von Rechten und Verantwortung. Würde man nämlich die subsidiäre Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung annehmen, so müßte der Geschäftsführer der beherrschten GmbH jeweils prüfen, wie weit die Weisungen des herrschenden Unternehmens reichen und wo Raum für andere Weisungen der Gesellschafterversammlung ist.⁸⁰ Angesichts der Weite des Weisungsbegriffs kann diese Bestimmung allerdings äußerst schwer fallen. Käme der Geschäftsführer zu dem Schluß, daß Raum für eine Weisung der Gesellschafterversammlung vorhanden ist, hinge deren Durchführung maßgeblich vom diesem ab. Er wäre nämlich

ZGR Sonderheft 6, S. 64, 68; wohl auch Altmeyen in Roth/Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 43, aber ohne Begründung.

⁷⁵ U. Schneider, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, S. 7, 29.

⁷⁶ Kuhlmann/Ahnis, Konzernrecht, S. 387, Rz. 288, die dies unpräzise als allg. Ansicht darstellen.

⁷⁷ Kort, Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht, S. 140.

⁷⁸ Zöllner ZGR 1992, 173, 182; ders. in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, Anh. Konzernrecht Rz. 48; vgl. auch Rosenbach in Beck GmbH-HB, § 17 Rz. 29.

⁷⁹ NZG 1999, 337, 338f; so auch Koppensteiner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, Kommentar zum GmbHG, Anhang nach § 52 Rz. 108.

⁸⁰ So auch Zöllner ZGR 1992, 173, 182.

nicht daran gehindert, beim herrschenden Unternehmen nachzufragen und gegebenenfalls eine gegenteilige Weisung anzuregen, so daß er die Weisung der Gesellschafterversammlung dennoch nicht auszuführen bräuchte. Daneben würden sich nur schwer lösbare Haftungsfragen ergeben. Es würde sich gerade in Fällen, in welchen sich eine Geschäftsführungsmaßnahme nicht auf eine ausdrückliche Weisung stützt, die Frage stellen, wer für die Schäden aufzukommen hat.

Somit überschneiden sich die Zuständigkeitsbereiche von Gesellschafterversammlung und herrschendem Unternehmen nicht, so daß es nicht einmal theoretisch zu kollidierenden Weisungen der Gesellschafter und des herrschenden Unternehmens kommen kann. Sieht sich der Geschäftsführer also zwei entgegengesetzten Weisungen gegenüber, so stellt sich nicht die Frage, welche Weisung vorrangig ist, sondern nur die Frage, wer zur Erteilung dieser Weisung zuständig ist.

b) Aufsichtsrat verweigert Zustimmung

Unter Umständen kann auch eine Zustimmungsverweigerung durch den Aufsichtsrat dazu führen, daß die Weisung des herrschenden Unternehmens (zunächst⁸¹) nicht bindend ist. Dies kommt freilich nur dann in Betracht, wenn das Zustimmungsrecht des Aufsichtsrates nicht durch den Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag überlagert wurde. Insoweit ist zu differenzieren: Wurde in der Satzung der abhängigen GmbH nach § 52 Abs. 1 GmbHG bestimmt, daß ein Aufsichtsrat freiwillig zu bestellen ist, so kommt es darauf an, ob der Organschaftsvertrag diesen Teil des Gesellschaftsvertrages überlagert.⁸² Diesbezüglich sind in erster Linie die Vereinbarungen im Organschaftsvertrag zu beachten, denn es ist denkbar, daß der Organschaftsvertrag gerade die Bereiche der Satzung überlagert, in welchen sich die Bestimmungen zum fakultativen Aufsichtsrat finden. Die Gesellschafter der abhängigen GmbH haben es nämlich ohne weiteres in der Hand, vor Vertragsschluß diese Bestimmung in der Sat-

⁸¹ Zu der Frage, ob dann § 308 Abs. 3 Satz 2 AktG entsprechend anzuwenden ist, siehe unten S. 24.

⁸² So auch Kropff in FS Semler, Der GmbH-Beherrschungsvertrag: Voraussetzung für den Vorrang von Konzerninteressen?, S. 517, 529; anders: Emmerich in Scholz, Kommentar zum Kommentar zum GmbHG 9. Aufl., Anh. Konzernrecht Rz. 180.

zung nach §§ 53f. GmbHG aufzuheben. Es ist nicht einzusehen, warum die Gesellschaftergesamtheit⁸³ dies nicht gleichzeitig in einem die Satzung ohnehin überlagernden Vertrag sollte vereinbaren dürfen.

Wird diese Frage hingegen nicht ausdrücklich geregelt, so kann regelmäßig nicht auf einen dahingehenden Willen der Vertragsparteien geschlossen werden.⁸⁴ Wurde der Wille, einen Aufsichtsrat zu bestellen, ausdrücklich durch die Gesellschafter in der Satzung ausgesprochen, so bedarf es wiederum einer eindeutigen Äußerung, um von diesem Willen Abstand zu nehmen. Aus dem Abschluß eines Organschaftsvertrages kann man diesen Willen nicht entnehmen. Die Gesellschafter wollen lediglich ihr Weisungsrecht hinsichtlich solcher Geschäftsführungsangelegenheiten auf das herrschende Unternehmen übertragen, welche ihnen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses selber zustanden. Das herrschende Unternehmen kann die beherrschte GmbH auch nicht dazu anweisen, den Aufsichtsrat aufzulösen. Hierfür wäre eine Satzungsänderung erforderlich, welche gerade nicht durch das Weisungsrecht abgedeckt ist.⁸⁵ Es kann sich aber als Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung der abhängigen GmbH für eine Satzungsänderung einsetzen. Da es in aller Regel erheblich an der abhängigen GmbH beteiligt ist, wird es diese Satzungsänderung oftmals auch durchsetzen können.

Ist der Aufsichtsrat gemäß §§ 6 Abs. 1 MitbestG, 3 Abs. 1 MontanMitbestG, 1ff. MitbestErgG obligatorisch zu bilden, so berührt der Unternehmensvertrag, selbst wenn eine entsprechende Regelung getroffen sein sollte, die Rechte des Aufsichtsrates nicht.⁸⁶ Dies gilt nach zutreffender, herrschender Ansicht jedenfalls für das Recht des Aufsichtsrates nach §§ 31 MitbestG, 12 MontanMitbestG, 13 MitbestErgG den Geschäftsführer

⁸³ Diese muß ja dem Organschaftsvertrag zustimmen, vgl. unten S. 46ff.

⁸⁴ aA.: Altmeppen in Roth/Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 46; Kropff in FS Semler, Der GmbH-Beherrschungsvertrag: Voraussetzung für den Vorrang von Konzerninteressen?, S. 517, 529.

⁸⁵ Siehe hierzu ausführlich oben S. 13ff.

⁸⁶ Emmerich in Scholz, Kommentar zum Kommentar zum GmbHG 9. Aufl., Anh. Konzernrecht Rz. 180, beschränkt diesen Vorrang auf das Recht des Aufsichtsrates zur Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers.

zu bestellen oder abzurufen.⁸⁷

Hinsichtlich des Rechts des Aufsichtsrates, bestimmte Arten von Geschäften nach § 111 Abs. 4 Satz 2, 2. Alt AktG an seine Zustimmung zu binden, besteht dagegen Uneinigkeit.⁸⁸ Da kein durchschlagender Grund ersichtlich ist, warum der nach §§ 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG, 3 Abs. 2 Montan-MitbestG für anwendbar erklärte § 111 Abs. 4 Satz 2, 2. Alt AktG keine Geltung beanspruchen soll, ist diese Regelung auch in einer vertraglich konzernierten GmbH anzuwenden. Wird demgegenüber darauf verwiesen,⁸⁹ daß § 111 Abs. 4 Satz 3-5 AktG nicht auf eine abhängige GmbH passe, so wird man dennoch die eindeutige gesetzliche Regelung anzuwenden haben. Auch eine – wie auch immer begründete – restriktive Auslegung der oben genannten Vorschriften nur auf nicht durch Beherrschungsvertrag gebundene GmbH, scheitert am entgegenstehenden (geäußerten) Willen des Gesetzgebers. Wenn dieser nämlich im MitbestErgG auch für Unternehmen, die eine der Montanmitbestimmung unterliegende Gesellschaft beherrschen, die Mitbestimmung normiert und gleichzeitig zur Mitbestimmung in der beherrschten Gesellschaft schweigt, wird deutlich, daß sich durch eine Beherrschungssituation nichts an der Mitbestimmung auf der Ebene der beherrschten Gesellschaft ändern soll.

Folglich kann es sowohl beim fakultativen als auch beim obligatorischen Aufsichtsrat zu Konflikten mit dem Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens kommen. Dieser Konflikt ist – soweit es um zustimmungsbedürftige Geschäfte geht – in beiden Fällen über die entsprechende Anwendung des § 308 Abs. 3 AktG zu lösen. Wird also der Geschäftsführer der abhängigen GmbH angewiesen ein Geschäft vorzunehmen, das nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden darf und wird

⁸⁷ Altmeyen in Roth/Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 47; Emmerich in Scholz, Kommentar zum Kommentar zum GmbHG 9. Aufl., Anh. Konzernrecht Rz. 180.

⁸⁸ Für einen Vorrang des Weisungsrechts: Altmeyen in Roth/Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 48; gegen diesen Vorrang Kropff in FS Semler, Der GmbH-Beherrschungsvertrag: Voraussetzung für den Vorrang von Konzerninteressen?, S. 517, 529; tendenziell auch Zöllner ZGR 1992, 173, 181 „wofür manches sprechen mag“; mittlerweile offen: Emmerich in Scholz, Kommentar zum Kommentar zum GmbHG 9. Aufl., Anh. Konzernrecht Rz. 180; im Gegensatz zur 7. Auflage Anh. Konzernrecht, § 40 Rz. 245.

⁸⁹ Altmeyen in Roth/Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz 48.

diese Zustimmung verweigert, so darf der Geschäftsführer die Weisung zunächst nicht ausführen. Statt dessen muß er dies dem herrschenden Unternehmen mitteilen, welches die Weisung nur dann wiederholen darf, wenn der Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens der Wiederholung der Weisung zugestimmt hat. In diesem Fall ist die verweigerete Zustimmung des Aufsichtsrates der beherrschten GmbH unbeachtlich. Das Recht des obligatorischen Aufsichtsrates, den Geschäftsführer zu bestellen, kann hingegen nicht durch § 308 Abs. 3 ausgehebelt werden, da diese Vorschrift die Möglichkeit der zweiten Weisung auf das Zustimmungsgeschäft beschränkt. Demnach unterscheidet sich der Umfang des Weisungsrechts bei der konzernierten GmbH allenfalls in Nuancen vom dem Weisungsrecht gegenüber einer abhängigen Aktiengesellschaft. Versucht das herrschende Unternehmen als Vertragspartner entgegen diesen Grundsätzen Einfluß auf die beherrschte GmbH zu nehmen, so kann diese, ohne weitere Voraussetzungen (beispielsweise § 308 Abs. 2 Satz 2 AktG) zu beachten, die Befolgung der Weisung verweigern. Die soeben aufgeführten Konstellationen werden allerdings nur selten auftreten. Treten diese Fälle dennoch auf, fehlt es an einem effektiven Schutzmechanismus der beherrschten GmbH.

2. Weisung oder Durchführung der Weisung verstößt gegen gesetzliche Bestimmungen oder satzungsrechtliche Schranken

Außer in den Fällen, in denen sich die Einflußnahme nicht auf die Leitung der beherrschten Gesellschaft bezieht, darf diese auch dann die Gefolgschaft verweigern, wenn sich die Einflußnahme zwar auf die Leitung bezieht, die Weisung aber aus anderen Gründen nicht bindend ist.

Zu diesen Fällen zählen insbesondere Weisungen, die selbst oder deren Durchführung gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen. Es bedarf keiner näheren Erläuterung, daß auch der Beherrschungsvertrag nicht dazu führen darf, daß die Gesellschaft dazu verpflichtet wird, sich rechtswidrig zu verhalten.⁹⁰ Wird dennoch eine solche Weisung erteilt, darf der Geschäftsführer diese nicht befolgen. Auf die Konzerndienlichkeit iSd. § 308

⁹⁰ Allgemeine Ansicht: Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 77 Rz. 219; für das Aktienkonzernrecht: Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 308 Rz. 100; Kantzas, Weisungsrecht im Vertragskonzern, S. 91.

Abs. 2 Satz 2 AktG kommt es nicht an.⁹¹ Beispielhaft seien an dieser Stelle Weisungen genannt, deren Befolgung dazu führen würde, daß der Geschäftsführer seine Pflichten aus §§ 40, 49 Abs. 3, 64 Abs. 1 GmbHG verletzen würde. Ebenso kann der Geschäftsführer selbstverständlich nicht bindend angewiesen werden gegen Verbotsgesetze⁹² zu verstoßen.

Auch die Weisung selber kann gegen gesetzliche Vorschriften, wie zum Beispiel gegen § 299 AktG, verstoßen und damit unwirksam sein.⁹³

Es stellt sich allerdings hinsichtlich einzelner Verbote die Frage, ob diese auch im GmbH-Vertragskonzern Geltung beanspruchen. So wird insbesondere erwogen, das herrschende Unternehmen von dem Verbot aus § 30 Abs. 1 GmbHG zu befreien, mit der Folge, daß auch das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der GmbH an die Gesellschafter ausgezahlt werden dürfte.⁹⁴ Dogmatischer Anknüpfungspunkt für diese Diskussion ist § 291 Abs. 3 AktG, der im AG-Vertragskonzern die Vermögensbindung der beherrschten Gesellschaft lockert. Würde man diese Vorschrift im GmbH-Vertragskonzern entsprechend anwenden, könnte man diese so verstehen, daß § 30 Abs. 1 GmbHG nicht anzuwenden sei. Da die Voraussetzungen einer Analogie mangels Interessengleichheit nicht vorliegen, scheidet eine entsprechende Anwendung auf den GmbH-Vertragskonzern allerdings aus. In der Aktiengesellschaft sind Vermögensausschüttungen an Anteilseigner generell an strenge Voraussetzungen gebunden (vgl. insoweit §§ 57, 58, 60 AktG). Wegen eben dieser strengen Kapitalerhaltungsvorschriften in der Aktiengesellschaft mußte für den Vertragskonzern § 291 Abs. 3 AktG eingeführt werden. Andernfalls würde jede vertragsgemäße Gewinnabführung gegen § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG verstoßen,⁹⁵ vor Normierung des § 291 Abs. 3 AktG wurde hieraus

⁹¹ Hierzu sogleich S. 28 ; sowie schon die Begr.RegE bei Kropff, S. 403.

⁹² Einzelheiten bei Kantzas, Weisungsrecht im Vertragskonzern, S. 91f.

⁹³ Rosenbach in Beck GmbH-HB, § 17 Rz. 32, der allerdings lediglich von Unzulässigkeit spricht und hierdurch nicht klar zum Ausdruck bringt, ob eine solche Weisung nur rechtswidrig sein oder die beherrschte GmbH nicht einmal binden soll; vgl. auch Kantzas, Weisungsrecht im Vertragskonzern, S. 96f.

⁹⁴ So Fleck ZGR 1990, 31 47; Lutter in FS Stiefel, Verdeckte Leistungen und Kapitalerschutz, S. 505 , 530; Hommelhoff WM 1984, 1105, 1110f.; aA. Emmerich in Scholz, Kommentar zum Kommentar zum GmbHG 9. Aufl., Anh. Konzernrecht Rz. 184; Brandes in FS Kellermann, Grundsätze der Kapitalerhaltung im Vertragskonzern, S. 25, 26ff; Kort BB 1988, 79, 83; Rosenbach in Beck GmbH-HB, § 17 Rz. 32.

⁹⁵ Ähnlich Ulmer AG 1986, 123, 126.

sogar teilweise gefolgert, daß ein Gewinnabführungsvertrag mit eigenen Aktionären generell unzulässig sei.⁹⁶

Demgegenüber kennt das GmbH-Recht ein Ausschüttungsverbot an die Gesellschafter grundsätzlich nicht.⁹⁷ Lediglich das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen darf gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG nicht an die Gesellschafter ausgeschüttet werden. Der Grund, der für die Normierung des § 291 Abs. 3 AktG sprach, trifft folglich nicht auf die abhängige GmbH zu. Demgegenüber ist geltend gemacht worden, daß § 30 GmbHG im Vertragskonzern aufgrund der vielfältigen zulässigen Möglichkeiten einer Einflußnahme des herrschenden Unternehmens ohnehin wenig Sinn mache und daher gänzlich auf diese verzichtet werden könne.⁹⁸ Solche Zweckmäßigkeitserwägungen begründen allerdings keine Interessengleichheit; im Übrigen ist ein geringes und möglicherweise unzureichendes Schutzsystem besser als gar keins.⁹⁹ Schließlich könnte man noch einwenden, daß, wenn schon die strenge Kapitalbindung in der abhängigen Aktiengesellschaft durch den Beherrschungsvertrag suspendiert wird, dies doch erst Recht für die weniger intensive Kapitalbindung in der abhängigen GmbH gelten müsse. Andernfalls hätte im Vertragskonzern die GmbH eine stärkere Vermögensbindung als die abhängige Aktiengesellschaft.

Aber auch dieses Argument greift nicht durch, denn die Kapitalbindung der Aktiengesellschaft wird nur deswegen aufgehoben, weil diese nicht mit dem Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag in Einklang zu bringen ist. Diese Inkompatibilität besteht bei einer abhängigen GmbH gerade nicht. Überdies ist bei einer abhängigen Aktiengesellschaft gemäß § 300 AktG eine gesetzliche Rücklage zu bilden, so daß gar nicht davon gesprochen werden kann, daß die Kapitalbindung in der abhängigen GmbH stärker ist als in der abhängigen Aktiengesellschaft. Das AktG wählt auch

⁹⁶ Hierzu Begr.RegE bei Kropff, S.378.

⁹⁷ Das erkennt auch Fleck ZGR 1990, 31, 47 an, der aber dennoch zu einem anderen Ergebnis gelangt.

⁹⁸ Fleck ZGR 1990, 31, 47.

⁹⁹ Ob hierauf verzichtet werden kann, mag hier dahinstehen; vgl. insoweit aber Brandes in FS Kellermann, Grundsätze der Kapitalerhaltung im Vertragskonzern, S. 25-35.

während der Vertragszeit eine andere Art des Schutzes, nicht unbedingt eine schwächere. Demzufolge gilt das Verbot des § 30 GmbHG auch während des kombinierten Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages mit einer abhängigen GmbH.

Ferner braucht eine Weisung dann nicht befolgt zu werden, wenn diese gegen die Satzung der beherrschten GmbH verstößt. Da der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag die Satzung der beherrschten Gesellschaft überlagert,¹⁰⁰ muss im Einzelfall geprüft werden, ob die Durchführung der Weisung gegen einen Teil der Satzung verstößt, welcher nicht durch den Unternehmensvertrag überlagert wird.¹⁰¹ Zu diesen nicht von dem Unternehmensvertrag überlagerten Satzungsteilen gehört jedenfalls der satzungsmäßige Unternehmensgegenstand.¹⁰² So kann beispielsweise eine GmbH, die laut Satzung etwa Autoteile produzieren soll, nicht durch Beherrschungsvertrag angewiesen werden, die Produktion nunmehr auf Spielzeug umzustellen. Da die in Satzungen genannten Unternehmensgegenstände oftmals sehr weit gefaßt sind, werden hierdurch regelmäßig allerdings nicht allzu viele Gestaltungsmöglichkeiten ausgeschlossen. Weisungen, die die vorgenannten Grenzen überschreiten, dürfen nicht befolgt werden.

3. § 308 Abs. 2 Satz 2 AktG entsprechend

Bezieht sich eine Einflußnahme des herrschenden Unternehmens auf die Leitung der beherrschten Gesellschaft und verstößt diese weder gegen gesetzliche noch satzungsrechtliche Vorschriften, so muß das Leitungsorgan in einem zweiten Schritt entsprechend § 308 Abs. 2 Satz 2 AktG untersuchen, ob es sich um eine für die Gesellschaft nachteilige Weisung handelt und ob diese bindend ist. Diese Voraussetzung nennt § 308 Abs. 2 Satz 2 AktG zwar nicht ausdrücklich, gleichwohl folgt aus dem systematischen Zusammenhang zwischen Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2, insbesondere dem teilweise identischem Wortlaut „den Belangen des herr-

¹⁰⁰ Siehe unten S. 48.

¹⁰¹ So auch Emmerich in Scholz, Kommentar zum Kommentar zum GmbHG 9. Aufl., Anh. Konzernrecht Rz. 184.

¹⁰² Emmerich in Scholz, Kommentar zum Kommentar zum GmbHG 9. Aufl., Anh. Konzernrecht Rz. 184; Hommelhoff, Konzernleitungspflicht, S. 149; ebenso für die AG Krieger in Münchener HdB des Gesellschaftsrechts Bd. 4, § 70 Rz. 133.

schenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dienen (dient)“, daß auch § 308 Abs. 2 Satz 2 einen nachteilige Weisung verlangt. Überdies wird die beherrschte Gesellschaft nur ausnahmsweise eine für sie vorteilhafte Weisung nicht befolgen wollen.¹⁰³ Eine Weisung ist allerdings nicht bereits dann unverbindlich, wenn diese analog § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG rechtswidrig ist.¹⁰⁴ Entsprechend § 308 Abs. 2 Satz 2 AktG ist eine Weisung nur dann bindend, wenn diese den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit diesem und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dient (aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung im Folgenden „Konzerninteresse“ genannt).

Die Beschränkung darauf, daß nur solche Weisungen nicht bindend sind, die offensichtlich nicht dem Konzerninteresse dienen, trägt einerseits dem Umstand Rechnung, daß der Geschäftsführer der beherrschten Gesellschaft in aller Regel die Konzerndienlichkeit mangels hinreichender Informationen nicht sachgerecht beurteilen können.¹⁰⁵ Andererseits sollen hierdurch klare Verantwortlichkeiten geschaffen und der Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens Nachdruck verliehen werden.¹⁰⁶ Eine effiziente Leitung würde in Frage gestellt, wenn der Verpflichtete die Befolgung der Weisung mit der Begründung verweigern könnte, die Weisung sei nicht rechtmäßig. Demzufolge ist das Merkmal der Offensichtlichkeit restriktiv zu handhaben. Nur dann, wenn für jeden Sachkenner ohne weitere Nachforschungen erkennbar ist, daß die Weisung nicht dem Konzerninteresse dient, darf die Befolgung der Weisung verweigert werden.¹⁰⁷

Nach dem Gesetzeswortlaut ist eine Weisung dann rechtswidrig, wenn die nachteilige Weisung nicht „den Belangen des herrschenden Unterneh-

¹⁰³ Vgl. hierzu auch Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 308 Rz. 146 FN. 213 mwN.

¹⁰⁴ Leider wird in diesem Zusammenhang die Bindungswirkung der Weisung oftmals mit der Rechtswidrigkeit der Weisung vermengt. Dies zeigt sich bereits an nicht eindeutig zuzuordnenden Begriffen, wie Unzulässigkeit/Zulässigkeit der Weisung, so daß nicht klar ist, ob diese Weisung für die Gesellschaft bindend ist: vgl. z.B. Emmerich in Scholz, Kommentar zum Kommentar zum GmbHG 9. Aufl., Anh. Konzernrecht Rz. 181ff.

¹⁰⁵ Begr.RegE bei Kropff, S. 403.

¹⁰⁶ Begr.RegE bei Kropff, S. 403.

¹⁰⁷ So Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 308 Rz. 148.

mens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen“ dient. Hiernach wird nicht gefordert, daß der Nutzen bei einem Konzernunternehmen den Schaden bei der beherrschten Gesellschaft überwiegt, ausgleicht oder im Verhältnis zu ersterem stehen muß. Danach wäre eine für die beherrschte GmbH besonders nachteilige Weisung auch dann rechtmäßig, wenn hierdurch nur ein geringer Vorteil für ein anderes Konzernunternehmen eintritt. Es kommt nach dem Gesetzeswortlaut nicht darauf an, daß der Nachteil zu dem angestrebten Vorteil im Verhältnis steht oder gar ausgeglichen wird.

Es wurde allerdings früh erkannt, daß die Gesetzesfassung einer teleologischen Reduktion bedarf. Hinter dieser Norm steht der Gedanke der Einheit des Konzerns.¹⁰⁸ Begreift man demnach den Unternehmensverbund als Einheit, so ist die Zulässigkeit der Weisung auch anhand des Konzernganzen zu bestimmen. Wenn also einem Konzernunternehmen ein Nachteil zugefügt wird, muß dies für den Konzern insgesamt noch keinen Nachteil bedeuten, wenn an anderer Stelle des Konzerns ein wenigstens gleichwertiger Vorteil entsteht. Es reicht auch ein bloß mittelbarer Vorteil aus.¹⁰⁹ Hieraus wird zum Teil gefolgert, daß die Schädigung der abhängigen GmbH nicht außer Verhältnis zu dem hierdurch bewirkten Vorteil für ein anderes Konzernunternehmen stehen darf.¹¹⁰ Begreift man den Konzern aber als gesellschaftsrechtliche Einheit, so muß für diese Einheit insgesamt das Schädigungsverbot ebenso gelten, wie für die Einzelunternehmen, so daß über die Verhältnismäßigkeit hinaus eine Abwägung der Vor- und Nachteile stattfinden muß.¹¹¹ Im Ergebnis werden aber nur selten Unterschiede zwischen diesen Ansichten auszumachen sein, denn in je-

¹⁰⁸ Geßler ZHR 140, 433, 437; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 Rz. 46.

¹⁰⁹ Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 308 Rz. 106; Koppensteiner in Kölner Kommentar zum AktG, § 308 Rz. 30; jeweils mwN.

¹¹⁰ Emmerich in Scholz, Kommentar zum Kommentar zum GmbHG 9. Aufl., Anh. Konzernrecht Rz. 183 (unverhältnismäßig geschädigt); Hommelhoff, Konzernleitungspflicht, S. 149 (nicht außer Verhältnis); Krieger in Münchener HdB des Gesellschaftsrechts Bd. 4, § 70 Rz. 134.

¹¹¹ Koppensteiner in Kölner Kommentar zum AktG, § 308 Rz. 30, 44; Immenga ZHR 140, 301, 304, 305; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 308 Rz. 106; tendenziell Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 Rz. 46 (Vor- und Nachteile würden sich letztlich ausgleichen); in Ansätzen bereits Immenga ZHR 140, 301, 305f. (soweit diese den Interessen des Konzerns im Ganzen dienen); lediglich auf den Gesetzeswortlaut Bezug nehmend: Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 77 Rz. 218;.

dem Fall sind sowohl die Bindungswirkung der Weisung als auch die Rechtswidrigkeit aus der ex ante Sicht zu beurteilen, und dem Weisungsgeber ist zusätzlich ein Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum¹¹² einzuräumen. Eine ex post Betrachtung verbietet sich, da die Rechtmäßigkeit der Einflußnahme im Zeitpunkt der Weisungserteilung überprüfbar sein muß und nicht von zukünftigen Ereignissen abhängig sein darf.

Folglich besteht das Verweigerungsrecht des Geschäftsführers der abhängigen GmbH nur dann, wenn von vorne herein offensichtlich ist, daß diese Weisung per saldo auf eine Schädigung des Konzerns hinauslaufen würde. Maßgeblich ist allein die Rechtslage bei Erteilung der Weisung; ob die Weisung sich im Nachhinein als negativ erweist, ist unbeachtlich. Damit dürfte es dem Geschäftsführer der abhängigen GmbH nur in absoluten Ausnahmefällen¹¹³ möglich sein, eine nachteilige Weisung analog § 308 Abs. 2 Satz 2 AktG abzulehnen. Hinzu kommt, daß die beherrschte GmbH entsprechend § 308 Abs. 2 Satz 2 AktG darlegen und beweisen muß, daß die Weisung offensichtlich nicht dem Konzerninteresse dient.¹¹⁴ Ein solcher Nachweis wird nur in evidenten Mißbrauchsfällen gelingen. Aus diesem Grund ist die Weisung oftmals auch dann bindend, wenn durch die Befolgung der Weisung die Existenz der beherrschten GmbH gefährdet wird.

Mehrheitlich wird demgegenüber angenommen, daß solche Weisungen generell, also ohne daß es auf die Konzerndienlichkeit ankomme, nicht verpflichtend seien.¹¹⁵ Zur Begründung berufen sich Vertreter dieser An-

¹¹² Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 309 Rz. 28; Hommelhoff, Konzernleitungspflicht, S. 171; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 309 Rz. 71.

¹¹³ Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 Rz. 52 (evidente Mißbrauchsfälle); Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 308 Rz. 148 (evidenter Rechtsmißbrauch).

¹¹⁴ Vgl. den insoweit eindeutigen Wortlaut des § 308 Abs. 2 Satz 2 AktG; außerdem Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 308 Rz. 149-151, der sich mit zutreffenden Argumenten gegen die von Geßler (in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, Kommentar zum AktG, §308 Rz. 72) vertretene Auffassung wendet.

¹¹⁵ So spricht Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 77 Rz. 218 von der ungeschriebenen Schranke des Weisungsrechts; ebenso Hommelhoff, Konzernleitungspflicht, S. 150f; abgeschwächt Geßler ZHR 140 (1975), 433, 440; wie hier Altmeppen in Roth/Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 49-54; diesem offenbar folgend: Emmerich in Scholz, Kommentar zum GmbHG, Anh. Kon-

sicht auf die Systematik der §§ 308 – 310 AktG, die ihrer Meinung nach das Überleben der beherrschten Gesellschaft voraussetzen würden.¹¹⁶

Dem kann nicht gefolgt werden. Bereits die Begründung des Regierungsentwurfs zum Dritten Buch des AktG weist mehrfach auf die Gefahr hin, die sich aus dem Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag für die Existenz der beherrschten Gesellschaft ergibt¹¹⁷. Ein solcher Existenzschutz war demzufolge nicht intendiert und rechtfertigt es auch nicht, die existenzgefährdende Weisung als einen Sonderfall zu behandeln.

Dieses Ergebnis wird dadurch bestätigt, wenn man – wie von Altmeyen zutreffend vorgeschlagen¹¹⁸ – danach differenziert, zu welchem Zeitpunkt die Existenz der Gesellschaft durch die Weisung bedroht wird. Betrachtet man zunächst die Weisungen, die die Existenz der Gesellschaft während der Vertragsdurchführung gefährden, zeigt sich, daß diese tatsächlich unzulässig sind. Als existenzgefährdende Einflußnahmen kommen nämlich nur solche in Betracht, die zur Zahlungsunfähigkeit der abhängigen GmbH führen oder die auf die Auflösung der GmbH gerichtet sind. Beide Einflußnahmen binden die beherrschte Gesellschaft aus unterschiedlichen Gründen nicht. Einerseits braucht die Gesellschaft eine Weisung nur dann zu befolgen, wenn sichergestellt ist, daß der Verlustausgleichsanspruch werthaltig ist.¹¹⁹ Ist dies der Fall, so kann es aber nicht zur Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) der Gesellschaft kommen.¹²⁰ Zahlungsunfähigkeit liegt bereits nach der Regierungsbegründung zur Insolvenzordnung dann nicht vor, wenn sich der Schuldner ausreichend Bankkredite beschaffen

zernrecht, Rz. 185; leicht abweichend, aber existenzbedrohende Weisungen zulassend: Koppensteiner in Kölner Kommentar zum AktG, § 308 Rz. 32.

¹¹⁶ Geßler ZHR 140, 433, 438; Hommelhoff, Konzernleitungspflicht, S. 150.

¹¹⁷ So Begr.RegE bei Kropff, S.393 (es mag sogar zweifelhaft sein, ob sie auf sich gestellt noch lebensfähig ist), 397 (kann auch die Sorge begründet sein, daß die Gesellschaft bei Beendigung des Vertrages nicht mehr fähig ist, auf eigenen Füßen zu stehen).

¹¹⁸ Erstmals in Altmeyen in Roth/Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 49-54 für die GmbH und nun auch Altmeyen in Münchener Kommentar zum AktG, § 308 Rz. 115-117 für die Aktiengesellschaft.

¹¹⁹ Vgl. im Einzelnen unten S. 34.

¹²⁰ Teilweise wird ein Anspruch auf Beseitigung des Insolvenzgrundes befürwortet: Vgl. insoweit Altmeyen DB 1999, 2453, 2455ff.; Priester ZIP 1989, 1301, 1307f.; Schneider ZGR 1984, 497, 535; Paulus ZIP 1996, 2141, 2143; Wellensiek ZIP 1984, 541, 542; Kort ZIP 1988, 681, 683; Altmeyen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 117ff, § 302 Rz. 36. Demgegenüber verneint die wohl herrschende Ansicht einen solchen Anspruch: Koppensteiner in Kölner Kommentar zum AktG, § 302 Rz. 8; Mertens ZGR 1984, 542, 551, jeweils mwN.

kann.¹²¹ Da der zukünftige Anspruch auf Verlustausgleich, sowie für den Fall der Beendigung der Anspruch auf Sicherheitsleistung, bei Solvenz des herrschenden Unternehmens als Kreditsicherheit ausreichen werden,¹²² kann die beherrschte GmbH für den Fall der Zahlungsschwierigkeiten während des Geschäftsjahres ohne weiteres Kredite aufnehmen. Andererseits ist auch die Weisung die GmbH aufzulösen unzulässig.¹²³ Die Kompetenz, über die Auflösung der Gesellschaft zu befinden, ist nach § 60 Nr. 2 GmbHG zwingend der Gesellschafterversammlung zugewiesen und geht demzufolge durch den Beherrschungsvertrag nicht auf das herrschende Unternehmen über.¹²⁴

Weisungen, die die Existenzfähigkeit der Gesellschaft nach Vertragsende gefährden, sind, selbst wenn man die herrschende Ansicht zugrunde legt, nicht generell unzulässig. Auch wenn man die §§ 308 – 310 AktG dahingehend versteht, daß die Existenzfähigkeit während der Vertragszeit vorausgesetzt wird, kommt niemand zu dem Schluß, daß diese Vorschriften auch das Überleben nach Vertragsende bedingen. Es handelt sich bei solchen Weisungen tatbestandlich um eine nachteilige, aber auf die Leitung der Gesellschaft bezogene, Einflußnahme. Die Zulässigkeit einer solchen Weisung bestimmt sich nach § 308 Abs. 2 Satz 2 AktG analog. Nach den soeben entwickelten Grundsätzen ist eine die Existenz nach Vertragsende bedrohende Weisung nur dann unzulässig, wenn offensichtlich ist, daß hierdurch kein gleichwertiger Vorteil bei anderen Konzernunternehmen eintritt.¹²⁵ Solche Weisungen mögen zwar besonders nachteilig sein, so daß sie dann nicht befolgt zu werden brauchen, wenn offensichtlich ist, daß dem Konzern insgesamt durch diese Weisung kein besonders großer Vorteil gegenübersteht; Anhaltspunkte, warum solche Weisungen nicht unter § 308 Abs. 2 Satz 2 AktG zu subsumieren sind, lassen sich nicht finden.

¹²¹ BT-Drucks. 12/2443 S. 114.

¹²² Meister WM 1976, 1182, 1185; Lwowski/Groeschke WM 1994, 613-621.

¹²³ aA. Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl.2000, Anh. Konzernrecht, Rz. 35; hierzu bereits oben FN. 48.

¹²⁴ Vgl. insoweit ausführlich oben S. 13ff, insb. S. 16.

¹²⁵ So auch Koppensteiner in Kölner Kommentar zum AktG, § 308 Rz. 34; abweichend Immenga ZHR 140 (1976), 301, 306.

Danach ist eine auf die Geschäftsführung der abhängigen GmbH bezogene Einflußnahme entsprechend § 308 Abs. 2 Satz 2 AktG dann unzulässig, wenn bei Weisungserteilung offensichtlich ist, daß der durch die Weisung zu erwartende Nachteil bei der abhängigen GmbH nicht durch Vorteile bei anderen Konzernunternehmen ausgeglichen wird. An diesem Maßstab sind auch die so genannten existenzgefährdenden Weisungen zu messen.

4. Mangelnde Solvenz des herrschenden Unternehmens

Weiterhin ist der Geschäftsführer berechtigt, eine Weisung des herrschenden Unternehmens dann zu verweigern, wenn sich bei objektiv zutreffender und vorsichtiger Bewertung, Zweifel an der Werthaltigkeit des Verlustausgleichsanspruchs ergeben.¹²⁶ Diese Beschränkung der Bindungswirkung der Weisungsmacht folgt daraus, daß die Leitungsmacht nur durch die Verpflichtung zum Verlustausgleich gerechtfertigt wird.¹²⁷ Insoweit besteht sogar eine Aufklärungspflicht des herrschenden Unternehmens,¹²⁸ deren Verletzung Schadensersatzansprüche gegen das herrschende Unternehmen selbst und dessen gesetzliche Vertreter persönlich auslösen kann.¹²⁹

II. Schutz durch Verlustausgleich

Durch den Organschaftsvertrag wird dem herrschenden Unternehmen die Leitung der beherrschten GmbH ermöglicht. Eine solche Leitungsmacht bedingt auf der anderen Seite, daß das herrschende Unternehmen für die Folgen seines Handelns einzustehen hat. Dieser Rechtsgedanke wurde für die Aktiengesellschaft in § 302 Abs. 1 AktG festgeschrieben und bean-

¹²⁶ Emmerich in Scholz, Kommentar zum GmbHG, Anh. Konzernrecht, Rz. 185; Altmeppen in Roth/Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 55f.; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 308 Rz. 123.

¹²⁷ Begr.RegE bei Kropff, S.391; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 308 Rz. 123 spricht von „Geschäftsgrundlage“.

¹²⁸ Zutreffend Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 308 Rz. 123f.

¹²⁹ Hierzu näher unten S. 37.

spricht im Grundsatz auch für die abhängige GmbH Geltung.¹³⁰ In aller Regel wird, um die Anerkennung der steuerlichen Organschaft zu erreichen (vgl. § 17 Satz 2 Nr. 2 KStG), eine dieser gesetzlichen Regelung entsprechende Klausel in den Vertragstext aufgenommen. Aber auch ohne ausdrückliche Regelung führt eine Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB üblicherweise dazu, daß sich der Verlustausgleich an dem gesetzlichen Leitbild des § 302 Abs. 1 AktG orientieren soll.¹³¹ Demzufolge hat das herrschende Unternehmen den gesamten während eines Geschäftsjahres sonst entstandenen Verlust auszugleichen,¹³² so daß der Bilanzwert bei Abschluß des Vertrages mit dem Wert bei Beendigung übereinstimmt. Ob sich aus diesem Anspruch auch eine Pflicht zur Liquiditätsausstattung während des Geschäftsjahres ergibt, bedarf vorliegend keiner Entscheidung, denn der Fortbestand der abhängigen Gesellschaft während der Beherrschungszeit ist ohnehin gesichert.¹³³

Gleichwohl bietet die Konservierung des Bilanzwertes weder Gewähr für die Existenzfähigkeit der beherrschten GmbH nach Vertragsende noch Gewähr dafür, daß der Wert des einzelnen Gesellschaftsanteils erhalten bleibt.¹³⁴ Zum einen können die bilanziellen Ansatz- und Bewertungswahlrechte¹³⁵ – auf welche sich das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens bezieht – dazu genutzt werden, um die Bilanz der beherrschten GmbH so auszugestalten, daß weniger Verlust anfällt und ausgeglichen

¹³⁰ Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl.2000, Anh. Konzernrecht, Rz. 27; Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 77 Rz. 207, 208.

Eine andere – hier nur anzudeutende – Frage ist allerdings, ob § 302 Abs. 1 AktG auch dazu führt, daß zwingend der volle Verlust auszugleichen ist, oder ob davon Abweichendes vereinbart werden kann. So wird insbesondere die Zulässigkeit der Begrenzung des Verlustausgleichs auf das Stammkapital diskutiert. Hierzu: Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 77 Rz. 207, 208; Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl.2000, Anh. Konzernrecht, Rz. 35, 27a; Altmeyen in Roth/Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 65.

¹³¹ Für diese Auslegung: Brandes in FS Kellermann, Grundsätze der Kapitalerhaltung im Vertragskonzern, S. 25, 32f.; diesem folgend Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 77 Rz. 207.

¹³² Emmerich in Scholz, Kommentar zum GmbHG 9. A., Anh. Konzernrecht Rz. 211.

¹³³ Vgl. oben FN. 120; hierzu auch Hommelhoff WM 1984, 1105, 1112.

¹³⁴ BVerfG Beschl. v. 27.1.1999 - 1 BvR 1638/94, AG 1999, 217; BGH Beschl. v. 20.5.1997 - II ZB 9/96, BGHZ 1998, 374, 378.

¹³⁵ Bewertungswahlrechte: §§ 240 Abs. 3, Abs. 4, 255 Abs. 2, Abs. 3, Abs. 4 Satz 3, 256, 279 Abs. 1 Satz 2 iVm. 253 Abs. 2 Satz 3, 279 Abs. 2 iVm. 254 Satz 1 und 281 Abs. 2 Satz 1, 280 Abs. 2; Art. 24 Abs. 1 EGHGB; Ansatzwahlrechte: §§ 247 Abs. 3, 249 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2, 250 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 3 Satz 1, 255 Abs. 4 Satz 1, 273 HGB; 9 Abs. 3 DMBilG; Art. 28 Abs. 1 EGHGB.

werden muss.¹³⁶ Zum anderen gibt eine Bilanz die Geschäftsperspektiven einer Gesellschaft nur unzureichend wieder; so wird eine Gesellschaft, deren Vertriebsstruktur auf den freien Markt ausgerichtet ist, nicht anders bilanzieren als eine Gesellschaft deren Vertriebsstruktur ausschließlich auf den Konzern festgelegt ist, obwohl letztere außerhalb des Konzerns nicht alleine existenzfähig wäre. In einem praktisch relevanten Fall besteht in vermögensrechtlicher Hinsicht gleichwohl Schutz der abhängigen GmbH durch den Verlustausgleichsanspruch. Das herrschende Unternehmen hat bei Vertragsende nach § 302 AktG (letztmalig) „jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen“. Es ist also verpflichtet, die Differenz zwischen dem aktuellen Bilanzwert und dem Bilanzwert bei Vertragsabschluß an die beherrschte GmbH auszu zahlen. Sollte aber die Unternehmensfortführung nach Vertragsende unwahrscheinlich sein, fällt also die Unternehmensfortführungsprognose negativ aus, so sind die Aktiva bei der Erstellung der letzten Bilanz während der Vertragszeit aufgrund von Liquidationswerten zu berücksichtigen (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB). Es sind also die Werte zu bilanzieren, die fiktiv erzielt werden könnten, wenn die Gegenstände kurzfristig veräußert würden.¹³⁷ Da die so ermittelten Werte in aller Regel erheblich niedriger sind als bei anderen Bewertungsmethoden,¹³⁸ ergibt sich ein wesentlich höherer Verlustausgleichsanspruch.

Mit diesem überzeugend von W. Müller¹³⁹ hergeleiteten Verständnis des Verlustausgleichsanspruchs, erledigt sich zugleich die ebenfalls mit dem Verlustausgleichsanspruch zusammenhängende Frage, ob das herrschende Unternehmen die so genannten „Abwicklungsverluste“ zu tragen habe.¹⁴⁰ Soll es also dazu verpflichtet sein, den Fehlbetrag auszugleichen, der sich erst aus den Jahresabschlüssen nach der Abwicklungseröffnungsbilanz (§ 71 GmbHG) ergibt, wenn die Abwicklung im Anschluß an

¹³⁶ Lwowski/Groeschke WM 1994, 613.

¹³⁷ Zu der Relativität dieser Berechnungsart: Schmerbach in Frankfurter Kommentar zur InsO, § 19 Rz. 10.

¹³⁸ Müller, W. in FS Kropff, Bilanzierungsfragen bei der Beendigung von Unternehmensverträgen, S. 517, 524.

¹³⁹ Müller, W. in FS Kropff, Bilanzierungsfragen bei der Beendigung von Unternehmensverträgen, S. 517, 524.

¹⁴⁰ Erstmals hat Altmeyen (in Münchener Kommentar AktG § 302 Rz. 27-42) diese Fragenkreise zusammengebracht.

den Unternehmensvertrag erfolgt?¹⁴¹ Zu solchen Abwicklungsverlusten kann es nach hier vertretenem Verständnis nicht kommen. Die beherrschte GmbH mag nach Vertragsende zwar nicht mehr lebensfähig sein¹⁴², ein Eröffnungsgrund für das Insolvenzverfahren (§ 16 InsO) liegt aber auch nicht vor. Die Gesellschafter werden die Auflösung beschließen und den § 72 GmbHG entsprechenden Anteil vom Vermögen der Gesellschaft erhalten und wären finanziell so gestellt, als hätten sie die GmbH bereits vor Abschluß des Organschaftsvertrages aufgelöst und erhalten zusätzlich, quasi als Verzinsung, die Summe der Ausgleichszahlungen während der Vertragszeit.

Damit bietet der Verlustausgleichsanspruch grundsätzlich keine echte Kompensation für die mögliche Entwertung der Gesellschaftsanteile der abhängigen GmbH. Nur in dem – praktisch durchaus relevanten – Sonderfall, in welchem die beherrschte GmbH nach Vertragsende nicht mehr allein lebensfähig ist, stellt das Vertragskonzernrecht mit dem Verlustausgleichsanspruch einen effizienten Schutzmechanismus zur Verfügung. Aus diesem Grund ist es für das herrschende Unternehmen von besonderem Interesse, die eigenständige Existenzfähigkeit der abhängigen GmbH während der Vertragszeit zu sichern, denn in diesem Fall würde der letzte Verlustausgleichsanspruch erheblich niedriger ausfallen.

III. Schutz durch Sekundäransprüche

Nach allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen ist derjenige, der schuldhaft eine Pflicht aus dem Vertragsverhältnis verletzt, für den verursachten Schaden ersatzpflichtig. Dies gilt ohne weiteres auch für den hier zu untersuchenden organschaftlichen Gewinnabführungs- und Beherr-

¹⁴¹ Die wohl herrschende Ansicht spricht sich gegen eine Verpflichtung des herrschenden Unternehmens aus: Hengeler/Hoffmann-Becking in FS Hefermehl, Insolvenz im Vertragskonzern, S. 283, 293f.; Lwowski/Groeschke WM 1994, 613, 615f.; Jurkat, Die Organschaft im Körperschaftssteuerrecht, Rz. 397a; Geßler in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff AktG § 302 Rz. 15; Koppensteiner in Kölner Kommentar AktG § 302 Rz. 19; offen gelassen von BGH Urt. v. 19.09.1988 – II ZR 255/87, BGHZ 105, 168, 183; auch für Abwicklungsverluste soll das herrschende Unternehmen einstehen: K. Schmidt ZGR 1983, 513, 531f.; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 302 Rz. 39; Meister WM 1976, 1182, 1186f.

¹⁴² Andernfalls hätte keine negative Fortführungsprognose gegeben werden müssen (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB).

schungsvertrag (§ 280 BGB),¹⁴³ wobei das Handeln der sich pflichtwidrig Verhaltenden den Vertragsparteien zugerechnet wird. Eine direkte Pflicht des Geschäftsleiters gegenüber der beherrschten Gesellschaft besteht trotz des dies nahe legenden Wortlauts von § 309 Abs. 1 AktG nicht, da diese Vorschrift nur sicherstellen soll, daß bei der Erteilung von Weisungen der dort genannte Sorgfaltsmaßstab eingreift. Zudem haften die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens auch dann, wenn der Vertrag mit einer abhängigen GmbH abgeschlossen wurde, entsprechend § 309 Abs. 2 Satz 1 AktG.¹⁴⁴ Schließlich haftet auch der Geschäftsführer der abhängigen GmbH seiner Gesellschaft entsprechend § 310 Abs. 1 Satz 1 AktG auf Schadensersatz.

Allen zuvor genannten Ansprüchen ist gemein, daß – entgegen allgemeinen Beweislastregeln – nicht der Anspruchssteller, also die Gesellschaft, sondern der jeweilige Anspruchsgegner zu beweisen hat, daß die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet wurde, vgl. §§ 309 Abs. 2 Satz 2, 310 Abs. 1 Satz 2 AktG.¹⁴⁵ Hinsichtlich des Anspruchs gegen das herrschende Unternehmen nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung, der nicht in den §§ 309f. AktG geregelt ist, ist § 309 Abs. 2 Satz 2 AktG entsprechend heranzuziehen, da nicht einzusehen ist, warum das herrschende Unternehmen hinsichtlich der Beweislast besser stehen soll als dessen gesetzlich Vertreter. Auf welche Tatbestandsmerkmale sich diese Beweislastumkehr bezieht, wird allerdings unterschiedlich beurteilt. Da § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG und § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG sprachlich ähnlich gefaßt sind und im Fall des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG die herrschende Ansicht davon ausgeht, daß hier Pflichten und nicht etwa ein Sorgfaltsmaßstab normiert ist, gilt dies auch für den ähnlich formulierten § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG.¹⁴⁶ Dies wiederum führt dazu, daß § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG lediglich ein Unterfall des in § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG normierten pflichtwidrigen Verhaltens darstellt. Folglich trifft das herrschende Unternehmen auch die Beweislast dafür, daß die Wei-

¹⁴³ Bereits in der Begr.RegE bei Kropff, S. 404 f. wurde dieser Anspruch vorausgesetzt; vgl. auch Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 309 Rz. 20;

¹⁴⁴ Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 43 Rz. 1; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 309 Rz. 7.

¹⁴⁵ vgl. hierzu Mertens AcP 168 (1968), 225, 229.

¹⁴⁶ Hierzu oben S. 13ff.

sung rechtmäßig war. Dieser Befund deckt sich auch damit, daß rechtswidrige Einflußnahmen denkbar sind, die nicht unter § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG subsumiert werden können. Die praktischen Unterschiede zwischen diesen Ansichten sind weitaus geringer, als dies den Anschein haben mag. Denn auch diejenigen, die der Gesellschaft die Beweislast für die Pflichtverletzung auferlegen, erkennen für den wichtigsten Fall (§ 308 Abs. 1 Satz 2 AktG) erhebliche Beweiserleichterungen an,¹⁴⁷ so daß dieser Streit vorliegend keiner näheren Erörterung bedarf.¹⁴⁸

Nach diesen Darstellungen könnte man annehmen, daß die beherrschte Gesellschaft, wenn schon nicht präventiv, so doch wenigstens nachträglich Schäden weitgehend liquidieren kann, die ihr aufgrund nachteiliger Weisungen entstanden sind. Dieser Eindruck täuscht indessen. Zum einen können solche Schäden der abhängigen GmbH nicht geltend gemacht werden, die durch rechtmäßige nachteilige Weisungen entstehen, denn für die Frage der Pflichtwidrigkeit ist teilweise ein anderer Maßstab anzulegen, als für die Beurteilung der Bindungswirkung einer Weisung. Während sich die Bindungswirkung nach § 308 Abs. 2 Satz 2 AktG analog bestimmt, ist eine Weisung schon dann rechtswidrig, wenn diese gegen § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG verstößt. Eine Weisung ist also rechtswidrig, wenn der hierdurch bei der Gesellschaft eintretende Schaden nicht durch den Vorteil bei anderen Konzernunternehmen ausgeglichen wird.¹⁴⁹ Eine solche Weisung ist aber erst dann für die beherrschte GmbH nicht bindend, wenn dieses Mißverhältnis offensichtlich ist (§ 308 Abs. 2 Satz 2 AktG). Nur in dem Fall, in dem sich die Weisung nicht auf die Leitung der Gesellschaft bezieht, also Einflußnahmen, die gegen gesetzliche oder satzungsrechtliche Vorschriften verstoßen oder solche, die wegen mangelnder Werthaltigkeit des Verlustausgleichsanspruchs nicht bindend sind, kann ohne weiteres Schadensersatz geltend gemacht werden.

Ist der Schaden bei der abhängigen GmbH also durch einen anderen Vor-

¹⁴⁷ Im Einzelnen: Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 309 Rz. 42ff; Altmeyen in Münchener Kommentar zum AktG, § 309 Rz. 84ff; Koppensteiner in Kölner Kommentar zum AktG, § 309 Rz. 13.

¹⁴⁸ Zur Streitentscheidung vgl. FN 146.

¹⁴⁹ Zu der zu eng geratenen Gesetzesfassung vgl. oben S. 30.

teil im Konzern gerechtfertigt, liegt keine rechtswidrige Weisung vor, und ein Schadensersatzanspruch scheidet aus. Das bedeutet, daß Schadensersatzansprüche der beherrschten Gesellschaft auch dann in Betracht kommen, wenn die Weisung bindend, aber rechtswidrig war. Dies dürften die häufigsten Fälle der nachteiligen Einflußnahmen sein, denn – abgesehen von dem Motiv der eigenen Bereicherung der Gesellschafter des herrschenden Unternehmens – ist kein Grund ersichtlich, warum die Konzernleitung den Konzern schädigen sollte.¹⁵⁰

Zum anderen ergeben sich nahezu unlösbare Probleme bei der Schadensberechnung. Dies beginnt bereits mit der Frage, ob der Verlustausgleichsanspruch und die Verpflichtung zur Gewinnabführung bei der Schadensermittlung zu berücksichtigen sind. Bejahendenfalls¹⁵¹ könnte die Bilanz nicht zur Schadensberechnung herangezogen werden. Tritt während des Geschäftsjahres ein Schaden ein, so ist dieser spätestens durch den Verlustausgleich zu kompensieren. Wird als Schadensposition ein entgangener Gewinn (§ 252 BGB) geltend gemacht, so kann das herrschende Unternehmen immer darauf verweisen, daß dieser Gewinn ohnehin nicht bei der beherrschten Gesellschaft verblieben, sondern von der Gewinnabführungsverpflichtung erfaßt wäre. Weder im einen noch im anderen Fall bestünde ein Schaden der beherrschten GmbH.¹⁵² Auch dann, wenn man auf einen Zeitpunkt nach Vertragsende abstellt, also gewissermaßen für den Folgeschaden Ersatz verlangt, wird es nur schwerlich möglich sein, einen Schaden darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. Denn der letzte Verlustausgleichsanspruch versetzt die abhängige GmbH wiederum bilanziell in die Lage zurück, in der sich diese zu Beginn des Vertrages befand. Treten nun in den Folgejahren Verluste ein, wird es nicht möglich sein, einen Ursachenzusammenhang mit einer zu Vertragszeiten erfolgten rechtswidrigen Einflußnahme darzulegen. Gelänge dies

¹⁵⁰ Dies meint auch Kropff in FS Bezenberger, Der konzernrechtliche Ersatzanspruch, S. 233.

¹⁵¹ So Koppensteiner in Kölner Kommentar zum AktG, § 309 Rz. 10; Krieger in Münchener HdB des Gesellschaftsrechts Bd. 4, § 70 Rz. 143; Brachvogel, Leitungsmacht, S. 124.

¹⁵² Sehr deutlich: Koppensteiner in Kölner Kommentar zum AktG, § 309 Rz. 10, der § 309 AktG schlichtweg für anwendungslos hält; dagegen sprechen sich Mertens AcP 168 (1968), 225, 231; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 309 Rz. 37 ff. aus; anders Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 309 Rz. 78ff. insb. 84ff.

ausnahmsweise einmal, so würde die beherrschte GmbH in aller Regel ein Mitverschulden treffen, denn in der Zeit nach Vertragsende besteht üblicherweise die Möglichkeit, derartigen negativen Entwicklungen entgegenzuwirken. Dieses Mitverschulden nach Vertragsende (§ 254 Abs. 2 Satz 1, 2. Fall BGB) ist scharf von einem theoretisch denkbaren Mitverschulden während der Vertragszeit (§ 254 Abs. 1 BGB) zu trennen. Letzteres kommt dann in Betracht, wenn der Geschäftsführer der beherrschten GmbH eine nicht bindende Weisung befolgt. In diesem Fall wird teilweise angenommen, daß sich die beherrschte GmbH dieses Mitverschulden schadensmindernd anrechnen lassen muß, so daß ein Schadensersatzanspruch anteilig nach § 254 Abs. 2 Satz 1, 2. Fall BGB zu kürzen wäre. Eine solche Schadensminderung scheidet indessen aus, denn aus dem Zusammenspiel von § 309 und § 310 AktG wird deutlich, daß diese neben dem herrschenden Unternehmen gesamtschuldnerisch haften.¹⁵³

Bezieht man den Verlustausgleichsanspruch in die Schadensberechnung mit ein, so ist ein Schadensersatzanspruch der abhängigen GmbH aufgrund des Bilanzwertes der abhängigen GmbH nur dann denkbar, wenn die beherrschte GmbH angewiesen wird, mehr Gewinn abzuführen, als dies durch den Gewinnabführungsvertrag gerechtfertigt ist.¹⁵⁴ Aber auch wenn man den Verlustausgleichsanspruch und die Gewinnabführungsverpflichtung – gleich mit welcher Begründung¹⁵⁵ – bei der Schadensermittlung nicht berücksichtigt,¹⁵⁶ lassen sich Schäden der beherrschten Gesellschaft nicht berechnen. Man könnte zwar anhand der Differenzhypothese feststellen, daß die beherrschte GmbH bilanziell schlechter steht als zu Beginn des letzten Geschäftsjahres, aber die Ersatzansprüche der beherrschten Gesellschaft setzen sämtlich voraus, daß diese Schädigung aufgrund einer rechtswidrigen Weisung erfolgt sein muß. Ein solcher Nachweis dürfte in den meisten Fällen nicht zu führen sein, denn auch rechtmäßige nachteilige Weisungen können für diese Differenz ursächlich

¹⁵³ Vgl. hierzu Mertens AcP 168 (1968), 225, 232 FN. 12.

¹⁵⁴ Koppensteiner in Kölner Kommentar zum AktG, § 309 Rz. 10.

¹⁵⁵ Mertens AcP 168 (1968), 225, 231 und Geßler in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, Kommentar zum AktG, § 309 Rz. 26 (schadensmindernde Ereignisse können nicht nach den Grundsätzen über die Vorteilsausgleichung berücksichtigt werden).

¹⁵⁶ Hierfür sprechen sich aus: Mertens AcP 168 (1968), 225, 231 f.; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 309 Rz. 40; Eschenbruch, Konzernhaftung, Rz. 3043.

sein. Im Übrigen wird sich das herrschende Unternehmen auch darauf berufen können, daß der Schaden auch dann eingetreten wäre, wenn es sich rechtmäßig verhalten hätte; anstelle der rechtswidrigen Weisung wäre eine gerade noch rechtmäßige nachteilige Weisung erteilt worden.

Hiermit steht die Frage, ob sich die beherrschte GmbH den Vorteil, der durch die nachteilige Weisung bei einem anderen Konzernunternehmen eingetreten ist, schadensmindernd anrechnen lassen muß, in engem Zusammenhang. Eine Weisung, die deswegen rechtswidrig ist, weil der zu erwartende Verlust den erwarteten Vorteil geringfügig überschreiten wird, würde, ohne eine solche Anrechnung, zur Ersatzpflichtigkeit des gesamten bei der beherrschten GmbH eingetretenen Vermögensnachteils führen. Vergleicht man dieses Ergebnis mit der Situation einer Weisung, durch welche ebenfalls Nachteile bei der beherrschten Gesellschaft eintreten, diese aber durch Vorteile in anderen Konzernunternehmen gerade ausgeglichen werden, so wird der Wertungswiderspruch deutlich. Obwohl sich die Weisungen für die beherrschte Gesellschaft gleich auswirken, stünde ihr in einem Fall ein Anspruch auf Ersatz des gesamten durch die Weisung entstandenen Schadens zu, während im anderen Fall überhaupt kein Ersatzanspruch bestünde.

Der Schutz der beherrschten Gesellschaft durch Sekundäransprüche ist demzufolge bereits der gesetzlichen Konzeption nach lückenhaft und in der Praxis nur schwer gerichtlich durchzusetzen.¹⁵⁷ Hiermit deckt sich der Befund, daß bislang weder für die abhängige Aktiengesellschaft noch für eine abhängige GmbH Klagen auf Schadensersatz bekannt geworden sind.

IV. Zusammenfassung: Schutz der abhängigen GmbH

Die beherrschte GmbH ist ebenso wie die abhängige Aktiengesellschaft den durch Beherrschungsvertrag legitimierten Einflußnahmen weitgehend schutzlos ausgeliefert. Ihr Überleben während der Vertragszeit ist gleichwohl gesichert, wenn das herrschende Unternehmen finanziell leistungs-

¹⁵⁷ Vgl. deutlich auch BGH Urt. v. 14.12.1987 - II ZR 170/87, NJW 1988, 1326.

fähig ist. Der andere Vertragsteil ist in der Leitung der beherrschten GmbH weitgehend frei. Im gesamten Bereich der Geschäftsleitung¹⁵⁸ sind nur solche Weisungen unverbindlich, die gegen gesetzliche oder satzungrechtliche Vorschriften verstoßen. Im Übrigen sind nachteilige Weisungen bindend und nur in offensichtlichen Ausnahmefällen oder dann unverbindlich, wenn der Verlustausgleichsanspruch nicht werthaltig ist. Diese Einschränkungen verhindern aber nicht, daß die Gesellschaft während der Vertragsdurchführung entwertet wird. Die insoweit möglichen Konstellationen lassen sich nicht abschließend aufzählen. So können beispielsweise Know-how, Personal oder Betriebsmittel abgezogen werden. Die gesamte Struktur der beherrschten GmbH kann auf den Konzern ausgerichtet werden, und so die GmbH, trotz rechtlicher Selbständigkeit, faktisch zur Betriebsabteilung des herrschenden Unternehmens werden.

Eine Kompensation durch Sekundäransprüche kommt nicht, bzw. nur ausnahmsweise in Betracht. Das herrschende Unternehmen kann, ohne sich pflichtwidrig zu verhalten, schädigende Weisungen erteilen. Liegt ausnahmsweise pflichtwidriges Verhalten des herrschenden Unternehmens vor, so wird in aller Regel kein Schadensersatzanspruch durchsetzbar sein. Nur für den Fall, in welchem die beherrschte GmbH nach Vertragsende nicht mehr allein lebensfähig ist, gewährt der letzte Verlustausgleichsanspruch einen finanziellen Ausgleich. Angesichts dieser bewußten Unvollständigkeit des Schutzes war es nur konsequent, daß der Gesetzgeber den bloß mittelbar an dem Vertrag Beteiligten anderweitigen Schutz zuerkannte. Ob dieser Schutz den Interessen der Beteiligten hinreichend Rechnung trägt, wird im Folgenden zu untersuchen sein. Soweit sich ein etwaiges Schutzdefizit zeigen sollte, wäre sodann zu prüfen, ob dieses bei den Voraussetzungen der Vertragsbeendigung kompensiert werden kann.

B. Schutz der Gläubiger der abhängigen Gesellschaft

Den Gläubigern einer GmbH steht als Haftungsmasse nur das Gesellschaftsvermögen und nicht das Privatvermögen der Gesellschafter zur Verfügung, vgl. § 13 Abs. 2 GmbHG. Dieses wiederum wird über die Vor-

¹⁵⁸ Vgl. hierzu oben S. 13ff.

schriften zur Kapitalerhaltung nach §§ 30ff. GmbHG teilweise gesichert. Insoweit unterscheidet sich die Situation der Gläubiger einer vertraglich konzernierten GmbH nicht von derjenigen einer konzernfreien.¹⁵⁹ Gleichwohl ist es für die Gläubiger einer GmbH von besonderer Bedeutung, ob diese durch Beherrschungsvertrag verpflichtet ist oder nicht. Für den Fall der Konzernzugehörigkeit wäre nämlich der Gleichlauf der Gesellschafterinteressen empfindlich gestört, mit der Folge, daß die abhängige Gesellschaft latent gefährdet ist.¹⁶⁰ Aus diesem Grund wird den Gläubigern der abhängigen GmbH – ebenso wie Gläubigern einer abhängigen Aktiengesellschaft – bei Vertragsende analog § 303 AktG ein Anspruch auf Sicherheitsleistung für die Forderungen, die vor Beendigung des Vertrages begründet wurden, gewährt.¹⁶¹

Die Gläubiger der abhängigen GmbH sind, solange das herrschende Unternehmen solvent ist, hinreichend geschützt.

C. Schutz der Arbeitnehmer

Auch die Interessen der Arbeitnehmer der abhängigen GmbH können durch den Organschaftsvertrag berührt werden. Obwohl ihre Rechtsstellung nicht unmittelbar durch kombinierten Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag modifiziert wird, hängt der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses doch wesentlich von der wirtschaftlichen Situation der beherrschten GmbH ab. Ist der Arbeitgeber finanziell nicht mehr leistungsfähig, wird er das Arbeitsverhältnis beenden. Die Arbeitnehmer werden, obwohl die Ursache für die wirtschaftliche Entwicklung durch das herrschende Unternehmen gesetzt wurde, so behandelt als seien sie von einer konzernfreien GmbH angestellt. Selbst wenn die Arbeitsverhältnisse – was regelmäßig der Fall sein wird¹⁶² – dem besonderen Schutz des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) unterfallen, besteht insbesondere keine Pflicht zur konzerninternen Weiterbeschäftigung, beispielsweise im herrschenden Unter-

¹⁵⁹ Zur Geltung der Kapitalerhaltungsvorschriften im Konzern, vgl. oben S. 26ff.

¹⁶⁰ Vgl. hierzu bereits oben S. 9f.

¹⁶¹ Einhellige Ansicht; vgl. nur BGH Beschl. v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 336; BGH Urt. vom 11. 11.1991 - II ZR 287/90, BGHZ 116, 37, 39; Emmerich in Scholz, GmbHG 9. A., Anh. Konzernrecht Rz. 187.

¹⁶² Vgl. § 23 KSchG.

nehmen (vgl. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1b) KSchG).¹⁶³ Nur insoweit als die Arbeitnehmer zusätzlich Gläubiger der beherrschten GmbH sind, werden sie – wie jeder andere Gläubiger – nach § 303 AktG analog geschützt. Im Falle der Vertragsbeendigung können diese ebenfalls den Anspruch auf Sicherheitsleistung gegen das herrschende Unternehmen geltend machen, wenn deren Ansprüche bereits vor Vertragsende begründet worden sind.

Diese Ansprüche schützen die Arbeitnehmer, bei näherer Betrachtung, durchaus effektiv. Droht den Arbeitnehmern nämlich, infolge der Organisationsvertragsbeendigung, der Verlust des Arbeitsplatzes, haben sie oftmals einen entsprechend § 303 AktG gesicherten Anspruch aus einem Sozialplan. Ein Sozialplan ist nach der Legaldefinition des § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG die Einigung über den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge der geplanten Betriebsänderung entstehen. Dieser kann zwar nicht den Bestand des Arbeitsplatzes sichern, aber den Arbeitnehmern der abhängigen GmbH in finanzieller Hinsicht einen Ausgleich verschaffen. Wenn auf die abhängige GmbH das BetrVG Anwendung findet und in der abhängigen GmbH in der Regel mehr als 20 wahlberechtigte (§ 7 BetrVG) Arbeitnehmer beschäftigt sind (§ 111 Satz 1 BetrVG)¹⁶⁴, ist die Beendigung des Organisationsvertrages als Betriebsänderung iSd. § 111 Satz 3 Nr. 4, 1. Fall BetrVG anzusehen, da durch das Ende des Vertrages die Betriebsorganisation der abhängigen GmbH grundlegend verändert wird. Durch dieses Ereignis wird nämlich die Organisation des Leitungsapparates¹⁶⁵ modifiziert.¹⁶⁶ Der Geschäftsführer ist nicht mehr an die Weisungen des herrschenden Unternehmens gebunden, sondern nur noch den Gesellschaftern verpflichtet.

¹⁶³ Grds. lehnt das BAG eine Pflicht zur Weiterbeschäftigung in einem anderen Konzernunternehmen ab, vgl. BAG Urt. v. 27.11.1991 – 2 AZR 255/91, DB 1992, 1247 mwN.; es sind allerdings noch nicht sämtliche Konstellationen durchentschieden. Vgl. im Einzelnen: Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern; Silberberger, Weiterbeschäftigungsmöglichkeit und Kündigungsschutz im Konzern.

¹⁶⁴ Ob die Anzahl der Arbeitnehmer Voraussetzung für eine Betriebsänderung ist, wird unterschiedlich beurteilt. Auswirkungen hat diese Streitfrage nicht. Vgl. Hess in Hess/Schlochauer/Glaubitz, Kommentar zum BetrVG, § 111 Rz. 15ff.

¹⁶⁵ vgl. Richardi/Annuß in Richardi, Kommentar zum BetrVG, § 111 Rz. 108; Hess in Hess/Schlochauer/Glaubitz, Kommentar zum BetrVG, § 111 Rz. 70; keine grundlegende Änderung des Betriebszwecks: BAG Beschl. v. 16.6.1987 – I ABR 41/85, BAGE 55, 356, 363); Richardi/Annuß in Richardi, Kommentar zum BetrVG, § 111 Rz. 110.

¹⁶⁶ Vgl. hierzu oben S. 13ff.

Wenn die Vertragsbeendigung zusätzlich wesentliche Nachteile für erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben kann, besteht die so genannte Sozialplanpflicht (§ 112 Abs. 4, 5 BetrVG), das heißt der Betriebsrat kann einen Sozialplan erzwingen und damit Kompensationsansprüche der Arbeitnehmer erzwingen. Da eine Einigung über den Sozialplan, oder der diese ersetzende Spruch der Einigungsstelle, bereits vor der Betriebsänderung, also vor dem Vertragsende erfolgen muß,¹⁶⁷ hat das herrschende Unternehmen für die Ansprüche aus dem Sozialplan Sicherheit zu leisten.

Für die Fälle, in denen die beherrschte GmbH in der Regel weniger als zwanzig wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt oder keine wesentlichen Nachteile für erhebliche Teile der Belegschaft drohen, besteht hingegen keine Sozialplanpflicht, so daß insoweit ein Schutzdefizit besteht. Werden dann Mitarbeiter ohne Sozialplan entlassen und diesen in einem etwaigen Kündigungsschutzverfahren einen Ausgleichsanspruch zuerkannt, besteht hinsichtlich dieser Forderung kein Anspruch auf Sicherheitsleitung durch das herrschende Unternehmen analog § 303 AktG. Dieses Defizit wird aber auch durch restriktiv verstandene Beendigungstatbestände nicht ausgeglichen werden können, so daß nur der Gesetzgeber Abhilfe schaffen kann.

D. Schutz der außenstehenden Gesellschafter

Als besonders problematisch erweist sich der Schutz der außenstehenden Gesellschafter einer abhängigen GmbH. Deren Rechte aus ihrer Gesellschafterstellung werden mit Abschluß des Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages für dessen Dauer weitgehend suspendiert. So verliert die Gesellschafterversammlung und damit jeder Gesellschafter in dem Maße Leitungsmacht, in dem diese auf das herrschende Unternehmen übergeht. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zum AG-Vertragskonzern, denn die Gesellschafterversammlung einer GmbH verliert ihre Leitungsmacht, während die Rechte der Hauptversammlung von dem Beherrschungsvertrag unberührt bleiben.¹⁶⁸ Da dieses Leitungsrecht zudem fast jede Einflußnahme gestattet, besteht die Gefahr, daß die Ge-

¹⁶⁷ Hess in Hess/Schlochauer/Glaubitz, Kommentar zum BetrVG, § 111 Rz. 29.

¹⁶⁸ Hierzu im Einzelnen oben S. 13ff.

sellschaft geschädigt wird und damit die einzelnen Gesellschaftsanteile entwertet werden. Es ist offenkundig, daß insoweit ein Schutzbedürfnis der außenstehenden Gesellschafter besteht. Da das Leitungsrecht des herrschenden Unternehmens fast schrankenlos ist, kann sich der Schutz der außenstehenden Gesellschafter nicht darauf richten, nachteilige Einflußnahmen des herrschenden Unternehmens zu unterbinden; auch ein Ausgleich für einzelne Eingriffe kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht.¹⁶⁹

Aus diesem Grund sieht das AktG für den Fall der konzernbeherrschten Aktiengesellschaft einen zweistufigen Schutz der außenstehenden Aktionäre vor: Zunächst kommt ein kombinierter Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag nur dann zustande, wenn die Hauptversammlung der später beherrschten Aktiengesellschaft dem Vertragsschluß mit einer Mehrheit von mindestens drei Vierteln zustimmt, § 293 Abs. 1 Satz 2 AktG. Zudem muß der Unternehmensvertrag den außenstehenden Aktionären ein Abfindungsrecht einräumen, also das Recht, deren Aktien gegen eine angemessene Abfindung zu erwerben. Alternativ ist den außenstehenden Aktionären für den Fall, daß diese ihre Anteile nicht veräußern möchten, eine angemessene jährliche Ausgleichszahlung anzubieten. Die Angemessenheit der beiden zuvor genannten Ansprüche können die Aktionäre gerichtlich im so genannten Spruchstellenverfahren (§§ 304 Abs. 3 Satz 3, 305 Abs. 4 Satz 3, 306 AktG) überprüfen lassen.

Demgegenüber hat sich im GmbH-Vertragskonzernrecht eine andere Systematik durchgesetzt, welche entscheidend an die Voraussetzungen für den Abschluß eines kombinierten Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages mit einer abhängigen GmbH anknüpfen: Diese Voraussetzungen wurden maßgeblich durch drei Entscheidungen des BGH geprägt und können – abgesehen von Einzelheiten – als höchstrichterlich geklärt angesehen werden.¹⁷⁰ Im „Familienheim“-Urteil¹⁷¹ äußerte sich der BGH erstmals zur Rechtsnatur von Unternehmensverträgen und leistete

¹⁶⁹ Vgl. hierzu im Einzelnen oben S. 37ff.

¹⁷⁰ So sehen dies auch: Timm GmbHR 1989, 11, 14; Ehlke ZIP 1995, 355; Kort ZIP 1989, 1309-1312; Schlöggel GmbHR 1995, 401; anders Pache GmbHR 1995, 90-93.

¹⁷¹ Urteil v. 14.12.1987 – II ZR 170/87, NJW 1988, 1326-1328.

damit einen gewichtigen Zwischenschritt für seine Rechtsprechung zum GmbH-Konzernrecht:

„Der Unternehmensvertrag des § 291 AktG ist kein schuldrechtlicher Vertrag, sondern ein gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag; er ändert satzungsgleich den rechtlichen Status der beherrschten Gesellschaft, indem er insbesondere den Gesellschaftszweck am Konzerninteresse ausrichtet und in das Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter eingreift“¹⁷²

Der daran anschließende „Supermarkt“-Beschluss¹⁷³ gilt zu Recht als die eigentliche Leitentscheidung zum GmbH-Vertragskonzernrecht.¹⁷⁴ In diesem Beschluß, der gleichzeitig eine der letzten Entscheidungen des II. Zivilsenates unter dem Vorsitz von Alfred Kellermann war, wurde festgestellt, daß der Abschluß eines Unternehmensvertrages für die abhängige GmbH einen satzungsgleichen Eingriff bedinge, so daß dieser analog §§ 53, 54 GmbHG nur dann wirksam werde, wenn die Gesellschafterversammlung zustimme:

„[Der Organschaftsvertrag ist] kein schuldrechtlicher Vertrag, sondern ein gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag, der satzungsgleich den rechtlichen Status der beherrschten Gesellschaft ändert. Diese Änderung besteht insbesondere darin, daß die Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung auf die herrschende Gesellschaft übertragen, der Gesellschaftszweck unter Aufhebung der unabhängigen erwerbswirtschaftlichen Teilnahme am Wirtschaftsverkehr bei einem in der Regel gleichbleibenden Unternehmensgegenstand am Konzerninteresse ausgerichtet und in das Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter eingegriffen wird. [...] Gesetzliche Regelungen und Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, die den für Unternehmensverträge maßgebenden Vorschriften sowie dem Inhalt des Unternehmensvertrages entgegenstehen, werden für die Dauer seiner Gültigkeit außer Kraft gesetzt. [...] Aufgrund dieser Wirkungen des Unternehmensvertrages ist sein Abschluß von der Vertretungsmacht der Geschäftsführer der GmbH, die sich der Beherrschung und Ergebnisabführung unterwirft, nicht gedeckt. Er bedarf zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung durch Beschluß der Gesellschafterversammlung“¹⁷⁵

Nach der zu entscheidenden Konstellation brauchte der BGH nicht dar-

¹⁷² BGH Urteil v. 14.12.1987 – II ZR 170/87, NJW 1988, 1326.

¹⁷³ BGH Beschl. v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324-346.

¹⁷⁴ Vgl. nur Timm in FS Kellermann, Rechtsfragen der Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen, S. 461, S. 461f; Priester ZGR 1996, 189, 194.

¹⁷⁵ BGH Beschl. v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 331-332.

über zu befinden, mit welcher Mehrheit die Gesellschafterversammlung der beherrschten GmbH zustimmen muß. Für die Zustimmung der Gesellschafter einer herrschenden GmbH zog der BGH § 293 Abs. 2 AktG entsprechend heran.¹⁷⁶

Die dritte und vorläufig letzte Entscheidung zu diesem Themenkomplex bildet der „Siemens“-Beschluß¹⁷⁷, in welcher sich der II. Senat des BGH – nunmehr unter Vorsitz von Volker Röhrich –, ohne daß der zu entscheidende Sachverhalt dies erzwungen hätte, veranlaßt sah, die im „Supermarkt“-Beschluß aufgestellten Grundsätze zu bestätigen. Hiernach lassen sich die Wirksamkeitsvoraussetzungen wie folgt zusammenfassen: Zunächst bedarf es eines schriftlichen Vertrages zwischen dem Geschäftsführer der beherrschten GmbH und dem Leitungsorgan des herrschenden Unternehmens (§ 293 Abs. 3 AktG analog). Auf Seiten der beherrschten GmbH ist jedenfalls die Zustimmung der Gesellschafterversammlung mit satzungsändernder Mehrheit (§ 53 GmbHG analog) erforderlich. Dieser Beschluß ist analog § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG notariell zu beurkunden. Auf Seiten des herrschenden Unternehmens, sei es Aktiengesellschaft oder GmbH, ist (analog) § 293 Abs. 2 Satz 2, Abs. 1 Satz 2 AktG die Zustimmung der Hauptversammlung mit satzungsändernder Mehrheit erforderlich. Der Organschaftsvertrag ist im Handelsregister der beherrschten GmbH einzutragen. Die Eintragung hat konstitutive Bedeutung.

Diese Leitlinien wurden von der rechtswissenschaftlichen Literatur weitgehend angenommen, wobei zum Teil versucht wird, die identischen Voraussetzungen nicht durch entsprechende Anwendung der §§ 53, 54 GmbHG zu gewinnen, sondern statt dessen §§ 293ff. AktG analog heranzuziehen.¹⁷⁸

Lediglich bei der – vom BGH offen gelassenen – Frage, mit welcher Mehrheit der Zustimmungsbeschluß der Gesellschafterversammlung der beherrschten GmbH gefaßt werden muß, gehen die Meinungen auseinander.

¹⁷⁶ BGH Beschl. v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 336.

¹⁷⁷ Beschl. v. 30.01.1992 - II ZB 15/91, NJW 1992, 1452-1454.

¹⁷⁸ Kropff in FS Semler, Der GmbH-Beherrschungsvertrag: Voraussetzung für den Vorrang von Konzerninteressen?, S. 517, 524ff; Bungert NJW 1995, 1118, 1120.

der. Eine im Vordringen befindliche Ansicht hält eine satzungsändernde Mehrheit für ausreichend.¹⁷⁹ Zur Begründung weisen Vertreter dieser Meinung darauf hin, daß ein damit verbundenes Vetorecht jedes einzelnen Gesellschafters nicht angemessen sei. Die Gesellschaftermehrheit, die den Abschluß des Organschaftsvertrages befürwortet, wäre gezwungen, sich die Zustimmung entweder (zu) teuer abkaufen zu lassen oder aber einen langwierigen Rechtsstreit über die Zustimmung zu führen. Die Erfolgsaussichten eines solchen Klageverfahrens wiederum wären, wegen der unbestimmten materiell-rechtlichen Seite, nur schwer prognostizierbar. Die Minderheitsgesellschafter müßten nämlich aus Treuepflichtgesichtspunkten zur Zustimmung verpflichtet sein.¹⁸⁰ Unter welchen Voraussetzungen eine solche Verpflichtung bestehe, ist unklar.

Zudem würde ein Einstimmigkeitserfordernis im Widerspruch zu anderen Strukturmaßnahmen nach dem UmwG stehen, bei denen regelmäßig eine Dreiviertelmehrheit ausreicht.¹⁸¹ So entstehe die groteske Situation, daß sich das Ziel – Abschluß eines Organschaftsvertrages – auf Umwegen auch ohne einstimmigen Gesellschafterbeschuß erreichen lasse: Würde nämlich die GmbH zunächst in eine AG umgewandelt, im Anschluß hieran ein Organschaftsvertrag mit dem anderen Unternehmen abgeschlossen und schließlich die AG wieder in eine GmbH umgewandelt, könnte ohne Zustimmung der Minderheitsgesellschafter ein Organschaftsvertrag abgeschlossen werden. Beide Formwechsel wären – ebenso wie der Abschluß eines Organschaftsvertrages mit einer abhängigen AG – schon mit einer Dreiviertelmehrheit durchsetzbar (vgl. § 240 Abs. 1 Satz 1 UmwG, § 293 Abs. 1 Satz 1 AktG). Wenn das Gesetz daher im Ergebnis den Abschluß eines Organschaftsvertrages ohne Einstimmigkeit dulde,¹⁸² sei es bloße Förmerei, den direkten Weg über ein Einstimmigkeitserfordernis zu verhindern. Uneinigkeit innerhalb dieser Meinungsgruppe besteht nur hin-

¹⁷⁹ Halm NZG 2001, 728, 729f; Hoffmann-Becking WiB 1994, 57, 59ff.; Kort, Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht S. 109ff.; Lutter/Hommelhoff Anh. § 13 Rz. 64; Timm GmbHHR 1992, 213, 215; Kropff in Festschrift für Semler 517, 526; Koerfer/Selzner GmbHHR 1997, 285-292; jeweils mwN.

¹⁸⁰ Lutter/Hommelhoff Anh. § 13 Rz. 64.

¹⁸¹ Lutter/Hommelhoff Anh. § 13 Rz. 64

¹⁸² Lutter/Hommelhoff Anh. § 13 Rz. 64, die aber aus dem Gesichtspunkt des Wertungswiderspruchs zu anderen Strukturmaßnahmen bei einer GmbH argumentieren.

sichtlich der Frage, wie ein adäquater Schutz der überstimmten Gesellschafter gewährleistet werden könne. Nach der Rechtsprechung des BGH besteht jedenfalls keine Pflicht der herrschenden Gesellschaft, die außenstehenden Gesellschafter durch Gesellschaftsanteile des herrschenden Unternehmens abzufinden.¹⁸³

Demgegenüber verlangt die überwiegende Ansicht Einstimmigkeit des Zustimmungsbeschlusses bzw. Zustimmung sämtlicher Gesellschafter.¹⁸⁴ Zur Begründung werden der Gleichbehandlungsgrundsatz, die Gesellschaftszweckänderung¹⁸⁵ und der Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaft herangezogen. Außerdem habe der BGH im „Supermarkt“-Beschluß jedenfalls der Übernahme der Abfindungsregelung in § 305 Abs. 2 Ziff. 1, 2 AktG eine Absage erteilt,¹⁸⁶ wenn das herrschende Unternehmen eine GmbH ist, so daß ein Schutz der außenstehenden Gesellschafter nach aktienrechtlichem Vorbild ausscheide.¹⁸⁷

Für die vorliegende Untersuchung ist die letztgenannte Ansicht zugrunde zu legen. Dies trägt dem Umstand Rechnung, daß aufgrund der nicht höchstrichterlich abgesicherten Rechtslage, Organschaftsverträge mit abhängiger GmbH fast ausnahmslos mit einstimmiger Zustimmung der Gesellschafter der abhängigen GmbH geschlossen wurden.¹⁸⁸ Eine andere Vorgehensweise brächte auch erhebliche Risiken mit sich: Würde nämlich die herrschende Ansicht höchstrichterlich bestätigt, so wären sämtliche diesen Anforderungen nicht genügende Organschaftsverträge unwirksam.

¹⁸³ BGH Beschl. v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 335; vgl. ferner Hoffmann-Becking WiB 1994, 57, 59, der ein Recht auf Barabfindung aus den Grundsätzen des Austrittsrechts aus wichtigem Grund herleitet.

¹⁸⁴ Altmeppen DB 1994, 1273; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 293 Rz. 42, 43; Emmerich AG 1991, 303, 308; ders. in Scholz, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 44 Rz. 155f; Kort ZIP 1989, 1309, 1311; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht § 38 III 2a (S. 1188ff.); Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG Schlußanh. I Rz. 39; Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG § 53 Rz. 145; Kort ZIP 1989, 1309, 1311; Timm GmbHR 1989, 11, 14.

¹⁸⁵ So insb. Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 293 Rz. 42, 43.

¹⁸⁶ BGH Beschl. v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 335 (keine Pflicht der herrschenden GmbH zur Abfindung in eigenen Gesellschaftsanteilen).

¹⁸⁷ Vgl. im Einzelnen: Timm GmbHR 1989, 11, 14.

¹⁸⁸ Hoffmann-Becking WiB 1994, 57, 60; Kuhlmann/Ahnis Konzernrecht, E II 2 a) cc) (S. 393, Rz. 294).

Bei einem so schwerwiegenden Mangel ist nicht zu erwarten, daß diese Verträge für die Vergangenheit als wirksam behandelt werden, wie dies etwa für solche Organschaftsverträge gehandhabt wurde, die nicht ins Handelsregister eingetragen wurden.¹⁸⁹ Neben diesen praktischen Erwägungen sprechen auch die besseren Argumente für ein Einstimmigkeitserfordernis. Die außenstehenden Gesellschafter einer abhängigen GmbH sind durch einen Beherrschungsvertrag erheblich stärker betroffen als die Aktionäre einer abhängigen Aktiengesellschaft. Anders als die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft, deren Rechte durch einen Unternehmensvertrag unberührt bleiben, verliert die Gesellschafterversammlung der GmbH und damit gleichsam jeder Gesellschafter, einen großen Teil der Leitungsmacht.¹⁹⁰ Allein diese Einschränkung der Rechtsstellung des einzelnen Gesellschafters würde ein Einstimmigkeitserfordernis nach den Grundsätzen der qualifizierten Satzungsänderung (§ 53 Abs. 3 GmbHG) rechtfertigen.¹⁹¹ Wird der Gesellschafterversammlung die Zuständigkeit für den gesamten Bereich der Leitung der Gesellschaft entzogen, so wird der einzelne Gesellschafter so gestellt, als wäre ihm das Stimmrecht für diese Bereiche entzogen. Das Stimmrecht wiederum zählt zu den so genannten relativ unentziehbaren allgemeinen Mitgliedschaftsrechten, und darf nur mit Zustimmung des Betroffenen beeinträchtigt werden.¹⁹² Da zudem bereits eine Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels in der GmbH die Zustimmung jedes Gesellschafters erfordern würde, muß dies erst Recht für den Ausschluß des gesamten Gewinnbezugsrechts gelten.¹⁹³ Außerdem müßte die Ansicht, die eine satzungsändernde Mehrheit ausreichen läßt, um grobe Unbilligkeiten zu vermeiden, §§ 304 – 306 AktG entsprechend heranziehen. Der Organschaftsvertrag müßte also eine angemessene Abfindung bzw. einen Ausgleichsanspruch vorsehen, dessen Angemessenheit gerichtlich überprüfbar sein müßte. Dies wiederum wäre nur sinnvoll durch das Spruchstellenverfahren möglich.¹⁹⁴ Ein solches Verfahren kann für die GmbH allerdings nur durch den Gesetzgeber eingeführt

¹⁸⁹ BGH Urt. v. 14.12.1987 – II ZR 170/87, NJW 1988, 1326 – 1328.

¹⁹⁰ Hierzu im Einzelnen oben S. 13ff.

¹⁹¹ Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 53 Rz. 17; Priester in Scholz, Kommentar zum GmbHG, § 53 Rz. 47 (relativ unentziehbare Mitgliedsrechte)

¹⁹² Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl.2000, § 53 Rz. 19.

¹⁹³ Zimmermann in Rowedder/Schmidt-Leithoff, Kommentar zum GmbHG, § 53 Rz. 50.

¹⁹⁴ Anfechtbarkeit bei unangemessener Abfindung: Altmeyden in Roth/Altmeyden, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 72, 36.

werden.¹⁹⁵

Damit wird der Schutz der außenstehenden Gesellschafter weitgehend der Vertragsautonomie überlassen. Da jeder Gesellschafter allein dadurch, daß er seine Zustimmung zu dem Vertrag verweigert, den wirksamen Vertragsschluß verhindern kann, hat er ausreichend Verhandlungsmacht, um einen angemessenen Ausgleichs- oder Abfindungsanspruch auszuhandeln. Im Organschaftsvertrag selber braucht demnach kein Abfindungs- oder Ausgleichsanspruch vereinbart zu werden, so daß die Nichtigkeitsregelung des §§ 304 Abs. 3 Satz 1 AktG nicht ins GmbH-Konzernrecht übertragen werden kann.

Folglich ist der Schutz der außenstehenden Gesellschafter diesen selbst überlassen. Minderheitsgesellschafter müssen sich der Möglichkeit bewußt sein, daß ihre Gesellschaft nach Beendigung des Vertrages nicht mehr allein lebensfähig sein kann. Dies sollte die Gesellschafter, wenn diese dem Vertrag zustimmen, in aller Regel dazu veranlassen, gegen eine auszuhandelnde Abfindung aus der Gesellschaft auszutreten. Möchten sie in der Gesellschaft verbleiben, so ist die Gefahr des Verlustes der Lebensfähigkeit der Gesellschaft bei der Bemessung der Ausgleichsansprüche zu berücksichtigen. Die Summe der Ausgleichsansprüche während der vereinbarten Mindestvertragslaufzeit sollte demzufolge, nicht nur Kompensation für das suspendierte Gewinnbezugsrecht sein, sondern darüber hinaus auch dem Umstand Rechnung tragen, daß der Geschäftsanteil entwertet werden kann. Endet der Unternehmensvertrag nach dieser Mindestlaufzeit und ist die ehemals abhängige GmbH weniger Wert als vor Vertragsschluß, so hat sich dann nur das durch den Vertrag bewußt in Kauf genommene Risiko verwirklicht. Wird der Vertrag über die Mindestlaufzeit hinaus fortgesetzt, oder ist die nach Vertragsschluß wieder selbständig gewordene GmbH noch lebensfähig, würde sich der Vertrag als für sie vorteilhaftes Geschäft erweisen.

Begreift man den Vertrag aber in diesem Sinne, so kommt gerade den

¹⁹⁵ Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 77 Rz. 212; Altmeppen in Roth/Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 72 aE.

Voraussetzungen der vorzeitigen Vertragsbeendigung eine ganz entscheidende Bedeutung zu. Endet der Vertrag nämlich vor der vereinbarten Mindestlaufzeit, so besteht die Gefahr der Entwertung des einzelnen Geschäftsanteils ebenso, wie wenn der Vertrag die vereinbarte Mindestlaufzeit durchgeführt wurde. Die Summe der Ausgleichsansprüche bleibt aber hinter dem eigentlich Vereinbarten zurück. Aus diesem Grund muß bei den Beendigungstatbeständen, die eine vorzeitige Vertragsbeendigung ermöglichen, immer auch dem Interesse der außenstehenden Gesellschafter an der Einhaltung der Mindestlaufzeit Rechnung getragen werden.

Dritter Teil – Beendigungstatbestände

A. Allgemeines

Organschaftsverträge können aus verschiedenen Gründen enden: Je nach Vertragsgestaltung durch ordentliche Kündigung, Fristablauf oder Bedingungseintritt. Unabhängig von der Ausgestaltung des Vertrages besteht für die Vertragsparteien die Möglichkeit, den Vertrag außerordentlich zu kündigen oder den Vertrag einvernehmlich aufzuheben. Die Ansichten über die Voraussetzungen der jeweiligen Beendigungstatbestände gehen weit auseinander. Dies erklärt sich zum einen dadurch, daß gerade die Voraussetzungen der Beendigung die – ohnehin umstrittenen – Grundprinzipien des GmbH-Vertragskonzernrechts betreffen. Für jede einzelne Voraussetzung ist die das gesamte GmbH-Vertragskonzernrecht durchziehende Frage zu beantworten, ob das GmbH-Konzernrecht aus einer Analogie zum AktG zu entwickeln ist oder ob es näher liegt, die Vorschriften des GmbHG entsprechend anzuwenden. Hinzu kommt, daß an die Beendigung eines Organschaftsvertrages weitreichende Folgen geknüpft sind. Zum einen besteht – wie im ersten Teil näher dargestellt – die Gefahr, daß die ehemals beherrschte GmbH nicht mehr allein lebensfähig ist; diese ist während der Beherrschungszeit weitgehend schutzlos den Einflußnahmen des herrschenden Unternehmens ausgesetzt.¹⁹⁶ Da diese Einflußnahmen nicht per se rechtswidrig (§ 308 Abs. 1 Satz 2 AktG ana-

¹⁹⁶ Im Einzelnen hierzu S. 9ff.

log) sind,¹⁹⁷ besteht möglicherweise noch nicht einmal ein Schadensersatzanspruch. Schließlich ist zum anderen unter Umständen auch das Überleben des herrschenden Unternehmens von der Beendigung oder Fortsetzung des Organschaftsvertrages abhängig. So könnte die Struktur des Konzerns derart auf die beherrschte GmbH ausgerichtet worden sein, daß eine Vertragsbeendigung die Existenz des gesamten Konzerns gefährdet.

Die Frage nach den Voraussetzungen der Beendigung blieb zunächst ungestellt, was angesichts der schon länger andauernden Auseinandersetzung um den Abschluß des Organschaftsvertrages durchaus verwundert. Fanden sich vor der Veröffentlichung des Supermarktbeschlusses zu diesem Themenkomplex kaum Ausführungen,¹⁹⁸ so ist diese Frage – nicht zuletzt durch instanzgerichtliche Entscheidungen zu diesem Problemkreis motiviert – in den letzten Jahren mehr und mehr Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzung geworden, ohne aber abschließend beantwortet worden zu sein.

Da kombinierte Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge, um eine Anerkennung der steuerlichen Organschaft zu erreichen, in aller Regel mit einer Mindestdauer von fünf Jahren abgeschlossen werden,¹⁹⁹ sind gerade die Beendigungsalternativen besonders heftig umstritten, die den Parteien eine Vertragsbeendigung vor Ablauf dieser Mindestlaufzeit ermöglichen. Im Mittelpunkt der Diskussion stehen daher die Voraussetzungen der einvernehmlichen Vertragsaufhebung und der außerordentlichen Kündigung.

B. Wirkung der Eintragung

Da der Organschaftsvertrag im Handelsregister des Sitzes der beherrschten GmbH eingetragen ist, muß auch die Beendigung dort vermerkt wer-

¹⁹⁷ Zur Rechtswidrigkeitsproblematik vgl. oben S. 37ff.

¹⁹⁸ Mertens in Hachenburg, Kommentar zum GmbH 7. Aufl., Anh II zu § 13 Rz. 39; Emmerich in Scholz, Kommentar zum GmbHG 7. Auflage, Anh. Konzernrecht Rz. 277.

¹⁹⁹ Hoffmann-Becking in Münchener Vertragshandbuch Bd. I, IX § 6.

den, um denjenigen, für die der Vertrag Bedeutung haben kann, die Möglichkeit zur Kenntnisnahme zu geben. Ebenso wie im AG-Vertragskonzern²⁰⁰ hat diese Eintragung nur deklaratorische Bedeutung,²⁰¹ denn würde man das Eintragungserfordernis als Wirksamkeitsvoraussetzung einordnen, so hätte es der Geschäftsführer der beherrschten GmbH in der Hand, die Vertragsfortsetzung dadurch zu erzwingen, daß er eine entsprechende Eintragung nicht veranlaßt.

C. Automatische Beendigung von Organschaftsverträgen

I. Befristung und auflösende Bedingung

Ist der kombinierte Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag für eine bestimmte Dauer abgeschlossen worden, so endet dieser mit Ablauf der vereinbarten Vertragszeit, ohne daß es weiterer Voraussetzungen bedarf.²⁰² Problematischer ist indes, ob auch der Eintritt einer im Vertrag vereinbarten auflösenden Bedingung zur Beendigung des Organschaftsvertrages führen kann. Dies hängt davon ab, ob man die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung im Unternehmensvertrag für zulässig hält.²⁰³ Hierfür spricht zunächst der Grundsatz der Privatautonomie, nach welchem Vertragsparteien den Vertragsinhalt frei vereinbaren können. Demgegenüber ist vorgebracht worden, daß sich im Falle eines auflösend bedingten Vertrages nicht allein aus dem Handelsregister ersehen lasse, ob dieser noch bestehe oder nicht.²⁰⁴ Tatsächlich ist wie folgt zu differenzieren: Wurde der Fortbestand des Vertrages von dem Eintritt einer Tatsache abhängig gemacht, die ihrerseits im Handelsregister des Sitzes der abhängigen GmbH einzutragen ist, kann hiervon durchaus der Bestand des Vertrages abhängig gemacht werden. In diesem Fall kann allein aus dem

²⁰⁰ Begr.RegE bei Kropff, S.387; Hüffer § 298 Rz. 3.

²⁰¹ Allgemeine Ansicht, vgl. nur BGH Ur. vom 11. 11.1991 - II ZR 287/90, BGHZ 116, 37, 44; Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl.2000, Anh. Konzernrecht, Rz. 52f; Krieger in U. H. Schneider, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, S. 99, 116.

²⁰² Eine solche Vereinbarung findet sich in der Praxis freilich nicht. Zumeist werden Verträge über eine gewisse Mindestdauer (meist 5 Jahre) geschlossen und mit einer Fortsetzungsklausel versehen. Zur Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung vgl. nur: Schwarz MittRhNotK 1994, 49, 68, 73.

²⁰³ So Paulus ZIP 1996, 2141, 2142, für den Fall des Konkurses einer der Vertragsparteien.

²⁰⁴ Würdinger in Großkommentar zum AktG § 293 Rz. 2; Altmeyen in Münchener Kommentar zum AktG, § 293 Rz. 26.

Handelsregister am Sitz der beherrschten GmbH ersehen werden, ob der Vertrag besteht oder nicht.²⁰⁵ Gegen diese Differenzierung kann nicht eingewendet werden, daß es auf die Erkennbarkeit für Dritte nicht ankomme, da diese ohnehin durch die negative Publizität nach § 15 HGB geschützt werden. Denn das Registergericht muß den Antrag auf Eintragung der Beendigung überprüfen. Da dieses von Amts wegen ermitteln muß (§ 12 FGG), ob der Vertrag endete, würde das Registergericht je nach Art der vereinbarten Bedingung erst umfangreich ermitteln müssen, bevor die Eintragung vorgenommen werden könnte. Eine solche Verzögerung wiederum würde den Zweck der Registerpublizität aushöhlen. Hinzu kommt, daß der Grundsatz der Rechtssicherheit unbedingte Geltung beansprucht und es nicht darauf ankommen kann, ob der in die Registerrechtslage Vertrauende im Einzelfall für etwaige Fehlvorstellungen entschädigt wird.²⁰⁶

Wird eine zulässige auflösende Bedingung oder Befristung vereinbart, so bedarf es für die Vertragsbeendigung keiner Zustimmung durch die außenstehenden Gesellschafter. Diese haben der Bedingung bzw. Befristung bereits mit Vertragsschluß zugestimmt und bedürfen insoweit keines gesonderten Schutzes. Als auflösende Bedingung können folglich nur solche Tatsachen vereinbart werden, die ihrerseits im Handelsregister am Sitz der abhängigen GmbH eintragungspflichtig sind.

II. Vertragsbeendigung nach § 307 AktG

Für den Vertragskonzern mit abhängiger Aktiengesellschaft sieht § 307 AktG einen weiteren automatischen Beendigungsgrund vor. Nach dieser Norm endet ein Unternehmensvertrag dann, wenn dieser mit einer Einmann-AG abgeschlossen wurde und nach Vertragsbeginn ein Dritter Anteile an der beherrschten Gesellschaft erwirbt. Als Grund für diese Regelung nennt die Regierungsbegründung den Schutz der hinzukommenden Aktionäre. Da ein Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag mit einer Einmann-Gesellschaft gemäß § 304 Abs. 1 Satz 3 AktG keinen Ausgleichsanspruch enthalten muß, hätte auch der hinzukommende Aktionär

²⁰⁵ Vgl. BGH Urt. v. 14.12.1987 - II ZR 170/87, NJW 1988, 1326, 1327.

²⁰⁶ So auch Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 293 Rz. 26; anders dagegen Windbichler, Unternehmensverträge und Zusammenschlußkontrolle, S. 58ff.

weder Ausgleichsanspruch noch (aufgrund des Gewinnabführungsvertrages) ein Gewinnbezugsrecht. Diese Regelung findet aber keine entsprechende Anwendung auf Organschaftsverträge mit abhängiger GmbH, so daß eine automatische Beendigung bei Hinzutreten außenstehender Gesellschafter nicht in Betracht kommt.²⁰⁷ Dies folgt aus der unterschiedlichen Regelungssystematik bei Abschluß eines Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages. Während im Falle der abhängigen Aktiengesellschaft bereits ein Beschluß der Aktionäre mit einer Dreiviertelmehrheit ausreicht, kommt ein Vertrag mit abhängiger GmbH nur bei Zustimmung jedes Gesellschafters zustande. Hieraus folgt, daß eine Abfindungs- und/oder Ausgleichsverpflichtung nicht zwingend in den Organschaftsvertrag aufgenommen werden muß.²⁰⁸ Vielmehr hat es jeder außenstehende Gesellschafter in der Hand, eine ihm genehme – möglicherweise ganz andere – Kompensation durchzusetzen. Außerdem steht es dem Erwerber eines Gesellschaftersanteils vor dem Kauf frei, zu entscheiden, ob der Kaufpreis für einen so gebundenen Gesellschaftersanteil angemessen ist. Kommt er zu diesem Schluß, würde er sich zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen, wenn er im Nachhinein einen Ausgleichsanspruch einfordert.

III. Insolvenz eines Vertragspartners

Fraglich ist, ob auch die Insolvenzeröffnung über das Vermögen eines Vertragsteils zur automatischen Beendigung des kombinierten Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages führt.²⁰⁹ Immerhin wirkt sich dies

²⁰⁷ Diese Frage wird nur selten gestellt; wie hier wohl BGH Ur. v. 5.11.2001 - II ZR 119/00, BB 2002, 7-9, der in einer solchen Konstellation nicht einmal die entsprechende Anwendung anspricht; anders Krieger/Jannott DStR 1995, 1473, 1476.

²⁰⁸ Hierzu schon oben S. 53.

²⁰⁹ Hierfür sprechen sich vor allem BGH Ur. v. 14.12.1987 - II ZR 170/87, NJW 1988, 1326, 1327; BayObLG Beschl. v. 29.9.1998 - 3 Z BR 159/94, AG 1999, 43 (jeweils noch unter Geltung der KO); Lutter ZfB 1984, 781, 782f.; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 19 VIII 2 (S. 275); K. Schmidt ZGR 1983, 513, 527; wohl auch Jaffé in Frankfurter Kommentar zur InsO, § 217 Rz. 170; Hüffer AktG § 297 Rz. 22; gegen eine Beendigung sprechen sich aus: BFH, Ur. v. 18.10.1967 - I 262/63 BFHE 90, 370-378; Koppensteiner in Kölner Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 29; Noack in Kübler/Prütting, Kommentar zur InsO, Sonderband 1 (Gesellschaftsrecht), Rz. 723ff; Zeidler NZG 1999, 692, 696f.; Meister WM 1976, 1182 - 1192; wohl auch Uhlenbruck NZI 1999, 41, 44, denn würde der Konzern mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens enden, käme auch der von Uhlenbruck angedachte Insolvenzplan für den gesamten Konzern nicht in Betracht; Kind in Frankfurter Kommentar zur InsO, § 60 Rz. 18 (im Zusammenhang mit der Haftung des Insolvenzverwalters, „Wahrung der fortführenden Konzernidee“).

entscheidend auf die Unternehmensführung des insolventen Vertragsteils aus und kann zu dessen Auflösung führen.²¹⁰ Der II. Zivilsenat des BGH hatte über diese Frage noch unter Geltung der KO zu entscheiden. In dem sog. „Familienheim“-Urteil²¹¹ bestand zwischen einer abhängigen GmbH und einer herrschenden KG ein Organschaftsvertrag und die herrschende KG fiel in Konkurs.

In diesem Zusammenhang führte der Senat aus,

„Daß der Konkurs der Dr. K-KG die Auflösung des Vertragsverhältnisses und damit die Verpflichtung zum Verlustausgleich zur Folge hatte, ergibt sich aber aus einer an der vertraglichen Zielsetzung ausgerichteten ergänzenden Auslegung (§ 157 BGB) des Unternehmensvertrages.

Der Beherrschungsvertrag begründet für das herrschende Unternehmen das Recht, eine das Konzernganze umfassende unternehmerische Zielkonzeption zu entwickeln und zu verfolgen und diese, gegebenenfalls durch Ausübung ihres Weisungsrechts, in der beherrschten Gesellschaft auch durchzusetzen. Im Konkursfall sind aber sowohl die herrschende Gesellschaft als auch ihr Konkursverwalter hierzu nicht mehr imstande; damit endet das Vertragsverhältnis.“²¹²

Maßgeblicher Zeitpunkt sei die Eröffnung des Anschlußkonkursverfahrens. Ab diesem Moment könne das herrschende Unternehmen keine Leitungsmacht mehr ausüben, was wiederum Voraussetzung für eine Ausgleichspflicht sei. Während des vorgelagerten Vergleichsverfahrens hingegen bleibe der Vertrag bestehen:

„Da dem Vergleichsverwalter im Gegensatz zum Konkursverwalter nur bestimmte Mitwirkungsrechte zwecks Überwachung des Schuldners und zur Unterstützung des Gerichtes zustehen, bleibt der vom gerichtlichen Vergleichsverfahren betroffenen herrschenden Gesellschaft auch genügend Raum, die Leitungsmacht gegenüber den Weisungsempfängern der beherrschten Gesellschaft auszuüben“.²¹³

Läßt man die Bedenken, die sich gegen eine derartige ergänzende Vertragsauslegung und gegen einen Vertragsschluß unter auflösender Bedin-

²¹⁰ Für die GmbH § 60 Abs. 1 Ziff. 4, 1. HS GmbHG bzw. § 60 Abs. 1 Ziff. 5 GmbHG ; für die AG § 262 Abs. 1 Ziff. 3 AktG bzw. § 262 Abs. 1 Ziff. 4 AktG. Zum Begriff: Hüfner in Münchener Kommentar zum AktG, § 262 Rz. 12.

²¹¹ BGH Urt. v. 14.12.1987 - II ZR 170/87, NJW 1988, 1326ff.

²¹² BGH Urt. v. 14.12.1987 - II ZR 170/87, NJW 1988, 1326, 1327.

²¹³ BGH Urt. v. 14.12.1987 - II ZR 170/87, NJW 1988, 1326, 1327; Vgl. auch unten S. 114.

gung ergeben,²¹⁴ einmal bei Seite, verbleibt als Kern der Argumentation die Unvereinbarkeit der Stellung des Konkursverwalters mit derjenigen des Konzernleitenden. Eine in der Sache bekannte Argumentation. Bereits zuvor wiesen Hengeler/Hoffmann-Becking²¹⁵ darauf hin, daß die Insolvenzeröffnung²¹⁶ ebenso wie der Abschluß eines Beherrschungsvertrages den Zweck der Gesellschaft ändert und somit die Wirkungen des letzteren aufhebt.²¹⁷ Der Beherrschungsvertrag ändert „satzungsgleich den rechtlichen Status der beherrschten Gesellschaft, indem er insbesondere den Gesellschaftszweck am Konzerninteresse ausrichtet und in das Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter eingreift“.²¹⁸ Wird nunmehr das Insolvenzverfahren eröffnet, ändert sich erneut der Zweck der Gesellschaft, in diesem Fall hin zur Abwicklung. Diese Zweckänderung wiederum verträge sich nicht mit der Ausrichtung am Konzerninteresse.²¹⁹

Richtig an beiden Argumentationen ist zunächst, daß die Eröffnung des Insolvenzverfahrens grundsätzlich keinen Einfluß auf bestehende Verträge mit Beteiligung des insolventen Unternehmens hat. Dieses Ergebnis wird ohne weiteres durch die §§ 103ff. InsO gestützt, die andernfalls überflüssig wären. Es bedarf dementsprechend trotz Eröffnung des Insolvenzverfahrens eines Beendigungsgrundes. Ob ein solcher tatsächlich in der Unvereinbarkeit von Konzernleitung und Insolvenzverwaltung bzw. von Organschaftsvertrag und Insolvenz nach der KO erblickt werden kann,²²⁰ bedarf keiner Entscheidung. Diese sind jedenfalls nach der InsO miteinander vereinbar: Durch die Neufassung des Konkursrechts wurde die Sa-

²¹⁴ Der BGH vertritt üblicherweise (beispielsweise im Urt. v. 27.02.1985 – IVa ZR 136/83, NJW 1985, 1554) die so genannte Andeutungstheorie. Hiernach dürfen bei Auslegung formbedürftiger Rechtsgeschäfte, nur die Tatsachen Berücksichtigung finden, die in der Urkunde angedeutet sind.

²¹⁵ Hengeler/Hoffmann-Becking in FS Hefermehl, Insolvenz im Vertragskonzern, S. 283, 286.

²¹⁶ Wie auch die anderen Auflösungsgründe.

²¹⁷ Hüffer in Münchener Kommentar zum AktG, § 262 Rz. 18.

²¹⁸ BGH Urteil v. 14.12.1987 – II ZR 170/87, NJW 1988, 1326; vgl. bereits früher: Hengeler/Hoffmann-Becking in FS Hefermehl, Insolvenz im Vertragskonzern, S. 283, 286 („eine das Konzernganze umfassende Zielkonzeption“).

²¹⁹ Hengeler/Hoffmann-Becking in FS Hefermehl, Insolvenz im Vertragskonzern, S. 283, 286.

²²⁰ Hiergegen: Hengeler/Hoffmann-Becking in FS Hefermehl, Insolvenz im Vertragskonzern, S. 283, 284f.;

nierung zum gesetzlich typisierten Regelfall (§ 1 InsO).²²¹ Soll der Insolvenzverwalter aber sanieren, so muß es ihm auch möglich sein unternehmerische Entscheidungen zu treffen,²²² so daß die Argumente, jedenfalls vor der neuen InsO weniger überzeugen als vor der KO. Hinzu kommt, daß der Insolvenzverwalter weder auf Seiten des herrschenden noch auf Seiten des beherrschten Unternehmens in die Verlegenheit kommen wird, konzernrelevante Entscheidungen zu treffen: Ist über das Vermögen des herrschenden Unternehmens das Insolvenzverfahren eröffnet worden, so ist dessen Weisungsrecht suspendiert, was nicht aus insolvenzrechtlichen, sondern aus allgemeinen konzernrechtlichen Erwägung folgt. In dieser Situation ist nämlich der Anspruch auf Verlustausgleich ernstlich gefährdet, mit der Folge, daß kein Weisungsrecht mehr ausgeübt werden kann.²²³ Da es nicht denkbar ist, daß nur die beherrschte GmbH allein insolvent wird, sondern immer nur dann, wenn auch das herrschende Unternehmen insolvent wird,²²⁴ gilt entsprechendes für die Insolvenz der beherrschten GmbH.²²⁵ Demzufolge steht die rechtliche Stellung des Insolvenzverwalters, ebenso wie die durch das Insolvenzverfahren herbeigeführten gesellschaftsrechtlichen Änderungen, einer Fortsetzung des Vertragskonzerns nicht entgegen.

Dieses Ergebnis wird auch durch folgende Erwägung gestützt. Nach der „Familienheim“-Entscheidung endete der Organschaftsvertrag erst mit Eröffnung des Anschlußkonkursverfahrens. Man wird vermuten dürfen, daß dieser Zeitpunkt auch²²⁶ deshalb gewählt wurde, da zuvor, also während des Vergleichsverfahrens, noch eine Sanierung des insolventen Unternehmens denkbar war. Da nunmehr die Zweiteilung zwischen Vergleichs- und Anschlußkonkursverfahrens aufgegeben und in einem einheitlichen

²²¹ Hierzu Smid in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 453, 457 (Rz. 12), 455 (Rz. 4).

²²² Hengeler/Hoffmann-Becking in FS Hefermehl, Insolvenz im Vertragskonzern, S. 283, 285.

²²³ Im Einzelnen oben S. 34; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 302 Rz. 38.

²²⁴ vgl. im Einzelnen oben S. 32.

²²⁵ Hierzu Acher, Vertragskonzern und Insolvenz, S. 98.

²²⁶ Ausdrücklich stützt der II. Zivilsenat dieses Ergebnis nur auf die Stellung des Konkursverwalters, vgl. oben FN. 213.

Insolvenzverfahren zusammengefaßt wurde,²²⁷ kann kein Zeitpunkt mehr bestimmt werden, in welchem die Sanierung des insolventen Unternehmens ausgeschlossen wäre.²²⁸ Würde nun die Sanierung daran scheitern, daß der Organschaftsvertrag durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens endet, wird deutlich, daß dieses Ergebnis im diametralen Gegensatz zu dem eigentlichen Zweck der Insolvenzordnung steht.²²⁹

Weiterhin kann der Organschaftsvertrag für beide Vertragsteile einen wirtschaftlichen Wert darstellen. Würde man diesen im Insolvenzfall entziehen, so ist denkbar, daß das Stellen des Insolvenzantrags selbst eine nach den §§ 129 ff InsO anfechtbare Rechtshandlung wäre, was zu nicht überbrückbaren Problemen führen dürfte.

Schließlich würde eine automatische Beendigung des Organschaftsvertrages dazu führen, daß die Insolvenzmasse des herrschenden Unternehmens und damit die Chance auf Sanierung desselben, zugunsten der Gläubiger der beherrschten GmbH geschmälert würde. Mit der Beendigung hätten die Gläubiger der beherrschten GmbH nämlich entsprechend § 303 AktG einen Anspruch auf Sicherheitsleistung gegen das herrschende Unternehmen für ihre Forderungen. Würde, was durchaus wahrscheinlich ist, auch die beherrschte GmbH insolvent, werden deren Gläubiger nur quotal befriedigt und können sich im Übrigen an das herrschende Unternehmen halten, indem sie Befriedigung aus der Sicherheit suchten. Gläubiger der beherrschten Gesellschaft stünden in diesem Fall grundlos besser als Gläubiger des herrschenden Unternehmens.²³⁰ Dementsprechend endet der Organschaftsvertrag nicht schon zu dem Zeitpunkt, in welchem Eröffnungsgründe nach der InsO vorliegen und der zulässige

²²⁷ Noack in Kübler/Prütting, Kommentar zur InsO, Sonderband 1 (Gesellschaftsrecht), Rz. 723.

²²⁸ So Noack in Kübler/Prütting, Kommentar zur InsO, Sonderband 1 (Gesellschaftsrecht), Rz. 723; in Ansätzen bereits K. Schmidt ZGR 1983, 513, 526 FN 53; offenbar auch Kind in Frankfurter Kommentar zur InsO, § 60 Rz. 18 (im Zusammenhang mit der Haftung des Insolvenzverwalters, „Wahrung der fortführenden Konzernidee“); aA.: wohl Jaffé in Frankfurter Kommentar zur InsO, § 217 Rz. 170; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 43, 104.

²²⁹ Noack in Kübler/Prütting, Kommentar zur InsO, Sonderband 1 (Gesellschaftsrecht), Rz. 723 „wäre fatal“.

²³⁰ Heesing, Bestandsschutz des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags im Konkurs, S. 247.

Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (§§ 13, 15 InsO) gestellt wird, gleichgültig bei welchem Vertragsteil diese Voraussetzungen eintreten. Sollte indessen das Insolvenzverfahren nach der Schlußverteilung durch Aufhebung (§ 200 InsO) enden, endet auch der Organschaftsvertrag, da nunmehr ein Vertragspartner weggefallen ist.

IV. Sonstige Auflösungsgründe eines Vertragsteils

Damit bleibt zu untersuchen, ob das Vorliegen anderer Auflösungsgründe (§§ 60 Abs. 1 Ziff. 1-3, 5-7 GmbHG; §§ 262 Abs. 1 Ziff. 1-2, 4-6 AktG) bei einer Vertragspartei zur automatischen Beendigung des Organschaftsvertrages führt. Im Gegensatz zur Auflösung wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Löschung nach § 141a FGG ziehen sämtliche anderen Auflösungsgründe²³¹ eine Abwicklung nach sich. Da diese in die Struktur der Gesellschaft weit weniger eingreift als das Insolvenzverfahren, muß der Organschaftsvertrag erst Recht bei diesen Auflösungsgründen fortbestehen. Kombinierte Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge enden aber jedenfalls mit der Vollbeendigung eines Vertragsteils. Demzufolge endet der Organschaftsvertrag im Falle des § 141a FGG bereits mit der Löschung der Gesellschaft, da Auflösung und Vollbeendigung bei diesem Tatbestand zusammenfallen und somit ein Vertragspartner nicht mehr existiert.

D. Aufhebungsvertrag

Die Voraussetzungen für die Beendigung des Organschaftsvertrages durch einen Aufhebungsvertrag sind fast durchweg umstritten. Einigkeit wurde bislang nur über Formalitäten erzielt. So ist allgemein anerkannt, daß der Aufhebungsvertrag zwischen den Geschäftsführungsorganen der Vertragsparteien schriftlich zu schließen und daß dieser – mit der Anmeldung der Vertragsaufhebung – beim Handelsregister einzureichen ist. Die Intensität mit der dieser Streit geführt wird, folgt nicht zu letzt daraus, daß der Aufhebungsvertrag eine Vertragsbeendigung vor Ablauf der Mindestvertragszeit ermöglicht und nicht an das Vorliegen äußerer Umstände, wie beispielsweise eines wichtigen Grundes, geknüpft ist. Es verwundert da-

²³¹ Vgl. zu den Umwandlungsmaßnahmen den gesonderten Abschnitt unten S. 135.

her nicht, daß die Diskussion im Kern um das Zustimmungserfordernis bei der abhängigen GmbH geführt wird. Ist die Zustimmung jedes außenstehenden Gesellschafters erforderlich? Reicht eine bestimmte Zustimmungquote der außenstehenden Gesellschafter aus oder bedarf es lediglich eines Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung? Auch bei diesem Meinungsstreit geht es letzten Endes um die Frage, ob das GmbH-Konzernrecht aus einer Analogie zum AktG zu entwickeln ist oder es näher liegt Vorschriften des GmbHG entsprechend anzuwenden. Entscheidet man sich für das aktienrechtliche Modell,²³² so bedürfte es entsprechend § 296 Abs. 2 AktG einer Zustimmungquote von 75 % der außenstehenden Gesellschafter. Möchte man für die Beantwortung der Frage das GmbHG heranziehen, so würden sich namentlich drei Möglichkeiten bieten: Die strengste Ansicht verweist auf das Zustimmungserfordernis bei Vertragsabschluß und verlangt dementsprechend für den Aufhebungsvertrag auch die Zustimmung jedes Gesellschafters.²³³ Die anderen beiden GmbH-rechtlichen Ansätze lassen dagegen einen Beschluß der Gesellschafterversammlung mit verschiedenen Mehrheiten ausreichen.²³⁴ Da in aller Regel das herrschende Unternehmen wenigstens mit satzungsändernder Mehrheit beteiligt ist, könnte sich dieses in fast allen Fällen, ohne auf die außenstehenden Gesellschafter angewiesen zu sein, vom kombinierten Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag lösen. Im Folgenden wird daher zu prüfen sein, welches Modell den Vorzug verdient.

²³² So OLG Frankfurt NJW-RR 1994, 296; OLG Karlsruhe NJW-RR 1994, 1062; Bungert NJW 1995, 1118, 1120f.; Timm GmbH 1989, 11, 14f; Timm GmbH 1987, 8, 14; Vetter ZIP 1995, 345, 350f., 355.

²³³ So Priester ZGR 1996, 189, 205; Ebenroth/Wilken WM 1993, 1617, 1621f.; Rix MittRhNotK 1986, 29, 43; Ehlike ZIP 1995, 355, 357f.; Halm NZG 2001, 735f., 738; Emmerich/Sonnenschein, 7., A, § 32 IV. 3. b) (S. 496); Knepper DStR 1994, 377-381, 379; Fleischer/Rentsch NZG 2000, 1141; Halm NZG 2001, 728, 737; Hoffmann-Becking WiB 1994, 57, 63, der der Praxis ein Vorgehen nach § 53, 54 GmbHG anräht und ggf. die Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter verlangt; da Timm in FS Kellermann, Rechtsfragen der Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen, S. 461, S. 461, 473f. und der Kündigung des Organisationsvertrages satzungsändernde Wirkung beimißt, müßte dieser gleiches für die einvernehmliche Vertragsaufhebung vertreten; anders aber ders. GmbH 1992, 213, 217; s. auch Timm vorherige FN; analoge Anwendung der §§ 53, 54 GmbHG eher zu verneinen: Koppensteiner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, Kommentar zum GmbHG, Anh. nach § 52 Rz. 118; Kort AG 1988, 369, 375; Kropff in FS für Semler, Der GmbH-Beherrschungsvertrag: Voraussetzung für den Vorrang von Konzerninteressen?, S. 517, 527, der sich bereits bei der Begründung für die analoge Anwendung der §§ 293ff. AktG ausspricht.

²³⁴ Krieger in U. H. Schneider, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, S. 99, 113; ders./Jannott DStR 1995, 1473, 1477. Vetter ZIP 1995, 345, 352.

Daneben wird auch zu untersuchen sein, ob und gegebenenfalls mit welcher Mehrheit ein Zustimmungsbeschuß beim herrschenden Unternehmens erforderlich ist.

I. Rechtsprechung

Betrachtet man die diesen Themenkreis behandelnden, instanzgerichtlichen Urteile, so ergibt sich folgendes Bild: Die erste Äußerung der Rechtsprechung zur einvernehmlichen Vertragsaufhebung findet sich beim „Mannesmann Kienzle“-Beschuß des LG Konstanz.²³⁵ Dieses wendete die im „Supermarkt“-Beschuß des BGH aufgestellten Grundsätze spiegelbildlich an und verlangte entsprechend §§ 53, 54 GmbHG für eine wirksame Vertragsaufhebung den zustimmenden Gesellschafterbeschuß beider Vertragsparteien. Welche Mehrheiten jeweils erforderlich sind, konnte das LG offen lassen. Dieser Beschuß wurde aber durch das OLG Karlsruhe²³⁶ aufgehoben. Zur Begründung führte das OLG an, daß es keinen Rechtsgrundsatz gebe, nach welchem die Beendigung eines Rechtsgeschäfts denselben Voraussetzungen unterliegt, wie deren Begründung. Dies zeige sich nicht zuletzt an der Regelung des § 296 AktG.²³⁷ Eine analoge Anwendung der §§ 53, 54 GmbHG für die Aufhebung eines Organschaftsvertrages scheidet aus, da es an der erforderlichen Interessengleichheit fehle.

Die Gründe, die für den Abschluß eines solchen Vertrages Einstimmigkeit erforderlich machen, würden für die Aufhebung des Vertrages nicht eingreifen. Damit sei der Weg für eine analoge Anwendung des § 296 AktG frei, so daß grundsätzlich die Zustimmung der Gesellschafterversammlung entbehrlich sei. Für die beherrschte GmbH stelle sich die Beendigung vielmehr als ein „Abwerfen rechtlicher Fesseln“ dar, die bei Abschluß des Unternehmensvertrages angelegt worden seien. Daher liege lediglich eine Rückkehr zum Normalstatut vor, die von der Bedeutung her nicht mit der Begründung vergleichbar sei. Dieses Ergebnis bestätige auch die gesetz-

²³⁵ LG Konstanz Beschl. v. 26.11.1992 - 3 HAT 1/92, ZIP 1992, 1736-1738.

²³⁶ OLG Karlsruhe Beschl. v. 03.06.1994 - 4 W 122/93, NJW-RR 1994, 1062-1064.

²³⁷ OLG Karlsruhe Beschl. v. 03.06.1994 - 4 W 122/93, NJW-RR 1994, 1062, 1063.

geberische Wertung des § 296 AktG, nach welchem der Gesetzgeber selbst die Aufhebung als einfache Geschäftsführungsmaßnahme einordnet. Entsprechendes gelte für das herrschende Unternehmen. Auch bei diesem sei keine Zustimmung erforderlich. Die teilweise bemühte Begründung, durch die Beendigung des Organschaftsvertrages entstünden Ausgleichsansprüche der beherrschten Gesellschaft, rechtfertige kein anderes Ergebnis. Diesen Ansprüchen sei bereits bei Vertragsschluß zugestimmt worden.

Auch das OLG Frankfurt a.M.²³⁸ wendet § 296 AktG analog auf den Organschaftsvertrag mit einer abhängigen GmbH an. Zur Begründung verweist auch das OLG auf die identische Interessenlage bei Organschaftsverträgen mit abhängiger GmbH einerseits und abhängiger AG andererseits. Zudem habe der BGH in der „Stromlieferungs“-Entscheidung²³⁹ festgestellt, daß kein Grund bestehe, „im GmbH-Recht an die Formalien der Vertragsbeendigung strengere Anforderungen zu stellen als im Aktienrecht, wo die in § 298 AktG vorgeschriebene Eintragung der Beendigung eines Unternehmensvertrages nicht Voraussetzung für deren Wirksamkeit ist“.²⁴⁰ Der genannte Grundsatz sei nicht nur auf die Formalien beschränkt, sondern auf sämtliche Voraussetzungen der Organschaftsvertragsbeendigung auszuweiten.

Dieser übereinstimmenden Rechtsprechung der OLGs Karlsruhe und Frankfurt widersprach das OLG Oldenburg.²⁴¹ Es handele sich bei der Aufhebung eines Organschaftsvertrages um ein Grundlagengeschäft, für das die §§ 53, 54 GmbHG entsprechende Anwendung fänden. Außerdem handele es sich bei dem Abschluß eines Organschaftsvertrages um eine materielle Satzungsänderung, so daß auch die Aufhebung eine materielle Satzungsänderung darstellen müsse und damit den Zustimmungserfordernissen der §§ 53, 54 GmbHG unterworfen sei.

²³⁸ OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 11.11.1993 - 20 W 317/93, NJW-RR 1994, 296-297.

²³⁹ BGH Ur. v. 11. 11.1991 - II ZR 287/90, BGHZ 116, 37; 44 ("Stromlieferung").

²⁴⁰ BGH Ur. v. 11. 11.1991 - II ZR 287/90, BGHZ 116, 37-44 ("Stromlieferung").

²⁴¹ OLG Oldenburg Ur. v. 23.3.2000 - 1 U 75/99, NZG 2000, 1138-1141.

II. Literatur

In der Literatur wird neben diesen zwei Ansätzen (§§ 296 AktG analog²⁴² oder §§ 53, 54 GmbHG entsprechend²⁴³) teilweise noch eine weitere Lösungsmöglichkeit diskutiert. Die einvernehmliche Aufhebung eines Organisationsvertrages sei weder ein satzungsgleicher Eingriff noch eine einfache Geschäftsführungsmaßnahme (§ 296 AktG analog), sondern eine außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme, die nach allgemeinen Grundsätzen der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürfe.²⁴⁴

III. Anwendbarkeit des § 47 Abs. 4 GmbHG?

Die eigentliche Auseinandersetzung mit den verschiedenen Ansichten kann sinnvoller Weise aber nicht erfolgen, ohne zuvor die Frage geklärt zu haben, ob bei einem etwaig erforderlichen Gesellschafterbeschuß das herrschende Unternehmen als Gesellschafter der beherrschten GmbH über den Aufhebungsvertrag mit abstimmen darf. In Betracht kommt insoweit ein Ausschluß vom Abstimmungsvorgang nach § 47 Abs. 4 GmbHG: Ist das herrschende Unternehmen bei der entsprechenden Anwendung der §§ 53, 54 GmbHG von der Beschlußfassung ausgeschlossen, so wären lediglich die außenstehenden Gesellschafter zur Entscheidung über die Aufhebung des Vertrages berufen, was wiederum der Rechtslage bei

²⁴² Timm GmbHR 1987, 8, 14; ders. GmbHR 1989, 11, 14; ders./Geuting GmbHR 1996, 229, 232; Krieger in U. H. Schneider, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, S. 99, 113; Vetter ZIP 1995, 345, 350f., 355; Bungert NJW 1995, 1118, 1121; analoge Anwendung der §§ 53, 54 GmbHG eher zu verneinen: Koppensteiner in Rowedder, Kommentar zum GmbHG, Anh. nach § 52 Rz. 118; Kort AG 1988, 369, 375; Kropff in FS Semler, Der GmbH-Beherrschungsvertrag: Voraussetzung für den Vorrang von Konzerninteressen?, S. 517, 527, der sich bereits bei der Begründung für die analoge Anwendung der §§ 293ff. AktG ausspricht.

²⁴³ Priester ZGR 1996, 189, 205; Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, § 53 Rz. 153f.; Ebenroth/Wilken WM 1993, 1617, 1621f.; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 296 Rz. 7; Rix MittRhNotK 1986, 29, 43; Ehlke ZIP 1995, 355, 357f.; Halm NZG 2001, 735f., 738; Einstimmigkeit verlangen Emmerich/Sonnenschein (bis zur 6. Auflage) § 25 IV. 6. b) (S. 477) ab 7. Auflage nur noch satzungsändernde Mehrheit § 32 IV 3. (S. 496); eingeschränkt findet sich diese Ansicht aber bei Schlögell GmbHR 1995, 401, 406 wieder; vgl. auch Knepper DStR 1994, 377-381, 379; Fleischer/Rentsch NZG 2000, 1141; Schlögell GmbHR 1995, 401, 405; Halm NZG 2001, 728, 737; Hoffmann-Becking WiB 1994, 57, 63, der der Praxis ein Vorgehen nach § 53, 54 GmbHG anrät und ggf. die Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter verlangt; da Timm in FS Kellermann, Rechtsfragen der Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen, S. 461, S. 461, 473f. der Kündigung des Organisationsvertrages satzungsändernde Wirkung beimißt, müßte diese gleiches für die einvernehmliche Vertragsaufhebung vertreten.

²⁴⁴ Krieger in U. H. Schneider, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, S. 99, 113; ders./Jannott DStR 1995, 1473, 1477.

analoger Anwendung des § 296 Abs. 2 AktG entspricht. Dann würden die Lösungsansätze § 296 AktG analog und §§ 53, 54 GmbHG analog in weiten Teilen zu identischen Ergebnissen führen. Völlige Identität der Ergebnisse läßt sich freilich auch nicht über die Anwendung von § 47 Abs. 4 GmbHG erreichen. Es bliebe beispielsweise die Frage zu klären, ob es neben der Beschlußfassung nach § 53 GmbH – wie zum Teil gefordert – noch zusätzlich der Zustimmung aller außenstehenden Gesellschafter bedarf. Des weiteren müßte der Frage nachgegangen werden, welche Wirkung der Eintragung zukommt. Ferner wäre die Frage zu erörtern, ob den außenstehenden Gesellschaftern ein Initiativrecht bzgl. der Vertragsbeendigung zusteht. Nichts desto trotz würde durch die Anwendung des § 47 Abs. 4 GmbHG jedenfalls der wesentliche Unterschied zwischen diesen Ansichten, die Höhe der Zustimmungsquote, eingeebnet.

Die hier interessierende erste Alternative des Stimmrechtsverbots gemäß § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG betrifft dem Wortlaut nach solche Fälle, in denen die Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwischen der GmbH und einem Gesellschafter in Rede steht, so daß der Wortlaut die Annahme nahe legt, daß herrschende Unternehmen sei als Gesellschafter der abhängigen GmbH vom Abstimmungsvorgang ausgeschlossen. Es besteht indessen seit langem Einigkeit darüber, daß die Gesetzesfassung zu weit geraten ist.²⁴⁵ Die erste beachtenswerte Einschränkung daher durch das RG²⁴⁶, welcher sich der BGH²⁴⁷ anschloß. Hiernach greift das Stimmrechtsverbot des § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG nur bei individualrechtlichen Geschäften, während die betroffenen Gesellschafter bei sozialrechtlichen (korporativen²⁴⁸) Geschäften nicht von der Abstimmung ausgeschlossen sein sollten. Eine widerspruchsfreie Definition, wann ein sozialrechtliches (korpora-

²⁴⁵ RG Urt. v. 22.2.1905, Rep. I 476/04, RGZ 60, 172, 173; RG Urt. v. 18.10.1910, Rep. II 660/09, RGZ 74, 276, 278; Hüffer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, § 47 Rz. 149; Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, S. 225;

²⁴⁶ RG Urt. v. 22.2.1905, Rep. I 476/04, RGZ 60, 172, 173; RG Urt. v. 18.10.1910, Rep. II 660/09, RGZ 74, 276, 278; RG Urt. v. 29.11.1912, Rep. II 369/12, RGZ 81, 37, 38.

²⁴⁷ BGH Urt. v. 29.9.1955 - II ZR 225/54, BGHZ 18, 205, 210; BGH Urt. v. 29.5.1967 - II ZR 105/66, BGHZ 48, 163, 167; BGH Urt. v. 9.12.1968 - II ZR 57/67, BGHZ 51, 209, 215; BGH Urt. v. 22.9.1969 - II ZR 144/68, BGHZ 52, 316, 318.

²⁴⁸ Teilweise wird dieser Begriff als vorzugswürdig erachtet, ohne daß damit ein anderer Inhalt gemeint ist: so insb. K. Schmidt in Scholz GmbHG § 47 Rz. 110; van Look NJW 1991, 153.

tives) Geschäft vorliegt, ist bislang allerdings nicht geglückt.²⁴⁹ Vielmehr wird anhand von Fallgruppen versucht, die Geschäfte in sozialrechtliche (korporative) oder individualrechtliche einzuordnen,²⁵⁰ wodurch sich der Meinungsstreit freilich nicht erledigt, sondern lediglich verlagert.

Wählt man diesen kasuistischen Ansatz, so ist nunmehr zu diskutieren, ob das herrschende Unternehmen als Gesellschafter der abhängigen GmbH bei einem etwaig erforderlichen Beschluß der Gesellschafterversammlung über die Frage der einvernehmlichen Vertragsaufhebung mit abstimmen darf oder gemäß § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG von der Beschlußfassung ausgeschlossen ist. Diese Frage wird in Rechtsprechung und Wissenschaft kaum behandelt.²⁵¹ Da aber in vergleichbaren Konstellationen die Geltung von § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG diskutiert wird, können die dort bemühten Argumente möglicherweise auf die Organschaftsvertragsbeendigung übertragen werden.

Insoweit bietet sich zunächst der Organschaftsvertragsabschluß als Vergleichsfall an. Da nach hM. aber eine 100%-tige Zustimmung für den Vertragsabschluß erforderlich ist,²⁵² wird die Diskussion über die Geltung des § 47 Abs. 4 GmbHG auch für diese Fallgruppe nur leidenschaftslos geführt. Die überwiegende Ansicht spricht sich allerdings gegen die Geltung des Stimmrechtsverbotes aus.²⁵³ Als Begründung wird überwiegend

²⁴⁹ Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, S. 227ff, 254; Hüffer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, § 47 Rz. 149.

²⁵⁰ Erstmals: Zöllner Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht S. 231; K. Schmidt in Scholz, Kommentar zum GmbHG, § 47 Rz. 110; Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG § 47 Rz. 48; Koppensteiner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, Kommentar zum GmbHG, § 47 Rz.68; Der BGH hat ausdrücklich in seinem Beschl. v. 18.9.1975, II ZB 6/74, BGHZ 65, 93, 97; BGH Urt. v. 6.6.1988 – II ZR 318/87, GmbHR 1988, 337, 338 zu § 181 BGB festgestellt, daß aus dem Begriff des Sozialakts keine Ergebnisse abgeleitet werden können.

²⁵¹ Soweit ersichtlich, wird diese Frage nur von Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl.2000, Anh. Konzernrecht, Rz. 52c beantwortet, freilich ohne dieses Ergebnis für den Aufhebungsvertrag gesondert zu begründen. Unklar, ob Rosenbach in Beck GmbH-HB, § 17 Rz. 43 auch für die Aufhebung des Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages das Stimmrechtsverbot des § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG nicht anwenden möchte, oder ob sich diese Äußerung lediglich auf Verträge während bestehen des Organschaftsvertrages bezieht. Offengelassen von BGH Beschl. v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324-333.

²⁵² Siehe oben S. 51.

²⁵³ K. Schmidt in Scholz, Kommentar zum GmbHG 8. Auflage § 47 Rz. 115; Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 47 Rz. 24; Kort, Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht, S. 105ff; Kop-

der korporationsrechtliche Charakter dieses Vertrages bemüht. Außerdem wird es als unbillig angesehen, nur die Minderheit über eine so grundlegende Frage entscheiden zu lassen. Die Gegenmeinung stellt vor allem auf das nicht durch die Verbandsmitgliedschaft vermittelte Interesse des herrschenden Unternehmens an dem Organschaftsvertragsabschluß ab.²⁵⁴ Das herrschende Unternehmen stimme nicht als Gesellschafter, sondern in erster Linie als möglicher Vertragspartner ab, habe also ein Sonderinteresse an der Beschlußfassung. Damit liege der für § 47 Abs. 4 GmbHG typische Interessenkonflikt vor. Der Organschaftsvertragsabschluß läßt demnach – hinsichtlich § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG – keine Rückschlüsse für die Behandlung des Aufhebungsvertrages zu.

Als weiterer Vergleichsfall kommt der Beschluß über die Verschmelzung in Betracht. Bis zum Inkrafttreten des UmwG wurde auch bei Verschmelzungsbeschlüssen die Anwendung des § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG diskutiert.²⁵⁵ Auch insoweit stellte sich die Frage, inwieweit das Stimmrechtsverbot aus § 47 Abs. 4 GmbHG greift, wenn beispielsweise die aufnehmende Gesellschaft an der übertragenden GmbH beteiligt war. Daß dieser Fall nicht anders behandelt werden kann als der Abschluß eines Organschaftsvertrages, wurde zu Recht immer wieder betont.²⁵⁶ Der Streit wurde mit der Einführung des UmwG 1994 beendet. In der amtlichen Begründung wird zu § 50 UmwG wie selbstverständlich ausgeführt: „Die Vorschrift lehnt sich in Absatz 1 ebenfalls eng an das geltende Recht an. § 47 Abs. 4 GmbHG gilt für den Verschmelzungsbeschluß nicht“.²⁵⁷ Für den Gesetzgeber selbst war diese Frage so klar, daß er es nicht einmal für nötig erachtete, § 47 Abs. 4 GmbHG ausdrücklich für unanwendbar zu

pensteiner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, Kommentar zum GmbHG, § 47 Rz. 72; aaA. Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl.2000, Anh. Konzernrecht, Rz. 40; Altmeyen in Roth/Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 36; Hüffer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, § 47 Rz. 177f.; ders. in FS Heinsius, Der korporationsrechtliche Charakter von Rechtsgeschäften, S. 337, 353 f.

²⁵⁴ Hüffer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, § 47 Rz. 178; ders., FS Heinsius, aaO., S. 337, 354; Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl.2000, Anh. Konzernrecht, Rz. 40.

²⁵⁵ Hüffer in FS Heinsius, aaO., S. 337, 351.

²⁵⁶ Hüffer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, § 47 Rz. 176; ders., FS Heinsius, S. 337, 353.; Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl.2000, § 47 Rn. 58.

²⁵⁷ Ganske, Umwandlungsrecht, S. 100.

erklären. Dieser eindeutigen gesetzlichen Wertung wird man sich auch nicht für die Aufhebung eines Organschaftsvertrages entziehen können.

Demzufolge kann § 47 Abs. 4 GmbHG auch auf den Beschluß über den Aufhebungsvertrag keine Anwendung finden.

IV. Diskussion

Da das herrschende Unternehmen nicht nach § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG von der Abstimmung über den Aufhebungsvertrag ausgeschlossen ist, kommen die Lösungsansätze § 296 AktG analog und §§ 53, 54 GmbHG analog nicht zu identischen Ergebnissen, so daß eine Entscheidung zugunsten einer der Ansichten getroffen werden muß. Folgende Argumente prägen die Auseinandersetzung:

1. Unlösbarer Zusammenhang zwischen §§ 293 AktG einerseits und § 296 AktG andererseits – Oder: Die Bedeutung des § 293 Abs. 1 Satz 4 AktG

Nach dem LG Konstanz ist die Vorschrift des § 296 AktG auf das GmbH-Vertragskonzernrecht nicht anwendbar, „da sie in einem unlösbaren Zusammenhang mit den Voraussetzungen des Vertragsabschlusses steht, für den gerade § 293 Abs. 1 Satz 4 AktG die Anwendung der Bestimmungen über die Satzungsänderung ausschließt. Im GmbH-Recht fehlt jedoch eine vergleichbare Regelung. Auch die analoge Anwendung von § 293 Abs. 1 Satz 4 AktG scheidet aus,...“²⁵⁸ Auch wenn nicht ganz klar wird, weswegen das LG diesen unlösbaren Zusammenhang angenommen hat,²⁵⁹ gibt dieser Gedankengang Anlaß, die Systematik der §§ 293ff. AktG, insbesondere des § 293 Abs. 1 Satz 4 AktG, näher zu untersuchen, um so Anhaltspunkte für die zutreffende Behandlung des Aufhebungsvertrages zu gewinnen. Unmittelbar gelten die §§ 293ff. AktG nur für den AG-Vertragskonzern. Gewonnene Ergebnisse sind sodann bezüglich ihrer Übertragbarkeit auf den GmbH-Vertragskonzern hin zu überprüfen.

²⁵⁸ LG Konstanz Beschl. v. 26.11.1992 - 3 HAT 1/92, ZIP 1992, 1736, 1737.

²⁵⁹ Ähnlich Vetter ZIP 1995, 345, 350. Ebenroth/Wilken WM 1993, 1617, 1619

Betrachtet man die Vorschrift des § 293 Abs. 1 Satz 4 AktG, so ist zunächst festzustellen, daß diese Norm nur bezüglich des Vertragsabschlusses die §§ 179ff. AktG ausschließt. § 296 AktG verweist nicht auf § 293 Abs. 1 Satz 4 AktG. Zum Teil wird § 293 Abs. 1 Satz 4 AktG gleichwohl dahingehend verstanden, daß hierdurch die Regelungen über Satzungsänderungen für den gesamten Bereich des Abschlusses und der Beendigung von Unternehmensverträgen ausgeschlossen sein sollen.²⁶⁰ Dieses Verständnis läßt sich indessen nicht mit der systematischen Stellung dieser Vorschrift in Einklang bringen. Auch der Wortlaut spricht gegen einen solchen Universalausschluß der §§ 179ff. AktG, so daß ein solches Verständnis abzulehnen ist. Die Tatsache, daß keine dem § 293 Abs. 1 Satz 4 AktG entsprechende Vorschrift im Zusammenhang mit § 296 AktG normiert ist, spricht vielmehr dafür, daß der Gesetzgeber die Aufhebung des Unternehmensvertrages als einfache Geschäftsführungsmaßnahme einstuft. Hätte er nämlich die Regelungen über die Satzungsänderung für anwendbar gehalten, so hätte es einer dem § 293 Abs. 1 Satz 4 AktG entsprechenden Regelung iRd. § 296 AktG bedurft, um eine Aufhebung unter den erleichterten Bedingungen des § 296 AktG zu ermöglichen. Zu kurz griffe es demgegenüber, § 296 AktG als *lex specialis* gegenüber §§ 179 ff. AktG zu begreifen, denn andernfalls hätte es auch iRd. § 293 AktG nicht der Klarstellung bedurft, daß die Regelungen über die Satzungsänderung nicht anzuwenden sind.

Dieses durch systematische Erwägungen gewonnene Ergebnis wird durch den historischen Willen des Gesetzgebers gestützt: Die Begründung des Regierungsentwurfs erwähnt § 293 Abs. 1 Satz 4 AktG lediglich im Rahmen des § 293 AktG²⁶¹ und nicht etwa bei § 296 AktG. Außerdem wird ausgeführt, daß die Aufhebung des Vertrages die Interessen der Aktionäre in wesentlich geringerem Maße berühre als dessen Abschluß.²⁶² Wird der Aufhebungsvertrag demzufolge im AG-Vertragskonzernrecht als einfache

²⁶⁰ So Ebenroth/Wilken ZIP 1992, 1738, 1739; weniger deutlich: Ebenroth/Wilken WM 1993, 1617, 1619; in einem ähnlichen Sinne interpretiert Schlögel GmbHR 1995, 401, 403 diese Norm, dessen Erwägungen zur Analogiefähigkeit des § 293 Abs. 1 Satz 4 AktG andernfalls nicht verständlich wären; vgl. auch LG Konstanz Beschl. v. 26.11.1992 - 3 HAT 1/92, WM, 953-955; Priester ZGR 1996, 189, 198 Fn. 54; Vetter ZIP 1995, 345, 350.

²⁶¹ Begr.RegE bei Kropff, S. 381.

²⁶² Begr.RegE bei Kropff, S. 385.

Geschäftsführungsmaßnahme angesehen, so ist im folgenden zu untersuchen, ob diese Wertung auch im GmbH-Vertragskonzernrecht zutrifft. Die Unterteilung von Geschäftshandlungen in Geschäftsführungsmaßnahmen oder Grundlagenentscheidungen bzw. Strukturentscheidungen bezieht ihre Berechtigung ausschließlich aus der Zuordnung der Maßnahmen zu Gesellschaftsorganen. Grundlagenentscheidungen sind den Gesellschaftern zugeordnet, während über einfache Geschäftsführungsmaßnahmen durch die jeweiligen Geschäftsführungsorgane zu entscheiden ist. Da die Kompetenz des Vorstandes der AG wiederum erheblich über diejenige des Geschäftsführers einer GmbH hinausgeht – er kann im Gegensatz zum Geschäftsführer der GmbH auch außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen ohne Zustimmung der Hauptversammlung durchführen –, kommt es für die Differenzierung der Maßnahmen entscheidend auf den Gesellschaftstyp an.²⁶³ Anders gewendet: Wenn für eine Maßnahme der Vorstand der AG zuständig ist, kann hieraus nicht geschlossen werden, daß der Geschäftsführer der GmbH für diese Maßnahme zuständig wäre. Folglich bedeutet die Tatsache, daß die Hauptversammlung der AG dem Aufhebungsvertrag nicht zustimmen muß, nicht gleichzeitig, daß auch die Gesellschafterversammlung der GmbH dem Aufhebungsvertrag nicht zustimmen müßte.²⁶⁴

Insoweit bringt die Wertung des § 296 AktG – die Aufhebung des Organschaftsvertrages ist in der AG eine einfache Maßnahme der Geschäftsführung – keinen Hinweis auf die zutreffende Behandlung des Aufhebungsvertrages bei der GmbH.

2. Die „Stromlieferungs“-Entscheidung des BGH

Lediglich im „Stromlieferungs“-Urteil²⁶⁵ äußerte sich der BGH zur Beendigung eines Organschaftsvertrages mit abhängiger GmbH. Hiernach

²⁶³ So Ebenroth/Wilken WM 1993, 1617, 1619.

²⁶⁴ Auf die Strukturunterschiede zwischen AG und GmbH weist auch Ehlke ZIP 1995, 355, 357 hin.

²⁶⁵ BGH Urt. v. 11.11.1991 - II ZR 287/90, BGHZ 116, 37-47, teilweise auch unter dem Namen „Hansa-Feuerfest“ bekannt. So zum Beispiel Vetter ZIP 1995, 345, 350.

„besteht kein Grund, im GmbH-Recht an die Formalien der Vertragsbeendigung strengere Anforderungen zu stellen als im Aktienrecht, wo die in § 298 AktG vorgeschriebene Eintragung der Beendigung eines Unternehmensvertrages nicht Voraussetzung für deren Wirksamkeit ist“.²⁶⁶

Über die Bedeutung dieser Urteils Passage sind zahlreiche Spekulationen angestellt worden. Dementsprechend gehen die Deutungen weit auseinander. Soweit diese Passage allerdings herangezogen wird, um zu belegen, daß sämtliche Voraussetzungen, ob formeller oder materieller Natur – gleichgültig welcher Beendigungstatbestand vorliegt – nicht strenger sein dürfen als im Aktienkonzernrecht,²⁶⁷ kann dem nicht gefolgt werden, denn sie ist ausdrücklich nur auf die Formalien beschränkt.

Andere verweisen auf die besondere Fallkonstellation und argumentieren, daß es sich um eine nicht generalisierbare Einzelfallentscheidung handle.²⁶⁸ In dem zugrunde liegenden Fall wurde der Organschaftsvertrag nicht einvernehmlich aufgehoben, sondern seitens des herrschenden Unternehmens ordentlich gekündigt;²⁶⁹ außerdem bezog sich diese Entscheidung auf einen so genannten Alt-Vertrag, also auf einen Organschaftsvertrag, der vor Veröffentlichung des „Supermarkt“-Beschlusses abgeschlossen wurde und nach damaliger Praxis nicht in das Handelsregister eingetragen wurde. Auch dieses Verständnis scheint mehr am Ziel als am Wortlaut orientiert zu sein. Nach letzterem geht es allgemein um „die Formalien der Vertragsbeendigung“ und nicht um die Formalien der Kündigung bei Altverträgen.

Für den Fall der hier behandelten einvernehmlichen Vertragsaufhebung bedeutet dies insbesondere, daß der Eintragungswirkung lediglich deklaratorische Bedeutung zukommt. Dies wiederum spricht gegen die An-

²⁶⁶ BGH Urt. v. 11.11.1991 - II ZR 287/90, BGHZ 116, 37, 44.

²⁶⁷ So Vetter ZIP 1995, 345, 350; jedenfalls mißverständlich: Timm/Geuting GmbH 1996, 229, 232; müsse auch für die anderen Voraussetzungen gelten: OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 11.11.1993 - 20 W 317/93, NJW-RR 1994, 296, 297; Jasper WiB 1994, 118, 119.

²⁶⁸ Fleischer/Rentsch NZG 2000, 1141; Bungert NJW 1995, 1118, 1119; Ebenroth/Wilken WM 1993, 1617, 1620; Schlögell GmbH 1995, 401, 405; in abgeschwächter Form Priester ZGR 1996, 189, 196.

²⁶⁹ Ehlke ZIP 1995, 355, 357.

wendbarkeit der §§ 53, 54 GmbHG analog. Denn würden die Vorschriften über die Satzungsänderungen (§§ 53, 54 GmbHG) für den Aufhebungsvertrag entsprechend herangezogen, müßte der Eintragung, ebenso wie bei der Begründung des Vertragsverhältnisses, konstitutive Wirkung zukommen.

3. Rechtspolitische Kritik an § 296 Abs. 2 AktG als Argument für eine restriktive Anwendung

In der Diskussion ist immer wieder vorgebracht worden, daß § 296 Abs. 2 AktG rechtspolitisch verfehlt sei.²⁷⁰ Auch wenn diese Erwägung für die tatsächliche Rechtslage im Aktienrecht bedeutungslos sei – eine eindeutige gesetzliche Regelung kann nicht ignoriert werden –, so dürfe diese rechtspolitisch verfehltete Vorschrift nicht ohne Not ins GmbH-Konzernrecht übertragen werden.²⁷¹

Aber bereits diese Folgerung ist keineswegs zwingend. Auch eine unliebsame oder unerwünschte Norm stellt eine Willensäußerung des Gesetzgebers dar. Wenn diese für den in Frage kommenden Fall analogiefähig ist, muß diese Analogie gebildet werden.²⁷² Diese Frage braucht aber nicht endgültig entschieden zu werden; denn § 296 Abs. 2 AktG ist keineswegs rechtspolitisch verfehlt. Die beiden vorgebrachten Kritikpunkte greifen letztlich nicht durch: Als Begründung für die Kritik an der Norm des § 296 Abs. 2 AktG wird einerseits auf das in sich nicht stimmige Verhältnis des Aufhebungsvertrages und der Änderung des Organschaftsvertrages hingewiesen. Es sei nicht einzusehen, warum bei einer möglicherweise belanglosen Änderung des Organschaftsvertrages die Zustimmung der

²⁷⁰ Kritik an der aktienrechtlichen Regelung wurde ursprünglich von Biedenkopf/Koppensteiner im Kölner Kommentar AktG (1. Auflage) § 296 Rz. 3 und Obermüller/Werner/Winden AktG S. 194 formuliert; Priester ZGR 1996, 189, 199f., griff diese Kritik auf und versuchte hieraus Schlußfolgerungen für den GmbH-Vertragskonzern zu gewinnen; ebenso Ehlke ZIP 1995, 355, 356, (Wirkungskreis der „problematischen Vorschrift“ gering halten); ähnlich Dilger WM 1993, 935, 936.

²⁷¹ Ehlke ZIP 1995, 355, 356; ähnlich Dilger WM 1993, 935, 936; demgegenüber stellt Krieger in U. H. Schneider, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, S. 99, 112f. darauf ab, daß man eine gesetzgeberische Wertung nicht ohne weiteres übergehen dürfe.

²⁷² Zöllner DB 1989, 913f: „wird die analoge Normanwendung unter dem Gleichheitsgebot der Verfassung zur unausweichlichen richterlichen Pflicht“; Krieger in U. H. Schneider, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, S. 99, 112f; anders offenbar Priester ZGR 1996, 189, 200, der allein auf die rechtspolitische Fragwürdigkeit zur Ablehnung der Analogie zurückgreift.

Hauptversammlung erforderlich sein soll (§§ 295 Abs. 1 Satz 2, 293 Abs. 1 Satz 1 AktG), während die regelmäßig bedeutsame „Änderung gegen Null“ keiner Zustimmung bedürfen soll.²⁷³ Diese Kritik trifft bei näherer Betrachtung allerdings nicht zu:

Im Gegensatz zu § 296 Abs. 2 AktG ist nach §§ 295 Abs. 1, 293 Abs. 1 Satz 2 AktG für eine Vertragsänderung die Zustimmung der Hauptversammlung mit Dreiviertelmehrheit erforderlich. Nur im Fall des § 295 Abs. 2 Satz 1 AktG, wenn also auch solche Vorschriften geändert werden sollen, die die Ausgleichsansprüche der außenstehenden Aktionäre regeln, muß darüber hinaus ein Sonderbeschluß der außenstehenden Aktionäre eingeholt werden. Ist ein solcher Sonderbeschluß der außenstehenden Aktionäre aber erforderlich, so bedeutet ein zusätzlicher Hauptversammlungsbeschluß kein Mehr an Einflußnahmemöglichkeit: Die einzelne Stimme des außenstehenden Aktionärs ist bei der Sonderbeschlußfassung höherwertiger als im Rahmen einer Beschlußfassung in der Hauptversammlung, da letzterenfalls die Anzahl der Stimmberechtigten üblicherweise größer ist und sich das herrschende Unternehmen immer für die Vertragsänderung aussprechen wird. Der Hauptversammlungsbeschluß hat mit anderen Worten nur dann eigenständige Legitimationskraft, wenn daneben kein Sonderbeschluß der außenstehenden Gesellschafter erforderlich ist. Insoweit mag es auf den ersten Blick verwundern, daß auch § 293 AktG eine solche doppelte Beschlußfassung verlangt. Da § 293 Abs. 1 allerdings auch für andere Unternehmensverträge eingreift (§ 292 AktG), handelt es sich bei dem Sonderbeschlußerfordernis für den Abschluß von Gewinnabführungs- oder Beherrschungsverträge um einen Sonderfall. Da für die Vertragsaufhebung in jedem Fall ein Sonderbeschluß erforderlich ist, wäre ein zusätzlicher Hauptversammlungsbeschluß grundsätzlich ohne eigenständige Legitimationswirkung und damit schlichtweg überflüssig.²⁷⁴ Somit kann nicht davon gesprochen werden, daß die Regelung des § 296 AktG rechtspolitisch verfehlt ist, so daß auch dieses Argument nicht gegen die Übertragbarkeit des § 296 AktG

²⁷³ Priester ZGR 1996, 189, 200f.; Ehke ZIP 1995, 355, 356.

²⁷⁴ In diese Richtung bereits Geßler in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, Kommentar zum AktG, §296 Rz. 4; Vetter ZIP 1995, 345, 346; Priester ZGR 1996, 189, 200f. zieht demgegenüber den Vergleich zum Abschluß des Organschaftsvertrages, bei – auch im Falle der Einmann-GmbH – eine Zustimmung der Hauptversammlung erforderlich ist.

spricht.

Andererseits wird darauf hingewiesen, daß § 296 Abs. 2 AktG systemfremd und daher nicht analogiefähig sei. Namentlich Priester meint, daß eine Anwendung des § 296 Abs. 2 AktG bedeute, den Organschaftsvertrag als schuldrechtlichen Vertrag zu qualifizieren.²⁷⁵ Es handele sich nämlich bei der Organschaftsvertragsbeendigung um eine strukturändernde Maßnahme, die – wie aus der „Holzmüller“-Entscheidung²⁷⁶ hervorgehe – den Gesellschaftern und nicht den Geschäftsführungsorganen zugewiesen seien. Diesem Argument kann insoweit beigegeben werden, als es um die grundsätzliche Zuordnung von Strukturmaßnahmen in den Kompetenzbereich der Gesellschafter geht. Auch der Einordnung der Organschaftsvertragsbeendigung als strukturändernde Maßnahme kann zugestimmt werden. Dies bedeutet freilich nicht, daß der Gesetzgeber nicht einzelne, selbst die Struktur der Gesellschaft ändernde Maßnahmen, auch den Geschäftsführungsorganen zuordnen könnte, ohne der Maßnahme den strukturändernden Charakter zu nehmen. Hinzu kommt, daß der Gesetzgeber im hier diskutierten Falle des Aufhebungsvertrages die Entscheidung lediglich formal dem Vorstand zuordnet; die eigentliche Entscheidung fällt im Rahmen des Sonderbeschlusses nach § 296 Abs. 2 Satz 1 AktG, denn diese Zustimmung ist Wirksamkeitsvoraussetzung des Aufhebungsvertrages. Damit steht auch dieser Einwand der entsprechenden Anwendung des § 296 AktG nicht entgegen.

Möglicherweise fehlt es aber aus anderen Gründen an den Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung des § 296 Abs. 2 AktG auf die abhängige GmbH. Zweifelhaft ist insbesondere das Merkmal der Interessengleichheit, welche dann gegeben ist, wenn die Tatbestände in der für die gesetzliche Bewertung maßgeblichen Hinsicht gleich zu bewerten sind.²⁷⁷ Für die gesetzliche Wertung war vor allem der Schutz der außenstehenden Aktionäre und nicht etwa der abhängigen Gesellschaft selbst maßgebend. Diese Zielrichtung wird besonders anhand des § 295 Abs. 2

²⁷⁵ Priester ZGR 1996, 189, 200; in abgeschwächter Form: Ebenroth/Wilken WM 1993, 1617, 1619.

²⁷⁶ BGH Urt. v. 25.2.1982 – II ZR 174/80, BGHZ 83, 122-144.

²⁷⁷ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 202.

AktG deutlich. Hiernach ist ein Sonderbeschluß der außenstehenden Aktionäre im Falle der Vertragsänderung nur dann erforderlich, wenn entweder die den Ausgleich gewährenden Bestimmungen oder aber solche Vertragsteile betroffen sind, die zum Erwerb der Aktien der außenstehenden Aktionäre verpflichten. In allen anderen, namentlich die abhängige Gesellschaft belastenden Vertragsänderungen haben die außenstehenden Aktionäre kein über die Hauptversammlungszustimmung (§ 295 Abs. 1 Satz 1 AktG) hinausgehendes Mitwirkungsrecht. Das Sonderbeschlußerfordernis ist also nicht etwa nur zum Schutz der abhängigen Gesellschaft installiert worden.

Nur wenn die außenstehenden Gesellschafter bei der Vertragsaufhebung in gleicher Weise schutzwürdig sind wie außenstehende Aktionäre, kommt eine entsprechende Anwendung in Betracht. Nach der gesetzlichen Wertung ist ein Sonderbeschluß der außenstehenden Aktionäre vor allem deswegen erforderlich, weil mit dem Ende des Organschaftsvertrages gleichzeitig die Ausgleichsansprüche der außenstehenden Aktionäre entfallen; den Aktionären soll nicht ohne ihre Zustimmung der Ausgleichsanspruch genommen werden.²⁷⁸ Obwohl die Ausgleichsansprüche der außenstehenden Gesellschafter im GmbH-Konzernrecht nicht zwingend mit dem Organschaftsvertrag eine rechtliche Einheit bilden,²⁷⁹ entfallen die Ausgleichsansprüche auch im GmbH-Vertragskonzernrecht mit dem Vertragsende.²⁸⁰ Regelmäßig werden die Ausgleichsansprüche der außenstehenden Gesellschafter, wie auch im Falle des AG-Vertragskonzerns, im Unternehmensvertrag selber geregelt. Dies ist für die Praxis deshalb angezeigt, weil bislang nicht höchstrichterlich entschieden wurde, ob die Ausgleichsansprüche nicht doch entsprechend § 304 Abs. 3 Satz 1 AktG zwingend im Organschaftsvertrag zu regeln sind. Um der Gefahr der Unwirksamkeit analog § 304 Abs. 3 Satz 1 AktG zu entgehen, ist es jedenfalls zweckmäßig, diese Ansprüche im Unternehmensvertrag selber zu regeln. Endet aber dieser Vertrag, so entfallen mit diesem zugleich die

²⁷⁸ Begr.RegE bei Kropff, S.385f.

²⁷⁹ Es ist ohne weiteres möglich, den Ausgleichsanspruch rechtlich selbständig auszugestalten vgl. oben S. 53.

²⁸⁰ Ohne nähere Begründung nehmen dies an: Timm/Geuting GmbH 1996, 229, 232 dies an; Emmerich/Sonnenschein 7., A. § 19 II 5b) (S. 262); Hüffer AktG 4., A. § 296 Rz. 9, daß mit dem Ende des Organschaftsvertrages gleichzeitig die Ausgleichsansprüche erlöschen.

Ausgleichsansprüche. Aber auch in dem Fall, in dem die Ausgleichsansprüche nicht im Organschaftsvertrag selber geregelt sind, entfallen diese in aller Regel mit dem Vertragsende.²⁸¹ Immerhin sollen die Ausgleichsansprüche den Wegfall des Gewinnbezugsrechts kompensieren. Ist also keine entgegenstehende Vereinbarung getroffen worden, wird nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen (§§ 133, 157 BGB) davon auszugehen sein, daß sich die Vertragsparteien an den gesetzlichen Regelungen für den AG-Vertragskonzern orientieren und dementsprechend nur für die Dauer des Vertrages Ausgleichsansprüche vereinbaren wollen.

Sowohl der außenstehende Aktionär als auch der außenstehende Gesellschafter verlieren mit der Beendigung des Organschaftsvertrages ihre Ausgleichsansprüche. Quasi spiegelbildlich erhalten sowohl der Aktionär als auch der Gesellschafter ihr Gewinnbezugsrecht zurück. In beiden Fällen besteht die Gefahr, daß letzteres während der Beherrschungszeit entwertet wurde, so daß die außenstehenden GmbH-Gesellschafter nicht weniger schutzwürdig sind als die außenstehenden Aktionäre. Gleichwohl bestehen erhebliche Zweifel, ob das Merkmal der Interessengleichheit vorliegt. Der Regelungsmechanismus – Zustimmung der außenstehenden Aktionäre mit einer bestimmten Zustimmungsquote – ist ein spezifisch aktienrechtlicher Ansatz. Immer dann, wenn bestimmte Sonderrechte von Aktionären tangiert werden, findet sich im AktG ein solches oder ähnliches Sonderbeschlusserfordernis. So bedarf es gemäß § 141 Abs. 2 AktG ebenfalls eines Sonderbeschlusses, wenn die Rechte von Inhabern stimmrechtsloser Vorzugsaktien berührt werden. Auch wenn nach § 179 Abs. 3 AktG das bisherige Verhältnis mehrerer Gattungen von Aktien zum Nachteil einer Gattung geändert werden soll, ist ein Sonderbeschluß der Aktionäre der betroffenen Gattung einzuholen. Entsprechende Konstellationen finden sich darüber hinaus in §§ 182 Abs. 2, 222 Abs. 2, 295 Abs. 2 AktG. Das AktG widmet dem Sonderbeschluß sogar eine eigene Vorschrift (§ 138 AktG). Dem liegt das gesetzgeberische Leitbild der Publikumsgesellschaft zugrunde. Dort, wo so viele Personen gemeinsam entscheiden müssen, kann effizient nur durch (qualifizierte) Mehrheit entschieden werden. Diesem Grundsatz folgt das AktG nicht nur bei Hauptversammlungs-

²⁸¹ Vgl. insoweit Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 295 Rz. 29, zu den anderen Unternehmensverträgen (§ 292 AktG)

beschließen, sondern auch bei Sonderbeschlüssen. Demgegenüber kennt das GmbHG als Entscheidungsgremium allein die Gesellschafterversammlung in ihrer Gesamtheit.²⁸² Sonderbeschlüsse sind im GmbHG nicht vorgesehen. Für solche Fälle, in denen das AktG Sonderbeschlüsse vorsieht, wenn also Rechte einzelner Gesellschafter bzw. Gesellschaftergruppen tangiert werden, ist – sofern nicht ohnehin Einstimmigkeit (vgl. beispielsweise § 53 Abs. 3 GmbHG) gefordert wird – im GmbHG auf § 35 BGB zurückzugreifen.²⁸³ Mehrheitsentscheidungen können in der personalistischen Struktur der GmbH – im Vergleich zur Aktiengesellschaft – grundsätzlich keine Einschränkung von Sonderrechten rechtfertigen.²⁸⁴ Da es sich bei den Ausgleichsansprüchen um mit der Mitgliedschaft verbundene, nicht allen Gesellschaftern zustehende Rechte²⁸⁵, mithin um Sonderrechte handelt, sind die Tatbestände in der für die gesetzliche Bewertung maßgeblichen Hinsicht nicht identisch. Hierfür spricht ebenfalls, daß diese das unmittelbar aus der Mitgliedschaft resultierende Gewinnbezugsrecht ersetzen.

Hinzu kommt, daß es konstruktiv schwierig ist, einen solchen Regelungsmechanismus in das GmbH-Recht zu übertragen. Es könnte zwar darauf verwiesen werden, daß die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung weitgehend durch andere Satzungsregelungen abdingbar ist (§ 45 Abs. 1 GmbHG) und es deswegen möglich sein müßte, ein Sonderbeschlusserfordernis auch im GmbH-Vertragskonzernrecht zu etablieren. So ist es grundsätzlich möglich, Kompetenzen befreiend auf einen Gesellschafterausschuß zu übertragen.²⁸⁶ Da es aber an den hierfür erforderlichen Voraussetzungen fehlt, wird sich eine solche Übertragung nicht begründen

²⁸² Priester in Hommelhoff, "Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht", ZGR Sonderheft 6, 1986, 151, 183.

²⁸³ RG Urt. v. 12.11.1912, Rep. II 291/12, RGZ 80, 385, 389; allgemein zu Sonderrechten RG Urt. v. 26.10.1940, II 57/40, RGZ 165, 129, 131; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 19 III 3 c) bb) (S. 559); Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl.2000, § 3 Rz. 51; Hadding in Soergel, Kommentar zum BGB, § 35 Rz. 2.

²⁸⁴ Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, § 53 Rz. 60, 121; Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl.2000, § 53 Rz. 19; Priester in Scholz, Kommentar zum GmbHG, § 53 Rz. 127.

²⁸⁵ Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl.2000, § 53 Rz. 19.

²⁸⁶ Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 45 Rz. 13, § 46 Rz. 63; Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 45 Rz. 5; Thümmel DB 1995, 2461, 2462ff.; für den Fall des reinen Gesellschafterausschuss: Reuter in FS 100 Jahre GmbHG, Der Beirat der GmbH, S. 631-656.

lassen. So ist sowohl für die Bildung eines Gesellschafterausschusses als auch für die Kompetenzverlagerung auf diesen eine Satzungsbestimmung erforderlich, an der es im zu untersuchenden Fall fehlt.

Folglich ist § 296 Abs. 2 AktG nicht entsprechend auf Organschaftsverträge mit abhängiger GmbH anwendbar. Dieses Ergebnis läßt sich nicht mit rechtspolitischer Kritik an § 296 Abs. 2 AktG, sondern nur mit der fehlenden Interessengleichheit rechtfertigen. Ein Sonderbeschluß ist dem GmbH-Recht fremd. Fälle, in denen Sonderrechte der Gesellschafter beeinträchtigt werden, werden im Recht der GmbH üblicherweise durch die Zustimmung der betroffenen Gesellschafter legitimiert.

4. Tendenz zu einem eigenständigen GmbH-Konzernrecht

Einige Autoren erblicken in der bisherigen Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH die Tendenz zu einem eigenständigen GmbH-Konzernrecht.²⁸⁷ Aus diesem Grunde scheidet eine entsprechende Anwendung des § 296 AktG auf den Aufhebungsvertrag aus. Als Beleg für diese These ziehen Priester und Halm vor allem die Rechtsprechung zum (qualifiziert) faktischen GmbH-Konzern heran. Sowohl in der „ITT“-²⁸⁸ als auch in der „Autokran“-Entscheidung²⁸⁹ vermeidet der BGH eine unmittelbare Analogie zum AG-Konzern. So sei im ersten Fall der Minderheitenschutz aus dem allgemeinen Grundsatz der gesellschaftlicher Treuepflicht hergeleitet und im zweiten Fall nicht der faktische AG-Konzern, sondern der AG-Vertragskonzern zur Analogiegrundlage gemacht worden. Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob sich hieraus tatsächlich Rückschlüsse für den GmbH-Vertragskonzern ziehen lassen. Immerhin konnte bislang nicht von einem in sich geschlossenen und konsistenten GmbH-Konzernrecht gesprochen werden. Insbesondere lagen beiden Konzernarten – bis zur „Bremer Vulkan“-Entscheidung – die identischen Normen als Analogiegrundlage zugrunde, nämlich die des AG-Vertragskonzerns. Aus diesem Grund fehlt es beispielsweise auch an einem Privileg des Vertragskonzerns, welches man angesichts rechtspolitisch wünschenswerter

²⁸⁷ Priester ZGR 1996, 189, 202f; diesem folgend: Halm NZG 2001, 728, 736.

²⁸⁸ BGH Ur. v. 5.6.1975 - II ZR 23/74, BGHZ 65, 15-21.

²⁸⁹ BGH Ur. v. 16.09.1985 – II ZR 275/84, NJW 1986, 188-192.

Transparenz²⁹⁰ durchaus erwartet hätte. Insgesamt erscheinen die Unterschiede zwischen den Konzernierungsarten eher zufällig, denn intendiert.

Da der faktische GmbH-Konzern und der GmbH-Vertragskonzern kein aufeinander abgestimmtes System bilden, können die auf dem Gebiet des faktischen GmbH-Konzernrechts gewonnenen Erkenntnisse nicht ohne weiteres auf das Vertragskonzernrecht übertragen werden. Es ist dementsprechend nicht möglich aus den Besonderheiten des faktischen GmbH-Konzerns eine Tendenz für das gesamte GmbH-Konzernrecht abzuleiten

Soweit es allerdings die zum GmbH-Vertragskonzernrecht ergangenen Entscheidungen betrifft, können daraus freilich Tendenzen ermittelt werden, wobei sich der BGH erst sechs²⁹¹ Mal mit dem GmbH-Vertragskonzern auseinander zu setzen hatte. Nachdem die Urteilsgründe in der „Familienheim“-²⁹² und der „Hamburger Stahlwerke“-Entscheidung²⁹³ nur auf die §§ 291ff. AktG gestützt wurden, leitete der II. Zivilsenat im „Supermarkt“-Beschluss²⁹⁴ die Voraussetzungen für den Abschluß des Organschaftsvertrages aus §§ 53, 54 GmbHG her. Auch das „Stromlieferungs“-Urteil²⁹⁵ könnte noch so verstanden werden, als wolle der II. Zivilsenat eine Analogie zum Aktienrecht vermeiden. Anstelle § 298 AktG entsprechend heranzuziehen, um die deklaratorische Bedeutung der Eintragung des Aufhebungsvertrages zu begründen, führte dieser – weit umständlicher – aus, daß kein Grund bestehe, „im GmbH-Recht an die Formalien der Vertragsbeendigung strengere Anforderungen zu stellen als im Aktienrecht, wo die in § 298 AktG vorgeschriebene Eintragung der Beendigung eines Unternehmensvertrages nicht Voraussetzung für deren Wirksamkeit ist.“²⁹⁶ Aber bereits im „Siemens“-Beschluss²⁹⁷ bildete das Gericht eine Analogie zu § 294 Abs. 1 Satz 2 AktG, ohne etwa einen argu-

²⁹⁰ Hierzu oben S. 4.

²⁹¹ Zu dem Zeitpunkt als Priester diese These entwickelte, war die Entscheidung BGH Urt. v. 5.11.2001 - II ZR 119/00, BB 2002, 7-9 noch nicht ergangen.

²⁹² BGH Urt. v. 14.12.1987 - II ZR 170/87, NJW 1988, 1326-1328.

²⁹³ BGH Urt. v. 19.9.1988 – II ZR 255/87, ZIP 1988, 1248-1254.

²⁹⁴ BGH Beschl. v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324-346.

²⁹⁵ BGH Urt. v. 11.11.1991 - II ZR 287/90, BGHZ 116, 37, 44.

²⁹⁶ BGH Urt. v. 11.11.1991 - II ZR 287/90 NJW 1992, 505, 506.

²⁹⁷ BGH Urt. v. 30.1.1992 - II ZB 15/91, NJW 1992, 1452-1454.

mentativen Umweg zu beschreiten. Auch in einer jüngst veröffentlichten Entscheidung²⁹⁸ wurde § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG analog herangezogen, um auch im GmbH-Vertragskonzern die rückwirkende Auflösung für unzulässig zu erklären.

Den vorliegenden höchstrichterlichen Entscheidungen kann daher für den GmbH-Vertragskonzern weder eine Tendenz zur entsprechenden Anwendung der Vorschriften des GmbHG noch eine Tendenz zur analogen Anwendung des Aktienrechts entnommen werden.

5. Der „actus-contrarius“-Gedanke – die Rückgängigmachung einer Satzungsänderung ist ebenfalls eine Satzungsänderung.

Als Begründung für die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 53, 54 GmbHG ist bereits mehrfach angeführt worden, daß die Rückgängigmachung einer Satzungsänderung ihrerseits auch eine Satzungsänderung darstelle. Schlagwortartig wird dieser Begründungsansatz als „actus-contrarius“-Theorie bezeichnet, welche allerdings eher mißverständlich, denn der Sache dienlich ist. Die actus-contrarius-Theorie wurde für das Öffentliche Recht entwickelt und besagt, daß die Aufhebung einer Maßnahme rechtlich den Regelungen folgt, die für den Erlaß dieser Maßnahme gelten. So ist die Aufhebung eines Verwaltungsakts stets auch ein Verwaltungsakt. Diese Theorie hat im Öffentlichen Recht ihre Berechtigung; für das Zivilrecht greift diese indes nicht.²⁹⁹ Wird beispielsweise ein schuldrechtlicher Vertrag beendet, kann dies zwar ebenfalls durch einen Vertrag geschehen. Zwingend ist ein solcher Schluß indessen nicht, denn der Vertrag könnte auch einseitig gekündigt, angefochten oder widerrufen werden. Soweit das OLG Karlsruhe³⁰⁰ hierfür § 296 AktG als besonders anschaulichen Beleg heranzieht, ist diese Argumentation zirkulär: Allein die Existenz des § 296 AktG belegt, daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Vertragsaufhebung anders zu behandeln wäre. Ansonsten wäre § 296 AktG überflüssig.³⁰¹

²⁹⁸ BGH Urt. v. 5.11.01 - II ZR 119/00, BB 2002, 7, 8.

²⁹⁹ So auch Priester ZGR 1996, 189, 205; Vetter ZIP 1995, 345, 349.

³⁰⁰ Beschl. v. 03.06.1994 - 4 W 122/93, NJW-RR 1994, 1062, 1063:

³⁰¹ Dieses aber auch weitere Beispiele bei Vetter ZIP 1995, 345, 349.

Der Sache nach muß eine Satzungsänderung aber – auch wenn diese inhaltlich eine vorherige Satzungsänderung rückgängig macht – zweifellos den Anforderungen der §§ 53, 54 GmbHG genügen.³⁰² Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob sich dieser Grundsatz auf den Fall übertragen läßt, in welchem es sich nicht um eine Änderung des Satzungstextes, sondern um eine Überlagerung desselben handelt.³⁰³ Da die Konstruktion der Satzungsüberlagerung lediglich im Zusammenhang mit Unternehmensverträgen bemüht wurde,³⁰⁴ kann insoweit nicht auf bereits entwickelte Grundsätze zurückgegriffen werden.³⁰⁵ Ausgangspunkt der Überlegungen zur Aufhebung der Satzungsüberlagerung müssen daher die Gründe sein, derentwegen der II. Zivilsenat des BGH die §§ 53, 54 GmbHG für deren Begründung entsprechend anwendet. Nur wenn diese Gründe im selben Masse auch für die Aufhebung der satzungsüberlagernden Wirkung eingreifen, sind die Regelungen über die Satzungsänderung analog heranzuziehen. Bei dem Abschluß eines Organschaftsvertrages werden

„die Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung auf die herrschende Gesellschaft übertragen, der Gesellschaftszweck unter Aufhebung der unabhängigen erwerbswirtschaftlichen Teilnahme am Wirtschaftsverkehr [...] am Konzerninteresse ausgerichtet“ [...]. Außerdem werden „gesetzliche Regelungen und Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, die den für Unternehmensverträge maßgebenden Vorschriften sowie dem Inhalt des Unternehmensvertrages entgegenstehen“, außer Kraft gesetzt.“³⁰⁶

Bei der Aufhebung der satzungsüberlagernden Wirkung wird das Weisungsrecht auf die Gesellschafterversammlung (zurück-)übertragen und die Ausrichtung des Gesellschaftszwecks am Konzerninteresse aufgeho-

³⁰² OLG Oldenburg Urt. v. 23.3.2000 - 1 U 75/99, NZG 2000, 1138, 1139.

³⁰³ So LG Konstanz ZIP 1992, 1736; Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, § 53 Rz. 154; Halm NZG 2001, 728, 737; insoweit unzutreffend: Timm GmbHR 1989, 11, 14, der darauf abstellt, daß der BGH die Vorschriften über die Satzungsänderung nur analog anwendet.

³⁰⁴ So auch Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, § 53 Rz. 162; Priester in Scholz, Kommentar zum GmbHG, § 53 Rz. 156; teilweise (Roth/Altmeppen GmbHG § 80, 81 Rz. 4.) wird auch Umwandlungsbeschlüssen satzungsändernder Charakter beigemessen. Gleichwohl haben sich diese Autoren nicht mit der Frage befaßt, ob der Aufhebung einer Satzungsüberlagerung ihrerseits „materiell satzungsändernder“ Charakter zukommt.

³⁰⁵ Anders Schlöggel GmbHR 1995, 401, 403.

³⁰⁶ BGH Beschl. v. 24.10.1988 - II ZB 7/88, NJW 1989, 295, 296.

ben. Außerdem leben die überlagerten Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages und die gesetzlichen Regelungen wieder auf. Es werden also erneut das Weisungsrecht, der Gesellschaftszweck und die anzuwendenden Vorschriften geändert, was dafür spricht, daß für die Vertragsaufhebung ebenso wie für den Vertragsschluß §§ 53, 54 GmbHG analog heranzuziehen sind.³⁰⁷ Dem wird teilweise entgegengehalten, daß eine solche Sichtweise nicht der Eingriffstiefe gerecht werde.³⁰⁸ Bei der Beendigung wird zwar das Weisungsrecht geändert, in diesem Fall aber nicht zu Lasten der Gesellschafterversammlung, sondern zu deren Gunsten. Die Gesellschafterversammlung kann dann auch in den Bereichen Weisungen erteilen, die ihr vorher verschlossen waren. Auch die Rückkehr zum ursprünglichen Normenstatut stelle keineswegs einen so intensiven Eingriff dar wie die Abkehr von diesem.

So wird anschaulich immer wieder³⁰⁹ von einer Rückkehr zum gesetzlichen Normalstatut oder wie vom OLG Karlsruhe³¹⁰ plakativer vom „Abwerfen rechtlicher Fesseln“ gesprochen. Dies mag für das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung und das Gewinnbezugsrecht ohne weiteres zutreffen. Hinsichtlich der Gesellschaftszweckänderung verleitet dieses Bild aber zu Fehlvorstellungen. Die Voraussetzungen, die an eine Zweckänderung geknüpft sind, bleiben identisch, selbst wenn es sich um eine Rückgängigmachung einer zuvor erfolgten Zweckänderung handelt. Dies folgt aus § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB, der als Ausfluß eines allgemeinen, für alle Personengesellschaften geltenden Prinzips, auch für die GmbH Geltung beansprucht.³¹¹

³⁰⁷ Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, § 53 Rz. 154; für die Kündigung vertritt Timm in FS Kellermann, Rechtsfragen der Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen, S. 461, S. 461, 473 diese These.

³⁰⁸ So bereits für die aktienrechtliche Regelung: Geßler in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, Kommentar zum AktG, §296 Rz. 4; Krieger/Jannott DStR 1995, 1473, 1477.

³⁰⁹ Erstmals von Timm in FS Kellermann, Rechtsfragen der Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen, S. 461, S. 461, 473; ders. GmbHR 1989, 11, 14; Dilger WM 1993, 935, 937; im selben Sinne, aber mißverständlich: OLG Karlsruhe Beschl. v. 03.06.1994 - 4 W 122/93, NJW-RR 1994, 1062, 1063: „Dies bedeutet somit eine bloße Rückkehr zu dem Zustand, in dem sie sich vor dem Abschluß des Vertrages befunden hat“; ebenso: Krieger/Jannott DStR 1995, 1473, 1477.

³¹⁰ Beschl. v. 03.06.1994 - 4 W 122/93, NJW-RR 1994, 1062, 1063.

³¹¹ Priester in Scholz, Kommentar zum GmbHG, Auflage § 53 Rz. 175; Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, § 53 Rz. 103; Lutter/Hommelhoff, Kommentar

Zur Verdeutlichung kann folgendes Beispiel dienen: Wird für eine GmbH der Gesellschaftszweck der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit vereinbart, so bedarf es der Zustimmung jedes Gesellschafters, wenn die GmbH nunmehr einen rein karitativen Zweck verfolgen soll. Soll dieser Zweck erneut hin zur erwerbswirtschaftlichen Betätigung geändert werden, bedarf es erneut der Zustimmung jedes Gesellschafters, obwohl die Gesellschafter nunmehr – wenn der Zweck erfolgreich verfolgt wird – wieder Gewinn erhalten.³¹² Folglich spricht die durch den Aufhebungsvertrag bewirkte Gesellschaftszweckänderung für einen einstimmigen Beschluss.

6. Entsprechende Anwendbarkeit der §§ 53, 45 GmbHG, 33, 35 BGB

Die Ansichten, die für die Aufhebung des Organschaftsvertrages nur einen Beschluss der Gesellschafterversammlung mit einfacher oder qualifizierter Mehrheit fordern, sind abzulehnen, da ein solcher Beschluss weder die Beeinträchtigung von Sonderrechten in der GmbH (§ 35 BGB) noch eine Zweckänderung (§ 33 Abs. 1 Satz 2 BGB) rechtfertigen kann.

Damit bleibt zu entscheiden, ob § 296 AktG entsprechend heranzuziehen ist oder aber die Zustimmung sämtlicher außenstehender Gesellschafter erforderlich ist. Gegen beide Ansichten lassen sich Argumente anführen; wertet man indessen die Kritikpunkte, die gegen die jeweiligen Ansichten geltend gemacht werden, ist dieser Meinungsstreit wie folgt zu entscheiden: Ein Aufhebungsvertrag kann nur wirksam abgeschlossen werden, wenn die außenstehenden Gesellschafter dieser Vertragsaufhebung zustimmen. Gegen diese Ansicht spricht letztlich nur die bloß deklaratorische Wirkung der Eintragung.³¹³ Dieses Argument kann indessen nicht den Ausschlag geben: Auch wenn man die entsprechende Anwendung der §§ 53, 54 GmbHG, 33, 35 BGB befürwortet, kann die Anordnung der konstitutiven Wirkung gemäß 53 Abs. 3 GmbHG entsprechend § 298 AktG

zum GmbHG, § 53 Rz. 19; Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, S. 29f.

³¹² Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, § 53 Rz. 103, Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 179 Rz. 114 (für die Aktiengesellschaft).

³¹³ hierzu im Einzelnen oben S. 73ff.

überlagert werden.³¹⁴ Die Gründe, die den Gesetzgeber zur Normierung des § 298 AktG veranlaßt haben, greifen gleichermaßen für die abhängige GmbH.³¹⁵ Wäre die Eintragung nämlich Wirksamkeitsvoraussetzung, so hätte es der Geschäftsführer durch Verzögerung der Eintragung in der Hand, den Zeitpunkt der Vertragsbeendigung zu bestimmen.

Wesentlich gewichtiger sind demgegenüber die Argumente, die für eine entsprechende Anwendung der §§ 53, 54 GmbHG, 33, 35 BGB sprechen. Nur dieser Lösungsweg trägt dem Schutzbedürfnis der außenstehenden Gesellschafter hinreichend Rechnung. Da diese sich nach dem Vorbild des § 304 AktG jährliche Ausgleichszahlungen haben zusichern lassen und die vereinbarte Mindestlaufzeit als Berechnungsgrundlage vorausgesetzt wurde,³¹⁶ würde eine Beendigung ohne deren Zustimmung diesen Schutzmechanismus weitgehend entwerten. Wird, wie hier vertreten, die Zustimmung sämtlicher außenstehender Gesellschafter verlangt, so können sich diese auch insoweit ihre Zustimmung abkaufen lassen. Sie können beispielsweise ihre Zustimmung davon abhängig machen, daß ihnen die Ausgleichszahlungen, die während der Mindestvertragslaufzeit anfallen würden, mit Vertragsbeendigung ausgezahlt werden. Daneben spricht auch die durch die Vertragsänderung bewirkte Zweckänderung für die hier vertretene Lösung.

Damit ist für die vertragliche Aufhebung von kombinierten Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen nicht das Aktienrecht entsprechend heranzuziehen, sondern eine Analogie zu den §§ 53, 54 GmbHG, 33, 35 BGB zu bilden. Folglich ist die Zustimmung jedes Gesellschafters für die Vertragsaufhebung erforderlich.

³¹⁴ vgl. insoweit oben S. 73ff; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 298 Rz. 3; anders aber Hoffmann-Becking WiB 1994, 57, 63, der der Eintragung auch für die Vertragsbeendigung konstitutive Wirkung zuerkennt.

³¹⁵ Ohne unmittelbar eine Analogie zu bilden, nimmt dies auch der II. Zivilsenat des BGH im „Stromlieferungs“-Urteil (BGH Urt. v. 11.11.1991 - II ZR 287/90, BGHZ 116, 37, 44) an. Vgl. dieser „Analogie auf Umwegen“ oben S. 82.

³¹⁶ vgl. hierzu im Einzelnen oben S. 53f.

7. Weitere Voraussetzungen des Aufhebungsvertrages

a) Zustimmung auf Seiten des herrschenden Unternehmens

Auch auf Seiten des herrschenden Unternehmens kommt, je nach dessen Rechtsform, ein Zustimmungserfordernis der Gesellschafter in Betracht. Handelt es sich um eine herrschende Aktiengesellschaft, so besteht kein Grund von der gesetzlichen Regelung abzuweichen. Für das herrschende Unternehmen macht es keinen Unterschied, ob nun eine Aktiengesellschaft beherrscht wird oder eine GmbH. Die Entscheidung über den Aufhebungsvertrag ist dem Vorstand des herrschenden Unternehmens zugeordnet.

Zweifelhaft ist indessen, ob der Aufhebungsvertrag auch dann auf Seiten des herrschenden Unternehmens, entsprechend der aktienrechtlichen Regelung, keiner Gesellschafterbeteiligung bedarf, wenn es sich um eine herrschende GmbH handelt. Diese Frage wird, trotz der praktischen Relevanz, nur selten eingehend erörtert.³¹⁷ Auch in dieser Arbeit wurde bislang nur der Frage nachgegangen, ob § 296 Abs. 2 AktG entsprechend auf die abhängige GmbH anzuwenden ist. Bei einer herrschenden Aktiengesellschaft wird aus der Nichterwähnung eines Zustimmungserfordernisses in § 296 Abs. 2 AktG gefolgert, daß keine Beteiligung der Hauptversammlung erforderlich ist.³¹⁸ Eine analoge Anwendung dieses Regelungsinhaltes auf die herrschende GmbH kommt allerdings nur bei Interessengleichheit in Betracht,³¹⁹ welche dann vorliegt, wenn die Tatbestände in der für die gesetzliche Bewertung maßgeblichen Hinsicht gleich zu bewerten

³¹⁷ Emmerich in Scholz, Kommentar zum GmbHG 9. Aufl., Anh. Konzernrecht Rz. 200-202 klärt beispielsweise nur die Frage, wie sich die Vertragsaufhebung für die abhängige GmbH darstellt; ebenso: Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl. 2000, Anh. Konzernrecht, Rz. 52c. Ausführlicher: Krieger in U. H. Schneider, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, S. 99, 111; Priester in Hommelhoff, "Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, ZGR Sonderheft 6, 1986, 151, 184; ders. ZGR 1996, 189, 207; OLG Karlsruhe Beschl. v. 03.06.1994 - 4 W 122/93, AG 1995, 38-39; Dilger WM 1993, 935-937; Ebenroth/Wilken WM 1993, 1617, 1622ff, Schlöggell GmbHR 1995, 401, 407; Rosenbach in Beck GmbH-HB, § 17 Rz. 126.

³¹⁸ Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 9; Koppensteiner in Kölner Kommentar zum AktG, § 296 Rz. 4 („rechtspolitisch erwägenswert“).

³¹⁹ Für eine entsprechende Anwendung: Dilger WM 1993, 935, 936, ohne dies ausdrücklich an § 296 AktG festzumachen; OLG Karlsruhe Beschl. v. 03.06.1994 - 4 W 122/93, AG 1995, 38-39; gegen eine entsprechende Anwendung sprechen sich die in FN. 333 angeführten Autoren aus.

sind.³²⁰

Für die gesetzliche Bewertung war insbesondere die Kompetenzverteilung in der Aktiengesellschaft zwischen Vorstand und Hauptversammlung maßgeblich, denn andernfalls wären die Ausführungen der Regierungsbeurteilung zu der Intensität der Interessenbeeinträchtigung der Aktionäre nicht verständlich.³²¹ Nach dieser Kompetenzverteilung kann der Vorstand auch über weitreichende Maßnahmen eigenverantwortlich entscheiden, ohne die Zustimmung der Hauptversammlung einzuholen. Diese Wertung trifft auf die herrschende GmbH gerade nicht zu. In der GmbH sind die Kompetenzen zwischen Geschäftsführer und Gesellschafterversammlung anders aufgeteilt.³²² Der Geschäftsführer ist nicht dazu berufen über außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen eigenverantwortlich zu entscheiden.³²³ Er hat vielmehr im Innenverhältnis die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einzuholen. Daher geht das Argument des OLG Karlsruhe,³²⁴ das eine entsprechende Anwendung des § 296 AktG auf die herrschende GmbH mit der Begründung befürwortet, daß die Folgen der Beendigung für herrschende Aktiengesellschaft und herrschende GmbH identisch seien, fehl: Wenn der Vorstand einer Aktiengesellschaft eigenverantwortlich über eine Maßnahme entscheiden darf, kann hieraus noch nicht geschlossen werden, daß der Geschäftsführer einer GmbH über die gleiche Maßnahme auch eigenverantwortlich entscheiden kann.

In dieser Hinsicht sind die Tatbestände demzufolge nicht gleich zu bewerten, so daß eine entsprechende Anwendung des § 296 AktG auf die herrschende GmbH ausscheidet. Aus denselben Erwägungen kann auch das Argument, § 296 AktG müsse deswegen auf die herrschende GmbH übertragen werden, weil der BGH auch beim Abschluß die analoge Anwendung des § 293 Abs. 2 AktG befürworte, nicht durchgreifen. Die entsprechende Anwendung des § 293 Abs. 2 AktG stützte der BGH im „Supermarkt“-Beschuß auf die vergleichbare Interessenlage zwischen herr-

³²⁰ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 202.

³²¹ Begr.RegE bei Kropff, S.385.

³²² Hierzu bereits oben S. 72.

³²³ hierzu sogleich.

³²⁴ OLG Karlsruhe Beschl. v. 03.06.1994 - 4 W 122/93, AG 1995, 38, 39.

schender Aktiengesellschaft und herrschender GmbH bei Abschluß des Organschaftsvertrages.³²⁵ Beide Gesellschaftsformen setzen sich gleichermaßen Ansprüchen auf Verlustausgleich und auf Sicherheitsleistung aus. Diesen Gefahren kann sich eine Kapitalgesellschaft nur aussetzen, wenn die Anteilseigner zustimmen. Wenn dies schon bei der stark vorstandsdominierten Aktiengesellschaft so ist, dann muß dies erst Recht für die gesellschafterbeherrschte GmbH gelten. Bei der Vertragsaufhebung greift dieser Erst-Recht-Schluß gerade nicht ein; selbst wenn für die Gesellschaften als solche die Interessenlage vergleichbar ist, muß die Wertung des § 296 AktG – eine Gesellschafterbeteiligung ist nicht erforderlich – nicht auf eine herrschende GmbH zutreffen. Wenn in der Aktiengesellschaft der Vorstand zur Entscheidung über eine Maßnahme berufen ist, bedeutet dies noch nicht, daß auch der Geschäftsführer in einer GmbH über dieselbe Maßnahme eigenverantwortlich zu entscheiden hätte. § 296 AktG ist insoweit also Konkretisierung der Kompetenzordnung. Diese wiederum läßt sich nicht auf die GmbH übertragen.

Damit bleibt die Frage zu klären, ob sich, nachdem eine Zustimmungspflicht nicht analog § 296 AktG ausscheidet, ein Zustimmungserfordernis der Gesellschafterversammlung aus allgemeinem GmbH-Recht ergibt. Hiernach ist eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung dann erforderlich, wenn es sich um eine ungewöhnliche Maßnahme der Geschäftsführung handelt, welche wiederum dann vorliegt, wenn diese wegen ihrer Bedeutung für die Gesellschaft Ausnahmecharakter hat.³²⁶ Zum Teil wird davon ausgegangen, daß es sich bei der Aufhebung eines kombinierten Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages generell um eine einfache Maßnahme der Geschäftsführung handele. Dem ist zu widersprechen: Es mag sich zwar um eine Maßnahme handeln, die für das herrschende Unternehmen weniger bedeutsam ist als ihr Abschluß,³²⁷ gleichwohl sieht sich das herrschende Unternehmen je nach Einzelfall mehr oder weniger hohen Ansprüchen auf Sicherheitsleistung (§ 303 AktG) und gegebenen-

³²⁵ BGH Beschl. v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 333ff.

³²⁶ Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 37 Rz. 11mwN.

³²⁷ So jedenfalls die Begr.RegE bei Kropff, S.385, vgl. aber auch die Diskussion um die Bedeutung des Aufhebungsvertrages iRd. Zustimmungserfordernisse bei der abhängigen GmbH oben S. 85ff.

falls auch Schadensersatzansprüchen³²⁸ ausgesetzt, die bei Fortsetzung des Vertrages jedenfalls nicht geltend gemacht würden. Dem wurde entgegengehalten, daß dem Anspruch auf Sicherheitsleistung – gleiches könnte man gegenüber den Schadensersatzansprüchen einwenden – bereits bei Vertragsschluß durch die Gesellschafter zugestimmt wurde³²⁹ und diese Ansprüche daher Folge des Vertragsabschlusses und nicht der Aufhebung seien. Dieses Argument vermag die Bedeutung der Aufhebung freilich nicht zu schmälern. Es trifft zu, daß durch den Abschluß eines Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages ein Merkmal der Sicherheitsleistung nach § 303 AktG bzw. des Schadensersatzes erfüllt wird. Die übrigen Merkmale (Ansprüche gegen die beherrschte Gesellschaft, Vertragsbeendigung bzw. Pflichtverletzung und Vertragsbeendigung) liegen bei Vertragsschluß gerade nicht vor, so daß eine Billigung dieser Ansprüche zu diesem Zeitpunkt nicht möglich ist. Dies gilt um so mehr, als die Höhe der Ansprüche gegen das herrschende Unternehmen bei Vertragsschluß keineswegs prognostizierbar sind. Überdies kann auch dem Zeitpunkt der Beendigung eine erhebliche Bedeutung zukommen. So kann beispielsweise bereits die Möglichkeit von Gewährleistungsansprüchen, die Pflicht zur Sicherheitsleistung auslösen. Es reichen bereits durch den Gewährleistungsfall aufschiebend bedingte Ansprüche aus.³³⁰ Würde nun mit der Vertragsbeendigung bis zur Verjährung der Gewährleistungsansprüche gewartet, so müßte auch keine Sicherheitsleistung geleistet werden. Es kann also nicht davon gesprochen werden, daß die Entscheidung in jedem Fall bloß eine einfache Maßnahme der Geschäftsführung darstellt. Demgegenüber greift das vor allem von Ebenroth/Wilken³³¹ vorgebrachte Argument, daß sich die Bedeutung der Vertragsaufhebung für die herrschende GmbH auch daraus ergebe, daß die durch den Organisationsvertrag suspendierten Vorschriften über die Kapitalerhaltung wieder eingreifen würden, nicht durch. Diese Änderung betrifft primär die beherrschte GmbH und nicht das herrschende Unternehmen. Zudem werden

³²⁸ Vgl. hierzu im Einzelnen: 37ff, siehe auch S. 43f.

³²⁹ So beispielsweise: OLG Karlsruhe Beschl. v. 03.06.1994 - 4 W 122/93, AG 1995, 38, 39; Dilger WM 1993, 935, 936.

³³⁰ Hüffer AktG § 303 Rz. 3; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 303 Rz. 16, restriktiver noch Geßler in Voraufgabe in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, Kommentar zum AktG, §303 Rz. 8, vgl. auch Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 303 Rz. 17.

³³¹ WM 1993, 1617, 1624ff.

nach hier vertretener Ansicht die Kapitalerhaltungsvorschriften während des Organschaftsvertrages nicht suspendiert.³³²

Damit ist allerdings noch nicht die Frage beantwortet, ob der Abschluß eines Aufhebungsvertrages für die herrschende GmbH generell eine außergewöhnliche Bedeutung hat, oder ob auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen ist. Dies wird unterschiedlich beantwortet.³³³ Auch wenn den Autoren, die sich für eine fallweise Entscheidung aussprechen, zuzugestehen ist, daß ihre Ansicht der kasuistischen Systematik der außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen entspricht, so weist folgender Aspekt in eine andere Richtung: Es ist es nur schwerlich mit dem Gedanken der Rechtssicherheit zu vereinbaren, das Zustimmungserfordernis vom jeweiligen Einzelfall abhängig zu machen.³³⁴ Die Folgeschwere der Entscheidung über die Aufhebung läßt sich unter Umständen nicht absehen. So es ist denkbar, daß das Bestehen von Schadensersatzansprüchen erst Jahre nach der Entscheidung gerichtlich festgestellt wird. Es kann möglicherweise auch nicht abgeschätzt werden, wer Ansprüche auf Sicherheitsleistung geltend machen wird und auf welche Höhe sich diese belaufen werden. Eine Beurteilung, ob nun eine einfache oder eine außergewöhnliche Maßnahme der Geschäftsführung vorliegt, ist fast unmöglich. Hinzu kommt, daß je nach dem, ob dieser Gesellschafterbeschuß für den Aufhebungsvertrag Wirksamkeitsvoraussetzung ist oder bloß im Innenverhältnis wirkt,³³⁵ das Bestehen des Organschaftsvertrages von der zum Teil schwierig zu beantwortenden Frage abhängt, ob die Aufhebung nun eine außergewöhnliche oder eine einfache Maßnahme der Geschäftsführung darstellt. Darüber hinaus lassen sich für eine solche Abgrenzung nur schwer handhabbare Kriterien finden. Demzufolge ist auch bei der herrschenden GmbH ein Zustimmungsbeschuß erforderlich. Wie auch für andere außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen reicht eine einfa-

³³² Im Einzelnen oben S. 26.

³³³ Für eine generelle Zustimmungsbedürftigkeit auf Seiten der herrschenden GmbH: Priester ZGR 1996, 189, 207; Hirte, Der Vertragskonzern im Gesellschaftsrecht, S. 30; für eine fallweise Entscheidung: Krieger in U. H. Schneider, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, S. 99, 111; Rosenbach in Beck GmbH-HB, §§ 17 Rz. 126; Schlöggel GmbHR 1995, 401, 407.

³³⁴ Hirte, Der Vertragskonzern im Gesellschaftsrecht, S. 30; Priester ZGR 1996, 189, 207; Ebenroth/Wilken WM 1993, 1617, 1624.

³³⁵ Hierzu sogleich.

che Mehrheit aus.

Demgegenüber macht vor allem Priester³³⁶ geltend, daß bei organisationsrechtlichen Maßnahmen immer eine qualifizierte Gesellschafterzustimmung erforderlich sein soll. Als Beispiele werden die Spaltung und die Verschmelzung nach dem UmwG angeführt. Bereits an diesen Beispielen zeigt sich, daß der Aufhebungsvertrag für eine herrschende GmbH gerade keine organisationsrechtliche Maßnahme darstellt. Die herrschende GmbH wird weder durch den Abschluß des Organschaftsvertrages noch durch dessen Aufhebung in ihrer Struktur verändert. Die satzungsüberlagernde Wirkung wird ausschließlich bei der abhängigen GmbH erzeugt.³³⁷

Damit bleibt letztlich die Frage zu klären, inwieweit dieser Gesellschafterbeschuß Wirksamkeitsvoraussetzung für den Aufhebungsvertrag ist.³³⁸ Grundsätzlich wirken Zustimmungserfordernisse bei außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen nur im Innenverhältnis, vgl. § 37 Abs. 2 GmbHG; Regelungsgrund ist der Schutz des Rechtsverkehrs, denn außenstehende Dritte können die interne Willensbildung nicht einsehen und sollen auf Handlungen des Geschäftsführers vertrauen dürfen. Eben dieses Verkehrsschutzes bedürfe es aber dann nicht, wenn Rechtsgeschäfte mit Gesellschaftern in Rede stünden.³³⁹ In diesem Fall müsse § 37 Abs. 2 GmbHG teleologisch reduziert werden: Der Gesellschafter kenne die innere Struktur seiner Gesellschaft und bedürfe damit nicht des Vertrauensschutzes, der dem Rechtsverkehr in Bezug auf Geschäftsführerentscheidungen gewährt werde.³⁴⁰ Diese besondere Kenntnis der internen Willensbildung habe regelmäßig auch ein Konzernunternehmen, so daß auch

³³⁶ Priester ZGR 1996, 189, 207, 208.

³³⁷ BGH Beschl. v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 335; eine satzungsändernde Wirkung mißt auch Priester ZGR 1996, 189, 207 der Aufhebung bei dem herrschenden Unternehmen nicht zu.

³³⁸ Dies verneinen: Krieger in U. H. Schneider, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, S. 99, 111; dafür sprechen sich aus: Priester ZGR 1996, 189, 208; Ebenroth/Wilken WM 1993, 1617, 1623.

³³⁹ U. H. Schneider BB 1986, 201, 202.

³⁴⁰ Zunächst ist diese Ausnahme von der Unbeschränktheit der Vertretungsmacht bei Personengesellschaften (namentlich OHG) diskutiert und anerkannt worden, vgl. BGH Urt. v. 20.9.1962 - II ZR 209/61, BGHZ 38, 26, 34; BGH Urt. v. 9.5.1974 - II ZR 84/72, BGH NJW 1974, 1555 jeweils mwN. Diese Diskussion wurde aber alsbald auch auf die GmbH ausgeweitet, da die Gründe für die Reduktion gleichermaßen für die GmbH Geltung beanspruchen; U. H. Schneider BB 1986, 201, 202.

insoweit eine Ausnahme vorgeschlagen wird.³⁴¹ Dem ist im Ergebnis, jedenfalls für den hier zu diskutierenden Fall des Zustimmungserfordernisses auf Seiten des herrschenden Unternehmens, nicht zu folgen.³⁴² Die Gründe, derentwegen eine teleologische Reduktion des § 37 Abs. 2 GmbHG angezeigt ist, liegen bei der beherrschten GmbH nicht vor.

Die beherrschte GmbH selbst hat jedenfalls nicht aus ihrer Stellung als beherrschter Vertragsteil Kenntnis von dem fehlenden Zustimmungsbeschluß – der Geschäftsführer, auf den es insoweit ankommt,³⁴³ kann nicht ersehen, ob ein Zustimmungsbeschluß bei der herrschenden GmbH eingeholt wurde oder nicht. Auch die Tatsache, daß die herrschende GmbH regelmäßig Gesellschafterin der beherrschten Gesellschaft ist, führt nicht zur Kenntnis der beherrschten GmbH. Es findet gerade keine Wissenszurechnung von dem Gesellschafter auf die Gesellschaft statt. Wenn im Einzelfall dennoch Kenntnis von dem fehlenden Zustimmungserfordernis vorhanden ist, so rechtfertigt diese Kenntnis keine Reduktion des § 37 Abs. 2 GmbHG.³⁴⁴ Schließlich ergibt sich aus der einheitlichen Leitung des Konzerns für den vorliegenden Fall nichts anderes,³⁴⁵ denn hierdurch könnte allenfalls die leitende Gesellschaft Kenntnis von beherrschten Gesellschaften erlangen und nicht umgekehrt.

Daher ist der Zustimmungsbeschluß der Gesellschafter einer herrschenden GmbH zum Aufhebungsvertrag keine Wirksamkeitsvoraussetzung desselben.

b) Analoge Anwendung des § 296 Abs. 1 AktG

Schließlich ist zu untersuchen, ob auch § 296 Abs. 1 AktG entsprechend auf den GmbH-Vertragskonzern anzuwenden ist. Insoweit ist zwischen den verschiedenen Regelungsgegenständen zu differenzieren: § 296 Abs.

³⁴¹ U. H. Schneider BB 1986, 201, 204f.; Ebenroth/Wilken WM 1993, 1617, 1623; Priester ZGR 1996, 189, 208.

³⁴² So auch Schlöggel GmbHR 1995, 401, 407.

³⁴³ Koppensteiner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, Kommentar zum GmbHG, § 35 Rz. 63.

³⁴⁴ Haager ZGR 1989, 71, 79f.

³⁴⁵ U. H. Schneider BB 1986, 201, 204.

1 Satz 2 AktG untersagt die rückwirkende Aufhebung eines Organschaftsvertrages. Diese Regelung findet, wie der II. Zivilsenat des BGH ausdrücklich feststellt,³⁴⁶ entsprechende Anwendung auf den GmbH-Vertragskonzern. Der durch diese Norm bezweckte Schutz der Gläubiger der abhängigen AG sowie der abhängigen AG selbst, trifft in gleicher Weise auch für den GmbH-Vertragskonzern zu:³⁴⁷ Ein einmal begründeter Anspruch auf Sicherheitsleistung bzw. Verlustausgleich, soll nicht durch rückwirkende Aufhebung beseitigt werden können. Entgegenstehende Aufhebungsvereinbarungen sind unwirksam (§ 134 BGB)³⁴⁸, können aber gegebenenfalls über § 139³⁴⁹ BGB oder § 140³⁵⁰ BGB Wirkung zum nächstmöglichen Zeitpunkt entfalten.³⁵¹

Von einer rückwirkenden Vereinbarung der Aufhebung ist der Fall zu unterscheiden, in welchem die Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter erst nach dem vereinbarten Aufhebungszeitpunkt eingeholt wird. Dieses Vorgehen widerspricht nicht dem Rückwirkungsverbot des § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG.³⁵² Dies folgt unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut des § 296 AktG, der keine Einwilligung (§ 183 BGB) fordert, sondern eine Zustimmung (§ 182 BGB) ausreichen läßt. Etwas anderes ergibt sich ausnahmsweise nur dann, wenn durch die nachträgliche Einholung der Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG umgangen werden soll.

³⁴⁶ BGH Ur. v. 5.11.2001 - II ZR 119/00, BB 2002, 7, 8.

³⁴⁷ BGH Ur. v. 5.11.2001 - II ZR 119/00, BB 2002, 7, 8; zuvor bereits: Priester in Hommelhoff, "Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht", ZGR Sonderheft 6, 1986, 151, 182; Krieger/Jannott DStR 1995, 1473, 1475; Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, § 53 Rz. 154; Rosenbach in Beck GmbH-HB, §§ 17 Rz. 118; abw. Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG Schlußanh. I Rz. 52c, der dann eine rückwirkende Auflösung für zulässig erachtet, wenn die Zustimmung derjenigen eingeholt wird, die durch die rückwirkende Auflösung ihre Ansprüche verlieren können.

³⁴⁸ Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 296 Rz. 16; ohne § 134 BGB zu erwähnen: BGH Ur. v. 5.11.2001 - II ZR 119/00, BB 2002, 7, 8.

³⁴⁹ So: Hüffer AktG § 296 Rz. 4; Koppensteiner in Kölner Kommentar zum AktG, § 296 Rz. 8.

³⁵⁰ So: Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 296 Rz. 16; Krieger in Münchener HdB des Gesellschaftsrechts Bd. 4, § 70 Rz. 165.

³⁵¹ Vgl. insoweit BGH Ur. v. 5.11.2001 - II ZR 119/00, BB 2002, 7, 8.

³⁵² Hüffer AktG § 296 Rz. 8; a.A. Krieger in Münchener HdB des Gesellschaftsrechts Bd. 4, § 70 Rz. 125; Geßler in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, Kommentar zum AktG, § 296 Rz. 17.

Zudem findet die Regelung des § 296 Abs. 1 Satz 3 AktG auf den GmbH-Vertragskonzern entsprechende Anwendung, denn auch für diesen Fall ist aus Gesichtspunkten der Rechtssicherheit der schriftliche Abschluß des Aufhebungsvertrages erforderlich. Überdies läßt sich nur mit einem schriftlichen Aufhebungsvertrag beim Handelsregister der erforderliche Nachweis führen. Lediglich der entsprechenden Anwendung des § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG hat der BGH eine Absage erteilt. Ohne dies ausdrücklich klarzustellen oder zu begründen, gestattete der BGH den Organschaftsvertragsparteien die Auflösung des Organschaftsvertrages während des Geschäftsjahres.³⁵³

V. Zwischenergebnis

Der Aufhebungsvertrag ist zwischen den Geschäftsführungsorganen der am Organschaftsvertrag beteiligten Unternehmen schriftlich abzuschließen (§ 296 Abs. 1 Satz 3 AktG analog). Auf Seiten der beherrschten GmbH ist die Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter Wirksamkeitsvoraussetzung (§§ 53, 54 GmbHG, 33 BGB). Sind keine außenstehenden Gesellschafter vorhanden, so ist keine Beteiligung der Gesellschafter der abhängigen GmbH erforderlich. Auf Seiten der herrschenden AG bedarf es ebenfalls keines Hauptversammlungsbeschlusses. Handelt es sich bei dem herrschenden Unternehmen indessen um eine GmbH, so ist ein Zustimmungsbeschluß der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit einzuholen. Dieser ist – anders als die Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter – nicht Wirksamkeitsvoraussetzung. Die Aufhebung ist in das Handelsregister am Sitz der beherrschten GmbH einzutragen (§ 298 AktG analog), wobei dieser Eintragung lediglich deklaratorische Wirkung zukommt.

³⁵³ In der zu entscheidenden Sachverhaltskonstellation, lief das Geschäftsjahr zum 30.6.1990 ab, während die Aufhebung zum 26.11.1990 gestattet wurde, vgl. im Einzelnen: BGH Urt. v. 5.11.2001 - II ZR 119/00, BB 2002, 7, 8; bis zu diesem Urteil nahm die wohl hM. in der Lit. eine entsprechende Anwendung des § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG an: zB.: Schwarz DNotZ 1996, 68, 72 mwN.

E. Kündigung

I. Ordentliche Kündigung

Neben den automatischen Beendigungsgründen und dem Aufhebungsvertrag können kombinierte Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge auch durch ordentliche Kündigung eines Vertragsteils beendet werden. Da in der Praxis in aller Regel befristete Verträge mit automatischer Verlängerungsklausel³⁵⁴ abgeschlossen werden, spielt diese Beendigungsart nur eine untergeordnete Rolle. Hinzu kommt, daß vertragliche Regelungen über ein ordentliches Kündigungsrecht die absolute Ausnahme darstellen und eine solche Vereinbarung Voraussetzung für die ordentliche Kündigung ist. Demgegenüber wird zwar teilweise angenommen, daß ein ordentliches Kündigungsrecht ipso iure bestehe. Es gelte auch beim Organisationsvertrag der Grundsatz, daß jedes Dauerrechtsverhältnis ordentlich gekündigt werden könne.³⁵⁵ Einen „Vertrag für alle Ewigkeit“ könne es nicht geben. Diese Ansicht geht allerdings von der unzutreffenden Prämisse aus, daß es einen Grundsatz der ordentlichen Kündbarkeit sowohl für schuldrechtliche als auch für sonstige Dauerrechtsverhältnisse gebe. Es droht auch ohne ordentliches Kündigungsrecht kein Vertrag „für alle Ewigkeit“, da jedenfalls ein außerordentliches Kündigungsrecht die Vertragsbeendigung ermöglicht. Dieses ist bei unbefristeten Verträgen zudem eher anzunehmen als bei Verträgen mit ordentlicher Kündigungsmöglichkeit, was sich bereits aus der Definition des wichtigen Grundes ergibt. Eine Voraussetzung des wichtigen Grundes ist nämlich die Unzumutbarkeit des Abwartens auf die nächste ordentliche Kündigungsmöglichkeit. Kommt letztere nicht in Betracht, so muß allgemein auf die Zumutbarkeit der Vertragsfortsetzung abgestellt werden. Da einer Vertragspartei die Fortsetzung über einen absehbaren Zeitraum eher zugemutet werden kann, als die Fortsetzung des Vertrages auf unbestimmte Zeit, ist bei ordentlich nicht kündbaren Rechtsverhältnissen eher ein außerordentlicher Kündigungsgrund anzunehmen, als bei ordentlich kündbaren Rechtsver-

³⁵⁴ Hoffmann-Becking in Münchener Vertragshandbuch Bd. I, IX § 6.

³⁵⁵ Timm in FS Kellermann, Rechtsfragen der Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen, S. 461, S. 461, 470f.; ders. DB 1993, 569, 570f.; Emmerich/Sonnenschein § 15 III 2a (S. 231f.); Kley, Rechtsstellung der außenstehenden Aktionäre, S. 57f.; Windbichler, Unternehmensverträge und Zusammenschlußkontrolle, S. 72; Kley, Rechtsstellung der außenstehenden Aktionäre, S. 57ff.

hältnissen.³⁵⁶ Zutreffend ist allerdings, daß ohne einen wichtigen Grund der Vertrag dauerhaft besteht. Wenn dies aber dem Willen der Parteien bei Vertragsschluß entspricht, so ist es nicht einzusehen, diesen eine entsprechende Vertragsgestaltung zu untersagen bzw. eine solche rechtlich auszuschließen.³⁵⁷ Eine Einschränkung der Privatautonomie läßt sich in diesem Bereich nicht rechtfertigen, zumal die Unternehmen ohne weiteres auch eine Verschmelzung vereinbaren könnten, bei der nicht einmal eine Kündigung aus wichtigem Grunde zulässig wäre.

Fehlt es demnach an einer Vereinbarung im Organschaftsvertrag zur ordentlichen Kündigung, so besteht weder für das herrschende noch für die beherrschte GmbH ein ordentliches Kündigungsrecht.

1. Kündigungserklärung

Die ordentliche Kündigung ist, wie auch im Recht des AG-Vertragskonzerns, durch das Geschäftsführungsorgan des kündigenden Unternehmens schriftlich (§ 297 Abs. 3 AktG analog) gegenüber dem Vertragspartner zu erklären.³⁵⁸ Eine nicht dieser Form genügende Kündigung ist gemäß § 125 BGB unwirksam. Die Entscheidung darüber, ob gekündigt wird, trifft der Geschäftsleiter entsprechend § 299 AktG weisungsfrei.³⁵⁹ Hält der Geschäftsleiter eine Kündigung für richtig, ist – bevor die Kündigung ausgesprochen wird – gegebenenfalls ein Zustimmungsbeschluß der Gesellschafterversammlung und/oder eine Mitwirkung der außenstehenden Gesellschafter erforderlich.

2. Zustimmungserfordernis zur Kündigung durch die beherrschte GmbH

Im Aktienrecht bedarf der Vorstand der abhängigen Gesellschaft gemäß

³⁵⁶ Vgl. im Einzelnen unten S. 108.

³⁵⁷ Emmerich in Scholz, Kommentar zum GmbHG 9. Aufl., Anh. Konzernrecht Rz. 197; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 5, 12; Hüffer § 297 Rz. 12f; Koppenteiner in Kölner Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 2; Krieger in Münchener HdB des Gesellschaftsrechts Bd.4, § 70 Rz. 167; ders./Jannott DStR 1995, 1473, 1475; ders. in U. H. Schneider, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, S. 99, 106.

³⁵⁸ Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 10, 12.

³⁵⁹ Hierzu bereits oben S. 26.

§ 297 Abs. 2 AktG eines Sonderbeschlusses der außenstehenden Aktionäre mit Dreiviertelmehrheit, um wirksam eine ordentliche Kündigung aussprechen zu können. Hierbei handelt es sich um eine Beschränkung der gesetzlichen Vertretungsmacht des Vorstands (§ 82 AktG).³⁶⁰ Daneben ist ein Zustimmungsbeschuß der Hauptversammlung nicht erforderlich. Dies folgt daraus, daß § 297 Abs. 2 AktG ausdrücklich nur einen Sonderbeschuß der außenstehenden Aktionäre fordert und gerade keinen Hauptversammlungsbeschuß. Der Gesetzgeber hat sich demzufolge mit der Legitimation einer solchen Maßnahme durch die Aktionäre befaßt und keinen Hauptversammlungsbeschuß vorgesehen.

Somit stellt sich auch im Rahmen dieser Beendigungsmöglichkeit die Frage, inwieweit die aktienrechtliche Regelung entsprechend anzuwenden ist oder ob die ordentliche Kündigung im GmbH-Vertragskonzern eigenen Regelungen folgt. Die zu diesem Themenkreis vertretenen Ansichten lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Emmerich³⁶¹ und Altmeyen³⁶² sprechen sich für eine entsprechende Anwendung des § 297 Abs. 2 AktG auch für den GmbH-Vertragskonzern aus, so daß ein Zustimmungsbeschuß der außenstehenden Gesellschafter mit einer Dreiviertelmehrheit erforderlich wäre. Eines darüber hinausgehenden Gesellschafterbeschlusses bedarf es dieser Ansicht nach nicht. Timm³⁶³ und Zöllner³⁶⁴ möchten die Kündigung an einen Gesellschafterbeschuß mit einfacher Mehrheit knüpfen, wobei das herrschende Unternehmen nach § 47 Abs. 4 GmbHG vom Stimmrecht ausgeschlossen wird. Nach Zöllner soll zusätzlich die Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter erforderlich sein. Krieger³⁶⁵ ordnet die ordentliche Kündigung

³⁶⁰ Altmeyen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 80.

³⁶¹ Emmerich in Scholz, Kommentar zum GmbHG 9. Aufl., Anh. Konzernrecht Rz. 197; in Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 12 aE.

³⁶² In Roth/Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, Anh. § 13 Rz. 78.

³⁶³ Timm in FS Kellermann, Rechtsfragen der Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen, S. 461, S. 461, 477f.

³⁶⁴ In Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl. 2000, Anh. Konzernrecht, Rz. 52a.

³⁶⁵ In U. H. Schneider, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, S. 99, 114.

durch die beherrschte GmbH ebenso wie den Aufhebungsvertrag als außergewöhnliche Maßnahme der Geschäftsführung ein, so daß hiernach ein Gesellschafterbeschuß mit einfacher Mehrheit erforderlich wäre. Bei dieser Abstimmung soll das herrschende Unternehmen nicht vom Stimmrecht ausgeschlossen sein; zum Schutz der außenstehenden Gesellschafter sei vielmehr ein einstimmiger Zustimmungsbeschuß dieser Gesellschafter erforderlich. Ulmer³⁶⁶ hingegen verlangt einen Beschuß der Gesellschafterversammlung mit satzungsändernder Mehrheit, sowie die Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter. Es werden also – ebenso wie bei dem Aufhebungsvertrag – entweder die Beschußfassung der Gesellschafterversammlung oder aber eine Zustimmung bzw. ein Sonderbeschuß der außenstehenden Gesellschafter gefordert. Beide Erfordernisse nebeneinander zu verlangen, erscheint allerdings nicht zweckmäßig. Zum einen wurde bereits dargestellt, daß ein neben der Zustimmung bzw. dem mehrheitlich zu fassenden Zustimmungsbeschuß geforderter Gesellschafterbeschuß kein Mehr an Mitspracherecht für die außenstehenden Gesellschafter bedeuten würde.³⁶⁷ Zum anderen könnte das herrschende Unternehmen als (Mehrheits-) Gesellschafter der beherrschten GmbH die ordentliche Kündigung durch die Gesellschaft verhindern. Da ein Stimmrechtsausschuß des herrschenden Unternehmens nach § 47 Abs. 4 GmbHG ausscheidet,³⁶⁸ würde dies zu dem kuriosen Ergebnis führen, daß sowohl die außenstehenden Gesellschafter als auch das herrschende Unternehmen die ordentliche Kündigung durch die beherrschte Gesellschaft verhindern können. Eine Kündigung könnte nur dann wirksam ausgesprochen werden, wenn sich herrschendes Unternehmen und außenstehende Gesellschafter einig wären. In diesem Fall wiederum könnte jeweils auch ein Aufhebungsvertrag abgeschlossen werden. Damit würde der Anwendungsbereich der ordentlichen Kündigung auf die Fälle beschränkt, in denen ohnehin beide Vertragsteile die Beendigung wünschen, mithin auf Konstellationen, in denen auch ein Aufhebungsvertrag abgeschlossen werden könnte.

Überdies hätte das herrschende Unternehmen auf diesem Wege die Mög-

³⁶⁶ Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, § 53 Rz. 155.

³⁶⁷ Vgl. S. 76.

³⁶⁸ Hierzu oben S. 67.

lichkeit, die beherrschte Gesellschaft zu veranlassen, den Vertrag aufrechtzuerhalten, welche ihr eigentlich durch § 299, 2. Alt AktG verwehrt sein sollte. Hierdurch würde das ohnehin bestehende Ungleichgewicht der Vertragspartner noch weiter zugunsten des herrschenden Unternehmens verschoben; neben der wesentypischen Beherrschung, könnte das herrschende Unternehmen auch weitgehend allein darüber entscheiden, ob und wann der Vertrag enden soll, und der beherrschten GmbH damit ein wichtiges Druckmittel nehmen. Aus diesen Gründen scheidet auch ein Zustimmungsbeschluß der Gesellschafterversammlung als Voraussetzung für die ordentliche Kündigung aus. Es ist vielmehr – entsprechend den Grundsätzen beim Aufhebungsvertrag – eine Zustimmung jedes außenstehenden Gesellschafters zu fordern.

Einer Zustimmung der Gesellschafterversammlung des anderen Vertragspartners bedarf es nicht,³⁶⁹ denn andernfalls könnte das herrschende Unternehmen wiederum die ordentliche Kündigung durch die beherrschte GmbH verhindern.

3. Zustimmungserfordernisse zur Kündigung durch das herrschende Unternehmen

Kündigt das herrschende Unternehmen ordentlich, stellt sich ebenfalls die Frage nach der Zustimmungsbedürftigkeit dieser Maßnahme. Auch in diesem Fall kommt lediglich eine Zustimmung auf Seiten des kündigenden herrschenden Unternehmens und nicht etwa der außenstehenden Gesellschafter in Betracht. Hierdurch werden diese auch nicht unbillig benachteiligt. Die Kündigungsrechte des anderen Vertragsteils resultieren aus dem Vertrag, dem die Gesellschafterversammlung der GmbH zugestimmt hat.³⁷⁰ Überdies würde die Vertrags-(beendigungs-)freiheit³⁷¹ des herr-

³⁶⁹ Zu der Frage, inwieweit die Wirksamkeit der Kündigung (unternehmens-)vertraglich an die Zustimmung Dritter gebunden werden kann: Timm in FS Kellermann, Rechtsfragen der Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen, S. 461, S. 461, 472, 473; Hüffer AktG § 297 Rz. 19; Emmerich/Sonnenschein § 19 III 2 a) (S. 264); Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 12.

³⁷⁰ Begr.RegE bei Kropff, S.386.

³⁷¹ Vgl. nur Huber, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, S. 11 mwN.

schenden Unternehmens zu weit zurückgedrängt.³⁷²

In den §§ 296 ff. AktG findet sich kein solches Zustimmungserfordernis auf Seiten des herrschenden Unternehmens. Ist das herrschende Unternehmen eine Aktiengesellschaft, bedarf es zur Kündigung nicht der Zustimmung der Hauptversammlung.³⁷³ Auch Versuche, ein Zustimmungserfordernis nach den Grundsätzen der „Holzmüller“-Entscheidung zu begründen, scheitern: Der Gesetzgeber hat auf ein Zustimmungserfordernis bewußt verzichtet,³⁷⁴ so daß für die Anwendung dieser Grundsätze kein Raum ist.³⁷⁵ Soweit die abhängige GmbH ihrerseits durch eine GmbH beherrscht wird, stellt die Kündigung, ebenso wie die Entscheidung über den Aufhebungsvertrag,³⁷⁶ eine außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme dar. Folglich ist für die Kündigung ein nicht konstitutiv wirkender Zustimmungsbeschluß der Gesellschafter mit einfacher Mehrheit erforderlich.

4. Zeitpunkt

Zu untersuchen bleibt damit, ob die ordentliche Kündigung jederzeit möglich ist, oder ob der Vertrag nur zu einem bestimmten Zeitpunkt gekündigt werden kann.³⁷⁷ Das AktG trifft insoweit keine Regelung; nur hinsichtlich des Aufhebungsvertrages ist in § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG bestimmt, daß dieser nur bis zum Ende des Geschäftsjahres oder des sonst vertraglich bestimmten Abrechnungszeitraums zulässig sein soll. Die Begründung, derentwegen die Vertragsaufhebung nur zum Ende des Geschäftsjahres, respektive zum Ende des vertraglich bestimmten Abrechnungszeitraums zulässig sein soll – Rechtssicherheit und Rechtsklarheit,³⁷⁸ greift eigentlich auch bei der ordentlichen Kündigung. Man könnte demnach meinen, daß auch die Beendigung durch ordentliche Kündigung nur zu diesem Zeit-

³⁷² Einhellige Ansicht: Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 81.

³⁷³ Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 9.

³⁷⁴ Begr.RegE bei Kropff, S.386.

³⁷⁵ Emmerich/Sonnenschein § 19 III 2. b) (S. 264).

³⁷⁶ Vgl. bereits die Ausführungen zu der Zustimmungsbedürftigkeit des Aufhebungsvertrages oben S. 88.

³⁷⁷ Dafür Emmerich/Sonnenschein 7. A. § 19 III 3. (S. 265); Krieger/Jannott DSStR 1995, 1473, 1475; Schwarz MittRhNotK 1994, 49, 69.

³⁷⁸ Begr.RegE bei Kropff, S.385.

punkt möglich ist. Gleichwohl hält der II. Zivilsenat des BGH selbst in der Aktiengesellschaft eine unterjährige Beendigung durch ordentliche Kündigung für möglich.³⁷⁹ Wenn man zusätzlich bedenkt, daß der II. Zivilsenat im GmbH-Vertragskonzernrecht eine entsprechende Anwendung des § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG ablehnt,³⁸⁰ so läßt sich dies nur dahingehend verstehen, daß der BGH auch im GmbH-Vertragskonzernrecht eine ordentliche Kündigung abweichend von § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG befürwortet.

Für die abhängige GmbH ist dem zuzustimmen.³⁸¹ Der Gesetzgeber hat bewußt die Einzelheiten der ordentlichen Kündigung der Vertragsautonomie überlassen.³⁸² Auch der Gedanke der Rechtssicherheit erzwingt kein anderes Verständnis – es mag zwar aufwendiger sein, eine von dem Jahresabschluß abweichende Stichtagsbilanz zu erstellen, aber eine sachliche Kontrolle der Abrechnung ist ohne weiteres möglich.³⁸³ Somit können die Parteien auch einen von § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG abweichenden Zeitpunkt für die ordentliche Kündigung bestimmen.

II. Zwischenergebnis

Eine ordentliche Kündigung führt nur dann zur Beendigung des kombinierten Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag, wenn ein Kündigungsgrund vertraglich vereinbart wurde und die Kündigung schriftlich gegenüber dem jeweils anderen Vertragspartner ausgesprochen wurde. Eine Kündigung kann zu jedem Zeitpunkt erfolgen. Kündigt die beherrschte GmbH, so ist die Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter Wirksamkeitsvoraussetzung.

III. Außerordentliche Kündigung

Die außerordentliche Kündigung ermöglicht den Vertragsparteien die Be-

³⁷⁹ BGH Urt. v. 5.4.1993 - II ZR 238/91, WM 1993, 1087, 1093f.

³⁸⁰ BGH Urt. v. 5.11.01 - II ZR 119/00, BB 2002, 7, 8.

³⁸¹ Vgl. für die abhängige Aktiengesellschaft: Krieger/Jannott DStR 1995, 1473-1475.

³⁸² Begr.RegE bei Kropff, S.386, in der ausdrücklich auch der Zeitpunkt der Rechtsfolgen der Kündigung der Regelungsfreiheit der Vertragsparteien unterstellt.

³⁸³ BGH Urt. v. 5.4.1993 - II ZR 238/91, WM 1993, 1087, 1094.

endigung des kombinierten Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages zu jedem Zeitpunkt.³⁸⁴ Da zudem die steuerliche Organschaft bei einer Vertragsbeendigung aus wichtigem Grund auch bei Beendigung des Organschaftsvertrages vor Ablauf der Fünfjahresfrist gemäß § 14 Nr. 3 Satz 3 KStG für die Vergangenheit bestehen bleibt, ist die außerordentliche Kündigung von besonderer Bedeutung. Es verwundert daher nicht, daß gerade die Frage, wann ein solches Kündigungsrecht besteht, besonders umstritten ist.

1. Kündigungserklärung und etwaige Zustimmungserfordernisse

Die außerordentliche Kündigung wird durch das jeweilige Geschäftsführungsorgan ausgesprochen, also durch den Geschäftsführer oder den Vorstand. Die Erklärung hat – ebenso wie die ordentliche Kündigung – entsprechend § 297 Abs. 3 AktG schriftlich zu erfolgen. Ob die Kündigungserklärung auch die Gründe nennen muß, weswegen die außerordentliche Kündigung erklärt wurde, ist umstritten.³⁸⁵ Da weder die Angabe der Kündigungsgründe in den §§ 296 f. AktG gesetzlich angeordnet noch nach allgemeinem Zivilrecht erforderlich ist,³⁸⁶ kann für die Kündigung des Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag nichts anderes gelten. Wenn demgegenüber hervorgehoben wird, daß ohne die Angabe des wichtigen Grundes schon tatbestandlich keine Kündigung aus wichtigem Grunde vorliegt,³⁸⁷ so ist dies sachlich unzutreffend. Eine außerordentliche Kündigung liegt bereits dann vor, wenn diese als außerordentlich oder als aus wichtigem Grund bezeichnet wird, ohne daß es auch nur eines Satzes zur Begründung bedürfte. Auch die Unterschiede zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung rechtfertigen kein anderes Ergebnis.³⁸⁸ Es trifft zwar zu, daß der Kündigungsempfänger die Wirksamkeit der Erklärung ohne Angabe eines Grundes nur schwer überprüfen kann, zur

³⁸⁴ Krieger/Jannott DStR 1995, 1473, 1475.

³⁸⁵ Für eine Unwirksamkeit ohne Angabe von Gründen: Koppensteiner in Kölner Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 11; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 25; Krieger in Münchener HdB des Gesellschaftsrechts Bd. 4, § 70 Rz. 170; aA.: Koppensteiner in Kölner Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 11; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 87f.

³⁸⁶ Preis in Staudinger, Kommentar zum BGB, 13. A. (1995) § 626 Rz. 257; Palandt/Putzo § 626 Rz. 20.

³⁸⁷ So aber Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 88.

³⁸⁸ So aber Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 88.

Unwirksamkeit der Kündigungserklärung führt dies hingegen nicht. In einem solchen Fall ergeben sich allenfalls Schadensersatzansprüche des Kündigungsempfängers; so wird regelmäßig ein Anspruch auf Ersatz der durch die Erhebung und die Rücknahme der Feststellungsklage entstandenen Kosten in Betracht kommen, wenn der Kündigungsempfänger nach Kenntnis vom Kündigungsgrund die Klage zurücknimmt.³⁸⁹ Einer Angabe des wichtigen Grundes bedarf es demzufolge für die außerordentliche Kündigung nicht.

Fraglich ist schließlich, ob die Kündigungserklärung einer Zustimmung der (außenstehenden) Gesellschafter bedarf. Es kommt allerdings jeweils nur eine Zustimmung der Gesellschafter der kündigenden Gesellschaft in Betracht, denn andernfalls könnte der andere Vertragspartner die Kündigung verhindern.³⁹⁰ Was das Zustimmungserfordernis auf Seiten des kündigenden Vertragsteils betrifft, ist zu differenzieren:

a) Kündigung durch die beherrschte GmbH

Kündigt die beherrschte GmbH, so ließe sich entweder an ein Zustimmungserfordernis nach Vorbild des § 296 Abs. 2 AktG, an eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung insgesamt oder aber an die Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter denken. Im gesetzlich geregelten Fall der außerordentlichen Kündigung durch die beherrschte Aktiengesellschaft ist keine Aktionärsbeteiligung für die außerordentliche Kündigung vorgesehen, da der Sonderbeschluß der außenstehenden Aktionäre in § 297 Abs. 2 AktG nur für die ordentliche Kündigung festgeschrieben wurde³⁹¹ und gerade nicht für die außerordentliche Kündigung. Damit ist auch hinsichtlich dieser Norm zu untersuchen, inwieweit eine entsprechende Anwendung auf die abhängige GmbH in Betracht kommt. Soweit sich hierzu Äußerungen finden, wird mehrheitlich eine entspre-

³⁸⁹ Vgl. Preis in Staudinger, Kommentar zum BGB, 13. A. (1995) § 626 Rz. 257.

³⁹⁰ Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 9; hierzu bereits oben S. 100.

³⁹¹ Begr.RegE bei Kropff, S.386; BGH Urt. v. 5.4.1993 - II ZR 238/91, WM 1993, 1087, 1094; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 25; Emmerich/Sonnenschein 7. A. § 19 IV 5. (S. 269).

chende Anwendung befürwortet,³⁹² wobei zum Teil nur pauschal – ohne Untergliederung nach den Regelungsgegenständen des § 297 AktG – die entsprechende Anwendung favorisiert wird.³⁹³

Eine analoge Anwendung setzt aber unter anderem Interessengleichheit zwischen dem geregelten und dem zu regelnden Sachverhalt voraus,³⁹⁴ welche dann vorliegt, wenn die Tatbestände in der für die gesetzliche Bewertung maßgeblichen Hinsicht gleich zu bewerten sind.³⁹⁵

Für die gesetzliche Bewertung der Zustimmungserfordernisse bei der abhängigen Aktiengesellschaft war ausweislich der Regierungsbegründung vor allem entscheidend, daß die außerordentliche Kündigung „unter Umständen gerade im Interesse der außenstehenden Aktionäre schnell ausgesprochen werden muß“³⁹⁶. Der Gesetzgeber nahm also an, daß die Kündigung aus wichtigem Grund regelmäßig so eilbedürftig ist, daß bei abstrakter Abwägung das Mitwirkungsinteresse der außenstehenden Aktionäre hinter deren Schutz zurückzustehen habe. Ob diese Bewertung auch auf die außenstehenden Gesellschafter einer GmbH zutrifft, erscheint zweifelhaft. Der Sonderbeschluß der außenstehenden Aktionäre ist entweder in einer gesonderten Versammlung jedenfalls aber in einer gesonderten Abstimmung zu fassen (§ 138 Satz 1 AktG). Da in beiden Fällen die Frist von einem Monat erforderlich ist (§ 138 Satz 2 AktG), wird verständlich, warum der Gesetzgeber bei der außerordentlichen Kündigung auf das Sonderbeschlußerfordernis der außenstehenden Aktionäre verzichtete.

Demgegenüber kann die Zustimmung der Gesellschafter ohne die Einhal-

³⁹² Krieger in U. H. Schneider, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, S. 99, 114; Rix MittRhNotK 1986, 29, 43; Emmerich/Sonnenschein 7. A. § 19 IV 1. (S. 266); aA.: Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl. 2000, Anh. Konzernrecht, Rz. 52a (einfache Mehrheit).

³⁹³ So beispielsweise: OLG Düsseldorf Beschl. v. 19.8.1994 - 3 Wx 178/94, GmbHR 1994, 805, 806; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 15; Krieger/Jannott DStR 1995, 1473-1475; anders: Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, § 53 Rz. 155.

³⁹⁴ Zur Definition der Interessensgleichheit siehe oben S. 77, 88.

³⁹⁵ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 202.

³⁹⁶ Begr.RegE bei Kropff, S.386.

tung einer Frist auch kurzfristig eingeholt werden,³⁹⁷ so daß gerade dieser für die gesetzliche Wertung maßgebliche Umstand nicht gleich zu bewerten ist. Zwar mag im einen wie im anderen Fall die Entscheidung über die außerordentliche Kündigung besonders eilbedürftig sein, im Fall der abhängigen GmbH ist aber die Einholung der Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter auch kurzfristig möglich, so daß sie auf diesen Schutz vor Verzögerung gerade nicht angewiesen sind. Dieses Ergebnis wird bestätigt, wenn man sich den Ursprung der Zustimmungspflicht vergegenwärtigt. Das gesamte Verbandsrecht durchzieht der Grundsatz, daß jede Änderung, die ein Sonderrecht beeinträchtigt, die Zustimmung seines Inhabers erforderlich macht (§ 35 BGB). Von diesem Grundsatz werden nach überwiegender Ansicht aber dann Ausnahmen zugelassen, wenn ein wichtiger Grund für die Einschränkung vorliegt.³⁹⁸ Damit ergäbe sich ohne die Sonderregelungen für die außenstehenden Aktionäre auch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine unterschiedliche Behandlung von GmbH und Aktiengesellschaft: Weil die Einholung einer Zustimmung bei der Aktiengesellschaft zu zeitaufwendig wäre, würde dies den wichtigen Grund für den Ausschluß des Zustimmungserfordernisses darstellen, während bei der GmbH keine Ausnahme vorläge und § 35 BGB anzuwenden wäre.

Eine entsprechende Anwendung dieser Teilregelung des § 297 AktG kommt mithin nicht in Betracht. Es ist vielmehr, wie bei den anderen Beendigungstatbeständen, auf welche die beherrschte GmbH rechtlichen Einfluß hat, die Zustimmung sämtlicher außenstehender Gesellschafter erforderlich.

b) Kündigung durch das herrschende Unternehmen

Zu klären bleibt mithin, ob auch das herrschende Unternehmen zur außerordentlichen Kündigung der Zustimmung seiner Anteilsinhaber bedarf. Das Gesetz verzichtet im Fall des Beherrschungsvertrages zwischen zwei

³⁹⁷ Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl.2000, § 49 Rz. 6. Raiser in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, § 52 Rz. 331, 63.

³⁹⁸ Winter in Scholz, Kommentar zum GmbHG 8. Auflage, § 14 Rz. 27; Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, § 53 Rz. 155; a.A. Reuter in Münchener Kommentar zum BGB 3. A § 35 Rz. 7.

Aktiengesellschaften auf jegliches Zustimmungserfordernis beim herrschenden Unternehmen, so daß nichts anderes gelten kann, wenn der beherrschte Vertragsteil eine GmbH ist.

Gesetzlich nicht geregelt ist allerdings der Fall, in welchem eine GmbH als herrschendes Unternehmen am Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag beteiligt ist und eine Kündigung aus wichtigem Grund ausspricht. In diesem Fall gelten insoweit die Ausführungen zu dem Zustimmungserfordernis der herrschenden GmbH beim Aufhebungsvertrag,³⁹⁹ so daß immer eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit erforderlich ist, wobei diese Zustimmung bloße Innenwirkung entfaltet.⁴⁰⁰ Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, daß eine Kündigung aus wichtigem Grunde regelmäßig besonders eilbedürftig ist, denn die Gesellschafterversammlung muß auch in anderen dringlichen Angelegenheit schnell zusammenkommen (vgl. beispielsweise § 49 Abs. 3 GmbHG).

2. Kündigungsgrund

Die Kündigung aus wichtigem Grunde ist bei Dauerschuldverhältnissen immer dann möglich, wenn dem kündigenden Vertragsteil infolge einer nicht zu seiner Risikosphäre gehörenden Veränderung der Verhältnisse die Fortsetzung des Vertrages bis zum Ablauf einer eventuell vereinbarten Kündigungsfrist nicht zuzumuten ist.⁴⁰¹ Diesen allgemeinen Rechtsgrundsatz hat die Rechtsprechung in Anlehnung an die §§ 626, 671 Abs. 2 u. 3, 723 Abs. 1 Satz 2 u. 3 BGB entwickelt und allgemein auf Dauerschuldverhältnisse erweitert. Dies folge daraus, daß bei den Verhältnissen, bei welchen über einen gewissen Zeitraum hinweg eine Zusammenarbeit der Beteiligten und mithin ein gutes Einvernehmen erforderlich ist, eine Beendigung dort möglich sein müsse, wo dieses Einvernehmen eben nicht mehr

³⁹⁹ Siehe oben S. 88.

⁴⁰⁰ So auch Ulmer in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, § 53 Rz. 155.

⁴⁰¹ J. Schmidt in Staudinger, Kommentar zum BGB, § 242 Rz. 1386f.; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 19; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 18; Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl. 2000, Anh. Konzernrecht, Rz. 52a; Rosenbach in Beck GmbH-HB, §§ 17 Rz. 120; Ebenroth/Parche BB 1989, 637, 641; Schlögell GmbHR 1995, 401, 409.

erzielt werden könne.⁴⁰² Auch wenn es sich bei Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen gerade nicht um Schuldverhältnisse⁴⁰³ handelt, ist diese Definition im Wesentlichen auch auf den Organschaftsvertrag als Dauerrechtsverhältnis anwendbar,⁴⁰⁴ wobei den Besonderheiten des Vertragstyps im Einzelfall durch Modifikationen dieser allgemeinen Definition Rechnung zu tragen ist.

Zur Systematisierung bietet sich eine Unterteilung nach dem kündigenden Vertragsteil an. Typischerweise ist die Vertragsfortsetzung für das herrschende Unternehmen unter anderen Voraussetzungen unzumutbar, als für die beherrschte GmbH.⁴⁰⁵ Hinzu kommt, daß die außenstehenden Gesellschafter bei einer Kündigung durch das herrschende Unternehmen keinen Einfluß auf die Entscheidung haben,⁴⁰⁶ so daß deren Interessen bei der Prüfung des wichtigen Grundes mit zu berücksichtigen sind.⁴⁰⁷

a) Kündigung durch das herrschende Unternehmen

aa) Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse

Bereits aus der Definition des wichtigen Grundes folgt, daß eine außerordentliche Kündigung dann in Betracht kommt, wenn die Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht der Risikosphäre des kündigenden Vertragsteils zuzurechnen ist⁴⁰⁸. Da das herrschende Unternehmen aufgrund des Beherrschungsvertrages neben den eigenen, auch weitgehend die Geschicke der abhängigen Gesellschaft bestimmt, wird die Veränderung der Verhältnisse regelmäßig der Risikosphäre des herrschenden Unternehmens entstammen⁴⁰⁹ und nach der allgemeinen Definition keine Kün-

⁴⁰² Larenz/Canaris, SchuldR AT, § 2 IV (S. 32).

⁴⁰³ aA. Laule AG 1990, 145, 146.

⁴⁰⁴ Allg. Ansicht, vgl. bereits die Begr.RegE bei Kropff, S.386; ein Versuch die Definition des wichtigen Grundes für den Organschaftsvertrag zu konkretisieren unternimmt Laule AG 1990, 145-156.

⁴⁰⁵ Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl.2000, Anh. Konzernrecht, Rz. 52a.

⁴⁰⁶ Vgl. oben S. 107.

⁴⁰⁷ So auch LG Frankenthal Urt. v. 4.8.1988 - 2 O 178/87, ZIP 1988, 1460, 1461; Würdinger in Großkommentar zum AktG § 297 Rz. 4, (jeweils für die Aktiengesellschaft).

⁴⁰⁸ Schwarz DNotZ 1996, 68, 71 mwN.

⁴⁰⁹ So insb. Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 32; Schwarz MittRhNotK 1994, 49, 70; siehe auch BGH Urt. v. 11.11.1991 – II ZR 287/90, BGHZ

digung aus wichtigem Grund rechtfertigen.⁴¹⁰

Zweifelhaft ist indes, ob gerade dieses Merkmal – eine Kündigung aus wichtigem Grund ist nur zulässig, wenn die Veränderung der Verhältnisse nicht aus der eigenen Risikosphäre stammt – bei der außerordentlichen Kündigung durch das herrschende Unternehmen anzuwenden ist oder ob es nicht angezeigt erscheint, die Definition des wichtigen Grundes insoweit zu modifizieren.⁴¹¹ Andernfalls wäre die Kündigung aus wichtigem Grund seitens des herrschenden Unternehmens regelmäßig ausgeschlossen. Dies allein rechtfertigt freilich keine Einschränkung der Definition des wichtigen Grundes. Es kommt allein darauf an, ob die Besonderheiten des Organschaftsvertrages gegenüber den Dauerschuldverhältnissen eine solche Einschränkung gebieten: Bei Dauerschuldverhältnissen stehen sich die Vertragspartner bei Abschluß, während der Durchführung und bei der Beendigung als gleichberechtigte und gleichwertige Vertragsteile gegenüber. Die Interessen der Vertragspartner werden gleich gewichtet. Demgegenüber ist der Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag nicht durchgängig als Vertrag zweier gleichberechtigter und gleichwertiger Vertragsteile ausgestaltet. Zwar setzt der Vertragsschluß noch übereinstimmende Willenserklärungen zweier Partner und die Mitwirkung der Anteilseigner voraus. Im Rahmen der Vertragsdurchführung wird es dem herrschenden Unternehmen aber ermöglicht, die beherrschte GmbH weitgehend nach eigenen Vorstellungen zu leiten und sogar zu schädigen (§ 308 Abs. 1 Satz 2 AktG analog), ohne daß sich die beherrschte Gesellschaft zur Wehr setzen könnte (§ 308 Abs. 2 Satz 2 AktG analog).⁴¹² Der Gesetzgeber privilegiert also während der Durchführung des Vertrages die Interessen des herrschenden Unternehmens und der mit diesem konzernverbundenen Unternehmen.

116, 37, 41f.: („es kommt nicht darauf an, daß Verluste durch Konzernleitung zu verantworten sind.“).

⁴¹⁰ Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 22; Koppensteiner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, Kommentar zum GmbHG, Anh. nach § 52 Rz. 118: „ganz besondere Ausnahmefälle“; anders, aber ohne Begründung: Laule AG 1990, 145, 147.

⁴¹¹ So jedenfalls dann, wenn die Lebensfähigkeit des gesamten Konzerns bedroht ist: Krieger/Jannott DStR 1995, 1473, 1475.

⁴¹² vgl. im Einzelnen oben S. 11ff.

Zu untersuchen ist damit, ob dieses Privileg auch auf die Vertragsbeendigung ausstrahlt, so daß bei besonderem Interesse des herrschenden Unternehmens oder der mit diesem konzernverbundenen Unternehmen auch dann ein außerordentlicher Kündigungsgrund in Betracht käme, wenn die Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse aus der Risikosphäre des herrschenden Unternehmens stammt. Eine solche Ausstrahlung setzt voraus, daß die Gründe, die den Gesetzgeber bewogen haben, die Interessen des herrschenden Unternehmens oder der mit diesem konzernverbundenen Unternehmen während der Vertragsdurchführung zu privilegieren, gleichsam auf die Vertragsbeendigung zutreffen. Die Möglichkeit nachteiliger Weisungen wurde dem herrschenden Unternehmen eingeräumt, da der gesamte Konzern wirtschaftlich als Einheit verstanden wird⁴¹³ und die beherrschte Gesellschaft und deren Gläubiger über die §§ 300ff. AktG geschützt werden.⁴¹⁴ Auch die außenstehenden Gesellschafter werden nicht über Gebühr benachteiligt, da diese den vereinbarten jährlichen Verlustausgleich erhalten. Durch die Beendigung des Organschaftsvertrages wird die wirtschaftliche Einheit aufgehoben, so daß die beherrschte Gesellschaft als Teil des Konzerns jedenfalls nicht mehr in den Genuß solcher Vorteile gelangt, die durch die Beendigung entstehen. Zusätzlich wird der beherrschten Gesellschaft mit dem Vertragsende letztmalig der Verlust gemäß § 302 AktG ausgeglichen, ein Pauschalausgleich in der Zukunft findet nicht statt. Auch die außenstehenden Gesellschafter erhalten ab Vertragsbeendigung keine Ausgleichsansprüche mehr, sondern ihr – möglicherweise entwertetes – Gewinnbezugsrecht zurück. Lediglich der Schutz der Gläubiger der abhängigen Gesellschaft bleibt unberührt, da deren Ansprüche über § 303 AktG gesichert werden.

Demzufolge greifen die Mehrzahl der Gründe, derentwegen die Interessen des herrschenden Unternehmens während der Vertragsdurchführung privilegiert werden, für den Fall der Beendigung nicht ein. Eine Ausstrahlung des Privilegs der Interessen des herrschenden Unternehmens auf den Fall der Beendigung scheidet demzufolge aus. Die Unterschiede zwischen Dauerschuldverhältnis und Organschaftsvertrag rechtfertigen demzufolge

⁴¹³ Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 103; hierzu im Einzelnen oben S. 30.

⁴¹⁴ Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 104.

kein unterschiedliches Begriffsverständnis des wichtigen Grundes. Sind die Veränderungen der Verhältnisse also der Risikosphäre des herrschenden Unternehmens zuzurechnen, so kann dies keine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen.

Dies wirft zugleich die Frage auf, wann die wirtschaftliche Veränderung der Risikosphäre des herrschenden Unternehmens zuzurechnen ist. Grundsätzlich trägt das herrschende Unternehmen das gesamte mit dem Abschluß und der Durchführung des Unternehmensvertrages verbundene Risiko.⁴¹⁵ Es leitet die Geschicke der Vertragspartner und profitiert im Falle der positiven Entwicklung. Dies gilt auch in dem Fall, in welchem die wirtschaftliche Entwicklung vom herrschenden Unternehmen nicht vorzusehen war,⁴¹⁶ denn gerade diese Unsicherheit ist vom herrschenden Unternehmen zu tragen. Bei einem Organschaftsvertrag wird das Risiko der wirtschaftlichen Entwicklung von der beherrschten Gesellschaft auf das herrschende Unternehmen übertragen. Selbst in dem Fall, in dem das herrschende Unternehmen von der Leitungsmöglichkeit keinen oder wenig Gebrauch macht, die abhängige GmbH mithin eigenständig entscheidet, hat das herrschende Unternehmen die wirtschaftliche Entwicklung zu vertreten.⁴¹⁷ Ob man dieses Vertretenmüssen mit einem Unterlassen trotz Handlungspflicht (Konzernleitungspflicht) oder – vorzugswürdig – mit einer durch Vertrag festgelegten Risikoverteilung begründet, mag hier dahinstehen. Dies gilt selbst für den wohl nur theoretisch denkbaren Fall, daß der Geschäftsführer der abhängigen GmbH die Weisungen des herrschenden Unternehmens nicht befolgt.⁴¹⁸ Trägt das herrschende Unternehmen dementsprechend das gesamte wirtschaftliche Risiko, dann kann selbst eine besonders schlechte wirtschaftliche Entwicklung der beherrschten GmbH kein Kündigungsrecht des herrschenden Unternehmens begrün-

⁴¹⁵ Schwarz MittRhNotK 1994, 49, 70; Altmeyen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 32; vgl. auch Ebenroth/Parche BB 1989, 637, 642.

⁴¹⁶ Anders, zum Teil allerdings nur in Verbindung mit einer Existenzgefährdung des herrschenden Unternehmens: Koppensteiner in Kölner Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 10; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 22; Ebenroth/Parche BB 1989, 637, 642; Krieger/Jannott DStR 1995, 1473, 1475.

⁴¹⁷ Altmeyen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 32; enger: Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 22: „höhere Gewalt und Existenzbedrohung“; aA.: Hengeler/Hoffmann-Becking in FS Hefermehl, Insolvenz im Vertragskonzern, S. 283, 294.

⁴¹⁸ Hierzu sogleich.

den.

Eine Ausnahme ist allerdings zuzulassen: Verändern sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der beherrschten GmbH derart, daß die Existenzfähigkeit des herrschenden Unternehmens gefährdet ist, muß diesem die Möglichkeit eingeräumt werden, den Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag zu kündigen, wenn hierdurch die Existenz des herrschenden Unternehmens sichergestellt werden kann.⁴¹⁹ Dies folgt zwar nicht unmittelbar aus der Definition des wichtigen Grundes, ergibt sich aber aus dem Sinn und Zweck der §§ 291ff. Akt:

Diese Vorschriften bezwecken den Schutz der abhängigen Gesellschaft selbst, ferner den Schutz der außenstehenden Gesellschafter sowie den Schutz der Gläubiger der beherrschten Gesellschaft. Diese Schutzmechanismen liefen weitgehend leer, wenn das herrschende Unternehmen insolvent würde. Läßt man demgegenüber eine außerordentliche Kündigung seitens des herrschenden Unternehmens zu, so besteht jedenfalls die Möglichkeit, daß sich das Unternehmen wieder erholt und so die bestehenden Ansprüche erfüllt werden können. Aus denselben Gründen kann auch die Existenzgefährdung des herrschenden Unternehmens wegen Verschlechterung der eigenen wirtschaftlichen Situation, eine außerordentliche Kündigung durch das herrschende Unternehmen rechtfertigen.⁴²⁰ Demgegenüber läßt sich für das herrschende Unternehmen ein Kündigungsgrund nicht aus § 297 Abs. 1 Satz 2 AktG herleiten.⁴²¹ Obwohl man den Wortlaut noch dahingehend verstehen könnte, daß ein Kündigungsgrund (für beide Parteien) dann vorliegt, wenn der andere Vertragsteil (in der Terminologie der §§ 291ff. AktG also das herrschende Un-

⁴¹⁹ Auf den Einzelfall abstellend: Ebenroth/Parche BB 1989, 637, 642; ausnahmsweise: Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 22; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 19 IV 4. b) (S. 269); Emmerich in Scholz, Kommentar zum GmbHG 9. Aufl., Anh. Konzernrecht Rz. 198; Schwarz MittRhNotK 1994, 49, 70; Timm GmbHR 1987, 8, 13 „um so nicht den Gesamtkonzern durch einen Flächenbrand zu gefährden“; immer: Krieger/Jannott DStR 1995, 1473, 1475; nie: Priester in Hommelhoff, "Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht", ZGR Sonderheft 6, 1986, 151, 183.

⁴²⁰ Im Ergebnis ebenso: Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 22; Krieger in U. H. Schneider, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, S. 99, 107.

⁴²¹ so früher Krieger in U. H. Schneider, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, S. 99, 107.

ternehmen) voraussichtlich nicht mehr Lage sein wird, seine aufgrund des Vertrages bestehenden Verpflichtungen zu erfüllen, steht dem der in der RegBegr.⁴²² geäußerte Wille des Gesetzgebers entgegen. Der „andere Vertragsteil“ ist in dieser Vorschrift wörtlich zu verstehen, so daß nur ein Kündigungsrecht des Vertragsteils in Betracht kommt, demgegenüber die Verpflichtungen nicht erfüllt werden können.

bb) Insolvenz der beherrschten GmbH

Fraglich ist, ob die Insolvenz der beherrschten GmbH das herrschende Unternehmen zur außerordentlichen Kündigung berechtigt.⁴²³ Die Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse alleine reicht, wie soeben dargelegt, nicht aus, um ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zu begründen. Diese Veränderungen fallen in den Risikobereich des anderen Vertragsteils.⁴²⁴

Möglicherweise machen aber die anderen, durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bewirkten Änderungen, die Fortsetzung des Vertrages für das herrschende Unternehmen unzumutbar. Auch in diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß eine Insolvenz der abhängigen GmbH nur dann in Betracht kommt, wenn auch das herrschende Unternehmen insolvent ist.⁴²⁵ Andernfalls steht der Verlustausgleichsanspruch den Insolvenzeröffnungsgründen entgegen. Demzufolge ist die oben aufgeworfene Frage wie folgt zu modifizieren: Kann das herrschende Unternehmen den Organschaftsvertrag außerordentlich kündigen, wenn über das Vermögen beider Vertragsteile das Insolvenzverfahren eröffnet wurde? Zum Teil wird ein solches Kündigungsrecht mit der Begründung angenommen,⁴²⁶ es sei dem herrschenden Unternehmen nicht zumutbar weiter für die Abwicklungsverluste der beherrschten GmbH einzustehen, ohne auf der anderen

⁴²² bei Kropff S. 386.

⁴²³ Zur Frage der automatischen Beendigung oben S. 58.

⁴²⁴ Grundsätzlich auch Hengeler/Hoffmann-Becking in FS Hefermehl, Insolvenz im Vertragskonzern, S. 283, 299; vgl. im Übrigen bereits oben S. 109ff.

⁴²⁵ Hierzu ausführlich bereits oben S. 32.

⁴²⁶ Lutter ZfB 1984, 781, 782; Mertens ZGR 1984, 542, 553 jeweils für den Vergleich unter der VglO.

Seite die Leitungsmacht inne zu haben.⁴²⁷ Dieses Argument büßt allerdings an Überzeugungskraft ein, wenn man sich vor Augen führt, was unter dem Begriff Abwicklungsverluste zu verstehen ist. Größtenteils werden hierunter zerschlagungsbedingte Wertverluste gefaßt, also Vermögens einbußen, die sich daraus ergeben, daß Unternehmensteile unter dem Druck der Auflösung zügig veräußert werden.⁴²⁸ Derartige Verluste ergeben sich im Rahmen von Insolvenzverfahren nahezu zwangsläufig und sind de lege lata vom herrschenden Unternehmen zu tragen. Dies ist keine Frage, die mit dem Zeitpunkt der Beendigung des Organschaftsvertrages zusammenhängt. Selbst wenn man eine Beendigung mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens annehmen würde, müßte das herrschende Unternehmen entsprechend § 302 AktG für sämtliche gegen die beherrschte GmbH gerichteten Ansprüche Sicherheit leisten, die zu diesem Zeitpunkt begründet waren. Können die Gläubiger nun keine Befriedigung aus der Insolvenzmasse erlangen, werden diese die vom herrschenden Unternehmen hingeebene Sicherheit verwerten. Werden die Gegenstände der Insolvenzmasse nun ohne große Abwicklungsverluste „versilbert“, mag der Forderungsausfall geringer ausfallen. Anders gewendet: Nicht die Abwicklungsverluste müssen vom herrschenden Unternehmen getragen werden, sondern die gegen die beherrschte GmbH bestehenden Forderungen, soweit diese nicht aus der Insolvenzmasse befriedigt werden.

Da auch ansonsten keine Gründe ersichtlich sind, die für ein Kündigungsrecht des herrschenden Unternehmens sprechen, obwohl dieses die Veränderung der Umstände zu vertreten hat,⁴²⁹ kommt ein Kündigungsrecht des herrschenden Unternehmens bei Insolvenz beider Vertragsteile nicht in Betracht. Anders ist die Situation allerdings zu bewerten, wenn die beherrschte Gesellschaft saniert werden soll und demzufolge fortgeführt wird. In dieser Konstellation kann das herrschende Unternehmen den Vertrag außerordentlich kündigen,⁴³⁰ so daß „Fortführungsverluste“ nicht zu Lasten des herrschenden Unternehmens gehen müssen.

⁴²⁷ Zeidler NZG 1999, 692, 697, der allerdings eine isolierte Insolvenz der beherrschten Gesellschaft für möglich hält; zum Meinungsstand auch K. Schmidt ZGR 1983, 513, 531f.

⁴²⁸ K. Schmidt ZGR 1983, 513, 532f.

⁴²⁹ Von Ausnahmen abgesehen auch Hengeler/Hoffmann-Becking in FS Hefermehl, Insolvenz im Vertragskonzern, S. 283, 299; vgl. hierzu bereits oben S. 109ff.

⁴³⁰ Zum Kündigungsrecht der beherrschten GmbH unten S. 120ff.

cc) Andere Auflösungsgründe der beherrschten GmbH

Auch wenn die abhängige GmbH aus anderen Gründen aufgelöst wird (§ 60 Abs. 1 Ziff. 1-3, 5-7 GmbHG), stellt sich die Frage, ob das herrschende Unternehmen den Vertrag aus diesem Grunde außerordentlich kündigen kann. Für diese Fälle der Auflösung ließe sich ebenfalls anführen, daß der Zweck der Gesellschaft sich hin zur Abwicklung ändern würde und dieser Zweck nicht mit der Ausrichtung am Konzerninteresse zusammenpasse.⁴³¹ Gleichwohl führen diese Auflösungsgründe nur dann zu einem Kündigungsrecht des herrschenden Unternehmens, wenn dieses die Auflösung nicht zu vertreten hat.

dd) Schwere Vertragsverletzung

Wie bei anderen Dauerrechtsverhältnissen können schwere Vertragsverletzungen der abhängigen GmbH die Vertragsfortsetzung für das herrschende Unternehmen unzumutbar machen und damit zur außerordentlichen Kündigung berechtigen. In Betracht kommen insoweit (theoretisch) die Nichtbefolgung von Weisungen und das Nichtabführen des Gewinns. Aber auch in solchen Fällen ist die Kündigung aus wichtigem Grund nur dann möglich, wenn sich die Vertragsverletzung nicht auf andere Weise beheben läßt.⁴³² Hierzu wird das herrschende Unternehmen regelmäßig in der Lage sein: Zunächst bietet sich die Abmahnung des Vertragspartners an. Sollte trotz der Abmahnung die Vertragsverletzung fortgesetzt werden, besteht für das herrschende Unternehmen die Möglichkeit, aufgrund der Gesellschaftermehrheit in der abhängigen GmbH den Geschäftsführer unter Druck zu setzen und diesen gegebenenfalls abuberufen und einen anderen Geschäftsführer zu bestellen.

ee) Anteilsverlust des herrschenden Unternehmens

Besonders umstritten ist die Frage, ob das herrschende Unternehmen zur außerordentlichen Kündigung berechtigt ist, wenn sich die Beteiligungs-

⁴³¹ Vgl. insoweit bereits oben S. 63 und Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 121f.

⁴³² Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 19.

verhältnisse in der abhängigen GmbH verändern, namentlich wenn sich eine andere Person mehrheitlich an der abhängigen GmbH beteiligt. Mit diesem Wechsel in der Gesellschafterstruktur läßt es sich aus ökonomischer Sicht nur schwer vereinbaren, daß gleichwohl das ehemals herrschende Unternehmen über das Weisungsrecht weiterhin die Leitungsmacht über die abhängige GmbH erhält und für die Verluste der GmbH gemäß § 302 AktG analog einzustehen hat. Somit hätte der ehemalige Mehrheitsgesellschafter nach wie vor die Rechtsposition inne, die durch die Veräußerung der Gesellschaftsanteile dem Erwerber zustehen sollte.

Dementsprechend ist das Bedürfnis, den alten Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag zum Zeitpunkt der Anteilsübernahme durch den neuen Mehrheitsgesellschafter enden zu lassen, evident. Da bis zur Entscheidung des BGH vom 5.11.01⁴³³ die überwiegende Ansicht in der Literatur davon ausging, daß eine unterjährige Beendigung weder durch Aufhebungsvertrag⁴³⁴ noch durch ordentliche Kündigung⁴³⁵ möglich sei, wurde die außerordentliche Kündigung als einzige Möglichkeit angesehen, den Vertrag zu dem Stichtag enden zu lassen, an welchem die Gesellschaftsanteile auf den Erwerber übergehen. Nachdem nunmehr gesichert ist, daß sowohl die Beendigung durch ordentliche Kündigung⁴³⁶ als auch durch Aufhebungsvertrag⁴³⁷ im GmbH-Vertragskonzernrecht nicht an den Zeitpunkt des § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG gebunden sind, wird sich dieser Streitpunkt weitgehend erledigen. Soweit die Anteilsveräußerung als ordentlicher Kündigungsgrund im Unternehmensvertrag festgeschrieben wird⁴³⁸ oder die außenstehenden Gesellschafter der beherrschten GmbH mit einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung einverstanden sind, ist es rechtlich ohne weiteres möglich, den Vertrag zum Übergangsstichtag enden zu lassen. Bedeutung wird dieser Streit nur in den übrigen Fällen (keine entsprechende Vertragsklausel und kein Wille der außenstehenden Gesellschafter, den Vertrag einvernehmlich aufzuheben) oder dann erlan-

⁴³³ BGH Urt. v. 5.11.2001 - II ZR 119/00, BB 2002, 7, 8.

⁴³⁴ Schwarz DNotZ 1996, 68, 72.

⁴³⁵ Nachweise bei Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 12 FN. 20, der diese Ansicht allerdings ablehnt.

⁴³⁶ Nachweise oben S. 102.

⁴³⁷ Im Einzelnen oben S. 94ff.

⁴³⁸ Vgl. hierzu im Einzelnen unten S. 129.

gen, wenn der Vertrag vor Ablauf von 5 Jahren beendet werden und die Organschaft für die Vergangenheit bestehen bleiben soll (14 Abs. 3 KStG).

In solchen Fällen ist anhand der allgemeinen Definition des wichtigen Grundes zu untersuchen, ob dieser Sachverhalt eine außerordentliche Kündigung rechtfertigt. Da die Kündigung nur dann zulässig ist, wenn die Veränderung der Verhältnisse auf Umstände zurückzuführen ist, die nicht der Risikosphäre des kündigenden Vertragsteils zuzurechnen sind,⁴³⁹ scheidet eine Kündigung aus wichtigem Grund dann aus, wenn der Anteilsverlust durch das herrschende Unternehmen bewirkt wurde, also namentlich dann, wenn das herrschende Unternehmen die Anteile an der beherrschten GmbH veräußert. Würde man in diesem Fall eine außerordentliche Kündigung zulassen, so hätte es das herrschende Unternehmen ohne weiteres in der Hand, sich selbst einen Kündigungsgrund zu schaffen und sich so vom Vertrag zu lösen.⁴⁴⁰ Die hiergegen vorgetragene Kritik greift nicht durch: Zum einen wurde eingewandt, daß mit dem Anteilsverlust die wirtschaftliche Grundlage für den Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag entfalle.⁴⁴¹ Dem ist zwar zuzugeben, daß bislang kein Fall bekannt wurde, in welchem das herrschende Unternehmen nicht vor dem Abschluß des Organschaftsvertrages wenigstens mehrheitlich an der abhängigen GmbH beteiligt war. Rechtlich zwingend ist eine Mehrheitsbeteiligung gesellschaftsrechtlich allerdings nicht. Auch das immer wieder bemühte Argument, die Anteilsveräußerung berechtige zur außerordentlichen Beendigung der körperschaftssteuerrechtlichen Organschaft, führt nicht dazu, daß dies auch gesellschaftsrechtlich zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen würde. Nach Abschn. 55 Abs. 7 Satz 2 KStR

⁴³⁹ Vgl. bereits oben S. 109; zu einer möglichen Einschränkung dieses Merkmals wegen der Besonderheiten des Organschaftsvertrages, vgl. oben S. 110.

⁴⁴⁰ So auch die h.M.: OLG Düsseldorf Beschl. v. 19.8.1994 - 3 Wx 178/94, GmbHR 1994, 805, 806; OLG Oldenburg; Urt. v. 23.3.2000 - 1 U 75/99, NZG 2000, 1138, 1140; LG Duisburg Beschl. v. 18.10.1993, 16 T 2/93, AG 1994, 379, 380; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 39; Ebenroth/Parche BB 1989, 637, 642; Jousen GmbHR 2000, 221, 222; Schwarz DNotZ 1996, 68, 71; Rix MittRhNotK 1986, 29, 41; Hüffer AktG § 297 Rz. 7; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 24; Fleischer/Rentsch NZG 2000, 1141; Kallmeyer GmbHR 1995, 578, 580; Timm/Geuting GmbHR 1996, 229, 236ff; Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG Schlußanh. I Rz. 52a; Emmerich in Scholz, Kommentar zum GmbHG 9. Aufl., Anh. Konzernrecht Rz. 198.

⁴⁴¹ Krieger/Jannott DStR 1995, 1473, 1476; Knott/Rodewald BB 1996, 472, 473.

1995 kann ein wichtiger Grund insbesondere in der Veräußerung des Organträgers gesehen werden. Dies hat zur Folge, daß auch vor Ablauf der 5-Jahres-Frist aus § 14 Abs. 3 KStG der Vertrag beendet werden kann, ohne daß die Organschaft für die Vergangenheit entfiele. Da aber bereits der Steuergesetzgeber nach zutreffender allgemeiner Ansicht⁴⁴² keine Anforderungen für die gesellschaftsrechtliche Wirksamkeit von Unternehmensverträgen aufstellen kann, muß dies erst recht für die Finanzverwaltung gelten.

Wenn das LG Bochum⁴⁴³ demgegenüber anführt, in einem solchen Fall könne es zu Konflikten zwischen dem neuen Gesellschafter und dem Weisungsrecht des anderen Vertragsteils (des herrschenden Unternehmens) kommen, ist dem zu widersprechen. Es besteht – wie bereits erörtert⁴⁴⁴ – gerade kein Konkurrenzverhältnis zwischen dem Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens und der Gesellschafterversammlung. Auch die Begründung, der Verkauf der Anteile sei nicht dem Risikobereich des herrschenden Unternehmens zuzurechnen, da die Veräußerung ja auch vom Käufer abhängt,⁴⁴⁵ kann nicht dazu führen, daß die Übertragung nicht dem Risikobereich des herrschenden Unternehmens zuzuordnen ist. Die eigentliche Entscheidung, ob die Anteile veräußert werden, trifft das herrschende Unternehmen als Inhaber der Gesellschaftsanteile.

Ferner kann sich – jedenfalls bei einem Organschaftsvertrag mit einer abhängigen GmbH – ein wichtiger Grund auch nicht daraus ergeben, daß die Zahl der außenstehenden Gesellschafter und damit auch die Ausgleichszahlungen wesentlich erhöht werden.⁴⁴⁶ Zum einen entstehen bei Eintritt von außenstehenden Gesellschaftern in die abhängige GmbH nicht automatisch Ausgleichsansprüche. Diese müßten vielmehr vertraglich vereinbart werden. Zum anderen hat es das herrschende Unternehmen selbst in

⁴⁴² vgl. nur: BGH Beschl. v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 339; Knepper DStR 1994, 377-381, 379.

⁴⁴³ LG Bochum, Teilurt. v. 1.7.1986 -12 O 67/86, BB 1987, 355, 356.

⁴⁴⁴ Ausführlich oben S. 20.

⁴⁴⁵ So aber LG Bochum, Teilurt. v. 1.7.1986 -12 O 67/86, BB 1987, 355, 356.

⁴⁴⁶ Wilhelm, Die Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags, S. 23. Vgl. hierzu bereits S. 57: Das Hinzutreten außenstehender Gesellschafter führt nicht zur automatischen Beendigung des Vertrages.

der Hand, diese Folgen zu vermeiden, indem es seine Gesellschaftsanteile nicht veräußert.

ff) §§ 304 Abs. 5, 305 Abs. 5 Satz 4 AktG

Für den Vertragskonzern mit abhängiger Aktiengesellschaft bestimmt § 304 Abs. 5 AktG, daß das herrschende Unternehmen den Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag ohne Einhaltung einer Frist kündigen kann, wenn durch das Spruchstellenverfahren ein Ausgleichsanspruch durch das Gericht festgelegt wird. Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß dem herrschenden Unternehmen keine Mehrbelastung aufgedrängt werden soll, die bei Vertragsabschluß nicht vorhersehbar war.⁴⁴⁷ Da ein Spruchstellenverfahren beim Unternehmensvertrag mit einer abhängigen GmbH nicht durchgeführt wird,⁴⁴⁸ kann dieser Kündigungsgrund nicht eingreifen, wenn durch Vertrag eine GmbH beherrscht wird. Entsprechendes gilt für das Kündigungsrecht nach § 305 Abs. 5 Satz 4 AktG: Auch dieses setzt ein Spruchstellenverfahren voraus, welches gerade beim Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag mit abhängiger GmbH nicht statthaft ist.

b) Kündigung durch die beherrschte GmbH

aa) § 297 Abs. 1 Satz 2 AktG analog

Als einziges Beispiel für das Vorliegen eines wichtigen Grundes nennt der Gesetzgeber in § 297 Abs. 1 Satz 2 AktG die Situation, in der „der andere Vertragsteil voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, seine auf Grund des Vertrages bestehenden Verpflichtungen zu erfüllen“. Durch die Formulierung „nicht in der Lage sein wird“, macht der Gesetzgeber deutlich, daß es sich nur um solche Pflichten handeln kann, die trotz Erfüllungswillens der beherrschten GmbH, nicht erfüllt werden können. Andernfalls hätte der Kündigungsgrund aktiv, etwa wie folgt, formuliert werden müssen: „erfüllt die Gesellschaft ihre aus dem Vertrag bestehenden Verpflichtungen nicht oder ist eine Nichterfüllung zu erwarten“.

⁴⁴⁷ Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 305 Rz. 223.

⁴⁴⁸ Vgl. hinsichtlich des Schutzes der außenstehenden Gesellschafter oben S. 51.

Aus dieser bereits im Gesetz angelegten Einschränkung des Kündigungsgrundes, folgt, daß § 297 Abs. 1 Satz 2 AktG nur die beherrschte Gesellschaft nicht aber das herrschende Unternehmen zur Kündigung berechtigen kann.⁴⁴⁹ Es ist nicht einmal theoretisch vorstellbar, daß die beherrschte GmbH ihre aufgrund des Vertrages bestehenden Pflichten nicht erfüllen kann.⁴⁵⁰ Durch den Vertrag werden der abhängigen GmbH nur die Pflicht, die bindenden Weisungen des herrschenden Unternehmens zu befolgen, sowie die Pflicht auferlegt, den Gewinn abzuführen. Die Erfüllung beider Pflichten hängt nur vom Willen der beherrschten GmbH ab, denn das herrschende Unternehmen kann die Gesellschaft weder bindend anweisen, mehr Gewinn abzuführen, als tatsächlich erwirtschaftet wurde noch eine Weisung erteilen, deren Befolgung tatsächlich nicht möglich ist. Aus dieser durch den Wortlaut indizierten Einschränkung folgt des Weiteren, daß – auch auf Seiten des herrschenden Unternehmens – nur solche Pflichten gemeint sein können, auf deren Einhaltung es keinen Einfluß hat. Verhaltenspflichten, wie beispielsweise die Pflicht die Weisungsgrenzen einzuhalten, können daher nicht unter diese Norm subsumiert werden; zur Einhaltung solcher Pflichten ist das herrschende Unternehmen immer in der Lage.

Als möglicher Kündigungsgrund iSd. § 297 Abs. 1 Satz 2 AktG kommt somit in erster Linie die voraussichtliche Nichterfüllung des Anspruchs auf Verlustausgleich (§ 302 AktG analog) in Betracht. Daneben kann auch die voraussichtliche Nichterfüllung von Ausgleichs- oder Abfindungsansprüchen die beherrschte GmbH zur Kündigung berechtigen. Dagegen könnte zwar eingewendet werden, daß diese Ansprüche im GmbH-Vertragskonzernrecht – im Gegensatz zum Aktienvertragskonzernrecht⁴⁵¹ – nicht unbedingt aus dem Unternehmensvertrag folgen, sondern vielmehr auch privatautonom zwischen den außenstehenden Gesellschaftern und

⁴⁴⁹ Anders: Krieger in U. H. Schneider, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, S. 99, 107; ders./Jannott DStR 1995, 1473, 1475; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 21; nach hier vertretener Ansicht läge eine Kündigung wegen Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse vor. Vgl. insoweit bereits oben S. 109.

⁴⁵⁰ aA.: Priester in Hommelhoff, „Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht“, ZGR Sonderheft 6, 1986, 151, 183.

⁴⁵¹ Daher nennt bereits die Begr.RegE bei Kropff, S.386 exemplarisch auch die Verletzung der Abfindungspflicht als Grund iSd. § 297 Abs. 1 Satz 2 AktG.

dem herrschenden Unternehmen vereinbart werden können,⁴⁵² es sich mithin nicht zwingend um Pflichten aus dem Unternehmensvertrag handelt. Eine solche Sichtweise würde aber, selbst wenn die Ausgleichs- oder Abfindungsansprüche rechtlich selbständig begründet werden, den engen Zusammenhang zwischen den Ansprüchen der außenstehenden Gesellschafter und dem Unternehmensvertrag verkennen. Der Unternehmensvertrag konnte nur abgeschlossen werden, weil die erforderliche Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter durch Vereinbarung entsprechender Abfindungs- oder Ausgleichsansprüche erkaufte wurde.

Weiterhin wird in der Literatur teilweise angenommen, daß auch die Unerfüllbarkeit des Anspruchs auf Sicherheitsleistung (§ 303 AktG analog) zur Kündigung berechtigen kann.⁴⁵³ Dem kann nicht zugestimmt werden. Der Anspruch aus § 303 AktG entsteht erst mit der Beendigung des Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages, setzt also das Vorliegen eines Beendigungstatbestandes voraus. Würde nun die außerordentliche Kündigungsmöglichkeit mit der voraussichtlichen Nichterfüllbarkeit begründet, so entstünde der Anspruch nur, weil dieser voraussichtlich nicht erfüllt werden könnte. Darüber hinaus kommt es für die Höhe des Anspruchs auf Sicherheitsleistung entscheidend auf den Zeitpunkt der Beendigung an.⁴⁵⁴ So kann beispielsweise bereits die Möglichkeit von Gewährleistungsansprüchen die Pflicht zur Sicherheitsleistung auslösen. Es reichen nämlich bereits durch den Gewährleistungsfall aufschiebend bedingte Ansprüche aus.⁴⁵⁵ Würde nun mit der Vertragsbeendigung bis zur Verjährung der Gewährleistungsansprüche gewartet, so bräuchte auch keine Sicherheitsleistung erbracht werden. Ließe man die Unerfüllbarkeit des Anspruchs auf Sicherheitsleistung – gegebenenfalls zusammen mit den Ansprüchen auf Verlustausgleich und den Ausgleichszahlungen – für eine außerordentliche Kündigung ausreichen, so käme es zu dem absurden Ergebnis,

⁴⁵² Vgl. hierzu bereits oben S. 46ff..

⁴⁵³ Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 21; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 21; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 19 IV 4a; Krieger in Münchener HdB des Gesellschaftsrechts Bd. 4, § 70 Rz. 169, allerdings ohne Begründung.

⁴⁵⁴ Hierzu bereits oben S. 91.

⁴⁵⁵ Hüffer AktG § 303 Rz. 3; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 303 Rz. 16, anders noch Geßler in Voraufgabe (in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, Kommentar zum AktG, §303 Rz. 8); vgl. hierzu Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 303 Rz. 17).

daß im Falle der Kündigung nicht sämtliche Ansprüche befriedigt werden können, obwohl diese zu einem späteren Zeitpunkt erfüllt werden könnten.⁴⁵⁶

Aus den letztgenannten Erwägungen heraus nimmt die herrschende Ansicht zu Recht auch an, daß ein Kündigungsrecht nur dann bestehe, wenn es sich um eine dauerhafte Unerfüllbarkeit der Ansprüche auf Verlustausgleich oder auf Abfindung bzw. Ausgleich handelt.⁴⁵⁷ Eine Kündigung ist allerdings nur dann ausgeschlossen, wenn absehbar ist, daß diese Ansprüche nur unwesentlich nach deren Fälligkeit erfüllt werden können.

§ 297 Abs. 1 Satz 2 AktG gestattet ausdrücklich bereits dann die Kündigung, wenn der andere Vertragsteil voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, seine aufgrund des Vertrages bestehenden Verpflichtungen zu erfüllen, so daß letztlich die Frage zu klären bleibt, unter welchen Voraussetzungen eine Kündigung zulässig ist, obgleich die genannten Ansprüche noch nicht fällig sind. Mit welchem Grad an Wahrscheinlichkeit die zukünftige Nichterfüllung durch das herrschende Unternehmen zu erwarten sein muß, kann nur schwerlich abstrakt beantwortet werden. Damit ist von Fall zu Fall eine Prognose⁴⁵⁸ anzustellen, ob mit einer Nichterfüllbarkeit ernsthaft zu rechnen ist. Wendet man diese Definition an, so ist voraussichtliche Nichterfüllbarkeit von Ansprüchen jedenfalls dann gegeben, wenn über das Vermögen des herrschenden Unternehmens das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.⁴⁵⁹ In diesem Fall droht in der Person des herrschenden Unternehmens wenigstens Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) oder Ü-

⁴⁵⁶ So daß die herrschende Ansicht in solchen Fallkonstellationen, mit der Begründung der bloß vorübergehenden Leistungsunfähigkeit (hierzu sogleich), vielfach zu demselben Ergebnis gelangt.

⁴⁵⁷ Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 20; Koppensteiner in Kölner Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 10; Krieger in Münchener HdB des Gesellschaftsrechts Bd. 4, § 70 Rz. 169; beachte aber, daß die in diesem Zeitraum erteilten Weisungen nicht bindend sind. Vgl. oben S. 34ff.; so auch Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 20.

⁴⁵⁸ Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 21; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 19; Geßler in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 32 „wenn mit Nichterfüllung ernsthaft zu rechnen“.

⁴⁵⁹ Hierdurch endet der Organschaftsvertrag nicht schon automatisch. Sehr strittig, vgl. im Einzelnen unten S. 58; auch ein Kündigungsrecht nehmen an: Zeidler NZG 1999, 692, 697.

berschuldung des herrschenden Unternehmens, sofern es sich um eine juristische Person handelt (§ 19 InsO). Dies folgt unmittelbar aus den Definitionen der drohenden Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung. Die Definition der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 Abs. 2 InsO stimmt nämlich weitgehend mit der Kündigungsvoraussetzungen des § 297 Abs. 1 Satz 2 AktG überein. Und auch im Falle der Überschuldung ist das herrschende Unternehmen voraussichtlich nicht in der Lage, die Vertragsverpflichtungen zu erfüllen. Denn nach § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO deckt das Vermögen des herrschenden Unternehmens die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr.

Demzufolge steht der beherrschten GmbH dann ein Kündigungsrecht zu, wenn über das Vermögen des herrschenden Unternehmens das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.

bb) Verringerung der Beteiligung an beherrschter GmbH

Teilweise wird erwogen, der beherrschten GmbH dann ein außerordentliches Kündigungsrecht zuzubilligen, wenn das herrschende Unternehmen die – auch nur mittelbare – Beteiligung so verringert, daß allein aufgrund dieser Beteiligung eine Beherrschung nicht mehr möglich wäre.⁴⁶⁰ Eine Ausnahme soll allerdings für den Fall gelten, daß der Organschaftsvertrag ohne einen beherrschenden Einfluß abgeschlossen worden ist.⁴⁶¹ Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Es ist nicht ersichtlich, weswegen es der beherrschten GmbH nicht zugemutet werden kann, den Organschaftsvertrag auch ohne die mehrheitliche Beteiligung des Vertragspartners fortzusetzen. Die Situation ändert sich durch einen Gesellschafterwechsel für die beherrschte GmbH nur geringfügig. Nach wie vor bleibt der ehemalige Mehrheitsgesellschafter Vertragspartner und damit weisungs- und gewinnbezugsberechtigt. Ein Mitspracherecht des neuen Gesellschafters kommt nur in engen Grenzen in Betracht,⁴⁶² so daß auch das Argument, der neue Mehrheitsgesellschafter habe möglicherweise nicht denselben

⁴⁶⁰ Laule AG 1990, 145, 152; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 30.

⁴⁶¹ Zöllner in Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG 17. Aufl.2000, Anh. Konzernrecht, Rz. 52a.

⁴⁶² Vgl. insoweit oben S. 20ff.

Sachverstand oder entstamme nicht derselben Branche, wie der alte, ins Leere geht.⁴⁶³ Auch das Interesse des herrschenden Unternehmens an der wirtschaftlichen Entwicklung der beherrschten GmbH wird hierdurch kaum berührt.⁴⁶⁴ Dieses erhält nach wie vor den gesamten Gewinn und hat die Verluste auszugleichen. Allenfalls mag das herrschende Unternehmen an der langfristigen wirtschaftlichen Fortentwicklung, das heißt an der Wertsteigerung der Gesellschaft selber, weniger Interesse haben. Da es sich in solchen Konstellationen, wenn diese heute überhaupt noch vorkommen,⁴⁶⁵ um einen Übergangszustand bis zur nächsten Beendigungsmöglichkeit handelt, fällt dies kaum ins Gewicht. Der neue Gesellschafter hat es in der Hand derartige Fragen im Kaufvertrag zu regeln.

cc) Schwere Vertragsverletzungen

Schwere Vertragsverletzungen des herrschenden Unternehmens können auch für die beherrschte GmbH einen außerordentlichen Kündigungsgrund darstellen. Legt man die für den Organschaftsvertrag geltende Definition des außerordentlichen Kündigungsrechts zugrunde, nach welcher eine Kündigung aus wichtigem Grunde immer dann möglich ist, wenn dem kündigenden Vertragsteil infolge einer nicht zu seiner Risikosphäre gehörenden Veränderung der Verhältnisse die Fortsetzung des Vertrages bis zum Ablauf einer eventuell vereinbarten Kündigungsfrist nicht zuzumuten ist,⁴⁶⁶ so zeigt sich, daß eine schwere Vertragsverletzung auf Seiten des herrschenden Unternehmens tendenziell eher anzunehmen ist, als Vertragsverletzungen bei der beherrschten GmbH.⁴⁶⁷

Zum einen wird bei Vertragsschluß dem herrschenden Unternehmen ein umfassenderer Risiko- und Verantwortungsbereich zugeordnet, zum anderen zeigt sich bereits aus dem Definitionsteil, daß ein Abwarten bis zur nächsten ordentlichen Kündigungsmöglichkeit nicht zumutbar sein darf,

⁴⁶³ So aber Laule AG 1990, 145, 152, der offenbar Fragen der Vertragsübernahme und des Gesellschafterwechsels vermengt.

⁴⁶⁴ So aber Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 30; Laule AG 1990, 145, 152.

⁴⁶⁵ Eine unterjährige Beendigung des Unternehmensvertrages ist sowohl durch Aufhebungsvertrag als auch durch ordentliche Kündigung möglich, vgl. oben S. 94ff, 102ff., 116ff.

⁴⁶⁶ Vgl. im Einzelnen oben S. 108.

⁴⁶⁷ Laule AG 1990, 145, 150.

daß die außerordentliche Kündigung nur als ultima ratio in Betracht kommt. Da das herrschende Unternehmen sowohl durch das unternehmensvertragliche Weisungsrecht als auch durch die (regelmäßig vorhandene) Mehrheitsbeteiligung auf die beherrschte GmbH einwirken kann und so die Vertragsverletzung auf andere Weise beseitigen kann, müssen zunächst diese Möglichkeiten ausgeschöpft werden, bevor aus wichtigem Grund gekündigt werden kann. Derartige Möglichkeiten der Einflußnahme hat die beherrschte GmbH nicht.

Als mögliche, zur Kündigung berechtigende Pflichtverletzungen, kommen auf Seiten des herrschenden Unternehmens neben den – bereits gesondert behandelten⁴⁶⁸ – unerfüllbaren Zahlungsansprüchen vor allem die Einhaltung der Weisungsgrenzen in Betracht. Wie bereits im ersten Teil dargestellt,⁴⁶⁹ lassen sich unzulässige Weisungen in zwei Kategorien unterteilen: Einerseits diejenigen rechtswidrigen Weisungen, die wegen § 308 Abs. 2 Satz 2 AktG gleichwohl befolgt werden müssen und andererseits solche, die sich nicht mehr im Rahmen des § 308 Abs. 2 Satz 2 AktG halten, und dementsprechend auch keine Bindungswirkung entfalten. Unterscheidungsmerkmal ist nicht, wie teils angenommen, die Eingriffsintensität der Weisung, sondern allein die Frage, ob die Weisung offensichtlich nicht den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit diesem oder der beherrschten Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dient. Zur außerordentlichen Kündigung können beide Pflichtverletzungen berechtigen, wobei ein Kündigungsgrund um so mehr in Betracht kommt, je schwerer die Pflichtverletzung wiegt.

Ob die beherrschte GmbH zunächst verpflichtet ist, mildere Mittel als die Kündigung zu versuchen, hängt wiederum von den Umständen des Einzelfalls ab. Im Regelfall muß die GmbH vor einer Kündigung das herrschende Unternehmen abmahnen.⁴⁷⁰ Gleichwohl ist gerade in den Fällen, in denen die Weisung befolgt werden muß und diese schwerwiegende Folgen für die beherrschte GmbH mit sich bringt, eine Kündigung auch

⁴⁶⁸ Oben S. 120.

⁴⁶⁹ Oben S. 37ff.

⁴⁷⁰ Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 27.

ohne Abmahnung zulässig,⁴⁷¹ da der abhängigen GmbH die Hinnaahme schwerwiegender Nachteile nicht zuzumuten ist. Im Falle nicht bindender Weisungen ist die abhängige GmbH zunächst darauf zu verweisen, deren Befolgung abzulehnen. Befolgt die beherrschte Gesellschaft die Weisung dennoch, so hindert dies nicht eine spätere Abmahnung und – nach weiterer Pflichtverletzung – die Kündigung. Da es aufgrund der schwierigen Bestimmung der Bindungswirkung unter Umständen erst nach Befolgung erkennbar wird, ob die Weisung tatsächlich bindend war, dürfen sich hieraus keine Rechtsnachteile für die beherrschte GmbH ergeben.

Als zur außerordentlichen Kündigung berechtigende Vertragsverletzung wird teilweise auch der Zahlungsverzug bzw. ein mangelnder Erfüllungswille des herrschenden Unternehmens trotz Zahlungsfähigkeit⁴⁷² angesehen⁴⁷³. Die Gegenansicht verweist die beherrschte Gesellschaft auf die Zahlungsklage als milderes Mittel.⁴⁷⁴ Diese Frage lässt sich meines Erachtens nicht pauschal beantworten. So kann die beherrschte GmbH bei Streitigkeiten über die Höhe des Anspruchs durchaus verpflichtet sein, gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, während generelle Zahlungsunwilligkeit des herrschenden Unternehmens direkt ein Kündigungsrecht begründet. Hier kommt es dementsprechend auf den jeweiligen Einzelfall an, bei dem auch die Vertragsdauer und die bisherige Abwicklung des Vertrages zu berücksichtigen sind.

dd) Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse

Möglicherweise kann eine Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse für die beherrschte GmbH ein Kündigungsrecht begründen. Soweit es um die Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse des herrschenden Unternehmens geht, kommt ein über § 297 Abs. 1 Satz 2 AktG hinausgehendes

⁴⁷¹ Tendenziell enger: Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 23; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 27, die eine sich „dauernd wiederholende“ Überschreitung des Weisungsrechts verlangen.

⁴⁷² Für den Fall in dem das herrschende Unternehmen nicht in der Lage ist, die Ansprüche aus dem Unternehmensvertrag zu erfüllen, greift bereits § 297 Abs. 1 Satz 2 AktG, vgl. hierzu bereits oben S. 120ff.

⁴⁷³ Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 22f.

⁴⁷⁴ Geßler in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, Kommentar zum AktG, §297 Rz. 32, 34.

Kündigungsrecht der beherrschten GmbH nicht in Betracht. Nur wenn die Unerfüllbarkeit der Ansprüche droht, ist die beherrschte Gesellschaft zur Kündigung berechtigt. Andernfalls ist ihr die Vertragsfortsetzung ohne weiteres zumutbar. Einen Anspruch auf einen starken Vertragspartner gewährt auch der kombinierte Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag nicht. Damit verbleiben als hier zu diskutierende Kündigungsgründe für die beherrschte GmbH lediglich die Veränderung der eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse.

Eine Verschlechterung der eigenen wirtschaftlichen Lage wird, wenn überhaupt ein Interesse der abhängigen Gesellschaft an einer Kündigung bestehen sollte – in dieser Situation wird man auf den Verlustausgleichsanspruch nicht verzichten wollen –, nur ausnahmsweise eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.⁴⁷⁵ Die GmbH unterwirft sich mit Abschluß des Vertrages der Leitung eines anderen Unternehmens. Wird diese Leitungsmacht unter Einhaltung der Weisungsgrenzen ausgeübt, so verwirklicht sich lediglich das dem Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag anhaftende Risiko. Nur in dem Fall, in welchem die Existenz der abhängigen Gesellschaft selbst gefährdet ist, muß dieser die Möglichkeit eingeräumt werden, sich vom Vertrag durch außerordentliche Kündigung zu lösen. Dies folgt vor allem aus der Schutzbedürftigkeit der außenstehenden Gesellschafter. Diese haben zwar während der Durchführung des Gewinnabführungsvertrages auf ihr Gewinnbezugsrecht verzichtet und sich statt dessen auf Ausgleichsansprüche eingelassen. Ein solch temporärer Verzicht beinhaltet aber gerade auch das Recht, nach Beendigung wieder ihr Gewinnbezugsrecht zurückzuerhalten. Würde die abhängige GmbH aber während der Vertragszeit aufgelöst, so würde damit auch das Gewinnbezugsrecht erlöschen, ohne daß die außenstehenden Gesellschafter hierauf Einfluß hätten.

Zu klären bleibt schließlich noch, ob die abhängige GmbH den Vertrag durch Kündigung aus wichtigem Grund beenden kann, wenn sich die eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse verbessern. Dies wurde zum Teil mit

⁴⁷⁵ Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 22, „nur in Ausnahmefällen“; aA.: Hüffer AktG § 297 Rz. 7; unklar insoweit Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 24.

der Begründung bejaht,⁴⁷⁶ daß die Ausgleichsansprüche der außenstehenden Gesellschafter nicht mehr im Verhältnis zu dem ruhenden Gewinnbezugsrecht stünden. Die außenstehenden Gesellschafter hätten sich in Kenntnis dieser Entwicklung nicht auf Ausgleichsansprüche in dieser Höhe eingelassen. Dies mag zwar sachlich zutreffend sein, eine Kündigung aus wichtigem Grund ist dennoch nur zulässig, wenn dem kündigenden Vertragsteil infolge einer nicht zu seiner Risikosphäre gehörenden Veränderung der Verhältnisse die Fortsetzung des Vertrages bis zum Ablauf einer eventuell vereinbarten Kündigungsfrist nicht zuzumuten ist.⁴⁷⁷ Legt man diesen Maßstab an, so kommt eine außerordentliche Kündigung in dieser Konstellation nicht in Betracht. Die Höhe und Angemessenheit des Ausgleichsanspruchs ist dem Risikobereich der außenstehenden Gesellschafter bzw. der abhängigen Gesellschaft zuzuordnen.⁴⁷⁸ Noch stärker als im Aktienvertragskonzernrecht sind die außenstehenden Gesellschafter und das herrschende Unternehmen frei, einen angemessenen Ausgleich zu vereinbaren, wobei die außenstehenden Gesellschafter aufgrund des Einstimmigkeitserfordernisses eine starke Verhandlungsposition inne haben.

c) Beiderseitiges Kündigungsrecht

Wird die Auflösung des unternehmensvertraglichen Zusammenschlusses durch die Kartellbehörde gemäß § 41 Abs. 3 GWB angeordnet, haben beide Vertragsparteien ein außerordentliches Kündigungsrecht.⁴⁷⁹

d) Vertragliche Vereinbarungen über den wichtigen Grund

Die bislang erörterten außerordentlichen Kündigungsgründe bestehen ohne besondere vertragliche Regelungen, ergeben sich also aus der Natur des Unternehmensvertrages. Inwieweit diese außerordentlichen gesetzlichen Kündigungsgründe vertraglich abgeändert werden können, wird un-

⁴⁷⁶ Würdinger in Großkommentar zum AktG § 304 Rz. 24; einschränkend: Geßler in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, Kommentar zum AktG, §297 Rz. 15, der dies nur für Verträge mit Fortsetzungsklausel annimmt.

⁴⁷⁷ Vgl. oben S. 108.

⁴⁷⁸ So auch Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 26.

⁴⁷⁹ Einhellige Ansicht, vgl. nur Windbichler, Unternehmensverträge und Zusammenschlußkontrolle, S. 80ff; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 19 IV 4a .

terschiedlich beurteilt.

Änderungen sind in zwei Richtungen denkbar: Zum einen kann ein Interesse daran bestehen, die Kündigungsmöglichkeiten zu begrenzen, um so die Bindung der Vertragsteile zu stärken. In der Praxis wurde vor allem versucht, die Kündigungsmöglichkeiten der beherrschten Gesellschaft zu beschränken, um diesen Vertragsteil besonders eng an das herrschende Unternehmen zu binden und eine Beendigung gegen den Willen des herrschenden Unternehmens so schwer wie möglich zu gestalten. Dies wurde teils damit versucht, außerordentliche Kündigungsgründe abschließend aufzuzählen oder damit, die Kündigung von der Zustimmung Dritter, namentlich solcher Personen, die dem herrschenden Unternehmen nahe stehen, abhängig zu machen.

Zum anderen kann ein Interesse daran bestehen, die außerordentlichen Kündigungsmöglichkeiten zu erweitern. Hierdurch, so wurde eine zeitlang vertreten, könne die Beendigung des Vertrages flexibilisiert werden. Außerdem könne so die steuerliche Organschaft, auch wenn der Vertrag vor Ablauf von 5 Jahren (§ 14 Nr. 3 Satz 3 KStG) beendet werde, für die Vergangenheit bestehen bleiben. Nicht selten findet sich auch eine – die Kraftverhältnisse im Organschaftsvertrag widerspiegelnde – Kombination dieser Änderungen der Kündigungsmöglichkeiten in den Unternehmensverträgen. Hiernach sollte die beherrschte Gesellschaft nur unter ganz besonders engen Grenzen den Vertrag durch außerordentliche Kündigung beenden können, während das herrschende Unternehmen unter erleichterten Voraussetzungen aus wichtigem Grund zur Kündigung berechtigt sein sollte. Ob solche kombinierten Vereinbarungen zulässig sind oder in dieser Kombination gegen § 138 BGB verstoßen,⁴⁸⁰ bedarf allerdings dann keiner gesonderten Entscheidung, wenn bereits die Erweiterung oder die Einschränkung für sich genommen unzulässig ist.

Da die außerordentliche Kündigung eines Unternehmensvertrages gesetzlich nur für einen Fall geregelt ist (§ 297 Abs. 1 Satz 2 AktG) und im übri-

⁴⁸⁰ Hierfür spricht sich Timm in FS Kellermann, Rechtsfragen der Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen, S. 461, S. 461, 472 aus.

gen lediglich als Möglichkeit vorausgesetzt wird (§ 297 Abs. 1 Satz 1 AktG), folgt die Lösung nicht unmittelbar aus dem Gesetz. Gleichwohl bestehen keine Zweifel daran, daß eine Einschränkung des Kündigungsrechts aus wichtigem Grund unzulässig ist. Dies folgt vor allem aus der allgemein anerkannten Definition des wichtigen Grundes: Hiernach wird verlangt, daß dem kündigenden Vertragsteil die Vertragsfortsetzung unzumutbar sein muß.⁴⁸¹ Ist dies aber der Fall, so kann, wie bei anderen Dauerrechtsverhältnissen auch,⁴⁸² nicht verlangt werden, daß der Vertrag dennoch fortgesetzt wird. Eine Verpflichtung zur Vornahme unzumutbarer Handlungen kann nicht rechtswirksam begründet werden. Dies ist mittlerweile höchstrichterlich⁴⁸³ entschieden und wird, soweit ersichtlich, nicht mehr bestritten.⁴⁸⁴

Dies gilt auch für andere, indirekte Wege, die außerordentlichen Kündigungsmöglichkeiten zu beschränken. So wurde versucht, die außerordentliche Kündigung der abhängigen Gesellschaft durch ein Zustimmungserfordernis Dritter, dem herrschenden Unternehmen nahe stehender Personen, abhängig zu machen. Auch in diesem Fall wird das den beteiligten Vertragspartnern zustehende, nicht übertragbare Recht darüber zu entscheiden, ob der Vertrag fortgesetzt wird oder nicht,⁴⁸⁵ ausgehöhlt. Und auch dies läuft im Ergebnis auf eine Pflicht des kündigungswilligen Vertragsteils hinaus, den Vertrag fortzusetzen, obwohl dies unzumutbar ist.

Nicht so eindeutig ist die Rechtslage hinsichtlich der Erweiterung von außerordentlichen Kündigungsgründen, etwa derart, daß ein außerordentlicher Kündigungsgrund dann vorliegt, wenn bestimmte Ereignisse eintreten. Daß sich solche Vereinbarungen in zahlreichen Unternehmensverträ-

⁴⁸¹ Vgl. bereits oben S. 108f.

⁴⁸² Für das Arbeitsrecht: BAG AP BBiG § 47 Nr. 2; BAG AP Nr. 2 Kündigungerschwerung; Schwerdtner in Münchener Kommentar zum BGB 3. A., § 626 Rz. 65; für sonstige Dauerrechtsverhältnisse: Esser/Weyers, SchuldR BT 1. Teilband, § 30 4a. (S. 248); D. W. Belling in Erman, Kommentar zum BGB, § 626 Rz. 18 jeweils mwN.

⁴⁸³ BGH Urt. v. 05.04.1993 - II ZR 238/91, BGHZ 122, 211, 228.

⁴⁸⁴ Vgl. Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 16; Emmerich/Sonnenschein 7. A. § 19 IV 2. a) (S. 266), jeweils mwN.

⁴⁸⁵ Dieses Recht ist Bestandteil der Vertragsfreiheit: Huber, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, S. 11.

gen finden,⁴⁸⁶ ist angesichts der Privilegien der außerordentlichen Kündigung⁴⁸⁷ nicht verwunderlich, obgleich keineswegs gesichert ist, daß diese Privilegien auch bei einem vereinbarten außerordentlichen Kündigungsrecht eingreifen.⁴⁸⁸ Eine Erweiterung der außerordentlichen Kündigungsmöglichkeiten kann aber nur dann zulässig sein, wenn hierdurch nicht zwingende gesetzliche Regelungen umgangen werden: So wurde zum einen vertreten, daß, wenn man die Vereinbarung außerordentlicher Kündigungsgründe zulassen würde, § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG umgangen würde. Eine ordentliche Kündigung sei nämlich nur zum Ende des Geschäftsjahres oder des sonst vertraglich bestimmten Abrechnungszeitraums zulässig. Da bereits dargelegt wurde, daß auch eine ordentliche Kündigung nicht an den in § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG analog genannten Zeitpunkt gebunden ist⁴⁸⁹, steht dieses Argument der Vereinbarung eines wichtigen Kündigungsgrundes nicht entgegen.

Zum anderen wurde gegen eine solche vertragliche Regelung eingewandt, daß so das Zustimmungserfordernis des § 297 Abs. 2 AktG analog leerzulaufen drohe. Würde die beherrschte Gesellschaft diesen vertraglich vereinbarten außerordentlichen Kündigungsgrund nutzen, so würden die außenstehenden Gesellschafter um ihr Zustimmungsrecht gebracht. Würde nämlich der Eintritt dieses Ereignisses als ordentlicher Kündigungsgrund vertraglich festgeschrieben, wäre eine Kündigung der beherrschten Gesellschaft nur mit Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter zulässig. Allein die leicht abweichende Vertragsgestaltung könne hieran nichts ändern. Dementsprechend müsse eine solche Regelung unwirksam sein. Dem kann im Ergebnis nicht zugestimmt werden. Nach hier vertretener Ansicht ist auch bei einer außerordentlichen Kündigung durch die beherrschte GmbH eine Zustimmung des Gesellschafterausschusses der außenstehenden Gesellschafter erforderlich,⁴⁹⁰ so daß auch keine Umgehung des Zustimmungserfordernisses droht.

⁴⁸⁶ Vgl. z.B. den der „SSI“-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt, BGH Urt. v. 5.4.1993 - II ZR 238/91, WM 1993, 1087-1097.

⁴⁸⁷ Vgl. hierzu oben S. 103.

⁴⁸⁸ Hierzu: Winter in Herrmann/Heuer/Raupach, Kommentar zum KStG 21. A., § 14 Rz. 206.

⁴⁸⁹ Ausführlich bereits oben S. 102.

⁴⁹⁰ Im Einzelnen oben S. 105ff.

Aber auch wenn man mit der überwiegenden Ansicht davon ausgeht, daß die außerordentliche Kündigung durch die beherrschte GmbH nicht von der Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter abhängig ist, steht dies nicht der Vereinbarung eines wichtigen Kündigungsgrundes entgegen. Dies wird aus einem Vergleich mit der ordentlichen Kündigung deutlich. Wird ein ordentliches Kündigungsrecht vereinbart, so kann die beherrschte GmbH, bei Vorliegen der Voraussetzungen, nur dann wirksam kündigen, wenn diese zuvor eine Zustimmung des Gesellschafterausschusses der außenstehenden Gesellschafter eingeholt hat,⁴⁹¹ gleichgültig ob ein solches Zustimmungsrecht im Vertrag vorgesehen ist oder nicht. Das Zustimmungserfordernis besteht kraft Gesetzes und ist nicht davon abhängig, ob dies vertraglich vorgesehen ist oder nicht. Entsprechendes gilt für die vereinbarte außerordentliche Kündigung,⁴⁹² so daß es nicht darauf ankommt, ob im Vertrag ein Zustimmungserfordernis vorgesehen ist oder nicht. Eine so vereinbarte außerordentliche Kündigung entspricht gesellschaftsrechtlich der vereinbarten ordentlichen Kündigung.⁴⁹³

Damit bleibt letztlich zu klären, ob steuerrechtlich die Kündigung aufgrund eines vereinbarten außerordentlichen Kündigungsrechts privilegiert wird oder ob auch insoweit kein Unterschied zwischen der ordentlichen und der vereinbarten außerordentlichen Kündigung besteht. Nach § 14 Nr. 3 Satz 3 KStG ist eine vorzeitige Beendigung des Vertrages durch Kündigung unschädlich, wenn ein wichtiger Grund die Kündigung rechtfertigt. In diesem Fall bleibt die Organschaft für die Vergangenheit bestehen, auch wenn die Kündigung schon vor Ablauf der 5-Jahres-Frist ausgesprochen wird. Da die Anforderungen, die an den wichtigen Grund gestellt werden, im Gesellschaftsrecht und Steuerrecht voneinander abweichen,⁴⁹⁴ und im Steuerrecht auch eigenes Verhalten zur Kündigung berechtigen kann – nach Abschn. 55 Abs. 7 Satz 2 KStR 1995 stellt die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen einen wichtigen Grund zur Kündigung durch den veräußernden Teil dar –, könnte erwogen werden, auch ein vereinbartes au-

⁴⁹¹ Im Einzelnen s.o. S. 98f.

⁴⁹² So BGH Urt. v. 05.04.1993 - II ZR 238/91, BGHZ 122, 232.

⁴⁹³ Leicht abweichend BGH Urt. v. 05.04.1993 - II ZR 238/91, BGHZ 122, 211, 231.

⁴⁹⁴ Vgl. bereits oben S. 118; Streck, Kommentar zum KStG 5. Aufl., § 14 Anm. 71.

ßerordentliches Kündigungsrecht als wichtigen Grund iSd. § 14 Nr. 3 Satz 3 KStG zu begreifen. Andererseits hätten es die Vertragsparteien bei einem solch extensiven Verständnis in der Hand, die 5-Jahres-Frist weitgehend auszuhöhlen. Es bräuchten lediglich solche Ereignisse als wichtige Gründe definiert werden, die von einer Vertragspartei ohne weiteres herbeigeführt werden können. In diesem Fall bliebe als Korrektiv lediglich Abschn. 55 Abs. 7 Satz 3 KStR, nach welcher dann steuerrechtlich kein wichtiger Grund vorliegt, wenn bereits bei Vertragsabschluß feststand, daß der Vertrag nicht 5 Jahre durchgeführt werden sollte. Da dieses, auch wenn der Organträger, also das herrschende Unternehmen, die Beweislast trägt,⁴⁹⁵ die 5-Jahres-Frist nicht ersetzen kann, stellt ein vereinbarter außerordentlicher Kündigungsgrund nur der Bezeichnung wegen noch keinen wichtigen Grund iSd. § 14 Nr. 3 Satz 3 KStG dar.

Demzufolge macht es weder gesellschaftsrechtlich noch steuerrechtlich einen Unterschied, ob der Eintritt eines Ereignisses als ordentlicher oder außerordentlicher Kündigungsgrund definiert wird. Allein in dem Fall, in dem die abhängige Gesellschaft veräußert wird⁴⁹⁶ Das Vorliegen eines wichtigen Grundes bestimmt sich ausschließlich anhand der äußeren Umstände. Liegt hiernach kein wichtiger Grund vor, so ist die Kündigung, wie eine ordentliche Kündigung zu behandeln.

IV. Zwischenergebnis

Durch außerordentliche Kündigung kann ein Organschaftsvertrag nur dann beendet werden, wenn objektiv ein wichtiger Grund vorliegt. Die Kündigungserklärung hat schriftlich zu erfolgen, braucht aber die Gründe für die Kündigung nicht zu nennen. Kündigt die beherrschte GmbH außerordentlich, so ist auch insoweit ein Zustimmungsbeschluß der außenstehenden Gesellschafter Wirksamkeitsvoraussetzung. Ein für beide Seiten wichtiger, zur außerordentlichen Kündigung berechtigender, Grund liegt nur dann vor, wenn die Auflösung des unternehmensvertraglichen Zusammenschlusses durch die Kartellbehörde gem. § 41 Abs. 3 GWB ange-

⁴⁹⁵ Nach allgemeinen steuerrechtlichen Grundsätzen trägt der Steuerpflichtige die Beweislast dafür, daß steuermindernde Tatsachen vorliegen, vgl. nur BFH v. 23.5.1989 – XR 17/85, BStBl. II, S. 879.

⁴⁹⁶ Ausnahme: Abschn. 55 Abs. 7 Satz 2 KStR 1995, im Einzelnen oben S. 116ff.).

ordnet wurde. Als wichtige Gründe kommen für die beherrschte GmbH § 297 Abs. 1 Satz 2 AktG analog und schwere Vertragsverletzungen des herrschenden Unternehmens in Betracht. Dagegen ist das herrschende Unternehmen nur dann zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, wenn die eigene Existenz durch die Fortsetzung des Organschaftsvertrages bedroht ist.

F. Umwandlungen der Vertragsparteien

Auch Umwandlungen nach dem UmwG können dazu führen, daß der kombinierte Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag endet. Werden beispielsweise die Vertragsparteien miteinander verschmolzen, so fehlt es an den selbständigen Vertragsparteien, mit der Folge, daß der Unternehmensvertrag automatisch erlischt.⁴⁹⁷ Bei anderen Umwandlungsmaßnahmen sind die Auswirkungen nicht so offensichtlich.

In dem Zustimmungsbeschluß zur Umwandlung kann noch nicht die Legitimation für die Beendigung des Organschaftsvertrages erblickt werden. Wie bei der Vertragsbeendigung durch Aufhebungsvertrag nachgewiesen,⁴⁹⁸ kann die – regelmäßig für Umwandlungsvorgänge erforderliche – Dreiviertelmehrheit für sich genommen nicht ausreichen, um die Beendigung eines Organschaftsvertrages zu rechtfertigen. Andernfalls ergäbe sich ein Wertungswiderspruch zu den Voraussetzungen anderer Beendigungstatbestände.

Damit zeichnen sich die für die einzelnen Umwandlungen zu klärenden Fragen bereits ab: Welche Auswirkungen haben solche Maßnahmen auf den Bestand des Organschaftsvertrages? Ist – für den Fall, daß der Vertrag durch die Maßnahme an sich endet – zusätzlich eine Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter erforderlich? Aber auch in dem Fall, in welchem der Vertrag bestehen bleibt, ist zu klären, wie sich der Schutz etwaig hinzutretender Gesellschafter realisieren läßt. Sowohl wenn auf Seiten des herrschenden Unternehmens neue Personen hinzukommen,

⁴⁹⁷ Allgemeine Ansicht: Wilhelm, Die Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags, S. 30; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 130; Krieger ZGR 1990, 517, 533; Müller, K. J. BB 2002, 157, 158.

⁴⁹⁸ Siehe oben S. 56ff, Ergebnisse ab S. 96.

als auch dann, wenn in die beherrschte GmbH neue Gesellschafter eintreten, kann dies beachtliche Konsequenzen für diese Gesellschafter haben. Sie werden dann zu Anteilshabern durch Organschaftsvertrag gebundener Gesellschaften.

I. Umwandlungen der beherrschten GmbH

1. Verschmelzung eines Dritten auf die beherrschte GmbH

Wird ein Rechtsträger auf die beherrschte GmbH verschmolzen, so stellt sich ebenfalls die Frage nach dem Schicksal des Organschaftsvertrages. Die Ansichten hierzu sind für die abhängige Aktiengesellschaft zweigeteilt: Zum einen wird eine automatische Beendigung des Organschaftsvertrages befürwortet,⁴⁹⁹ überwiegend wird aber ein Kündigungsrecht der beherrschten Gesellschaft aus wichtigem Grund angenommen.⁵⁰⁰ Die hier zu untersuchende Konstellation der abhängigen GmbH wird – soweit ersichtlich – nicht gesondert behandelt. Dies verwundert, denn die von der herrschenden Meinung zur abhängigen Aktiengesellschaft vertretene Ansicht, die beherrschte Gesellschaft habe ein außerordentliches Kündigungsrecht, läßt die Besonderheiten des GmbH-Konzernrechts außer Acht. Blicke der Organschaftsvertrag von der Umwandlung unberührt, so würden die ehemaligen Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers, soweit diese nicht (vgl. § 29 UmwG) in Geld abgefunden wurden, zu außenstehenden Gesellschaftern der abhängigen GmbH. Da diese aufgrund des Gewinnabführungsvertrages nicht gewinnbezugsberechtigt sind, stellt sich die Frage nach deren Schutz, bzw. danach, wie dieser Verlust des Gewinnbezugsrechts zu kompensieren ist.

Im Fall der abhängigen Aktiengesellschaft sollen den außenstehenden Aktionären Ausgleichsansprüche iSd. § 304 Abs. 1 Satz 1 AktG gewährt

⁴⁹⁹ Dehmer UmwR § 20 Rz. 45; Westermann in FS Schilling, Die Folgen von Verschmelzung und Umwandlung nach § 15 Umwandlungsgesetz von Aktiengesellschaften für Beherrschungsverträge, S.271, 281ff.

⁵⁰⁰ Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 42; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 133; Grunewald in Lutter, Kommentar zum UmwG, § 20 Rz. 35; Gerth BB 1978, 1497, 1499; Gutheil, Die Auswirkungen von Umwandlungen auf Unternehmensverträge, S. 250; Krieger ZGR 1990, 517, 536; ders. in Münchener HdB des Gesellschaftsrechts Bd. 4, § 70 Rz. 176; jeweils mwN.

werden,⁵⁰¹ wobei Uneinigkeit darüber besteht, ob die Höhe der Ansprüche neu festgesetzt werden muß⁵⁰² oder ob die Ausgleichsansprüche denjenigen der außenstehenden Altaktionäre entsprechen.⁵⁰³ Ob sich diese Lösung auf eine durch Organschaftsvertrag verpflichtete GmbH übertragen läßt, erscheint zweifelhaft. Anders als im Falle der abhängigen Aktiengesellschaft, in welchem die Angemessenheit der Ausgleichsansprüche im Spruchstellenverfahren gerichtlich überprüft werden kann, sind die außenstehenden Gesellschafter der abhängigen GmbH darauf verwiesen die Ausgleichsansprüche privatautonom auszuhandeln.⁵⁰⁴ Kommen nun außenstehende Gesellschafter durch Verschmelzung hinzu, müßten diese sich entweder auf den von den außenstehenden Altgesellschaftern (gegebenenfalls schlecht) ausgehandelten Ausgleichsbetrag einlassen oder selbst einen Ausgleichsanspruch aushandeln⁵⁰⁵. Letzteres wiederum läßt sich kaum durchführen, da die außenstehenden Neugesellschafter keinerlei Möglichkeiten haben, ihren Forderungen Nachdruck zu verleihen. Diese können üblicherweise (§ 50 Abs. 1 Satz 1 UmwG) die Verschmelzung, anders als den Abschluß des Unternehmensvertrages,⁵⁰⁶ nicht verhindern. In dem Fall, in welchem eine GmbH auf die beherrschte GmbH verschmolzen wird, könnten diese noch nicht einmal gegen Barabfindung ausscheiden (vgl. § 29 Abs. 1 UmwG).

Auch das Kündigungsrecht, welches die herrschende Meinung der abhängigen Aktiengesellschaft zubilligt, würde die außenstehenden Neugesellschafter nicht schützen; diese werden aufgrund ihrer oftmals geringen Beteiligung nicht in der Lage sein, die abhängige GmbH zur Kündigung zu veranlassen. Auf diesem Wege ließen sich zudem Gesellschafter einer GmbH, die weniger als ein Viertel der Anteile innehaben, weitgehend „kalt

⁵⁰¹ Krieger ZGR 1990, 517, 537; ders. in Münchener HdB des Gesellschaftsrechts Bd. 4, § 70 Rz. 176; Gutheil, Die Auswirkungen von Umwandlungen auf Unternehmensverträge, S. 256; Martens AG 1986, 57, 61; Hohner DB 1973, 1487, 1491; Grunewald in Lutter, Kommentar zum UmwG, § 20 Rz. 35.

⁵⁰² So Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 42; Krieger ZGR 1990, 517, 537.

⁵⁰³ Gutheil, Die Auswirkungen von Umwandlungen auf Unternehmensverträge, S. 257; wohl auch Altmeyen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 133.

⁵⁰⁴ Vgl. hierzu im Einzelnen oben S. 50ff.

⁵⁰⁵ vgl. Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 42 einerseits, BGH Beschl. v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 335) andererseits.

⁵⁰⁶ Vgl. bereits oben S. 50ff.

stellen“: Der Mehrheitsgesellschafter bräuchte lediglich eine weitere GmbH zu gründen, einen ihm verbundenen Minderheitsgesellschafter aufnehmen, zwischen ihm und der neuen GmbH einen Beherrschungsvertrag abschließen, mit dem Minderheitsgesellschafter der neuen GmbH einen unangemessen niedrigen Ausgleichsanspruch aushandeln und die alte Gesellschaft auf die neue verschmelzen. Durch diese Verschmelzung würde der Minderheitsgesellschafter der alten GmbH lediglich einen zu niedrig bemessenen Ausgleichsanspruch erhalten, und er würde weitgehend sein Recht einbüßen, über die Gesellschafterversammlung Einfluß auszuüben, ohne daß er diese Veränderung hätte beeinflussen oder gar hätte aufhalten können. Er würde als außenstehender Gesellschafter in einen Organschaftsvertrag gedrängt, welcher auf direktem Weg so nicht abgeschlossen worden wäre. Finanziell kann dieser Gesellschafter zwar die Anpassung des Ausgleichsanspruchs nach § 15 UmwG verlangen, muß hierfür allerdings selbst initiativ werden.

Da dieser Anspruch – im Gegensatz zum Spruchstellenverfahren – nicht auf jährlich wiederkehrende Leistungen, sondern auf eine einmalige Geldzahlung gerichtet ist und die Dauer des Organschaftsvertrages nicht präzise prognostizierbar ist, besteht die Gefahr, daß der tatsächliche Nachteil für den neu hinzukommenden außenstehenden Gesellschafter nicht voll ausgeglichen wird. Schließlich entfällt das Recht der außenstehenden Neugesellschafter, über die Gesellschafterversammlung Einfluss zu nehmen, weitgehend,⁵⁰⁷ ohne daß dieser Nachteil kompensiert würde.

Soll dieses Ergebnis vermieden werden, so kämen lediglich zwei Alternativlösungen in Betracht: Einerseits könnte – entsprechend den Voraussetzungen zum Vertragsabschluß – die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers zur Verschmelzung verlangt werden. Andererseits käme eine Beendigung des Organschaftsvertrages im Zeitpunkt der Verschmelzung in Betracht. Die letztgenannte Alternative kann nicht überzeugen, obwohl diese für sich reklamieren kann, einen Gleichklang zwischen den Verschmelzungen unter Beteiligung einer abhängigen GmbH zu erzeugen. Ebenso wie bei der Verschmelzung der abhängigen

⁵⁰⁷ Zu dem Umfang des Weisungsrechts bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages s.o. S. 13ff.

Gesellschaft auf einen dritten Rechtsträger⁵⁰⁸ würde auch im Falle der Verschmelzung eines Dritten auf die abhängige GmbH der Unternehmensvertrag enden. Gleichwohl sind mit dieser Lösung die Probleme keineswegs gelöst, denn sobald der Vertrag endet, bedarf es des Schutzes der außenstehenden Gesellschafter,⁵⁰⁹ denn diesen würde die Sicherheit des Organschaftsvertrages genommen, ohne daß sie über den Zustimmungsbeschluß hinaus Einfluß auf die Entscheidung hätten. Zudem können Ungereimtheiten bei der Verschmelzung nicht automatisch zur Beendigung des Organschaftsvertrages führen. Dies würde der Bindungswirkung des Vertrages nicht ausreichend Rechnung tragen.

Würde man für die Verschmelzung auf eine abhängige GmbH Einstimmigkeit bei dem übertragenden Rechtsträger verlangen, so ergäben sich die der anderen Lösungen anhaftenden Probleme nicht: Die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers könnten jeweils entscheiden, ob sie ihr Gewinnbezugsrecht und ihr Recht, über die Gesellschafterversammlung Einfluß zu nehmen, gegen jährliche Ausgleichszahlungen einzutauschen bereit sind oder nicht. Es wäre ihnen auch möglich, wie die außenstehenden Gesellschafter, beim Vertragsabschluß eine höhere Ausgleichszahlung auszuhandeln, so daß sie nicht schlechter stehen als beim unmittelbaren Vertragsabschluß.

Zu untersuchen bleibt damit, wie ein solches Einstimmigkeitserfordernis rechtlich begründet werden kann. In Betracht kommt zunächst § 50 Abs. 2 UmwG, wobei eine unmittelbare Anwendung ausscheidet. Es handelt sich beim Gewinnbezugsrecht bzw. beim Weisungsrecht der Gesellschafter nicht um ein „auf dem Gesellschaftsvertrag beruhendes Minderheitsrecht eines einzelnen Gesellschafters“. Auch eine entsprechende Anwendung kommt mangels Interessengleichheit nicht in Betracht, denn § 50 Abs. 2, 1. Fall UmwG zielt lediglich auf im Gesellschaftsvertrag normierte, von der gesetzlichen Regelung abweichende Sonderrechte (sog. statuarische Sonderrechte⁵¹⁰) und nicht auf kraft Gesetzes bestehende Rechte aller Gesellschafter. Da § 50 Abs. 1 Satz 2 UmwG aber ausdrücklich die Mög-

⁵⁰⁸ Hierzu sogleich.

⁵⁰⁹ Hierzu sogleich.

⁵¹⁰ Grunewald in Lutter, Kommentar zum UmwG, § 50 Rz. 15.

lichkeit vorsieht, daß der Gesellschaftsvertrag auch eine größere Mehrheit und weitere Erfordernisse aufstellen kann und die Begründung eines Konzernverhältnisses durch Abschluß eines kombinierten Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages die Einstimmigkeit voraussetzt, spricht viel dafür, daß diese Einstimmigkeit auch für den indirekten Weg, also die Verschmelzung auf eine abhängige Gesellschaft zu fordern ist. Es kann gerade im Hinblick auf die hinzukommenden außenstehenden Gesellschafter keinen Unterschied machen, ob der Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag nun vor oder nach der Verschmelzung abgeschlossen wird. Andernfalls wäre das Einstimmigkeitserfordernis bloßer Formalismus, da es ein Leichtes wäre dieses Erfordernis zu umgehen.

Demzufolge bleibt der Organschaftsvertrag auch bei Verschmelzung eines dritten Rechtsträgers auf die beherrschte GmbH bestehen. Der Schutz der hinzukommenden außenstehenden Gesellschafter kann auch ohne Beendigung des Organschaftsverhältnisses gewahrt werden.

2. Verschmelzung der beherrschten GmbH auf einen Dritten

Wird die beherrschte GmbH auf einen Dritten verschmolzen – gleichgültig ob durch Neugründung oder durch Aufnahme –, so erlischt die übertragende GmbH liquidationslos.⁵¹¹ Da somit einer der Vertragsparteien des Unternehmensvertrages nicht mehr existiert, erlischt nach überwiegender Ansicht der Vertrag als solcher.⁵¹² Dies mag auf den ersten Blick verwundern, da die Verschmelzung gerade nicht zum Erlöschen von Rechten und Pflichten beim übertragenden Rechtsträger führt, sondern vielmehr dazu, daß diese im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen (§ 20 Abs. 1 Ziff. 1 UmwG). Dieses Konzept der Gesamtrechtsnachfolge würde im Fall des kombinierten Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages dazu führen, daß nunmehr der übernehmende Rechtsträger insgesamt zum beherrschten Vertragsteil würde,

⁵¹¹ Lutter in Lutter, Kommentar zum UmwG, § 2 Rz. 20; Bermel in Gou-tier/Knopf/Tulloch, Kommentar zum UmwG, § 20 Rz. 40.

⁵¹² Westermann in FS Schilling, Die Folgen von Verschmelzung und Umwandlung nach § 15 Umwandlungsgesetz von Aktiengesellschaften für Beherrschungsverträge, S.271 S. 271, 281f.; Krieger ZGR 1990, 517, 539; Grunewald in Lutter, Kommentar zum UmwG, § 20 Rz. 36; Krieger ZGR 1990, 517, 538f.; ders. in Münchener HdB des Gesellschaftsrechts Bd. 4, § 70 Rz. 173; aA. lediglich Exner S. 138ff.

denn eine Beschränkung des Organschaftsvertrages auf Teile des übernehmenden Rechtsträgers ist rechtlich und tatsächlich nicht durchführbar.⁵¹³ Dieses Ergebnis wird allgemein abgelehnt, denn hierdurch würde der übernehmende Rechtsträger in einen Organschaftsvertrag gedrängt, ohne daß dessen Organe hierüber mit zu entscheiden hätten.⁵¹⁴ Ferner sei der Schutz der außenstehenden Gesellschafter nicht zu gewährleisten. Obgleich diese Argumente keineswegs zwingend sind, ist der herrschenden Ansicht im Ergebnis beizupflichten. Für dieses Ergebnis spricht gerade die Rechtsnatur des Beherrschungsvertrages. Dieser wirkt nicht schuldrechtlich, sondern organisationsrechtlich und überlagert den Gesellschaftsvertrag. Da mit der Verschmelzung die übertragende Gesellschaft erlischt, verliert auch der Gesellschaftsvertrag und der diesen überlagernde Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag seine Wirkung. Aus diesem Grund kann es auch nicht dazu kommen, daß durch eine Verschmelzung eine Gesellschaft gegenüber zwei verschiedenen Unternehmen zur Gewinnabführung und zur Befolgung von Weisungen verpflichtet ist, also zwei Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge kollidieren.⁵¹⁵

Endet aber der Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag automatisch mit der Verschmelzung, so muß bereits die Umwandlung als solche entsprechend legitimiert sein. Bei sämtlichen Beendigungsalternativen auf die die beherrschte GmbH Einfluß hat,⁵¹⁶ bedarf es der besonderen Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter. Entsprechendes muß auch für die Beendigung des Beherrschungsvertrages durch Verschmelzung gelten, da sich das herrschende Unternehmen anderenfalls den Verpflich-

⁵¹³ Westermann in FS Schilling, Die Folgen von Verschmelzung und Umwandlung nach § 15 Umwandlungsgesetz von Aktiengesellschaften für Beherrschungsverträge, S.271 S. 271, 281; Grunewald in Lutter, Kommentar zum UmwG, § 20 Rz. 36; Gutheil, Die Auswirkungen von Umwandlungen auf Unternehmensverträge, S. 213f.

⁵¹⁴ Müller, K. J. BB 2002, 157, 159; Grunewald in Lutter, Kommentar zum UmwG, § 20 Rz. 36; Marsch-Barner in Kallmeyer, Kommentar zum UmwG, § 20 Rz. 21; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 131; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 40.

⁵¹⁵ Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 131; Marsch-Barner in Kallmeyer, Kommentar zum UmwG, § 20 Rz. 21; Grunewald in Lutter, Kommentar zum UmwG, § 20 Rz. 36; Bermel in Goutier/Knopf/Tulloch, Kommentar zum UmwG, § 20 Rz. 28. Krieger ZGR 1990, 517, 539.

⁵¹⁶ Aufhebungsvertrag (S. 96f.); außerordentliche und ordentliche Kündigung durch die beherrschte Gesellschaft (S. 105, 98).

tungen aus dem Organschaftsvertrag entziehen könnte.⁵¹⁷

3. Spaltung der beherrschten GmbH

Die Aufspaltung (§ 123 Abs. 1 UmwG) führt ebenso wie die Verschmelzung zum Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers, so daß auch in dieser Konstellation der Gesellschaftsvertrag und der diesen überlagernde Organschaftsvertrag ihre Wirksamkeit verlieren. Teilweise wird anderes für die Spaltung zur Neugründung (§ 123 Abs. 1 Ziff. 2 UmwG) vertreten, denn in diesem Fall bliebe der übertragende Rechtsträger – wirtschaftlich betrachtet – erhalten.⁵¹⁸ Dementsprechend ginge auch der Organschaftsvertrag auf die jeweils neu gegründeten Rechtsträger über. Dies kann angesichts der organschaftlichen Qualität der Unternehmensverträge nicht überzeugen. Wird eine neue GmbH gegründet, so ist diese zunächst einmal nicht durch Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag gebunden. Gleiches gilt gemäß § 135 Abs. 2 UmwG auch für die im Rahmen einer Spaltung gegründete Gesellschaft. Soweit die neu zu gründenden Gesellschaften direkt durch Organschaftsvertrag gebunden werden sollen, kann dieses – unter Beachtung der entsprechenden Voraussetzungen – geschehen. Da auch bei der Aufspaltung der Organschaftsvertrag automatisch endet, ist wiederum die Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter erforderlich.⁵¹⁹

Spaltet die beherrschten GmbH einen oder mehrere Teile ab (§ 123 Abs. 2 UmwG) oder gliedert diese aus, so bleibt der Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag hiervon unberührt, da beide Vertragsparteien als solche bestehen bleiben.⁵²⁰ Entsprechend den Ausführungen zu der Aufspaltung zur Neugründung, werden die übernehmenden Rechtsträger bei

⁵¹⁷ Dieses Argument führt auch Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 131 an; aA. Westermann in FS Schilling, Die Folgen von Verschmelzung und Umwandlung nach § 15 Umwandlungsgesetz von Aktiengesellschaften für Beherrschungsverträge, S.271 S. 271, 285, der die Ansprüche der außenstehenden Gesellschafter fortbestehen lassen möchte.

⁵¹⁸ Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 134; vgl. Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 47; Teichmann in Lutter, Kommentar zum UmwG, § 132 Rz. 52; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 47.

⁵¹⁹ Einzelheiten vgl. oben S. 140ff.

⁵²⁰ Teichmann in Lutter, Kommentar zum UmwG, § 132 Rz. 52; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 47; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 135 jeweils mwN.

der Abspaltung oder der Ausgliederung zur Neugründung nicht grundsätzlich in den Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag hineingebo- ren.⁵²¹ In dem für das GmbH-Konzernrecht wohl nur hypothetischen Fall, daß das herrschende Unternehmen die Aufspaltung mangels entspre- chender Beteiligungsquote nicht verhindern kann, ist diesem freilich ein außerordentliches Kündigungsrecht zuzubilligen.⁵²²

4. Vermögensübertragung der beherrschten GmbH

Nach §§ 174, 178 Ziff. 1 UmwG ist eine Vermögensübertragung mit Betei- ligung der beherrschten GmbH nur insoweit möglich, als die GmbH als übertragender Rechtsträger fungiert. Die Auswirkungen auf den kombi- nierten Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag entsprechen aber denjenigen, die für die Spaltung herausgearbeitet wurden: Dieser Vertrag endet nur dann, wenn es sich um eine Vollübertragung iSd. § 174 Abs. 1 UmwG handelt.

5. Formwechsel der beherrschten GmbH

Der Formwechsel (§ 190 UmwG) läßt den Unternehmensvertrag grund- sätzlich unberührt. Nur in dem Fall, in welchem die Rechtsform des neuen Rechtsträgers nicht mit dem Organschaftsvertrag vereinbar ist (z.B. bei Personengesellschaften), erlöscht der Organschaftsvertrag. Entsprechend den Grundsätzen bei der Verschmelzung und bei der Spaltung bedarf be- reits die Umwandlung als solche der Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter.⁵²³

II. Umwandlungen des herrschenden Unternehmens

Auch die Umwandlung des herrschenden Unternehmens kann dazu füh- ren, daß der Organschaftsvertrag kündbar wird oder endet. Zur Systema- tisierung bietet sich eine Unterteilung zwischen den Umwandlungen, bei denen das herrschende Unternehmen als Rechtspersönlichkeit bestehen bleibt und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, an.

⁵²¹ Vgl. insoweit bereits FN. 518.

⁵²² Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 135.

⁵²³ Vgl. insoweit bereits oben S. 141, insb. auch FN. 518.

Immer dann, wenn das herrschende Unternehmen als solches bestehen bleibt, also im Falle der Abspaltung (§ 123 Abs. 2 UmwG), der Ausgliederung (§ 123 Abs. 3 UmwG), der Teilübertragung (§ 174 Abs. 2 UmwG), des Formwechsels (§ 190 UmwG) oder wenn das herrschende Unternehmen als übernehmender Rechtsträger an der Umwandlung beteiligt ist, bleibt der Unternehmensvertrag als solcher bestehen.⁵²⁴ Andernfalls hätte es das herrschende Unternehmen allein in der Hand, den Vertrag zu beenden. Zum Schutz der beherrschten GmbH, deren Gläubiger sowie der außenstehenden Gesellschafter kann lediglich erwogen werden, dem verpflichteten Vertragsteil ein außerordentliches Kündigungsrecht einzuräumen, wenn sich durch die übertragende Umwandlung das Haftungskapital des herrschenden Unternehmens reduzieren sollte. Im Ergebnis ist der beherrschten GmbH allerdings kein Kündigungsrecht einzuräumen, es sei denn, daß die Nichterfüllbarkeit der Ansprüche (§ 297 Abs. 1 Satz 2 AktG) droht. Der Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag gewährt der beherrschten Gesellschaft keinen Anspruch auf einen starken Vertragspartner.⁵²⁵ Das herrschende Unternehmen könnte ebenso gut einzelne Vermögensteile veräußern, ohne daß der beherrschten Gesellschaft über § 297 Abs. 1 Satz 2 AktG hinaus ein Kündigungsrecht zustünde. Im Vergleich zu der rechtsgeschäftlichen Veräußerung einzelner Vermögensgegenstände steht den Gläubigern der beherrschten GmbH im Fall der hier zu erörternden übertragenden Umwandlungen als Haftungsobjekt zusätzlich auch der übernehmende Rechtsträger nach §§ 133 Abs. 1 Satz 1, 135 Abs. 1 Satz 1, 177 Abs. 1 bzw. die Möglichkeit, Sicherheit nach §§ 204, 22 UmwG zu verlangen, zur Verfügung.

Wird infolge der Umwandlungsmaßnahme das herrschende Unternehmen aufgelöst, so stellt sich ebenfalls die Frage nach dem Schicksal des Un-

⁵²⁴ Müller, K. J. BB 2002, 157, 158; vgl. auch Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 46; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 126; zu der im Rahmen dieser Abhandlung nicht zu stellenden Frage, wer anderer Vertragsteil des Unternehmensvertrages wird, vgl. Gutheil, Die Auswirkungen von Umwandlungen auf Unternehmensverträge, S. 217. Nach hier vertretener Ansicht ist es nicht möglich, dem Organschaftsvertrag einem Rechtsträger zuzuordnen. Eine Übertragung des Unternehmensvertrages bedürfte eines zusätzlichen Rechtsaktes. Wie hier: Teichmann in Lutter, Kommentar zum UmwG, § 132 Rz. 53.

⁵²⁵ Vgl. hierzu schon die Ausführungen zum außerordentlichen Kündigungsrecht S. 108, 127.

ternehmensvertrages. Insoweit kann nicht auf die oben für das Erlöschen der abhängigen GmbH entwickelten Grundsätze⁵²⁶ zurückgegriffen werden. Übertragende Umwandlungen des herrschenden Unternehmens betreffen den Bestand des Organschaftsvertrages nämlich weit weniger als solche der beherrschten GmbH. Dogmatisch läßt sich dies damit begründen, daß der Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag die Struktur des herrschenden Unternehmens nicht berührt, während beim verpflichteten Vertragsteil die Satzung durch den Organschaftsvertrag überlagert wird. Diese satzungsüberlagernde Wirkung auf Seiten der beherrschten GmbH ist nicht übertragbar, sondern kann bei jeder Gesellschaft nur originär begründet werden. Hieraus folgt zunächst, daß der Unternehmensvertrag nicht zwingend mit dem Erlöschen des herrschenden Unternehmens untergeht. Für die Fälle, in welchen das herrschende Unternehmen komplett in einem anderen Rechtsträger aufgeht, also namentlich in den Fällen der Verschmelzung (§ 2 UmwG)^{527, 528} und der Vermögensvollübertragung (§ 174 Abs. 1 UmwG) ist dies unproblematisch. Im Wege der Gesamtrechtsnachfolge tritt der übernehmende Rechtsträger in die Rechte und Pflichten des herrschenden Unternehmens ein.⁵²⁹ Durch eine solche Umwandlung werden auch die Interessen der beherrschten GmbH, der außenstehenden Aktionäre sowie der Gläubiger der abhängigen GmbH nicht nachteilig beeinträchtigt,⁵³⁰ denn nunmehr haftet nicht nur das herrschende Unternehmen, sondern ein Zusammenschluß aus dem herrschenden Unternehmen und dem übernehmenden Rechtsträger. Damit bedarf es

⁵²⁶ Oben S. 140ff.

⁵²⁷ Müller, K. J. BB 2002, 157; Grunewald in Lutter, Kommentar zum UmwG, § 20 Rz. 37; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 43.

⁵²⁸ Diese Verschmelzung stellt auch keine Vertragsänderung iSd. § 295 AktG dar (so auch Grunewald in Lutter, Kommentar zum UmwG, § 20 Rz. 37; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 43).

⁵²⁹ Insb. können die in § 175 Ziff. 1 UmwG genannten Rechtsträger (Bund, Land, Gebietskörperschaft, usw.) herrschendes Unternehmen sein. Dies ist nach der VE-BA/Gelsenberg-Entscheidung des BGH Urt. v. 13.10.1977 - II ZR 123/76, BGHZ 69, 334, 338ff. und nach BGH Beschl. v. 17.3.1997 - II ZB 3/97, BGHZ 135, 107 (VW) nicht mehr ernsthaft in Frage zu stellen.

⁵³⁰ Krieger ZGR 1990, 517, 540; Eine ähnliche Interessenlage findet sich in dem Fall, in welchem das herrschende Unternehmen die Beteiligung an der abhängigen GmbH verringert. Auch in diesem Fall ergibt sich kein außerordentliches Kündigungsrecht für die abhängige GmbH; im Einzelnen S. 124.

üblicherweise keines Kündigungsrechts der beherrschten GmbH.⁵³¹

Problematisch ist allein die Aufspaltung, da diese Umwandlung einerseits dazu führt, daß der übertragende Rechtsträger aufgelöst wird und andererseits zur Folge hat, daß das Vermögen auf mehrere Rechtsträger verteilt wird, so daß – im Gegensatz zu den anderen Umwandlungsarten – nicht klar ist, welcher der beteiligten Rechtsträger herrschendes Unternehmen ist. Zum Teil wird hieraus geschlossen, daß der Unternehmensvertrag ende.⁵³² Andere nehmen an, daß der Rechtsträger zum herrschenden Unternehmen werde, der im Spaltungsplan vorgesehen ist⁵³³. Letzterer Ansicht ist zu folgen. Würde die Aufspaltung zur Beendigung des Organschaftsvertrages führen, so könnte sich das herrschende Unternehmen durch eigenes Verhalten den Pflichten aus dem Organschaftsvertrag entziehen⁵³⁴. Damit ist die Aufspaltung der einzige Umwandlungsfall, in welchem einer der beteiligten Rechtsträger wählen kann, mit welchem Rechtsträger der Organschaftsvertrag fortgesetzt werden soll.

Hierdurch werden die Interessen der abhängigen GmbH, der außenstehenden Gesellschafter und der Gläubiger der abhängigen GmbH auch nicht übermäßig beeinträchtigt, denn diese werden über § 133 UmwG ausreichend geschützt.

III. Zwischenergebnis

Damit endet der Organschaftsvertrag dann, wenn die beherrschte GmbH auf einen Dritten verschmolzen oder aufgespalten wird. Auch bei der Vollübertragung des Vermögens der beherrschten GmbH endet der Vertrag. In allen Fällen ist die Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter

⁵³¹ Müller, K. J. BB 2002, 157, der darauf hinweist, daß durch die Verschmelzung der Tatbestand des § 297 Abs. 1 Satz verwirklichen kann. Dies ist aber kein der Umwandlung anhaftendes Kündigungsrecht, vgl. insoweit oben S. 120.

⁵³² Teichmann in Lutter, Kommentar zum UmwG, § 132 Rz. 53.

⁵³³ Vgl. Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 46; Müller, K. J. BB 2002, 157, 159; Kallmeyer in Kallmeyer, Kommentar zum UmwG, § 126 Rz. 26; zum Teil wird es auch für möglich gehalten, den Vertrag mehreren zuzuordnen: vgl. insoweit Müller, K. J. BB 2002, 157, 159, der dann aber § 295 entsprechend heranziehen will.

⁵³⁴ Vgl. zur Parallelproblematik bei der außerordentlichen Kündigung oben S. 109ff.; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 128, 129.

erforderlich. Soweit das herrschende Unternehmen umgewandelt wird, bleibt hiervon der Bestand des Vertrages grundsätzlich unberührt.

G. Rücktritt

In der Literatur wird teilweise auch eine Beendigung von Organschaftsverträgen durch Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechts für möglich gehalten.⁵³⁵ Voraussetzung sei aber – wie bei anderen Dauerrechtsverhältnissen auch –, daß der Unternehmensvertrag noch nicht in Vollzug gesetzt ist.⁵³⁶ Nachdem der Vertrag in Vollzug gesetzt sei, werde das Rücktrittsrecht durch das Recht zur außerordentlichen Kündigung ersetzt,⁵³⁷ da eine Rückgewährung der einzelnen Vertragsleistungen regelmäßig ausscheide. Dem kann nicht gefolgt werden. Jedenfalls für den hier zu untersuchenden Fall des kombinierten Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages mit einer abhängigen GmbH ist kein gesetzliches Rücktrittsrecht denkbar, welches einen der Vertragsteile zur Kündigung berechtigen könnte, bevor der Vertrag in Vollzug gesetzt wurde. Dies ergibt sich daraus, daß Wirksamkeit und in Vollzugsetzung zusammenfallen und die gesetzlichen Rücktrittsrechte das Vorliegen eines wirksamen Vertrages voraussetzen. Der Organschaftsvertrag mit abhängiger GmbH wird erst wirksam, wenn der Vertrag ins Handelsregister eingetragen wurde (§ 54 Abs. 3 GmbHG analog oder 294 Abs. 2 AktG entsprechend).⁵³⁸ Vor diesem Zeitpunkt besteht allenfalls ein Schuldverhältnis iSd. § 311 Abs. 2 BGB, aber gerade kein Vertrag, so daß ein Rücktritt nach §§ 323, 324 BGB nicht in Betracht kommt. Zu diesem Zeitpunkt wird der Vertrag auch in Vollzug gesetzt. Mit der Bindungswirkung des Vertrages orientiert sich

⁵³⁵ Wilhelm, Die Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags, S. 16ff; Kley, Die Rechtsstellung der außenstehenden Aktionäre bei der vorzeitigen Beendigung von Unternehmensverträgen, S. 59ff.

⁵³⁶ Kley, Die Rechtsstellung der außenstehenden Aktionäre bei der vorzeitigen Beendigung von Unternehmensverträgen, S. 59; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 31; Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 93 mwN.; Wilhelm, Die Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags, S. 16 ff.

⁵³⁷ Für Dauerschuldverhältnisse herrschende Meinung: BGH Urt. v. 11.2.1981 - VIII ZR 312/79, BGH NJW 1981, 1264; BGH Urt. v. 6.2.1985 - VIII ZR 15/84, BGH NJW 1986, 124, 125.

⁵³⁸ Vgl. hierzu auch Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 293 Rz. 65ff; Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 31. Für das GmbH-Vertragskonzernrecht vgl. zusätzlich den Supermarkt-Beschluß (BGH Beschl. v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324-346).

der Geschäftsführer üblicherweise nicht mehr ausschließlich an den Belangen des herrschenden Unternehmens, sondern auch an den Konzerninteressen.⁵³⁹ Bereits ab diesem Zeitpunkt läßt sich praktisch nicht mehr feststellen, wie sich die abhängige GmbH ohne Bestehen des Organisationsvertrages verhalten hätte.

Entsprechendes gilt auch für vertraglich vereinbarte Rücktrittsrechte. Mangels Bindungswirkung des noch nicht eingetragenen Vertrages, kommt einem Rücktrittsrecht vor der Eintragung keine vertragsbeendende Wirkung zu. Nach der Eintragung ist das vertraglich vereinbarte Rücktrittsrecht in ein Kündigungsrecht umzudeuten. Teilweise wird darüber gestritten, in welche Art Kündigungsrecht, ordentlich oder außerordentlich, das vereinbarte Rücktrittsrecht umzudeuten ist.⁵⁴⁰ Diese Diskussion erübrigt sich allerdings bei dem vorliegend vertretenen Verständnis der Kündigungssystematik,⁵⁴¹ denn ein außerordentlicher Kündigungsgrund kann nicht vertraglich definiert werden, sondern das Vorliegen eines wichtigen Grundes bestimmt sich ausschließlich anhand der äußeren Umstände.

Ein Rücktritt kann folglich nicht zur Beendigung des kombinierten Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag führen.

Vierter Teil – Thesen

Der kombinierte Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag wird nur wirksam, wenn auf Seiten der beherrschten GmbH jeder Gesellschafter zustimmt. Hierdurch haben es die außenstehenden Gesellschafter selber in der Hand, einen Ausgleichs- oder Abfindungsanspruch auszuhandeln. Möchten sie in der abhängigen GmbH verbleiben, sollten sie bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs nicht nur die Kompensation des suspendierten Gewinnbezugsrechts, sondern auch die mögliche Entwertung ihres Gesellschaftsanteils während der Vertragszeit mit berücksichtigen.

⁵³⁹ So auch Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 93.

⁵⁴⁰ Vgl. hierzu etwa Altmeppen in Münchener Kommentar zum AktG, § 297 Rz. 96f. Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rz. 32; Kley, Die Rechtsstellung der außenstehenden Aktionäre bei der vorzeitigen Beendigung von Unternehmensverträgen, S., S. 61f.

⁵⁴¹ Vgl. hierzu oben S. 103ff.

Eine Entwertung des Gesellschaftsanteils gegen Null, steht indessen nicht zu befürchten, da der letzte Verlustausgleichsanspruch die abhängige GmbH bilanziell wieder in die Lage zurückversetzt, in welcher sie sich bei Vertragsschluß befand. Für den Fall der negativen Fortführungsprognose ist der Verlustausgleichsanspruch sogar anhand von Zerschlagungswerten zu berechnen.

Während der Vertragsdurchführung steht dem herrschenden Unternehmen ein sehr weitreichendes Weisungsrecht gegenüber der abhängigen GmbH zu, welches das herrschende Unternehmen auch dazu berechtigt, nachteilige Weisungen zu erteilen.

Gleichwohl ist die Überlebensfähigkeit der abhängigen GmbH während der Vertragszeit durch den Verlustausgleichsanspruch (§ 303 AktG analog) gewährleistet. Auch unmittelbar nach Vertragsende besteht, wiederum aufgrund des Verlustausgleichsanspruchs, nicht die Gefahr, daß die beherrschte GmbH insolvent wird.

Da den außenstehenden Gesellschaftern Ausgleichsansprüche zustehen und für deren Berechnung die Mindestvertragslaufzeit zugrunde gelegt wurde, ist eine Beendigung vor Ablauf dieser Mindestvertragslaufzeit nur sehr eingeschränkt möglich. Immer dann, wenn eine Mitwirkung der beherrschten GmbH an der Vertragsbeendigung rechtlich erforderlich ist, also namentlich beim Aufhebungsvertrag, der Kündigung durch die beherrschte GmbH oder bei den Unternehmensvertrag beendende Umwandlungsmaßnahmen, ist die Zustimmung jedes Gesellschafters der abhängigen GmbH erforderlich.

Literaturverzeichnis

- Acher, Franz Josef Vertragskonzern und Insolvenz: Zur Problematik der Leitungsmacht eines herrschenden Unternehmens bei Insolvenz und Liquidation einer Tochtergesellschaft
Köln 1987
zitiert: Acher, Vertragskonzern und Insolvenz, S.
- Altmeyen, Holger Zu Formfragen bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen der GmbH
zitiert: Altmeyen DB 1994, 1273 - 1275
- Altmeyen, Holger Zur Entstehung, Fälligkeit und Höhe des Verlustausgleichsanspruchs nach § 302 AktG – Zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 11. 10. 1999 – II ZR 120/98
zitiert: Altmeyen DB 1999, 2453 - 2457
- Altmeyen, Holger Grundlegend Neues zum „qualifiziert faktischen“ Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH – Zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 17.9.2001 – II ZR 178/99 „Bremer Vulkan“
zitiert: Altmeyen ZIP 2001, 1837 - 1847
- Assmann, Heinz-Dieter Der faktische GmbH-Konzern
in Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz
Herausgegeben von Marcus Lutter, Peter Ulmer, Wolfgang Zöllner, Köln 1992
zitiert: Assmann in FS 100 Jahre GmbHG, Der faktische GmbH-Konzern, S. 657 – 735
- Bacher, Philipp Die erweiterte Anwendung des Stimmverbots nach § 47 Abs. 4 GmbHG auf Beteiligungsverhältnisse
zitiert: Bacher GmbHR 2001, 610 - 614
- Bälz, Ulrich Verbundene Unternehmen – Konzernrecht als Speerspitze eines fortschrittlichen Gesellschaftsrechts?
in 40 Jahre BRD 40 Jahre Rechtsentwicklung
Herausgegeben von Knut Wolfgang Nörr
Tübingen 1990
zitiert: Bälz, Verbundene Unternehmen – Konzernrecht als Speerspitze eines fortschrittlichen Gesellschaftsrechts? in 40 Jahre BRD 40 Jahre Rechtsentwicklung S.177 - 249

- Ebenroth, Carsten Th.
Wilken, Oliver Zur Aufhebung von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen mit einer Einmann-GmbH
zitiert: Ebenroth/Wilken WM 1993, 1617 - 1627
- Ehlke, Michael Aufhebung von Beherrschungsverträgen – eine schlichte Geschäftsführungsmassnahme? Zum Beschluss des OLG Karlsruhe vom 3. Juni 1994
zitiert: Ehlke ZIP 1995, 355 - 358
- Emmerich, Volker Supermarkt und die Folgen – BGHZ 195, 324
zitiert: Emmerich JuS 1992, 102 - 104
- Emmerich, Volker Bestandsschutz im GmbH-Vertragskonzern in Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, ZGR Sonderheft 6, herausgegeben von Peter Hommelhoff, Johannes Semler, Peter Doralt, Günter H. Roth
Berlin 1986
zitiert: Emmerich in Hommelhoff, „Bestandsschutz im GmbH-Vertragskonzern“, ZGR Sonderheft 6, 1986, 64 - 101
- Emmerich, Volker
Habersack, Mathias Aktien- und GmbH-Konzernrecht
2., überarbeitete Auflage, München 2001
zitiert: Emmerich in Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, §... Rz...
- Emmerich, Volker
Sonnenschein, Jürgen
Habersack, Mathias Konzernrecht – Das Recht der verbundenen Unternehmen bei Aktiengesellschaft, GmbH, Personengesellschaften, Genossenschaften, Verein und Stiftung
7. Auflage, München 2001
zitiert: Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht,
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Herausgegeben von Harm Peter Westermann
Band I §§ 1 - 853
10., neubearbeitete Auflage, Köln 2000
zitiert: Bearbeiter in Erman, Kommentar zum BGB, §... Rz...
- Eschenbruch, Klaus Konzernhaftung – Haftung der Unternehmen und der Manager
Düsseldorf 1996
zitiert: Eschenbruch, Konzernhaftung, Rz.

- Esser, Josef
Weyers, Hans-Leo
Schuldrecht – Band II
Besonderer Teil – Teilband 1 – Verträge
8., völlig neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 1998
zitiert: Esser/Weyers, SchuldR BT 1. Teilband, §...(S....)
- Fleck, Hans-Joachim
Mißbrauch der Vertretungsmacht oder Treuebruch des mit Einverständnis aller Gesellschafter handelnden GmbH-Geschäftsführers aus zivilrechtlicher Sicht
zitiert: Fleck ZGR 1990, 31 - 49
- Fleischer, Holger
Rentsch, Klaus
Anmerkung zu OLG Oldenburg Urt. v. 23.3.2000 – 1 U 75/99
zitiert: Fleischer/Rentsch NZG 2000, 1141
- Flume, Werner
Der Gewinn- und Verlustübernahmevertrag im GmbH-Recht
zitiert: Flume DB 1989, 665 - 670
- Forum Europaeum
Forum Europaeum Konzernrecht unter Mitwirkung von Peter Hommelhoff; Klaus J. Hopt; Marcus Lutter; Peter Doralt, Jean-Nicolas Druey
zitiert: Forum Europaeum Konzernrecht, ZGR 1998, 672 - 772
- Gäbelein, Wolfgang
Unternehmensverträge bei der Einpersonen-GmbH – Zum BGH-Beschluß vom 30.1.1992 – II ZB 15/91
zitiert: Gäbelein GmbHHR 1992, 786 - 788
- Ganske, Joachim
Umwandlungsrecht
Textausgabe des Umwandlungsgesetzes (UmwG) vom 28. Oktober 1994 (Bundesgesetzblatt I S. 3210) und des Umwandlungssteuergesetzes (UmwStG) vom 28. Oktober 1994 (Bundesgesetzblatt I S. 3267) mit Begründungen
2. Auflage, Düsseldorf 1995
zitiert: Ganske, Umwandlungsrecht, S.
- Gerth, Axel
Die Beendigung des Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages
zitiert: Gerth BB 1978, 1497 - 1500

- Geßler, Ernst
Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im Ver-
tragskonzern?
zitiert: Geßler ZHR 140 (1975), 433 - 441
- Geßler, Ernst
Hefermehl, Wolfgang
Eckhardt, Ulrich
Kropff, Bruno
Aktiengesetz
Band VI §§ 291 - 410
§§ 291 – 318, 6. Lieferung, München 1976
§§ 319 – 358 a, 13. Lieferung, München 1991
§§ 359 – 395, 14. Lieferung, München 1993
§§ 396 – 410, 18. Lieferung, München 1994
zitiert: Bearbeiter in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff,
Kommentar zum AktG, §...Rz...
- Goutier, Klaus
Knopf, Rüdiger
Tulloch, Anthony
Kommentar zum Umwandlungsrecht
Umwandlungsgesetz – Umwandlungssteuergesetz
Heidelberg 1996
zitiert: Bearbeiter in Goutier/Knopf/Tulloch, Kommentar
zum UmwG, §... Rz...
- Gratzel, Dirk C.
Kleine Versäumnisse bei der Bereinigung des
Umwandlungsrechts
zitiert: Gratzel BB 1995, 2438 - 2440
- Großkommentar zum
Aktiengesetz
Aktiengesetz Großkommentar
Band III §§ 179 – 290
3., neu bearbeitete Auflage, Berlin 1973
Band IV §§ 291 – 410
3., neu bearbeitete Auflage, Berlin 1975
zitiert: Bearbeiter in Großkommentar zum AktG, §... Rz...
- Gutheil, Stefan
Die Auswirkungen von Umwandlungen auf Unter-
nehmensverträge nach §§ 291, 292 AktG und die Rechte
der außenstehenden Aktionäre
Baden-Baden 2001
zitiert: Gutheil, Die Auswirkungen von Umwandlungen auf
Unternehmensverträge, S.
- Haager, Johannes
Die verdeckte Gewinnausschüttung in der GmbH – Ein
Beitrag zu den gesellschaftsrechtlichen Sanktionen
zitiert: Haager ZGR 1989, 71 - 106

- Hachenburg, Max
Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Grosskommentar
Herausgegeben von Peter Ulmer
Band II §§ 35 - 52, 8., neubearbeitete Auflage, Berlin 1997
zitiert: Bearbeiter in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, §... Rz...
- Halm, Dirk
Aktuelle Zweifelsfragen bei der Begründung und Beendigung von Unternehmensverträgen mit der GmbH als Untergesellschaft
zitiert: Halm NZG 2001, 728 - 738
- Heesing, Joachim
Bestandsschutz des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags in der Unternehmenskrise und im Konkurs
Frankfurt a.M. 1988
zitiert: Heesing, Bestandsschutz des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags im Konkurs, S.
- Hengeler, Hans
Hoffmann-Becking,
Michael
Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
in Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag am 18. September 1976
Herausgegeben von Robert Fischer, Ernst Gessler, Wolfgang Schilling, Rolf Serick, Peter Ulmer
München 1976
zitiert: Hengeler/Hoffmann-Becking in FS Hefermehl, Insolvenz im Vertragskonzern, S. 283 - 304
- Herrmann, Carl
Heuer, Gerhard
Raupach, Arndt
Einkommensteuer – und Körperschaftssteuergesetz Kommentar, §§ 14 – 34
Herausgegeben von Arndt Raupach, Uwe Clausen, Hans-J. Kanzler, Wolfgang Kumpf, Ulrich Prinz
21. Auflage, Köln 1996
zitiert: Bearbeiter in Herrmann/Heuer/Raupach, Kommentar zum KStG, 21. A., § ... Rz...
- Hess, Harald
Schlockauer, Ursula
Glaubitz, Werner
Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
5. Auflage, Neuwied 1997
zitiert: Bearbeiter in Hess/Schlochauer/Glaubitz, Kommentar zum BetrVG, §... Rz...
- Hirte, Heribert
Der Vertragskonzern im Gesellschaftsrecht
Köln 1993
zitiert: Hirte, Der Vertragskonzern im Gesellschaftsrecht, S.

- Hoffmann-Becking, Michael
Gelöste und ungelöste Fragen zum Unternehmensvertrag der GmbH
zitiert: Hoffmann-Becking WiB 1994, 57 - 63
- Hohner, Georg
Beherrschungsvertrag und Verschmelzung
zitiert: Hohner DB 1973, 1487 - 1494
- Hommelhoff, Peter
Eigenkapitalersatz im Konzern und in Beteiligungsverhältnissen
zitiert: Hommelhoff WM 1984, 1105 - 1118
- Hommelhoff, Peter
Die Konzernleitungspflicht – Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts
Köln 1982
zitiert: Hommelhoff, Konzernleitungspflicht, S.
- Hommelhoff, Peter
Eigenkapital – Ersatz im Konzern und in Beteiligungsverhältnissen
zitiert: Hommelhoff WM 1984, 1105 - 1118
- Müller, Welf
Hense, Burkhard
Beck'sches Handbuch der GmbH; Gesellschaftsrecht – Steuerrecht
München 1999
zitiert: Bearbeiter in Beck GmbH - HB, § Rz.
- Huber, Hans
Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit
Berlin 1966
zitiert: Huber, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, S.
- Hüffer, Uwe
Der korporationsrechtliche Charakter von Rechtsgeschäften – Eine hilfreiche Kategorie bei der Begrenzung von Stimmverboten im Recht der GmbH?
in Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991
Herausgegeben von Friedrich Kübler, Hans-Joachim Mertens, Winfried Werner, Berlin 1991
zitiert: Hüffer in FS Heinsius, Der korporationsrechtliche Charakter von Rechtsgeschäften – Eine hilfreiche Kategorie bei der Begrenzung von Stimmverboten im Recht der GmbH?, S. 337 - 356
- Hüffer, Uwe
Kommentar zum Aktiengesetz
4., neubearbeitete Auflage, München 1999
zitiert: Hüffer, Kommentar zum AktG, §...Rz...

- Immenga, Ulrich Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im
Vertragskonzern?
zitiert: Immenga ZHR 140 (1976), 301 – 316
- Jasper, Ute OLG Frankfurt am Main: Aufhebung eines Gewinnabfüh-
rungsvertrages zwischen AG und GmbH
zitiert: Jasper WiB 1994, 118 - 119
- Joussen, Edgar Die Kündigung von Beherrschungsverträgen bei Anteils-
veräußerung
zitiert: Joussen GmbHR 2000, 221 - 227
- Jurkat, Werner Die Organschaft im Körperschaftssteuerrecht
Heidelberg 1975
zitiert: Jurkat, Die Organschaft im Körperschaftssteuer-
recht, Rz.
- Kallmeyer, Harald Beendigung von Beherrschungs- und Gewinnabführungs-
verträgen
zitiert: Kallmeyer GmbHR 1995, 578 - 580
- Kallmeyer, Harald Umwandlungsgesetz - Kommentar
Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel bei Handels-
gesellschaften
2. Auflage, Köln 2001
zitiert: Bearbeiter in Kallmeyer, Kommentar zum UmwG,
§ Rz.
- Kantzas, Ioannis Das Weisungsrecht im Vertragskonzern
Frankfurt 1988
zitiert: Kantzas, Weisungsrecht im Vertragskonzern, S.
- Kley, Karl - Ludwig Die Rechtsstellung der außenstehenden Aktionäre bei der
vorzeitigen Beendigung von Unternehmensverträgen
München 1986
zitiert: Kley, Die Rechtsstellung der außenstehenden
Aktionäre bei der vorzeitigen Beendigung von Unter-
nehmensverträgen, S.
- Knepper, Karl Heinz Wirksamkeit von Unternehmensverträgen – Phasenver-
schiebung zwischen Zivilrecht und Steuerrecht
zitiert: Knepper DStR 1994, 377 - 381

- Knott, Hermann J.
Rodewald, Jörg
Beendigung der handels- und steuerrechtlichen Organ-
schaften bei unterjähriger Anteilsveräußerung
zitiert: Knott/Rodewald BB 1996, 472 - 479
- Koerfer, Rolf
Selzner, Harald
Minderheitenschutz beim Abschluß von GmbH – Beherr-
schungsverträgen
zitiert: Koerfer/Selzner GmbHR 1997, 285 - 292
- Kölner Kommentar
zum Aktiengesetz
Band V §§ 179 - 240,
Herausgegeben von Wolfgang Zöllner
2., neubearbeitete Auflage, Köln 1995
Band VI §§ 291 – 328
Herausgegeben von Wolfgang Zöllner
2., neubearbeitete Auflage, Köln 1987
zitiert: Bearbeiter in Kölner Kommentar zum AktG,
§...Rz...
- Koppensteiner,
Hans-Georg
GmbH - Gesetz: Kommentar
Wien 1994
zitiert: Koppensteiner, Kommentar zum GmbHG §... Rz...
- Kort, Michael
Handelsregistereintragung bei Unternehmensverträgen im
GmbH-Konzernrecht – de lege lata und de lege ferenda
zitiert: Kort AG 1988, 369 - 376
- Kort, Michael
Rechtsfortbildung im GmbH-Konzernrecht – Rückblick auf
den "Supermarkt"-Beschluß des BGH und dessen Umfeld
zitiert: Kort ZIP 1989, 1309 - 1312
- Kort, Michael
Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabfüh-
rungsverträgen im GmbH-Recht – Übergang vom fak-
tischen- zum Vertragskonzern
Köln 1987
zitiert: Kort, Der Abschluß von Beherrschungs- und
Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht, S.
- Kort, Michael
Die Änderung der Unternehmenspolitik durch den GmbH-
Geschäftsführer – Zugleich Besprechung des BGH-Urteils
vom 25. Februar 1991 – II ZR 76/90
zitiert: Kort ZIP 1991, 1274 - 1279
- Kort, Michael
Zur Vertragsfreiheit bei Unternehmensverträgen
zitiert: Kort BB 1988, 79 - 84

- Kort, Michael Die konzerngebundene GmbH in der Insolvenz
zitiert: Kort ZIP 1988, 681 - 689
- Krieger, Gerd Beendigung von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen
in Beiträge zum Wirtschafts- und Bankrecht Band 1,
Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der
Praxis der GmbH – Der „Supermarkt“-Beschluss und
seine Folgen
Herausgeben von Uwe H. Schneider, Frankfurt a.M. 1989
zitiert: Krieger in U. H. Schneider, Beherrschungs- und
Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, S. 99
- 125
- Krieger, Gerd Der Konzern in Fusion und Umwandlung
zitiert: Krieger ZGR 1990, 517 - 543
- Krieger, Gerd
Jannott, Dirk Änderung und Beendigung von Beherrschungs- und Ge-
winnabführungsverträgen im Aktien- und GmbH- Recht
zitiert: Krieger/Jannott DStR 1995, 1473 - 1479
- Kropff, Bruno Aktiengesetz – Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.
1965 – mit Begründung des Regierungsentwurfs und
Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundes-
tages
Düsseldorf 1965
zitiert: Begr.RegE bei Kropff, S.
- Kropff, Bruno Der konzernrechtliche Erstattungsanspruch – ein zahn-
loser Tiger?
in Festschrift für Gerold Bezenberger zum 70. Geburtstag
am 13. März 2000, herausgegeben von Harm Peter
Westermann und Klaus Mock
Berlin 2000
zitiert: Kropff in FS Bezenberger, Der konzernrechtliche
Ersatzanspruch, S. 233 - 252

- Kropff, Bruno Der GmbH-Beherrschungsvertrag: Voraussetzung für den Vorrang von Konzerninteressen?
in Festschrift für Johannes Semler zum 70. Geburtstag am 28. April 1993 – Unternehmen und Unternehmensführung im Recht
Herausgegeben von Marcus Bierich, Peter Hommelhoff, Bruno Kropff, Berlin 1993
zitiert: Kropff in FS Semler, Der GmbH-Beherrschungsvertrag: Voraussetzung für den Vorrang von Konzerninteressen?, S. 517 - 540
- Kuhlmann, Jens
Ahnis Erik Konzernrecht
München 2001
zitiert: Kuhlmann/Ahnis, Konzernrecht, ...(Rz...)
- Larenz, Karl
Canaris, Claus-Wilhelm Lehrbuch des Schuldrechts
Erster Band – Allgemeiner Teil
14., neubearbeitete Auflage, München 1987
zitiert: Larenz/Canaris, SchuldR AT, §
- Larenz, Karl
Canaris, Claus-Wilhelm Methodenlehre der Rechtswissenschaft
3., neubearbeitete Auflage, Berlin 1995
zitiert: Larenz/Canaris, Methodenlehre, S.
- Laule, Gerhard Die Beendigung eines Beherrschungsvertrages aus wichtigem Grund (§ 297 Abs. 1 AktG) und korrespondierende Handlungspflichten der Verwaltung einer beherrschten Aktiengesellschaft
zitiert: Laule AG 1990, 145 - 156
- Lutter, Marcus Die Haftung des herrschenden Unternehmens im GmbH - Konzern – Überlegungen zur „Autokran“-Entscheidung des BGH vom 16.9.1985, ZIP 1985, 1263
zitiert: Lutter ZIP 1985, 1425 - 1435
- Lutter, Marcus Umwandlungsgesetz – Kommentar
2., überarbeitete und erweiterte Auflage, Köln 2000
zitiert: Bearbeiter in Lutter UmwG, § Rz.
- Lutter, Marcus Der Konzern in der Insolvenz
zitiert: Lutter ZfB 1984, 781 - 788

- Lutter, Marcus Verdeckte Leistungen und Kapitalschutz in Festschrift für Ernst Stiefel zum 80. Geburtstag, herausgegeben von Marcus Lutter, Walter Oppenhoff, Otto Sandrock, Hanns Windhaus, München 1987
zitiert: Lutter in FS Stiefel, Verdeckte Leistungen und Kapitalschutz, S. 505 - 533
- Lutter, Marcus ECLR – Das Europäische Unternehmensrecht im 21. Jahrhundert
zitiert: Lutter, Europäisches Unternehmensrecht im 21. Jahrhundert, ZGR 2000, 1 - 18
- Lutter, Marcus
Hommelhoff, Peter GmbH-Gesetz – Kommentar
15. neubearbeitete Auflage, Köln 2000
zitiert: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, §. Rz...
- Lwowski, Hans-Jürgen
Groeschke, Peer Die Konzernhaftung der §§ 302, 303 AktG als atypische Sicherheit?
zitiert: Lwowski/Groeschke WM 1994, 613 - 621
- Martens, Klaus-Peter Kontinuität und Diskontinuität im Verschmelzungsrecht der Aktiengesellschaft
zitiert: Martens AG 1986, 57 - 67
- Meister, Burkhardt W. Der Ausgleichsanspruch nach § 302 Abs. 1 AktG bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen als Kreditsicherheit
zitiert: Meister WM 1976, 1182 - 1192
- Mertens, Hans-Joachim Die Haftung wegen Mißbrauchs der Leitungsmacht nach § 309 AktG aus schadensersatzrechtlicher Sicht
zitiert: Mertens AcP 168 (1968), 225 - 234
- Mertens, Hans-Joachim Empfiehlt sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahrens?
zitiert: Mertens ZGR 1984, 542 - 559
- Mertens, Hans-Joachim Die Haftung wegen Mißbrauchs der Leitungsmacht nach § 309 AktG aus schadensersatzrechtlicher Sicht
zitiert: Mertens AcP 168 (1968), 225 - 234
- Müller, Klaus J. Auswirkungen von Umstrukturierungen nach dem Umwandlungsgesetz auf Beherrschungs – und Gewinnabführungsverträge
zitiert: Müller, K. J. BB 2002, 157 - 161

- Müller, Welf Bilanzierungsfragen bei der Beendigung von Unternehmensverträgen
in Festschrift für Bruno Kropff, Aktien- und Bilanzrecht,
Herausgeben von Karl-Heinz Forster, Barbara Grunewald,
Marcus Lutter, Johannes Semler, Düsseldorf 1997
zitiert: Müller, W. in FS Kropff, Bilanzierungsfragen bei der
Beendigung von Unternehmensverträgen, S. 517 - 531
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts – Band 4 – Aktiengesellschaft
Herausgegeben von Michael Hoffmann-Becking
2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, München 1999
zitiert: Bearbeiter in Münchener HdB des Gesellschafts-
rechts Bd. 4, §... Rz...
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
Band VIII §§ 278 - 328,
Herausgegeben von Bruno Kropff, Johannes Semler
2. Auflage, München 2000
zitiert: Bearbeiter in Münchener Kommentar zum AktG,
§ Rz.
- Noack, Ulrich InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung – Sonderband 1,
Gesellschaftsrecht
Herausgegeben von Bruno Kübler und Hans Prütting
Köln 1998
zitiert: Noack in Kübler/Prütting, Kommentar zur InsO,
Sonderband 1 (Gesellschaftsrecht), Rz.
- Obermüller, Manfred
Hess, Harald Insolvenzordnung – Eine systematische Darstellung der
Insolvenzordnung unter Berücksichtigung
kreditwirtschaftlicher und arbeitsrechtlicher Aspekte
2., überarbeitete Auflage, Heidelberg 1998
zitiert: Obermüller/Hess, Kommentar zur InsO, §... Rz...
- Pache, Sven Spätlese – Die Rechtsentwicklung nach dem „Super-
markt“- Beschluss des BGH
zitiert: Pache GmbHR 1995, 90 - 93
- Pache, Sven Die körperschaftsteuerliche Organschaft im GmbH-Ver-
tragskonzern
Pfaffenweiler 1995
zitiert: Pache, Die körperschaftsteuerliche Organschaft im
GmbH-Vertragskonzern
- Paulus, Christoph G. Konzernrecht und Konkursanfechtung
zitiert: Paulus ZIP 1996, 2141 - 2148

- Pentz, Andreas Die verbundene Aktiengesellschaft als außenstehender Aktionär
zitiert: Pentz AG 1996, 97 - 111
- Priester, Hans-Joachim Die Aufhebung des Unternehmensvertrages – Nagelprobe der Dogmatik des GmbH-Vertragskonzernrechts
zitiert: Priester ZGR 1996, 189 - 208
- Priester, Hans-Joachim Liquiditätsausstattung der abhängigen Gesellschaft und unterjährige Verlustdeckung bei Unternehmensverträgen
zitiert: Priester ZIP 1989, 1301 - 1308
- Priester, Hans-Joachim Bestimmungen zum Unternehmensvertrag in der Satzung der GmbH
zitiert: Priester DB 1989, 1013 - 1018
- Prinz, Ulrich „Fortentwicklung“ des Organschaftsrechts: Neue Irrungen und Wirrungen
zitiert: Prinz FR 2002, 66 - 75
- Reuter, Dieter Der Beirat der GmbH
in Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz
Herausgegeben von Marcus Lutter, Peter Ulmer, Wolfgang Zöllner, Köln 1992
zitiert: Reuter in FS 100 Jahre GmbHG, Der Beirat der GmbH, S. 631 - 656
- Richardi, Reinhard Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung - Kommentar München 2002
zitiert: Bearbeiter in Richardi, Kommentar zum BetrVG, §... Rz...
- Richter, Wolfgang
Stengel, Arndt Anforderungen an die Zustimmung der Gesellschafter der abhängigen GmbH zum Abschluß eines Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrags – Genügt die satzungsändernde Mehrheit?
zitiert: Richter/Stengel DB 1993, 1861 - 1866
- Rix, Reinhard Gesellschaftsrechtliche Probleme von Gewinnabführungsverträgen bei der GmbH
zitiert: Rix MittRhNotK 1986, 29 - 44

- Röhricht, Volker Die Rechtsstellung der außenstehenden Aktionäre beim Beitritt zum Beherrschungsvertrag
zitiert: Röhricht ZHR (1998) 249 - 260
- Roth, Günter H.
Altmeppen, Holger Gesetz betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung
3., neubearbeitete Auflage, München 1997
zitiert: Bearbeiter in Roth/Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, §...Rz...
- Rottbauer, Achim E. Kompetenzielle Schranken der Leitungsmacht im GmbH-Vertragskonzernrecht – Anm. zu OLG Stuttgart, NZG 1998, 601
zitiert: Rottbauer NZG 1999, 337 - 340
- Rowedder, Heinz
Schmidt-Leithoff, Christian Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Kommentar
4. Auflage München 2002
zitiert: Bearbeiter in Rowedder/Schmidt-Leithoff, Kommentar zum GmbHG, §... Rz. ..
- Rümker, Dietrich Kein Schutz durch Liquiditätsausstattung
zitiert: Rümker ZGR 1988, 495 - 515
- Schlögell, Christian Die Beendigung von Unternehmensverträgen im GmbH-Konzern
zitiert: Schlögell GmbHR 1995, 401 - 412
- Schmidt, Karsten Gesellschaftsrecht
3., völlig neu bearbeitete Auflage, Köln 1997
zitiert: K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § (S.)
- Schmidt, Karsten Die konzernrechtliche Verlustübernahmepflicht als gesetzliches Dauerschuldverhältnis – Eine rechtsdogmatische Problemskizze zu § 302 AktG
zitiert: K. Schmidt ZGR 1983, 513 - 534
- Schmidt, Karsten Zum Haftungsdurchgriff wegen Sphärenvermischung und zur Haftungsverfassung im GmbH-Konzern. Bemerkungen zum Urteil des BGH vom 16.9.1985
zitiert: K. Schmidt BB 1985, 2074 - 2079

- Schmidt, Ludwig
Müller, Thomas
Stöcker, Ernst E Die Organschaft im Körperschaftssteuer-, Gewerbe-,
steuer- und Umsatzsteuerrecht
5. Auflage, Berlin 1999
zitiert: Schmidt/Müller/Stöcker, Organschaft, Rz...
- Schneider, Uwe H. Das Recht der Konzernfinanzierung
zitiert: Schneider ZGR 1984, 497 - 537
- Schneider, Uwe H. Die Vertretung der GmbH bei Rechtsgeschäften mit ihren
Konzernunternehmen
zitiert: Schneider BB 1986, 201 - 206
- Scholz, Franz Kommentar zum GmbHG mit Anhang Konzernrecht
Band I §§ 1 - 44
9., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln 2000
Band II §§ 45 – 85
8., neubearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage,
Köln 1995
zitiert: Bearbeiter in Scholz, Kommentar zum GmbHG, §..
Rz..
- Schuhmann, Helmut Die Organschaft – Körperschaftssteuer, Umsatzsteuer,
Gewerbsteuer
2., überarbeitete und erweiterte Auflage, Bielefeld 1997
zitiert: Schuhmann, Die Organschaft S.
- Schwarz, Oliver Beendigung von Organschaftsverträgen anlässlich der
Veräußerung der Beteiligung an der hauptverpflichteten
Gesellschaft mbH
zitiert: Schwarz DNotZ 1996, 68 - 84
- Schwarz, Oliver Änderungen und Beendigung von Unternehmensverträgen
– insbesondere in handelsregisterrechtlicher Sicht
zitiert: Schwarz MittRhNotK 1994, 49 - 77
- Sina, Peter Grenzen des Konzernweisungsrechts nach § 308 AktG
zitiert: Sina AG 1991, 1 - 10

- Smid, Stefan Die Haftung des Insolvenzverwalters in der Insolvenzordnung – Kontinuität und Diskontinuität des Rechts der Haftung des Insolvenzverwalters in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung
2. Auflage, Herne 2000
zitiert: Smid in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 453 - 482
- Soergel, Hans Theodor Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Band I §§ 1 - 103,
Herausgeben von Wolfgang Siebert
13. Auflage, Stuttgart 2000
zitiert: Bearbeiter in Soergel, Kommentar zum BGB, §...Rz...
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Band II §§ 241 – 243, 13. Auflage, Berlin 1995
Redaktuer Michael Martinek
zitiert: Bearbeiter in Staudinger, Kommentar zum BGB, §.... Rz....
- Streck, Michael Körperschaftssteuergesetz: mit Nebengesetzen
5., völlig neubearbeitete Auflage, München 1997
zitiert: Streck, Kommentar zum KStG, §...Rz...
- Thümmel, Roderich C. Möglichkeiten und Grenzen der Kompetenzverlagerung auf Beiräte in der Personengesellschaft und in der GmbH
zitiert: Thümmel DB 1995, 2461 - 2465
- Timm, Wolfram Unternehmensverträge im GmbH-Recht – Eine Bestandsaufnahme im Anschluß an die „Supermarkt“-Entscheidung des BGH vom 24.10.1988
zitiert: Timm GmbHR 1989, 11 - 19
- Timm, Wolfram Rechtsfragen der Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen
in Festschrift für Alfred Kellermann zum 70. Geburtstag am 29. November 1990
Herausgegeben von Reinhard Goerdeler, Peter Hommelhoff, Marcus Lutter, Walter Odersky, Herbert Wiedemann
Berlin 1991
zitiert: Timm in FS Kellermann, Rechtsfragen der Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen, S. 461 - 484

- Timm, Wolfram Geklärte und offene Fragen im Vertragskonzernrecht der GmbH. Anmerkungen zum Urteil des LG Bochum vom 1.7.1986
zitiert: Timm GmbHR 1987, 8 - 19
- Timm, Wolfram Neuere Entwicklungen im GmbH-(Vertrags-) Konzernrecht
zitiert: Timm GmbHR 1992, 213 - 219
- Timm, Wolfram
Geuting, Marcus Gesellschafterbeteiligung bei der Aufhebung von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im „einheitlichen“ GmbH - Konzerne
zitiert: Timm/Geuting GmbHR 1996, 229 - 238
- Uhlenbruck, Wilhelm Konzerninsolvenzrecht über einen Insolvenzplan?
zitiert: Uhlenbruck NZI 1999, 41 - 44
- Ulmer, Peter Von „TBB“ zu „Bremer Vulkan“
zitiert: Ulmer ZIP 2001, 2021 - 2029
- Ulmer, Peter Verlustübernahmepflicht des herrschenden Unternehmens als konzernspezifischer Kapitalerhaltungsschutz
zitiert: Ulmer AG 1986, 123 - 130
- Ulmer, Peter Der Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern beim Fehlen von Minderheitsgesellschaftern
zitiert: Ulmer ZHR 148, 391 - 427
- Ulmer, Peter Von „TBB“ zu „Bremer Vulkan“ – Revolution oder Evolution? – Zum Bestandsschutz der abhängigen GmbH gegen existenzgefährdende Eingriffe ihres Alleingeschafters
zitiert: Ulmer ZIP 2001, 2021 - 2029
- Vetter, Eberhard Zur Aufhebung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages im GmbH - Recht
zitiert: Vetter ZIP 1995, 345 - 355

- Westermann, Harry Die Folgen von Verschmelzung und Umwandlung nach § 15 Umwandlungsgesetz von Aktiengesellschaften für Beherrschungsverträge
in Festschrift für Wolfgang Schilling zum 65. Geburtstag am 5. Juni 1973
Herausgegeben von Robert Fischer und Wolfgang Hefermehl
Berlin 1973
zitiert: Westermann in FS Schilling, Die Folgen von Verschmelzung und Umwandlung nach § 15 Umwandlungsgesetz von Aktiengesellschaften für Beherrschungsverträge, S.271 - 286
- Wiedemann, Herbert
Hirte, Heribert Konzernrecht
in 50 Jahre BGH – Festgabe aus der Wissenschaft Band II, herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris, Andreas Heldrich, Klaus J. Hopt, Claus Roxin, Karsten Schmidt, Gunter Widmaier
München 2000
zitiert: Wiedemann/Hirte in 50 Jahre BGH, Band II, Konzernrecht, S. 337 - 386
- Wilhelm, Hermann Die Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags
Köln 1976
zitiert: Wilhelm, Die Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags, S.
- Wimmer, Klaus Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung
3. Auflage, Neuwied 2002
zitiert: Bearbeiter in Frankfurter Kommentar zur InsO, §...Rz..
- Windbichler, Christine Unternehmensverträge und Zusammenschlußkontrolle: aktienrechtliche Probleme der Auflösung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Zusammenschlußkontrolle
Köln 1977
zitiert: Windbichler, Unternehmensverträge und Zusammenschlußkontrolle, S.
- Wirth, Gerhard Beendigung von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen bei Veräußerung der abhängigen GmbH
zitiert: Wirth DB 1990, 2105 - 2109

- Würdinger, Hans Sind auf dem Gebiete des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher Art erforderlich? in Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages in Düsseldorf 1957
Herausgegeben von der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages
Tübingen 1959
zitiert: Würdinger, Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Band II, F 5, S.
- Würdinger, Hans Betrachtungen zur Regelung der Konzernverfassung im Entwurf eines Aktiengesetzes
zitiert: Würdinger DB 1958, 1447 - 1452
- Zeidler, Finn Ausgewählte Probleme des GmbH-Vertragskonzernrechts
zitiert: Zeidler NZG 1999, 692 - 698
- Zöllner, Wolfgang Inhalt und Wirkungen von Beherrschungsverträgen bei der GmbH
zitiert: Zöllner ZGR 1992, 173 - 202
- Zöllner, Wolfgang Die formellen Anforderungen an Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge bei der GmbH – Bemerkungen zu Flume, DB 1989 Heft 13 S. 885 ff
zitiert: Zöllner DB 1989, 913 - 914
- Zöllner, Wolfgang Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden
München 1963
zitiert: Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, S.
- Zöllner, Wolfgang Die sogenannten Gesellschafterklagen im Kapitalgesellschaftsrecht
zitiert: Zöllner ZGR 1988, 392 - 440