

CHRISTOPH SCHREIBER

Konzernrechtsfreie
Kontrolle

Jus Privatum

216

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 216



Christoph Schreiber

Konzernrechtsfreie Kontrolle

Zivilrechtliche Möglichkeiten der
Einflussnahme auf die Geschäftsführung
der GmbH

Mohr Siebeck

Christoph Schreiber, geboren 1980; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität zu Kiel; 2005 Erste Juristische Staatsprüfung in Schleswig; 2007 Promotion an der Universität Münster; 2009 Zweite Juristische Staatsprüfung in Hamburg; 2017 Habilitation an der Universität Erlangen-Nürnberg.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

e-ISBN PDF 978-3-16-155457-5

ISBN 978-3-16-155457-5

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung verfolgt das Ziel, das geltende Recht des GmbH-Vertragskonzerns von Analogien zum kodifizierten Aktienkonzernrecht zu lösen und auf den Grundlagen des allgemeinen Gesellschaftsrechts und des Bürgerlichen Rechts aufzubauen. Sie wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg als Habilitationsschrift angenommen und mit einem Förderpreis der Esche Schümann Commichau Stiftung, Hamburg, ausgezeichnet. Meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Michael Fischer, danke ich herzlich für die Anregung und Betreuung der Arbeit sowie für den mir gewährten wissenschaftlichen Freiraum. Mein besonderer Dank gilt ferner Herrn Professor Dr. Klaus Ulrich Schmolke für das Zweitgutachten und Herrn Professor Dr. Jens Koch, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, für die externe Begutachtung der Schrift.

Erlangen, im Mai 2017

Christoph Schreiber

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
§ 1 Anlass und Gegenstand der Untersuchung	1
§ 2 Geltung aktienrechtlicher Regelungen im Recht des GmbH-Konzerns	13
I. Ausgangspunkt	13
II. Gewohnheitsrechtliche Anerkennung der Analogie	15
III. Legistische Anordnung der Analogie	86
IV. Ergebnis	90
§ 3 Konkretisierung des Untersuchungsgegenstands	91
I. Rechtsunsicherheit als Problem des geltenden GmbH- Vertragskonzernrechts	91
II. Gestaltungsvarianten	92
III. Gang der weiteren Untersuchung	94
§ 4 Abhängigkeit und Kontrolle im Gesellschaftsverbund	95
I. Abhängigkeitsbegriff und GmbH-Recht	95
II. Definition von Kontrolle als Oberbegriff	97
§ 5 Kontrolle und Organisationsverfassung	101
I. Beherrschungsvertragliche Kontrolle	101
II. Mitgliedschaftliche Kontrolle	129
III. Statutarische Kontrolle	149
IV. Schuldvertragliche Kontrolle	165

§ 6 Kontrolle und Finanzverfassung	197
I. Beherrschungsvertragliche Kontrolle	197
II. Mitgliedschaftliche Kontrolle	222
III. Statutarische Kontrolle	225
IV. Schuldvertragliche Kontrolle	230
§ 7 Kontrolle und Minderheitenschutz	233
I. Beherrschungsvertragliche Kontrolle	233
II. Mitgliedschaftliche Kontrolle	248
III. Statutarische Kontrolle	262
IV. Schuldvertragliche Kontrolle	264
§ 8 Zusammenfassung der Ergebnisse	269
I. Beherrschungsvertragliche Kontrolle	269
II. Mitgliedschaftliche Kontrolle	270
III. Statutarische Kontrolle	272
IV. Schuldvertragliche Kontrolle	273
§ 9 Schlussbetrachtung	275
Literaturverzeichnis	277
Register	299

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
§ 1 Anlass und Gegenstand der Untersuchung	1
§ 2 Geltung aktienrechtlicher Regelungen im Recht des GmbH-Konzerns	13
I. Ausgangspunkt	13
II. Gewohnheitsrechtliche Anerkennung der Analogie	15
1. Gewohnheitsrecht als belastbares Instrument	15
2. Abschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungs- vertrags	17
a) Zustimmungsbeschluss der herrschenden Gesellschaft	17
aa) Rechtsprechung und Gewohnheitsrecht	17
bb) Praktische Umsetzung und Gewohnheitsrecht	19
(1) Reaktionen in der Unternehmenspraxis	19
(2) Reaktionen in der Literatur	21
(3) Materielle Richtigkeit, Zweckmäßigkeit und Entstehung von Gewohnheitsrecht	22
cc) Ergebnis	24
b) Mindestinhalt des Beherrschungs- und Gewinnabführungs- vertrags	24
aa) Aktienrechtliche Vorgaben	24
bb) Meinungsbild und Judikatur im GmbH-Recht	25
cc) Fazit	26
c) Berichts- und Prüfungspflichten	26
aa) GmbH als abhängige Gesellschaft	26
bb) GmbH als herrschende Gesellschaft	27
cc) 100-prozentige Beteiligungen	28
dd) Fazit	29
d) Ergebnis	30
3. Durchführung des Beherrschungs- und Gewinn- abführungsvertrags	30

a) Verlustausgleich	30
aa) Herrschende Auffassung	30
bb) Rechtsprechung	32
(1) Zivilgerichtsbarkeit	32
(2) Finanzgerichtsbarkeit	39
(3) Ergebnis	40
cc) Legislatorische Indikatoren, Kritik und Unternehmenspraxis ..	41
(1) Gesetzgeberische Untätigkeit trotz ständiger Rechtsprechung	42
(a) Standpunkt der Legislative	42
(b) Gesetzgeberischer Wille und Gewohnheitsrecht	46
(c) Ergebnis	48
(2) Sachargumente gegen die analoge Anwendung von § 302 AktG	48
(a) Bitters These von der Uneinheitlichkeit der Wertentscheidungen	48
(b) Ehrlickes These vom Fehlen einer Konzerngefahr	49
(c) Verhoevens These vom Fehlen eines Willens der Gesellschaft	50
(d) Peltzers These von der Kapitalerhaltung	50
(e) Zwischenergebnis	51
(3) Körperschaftsteuerrechtliche Organschaft als Motiv für die Durchführung des Verlustausgleichs	51
dd) Ergebnis	53
b) Höchstbetrag der Gewinnabführung	53
c) Ergebnis	54
4. Änderung des Beherrschungs- und Gewinnabführungs- vertrags	54
5. Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungs- vertrags	56
a) Aufhebung durch Vertrag	56
aa) Zulässigkeit der Aufhebung	56
bb) Voraussetzungen der Aufhebung	57
cc) Unzulässigkeit unterjähriger Aufhebung	60
(1) Organschaftliche Anforderungen	60
(2) Judikatur	60
(3) Kritik	62
(4) Fazit	64
dd) Rückwirkungsverbot	64
ee) Schriftform	66
ff) Ergebnis	67
b) Kündigung	68
aa) Ordentliche Kündigung	68
bb) Außerordentliche Kündigung	69
cc) Ergebnis	69
c) Nachträglicher Eintritt außenstehender Gesellschafter	70
aa) Aktienrechtliche Vorgaben	70

bb) Bedeutung in der Praxis	70
cc) Regelungszusammenhang zwischen § 307 AktG und §§ 304, 305 AktG	70
dd) Fazit	72
d) Gläubigerschutz durch Sicherheitsleistung bei Beendigung des Vertrags	73
aa) Rechtsprechung	73
bb) Literatur	74
cc) Einheitliche Regelung der §§ 302, 303 AktG und Folgerungen für die Analogie kraft Gewohnheitsrechts	75
dd) Ergebnis	77
e) Ergebnis	77
6. Beherrschungsvertragliche Leitungsmacht	77
a) Weisungsrecht als Vertragsgegenstand	78
aa) Aktienrechtlicher Hintergrund	78
bb) Vertragliches Weisungsrecht und GmbH-Verfassung	78
cc) Judikatur	80
b) Weisungsfolgepflicht	81
c) Zustimmungspflichtige Geschäfte	81
d) Ergebnis	81
7. Verantwortlichkeit bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags ..	82
a) Verantwortlichkeit auf der Ebene des herrschenden Unternehmens	82
b) Verantwortlichkeit auf der Ebene der abhängigen Gesellschaft	85
c) Ergebnis	86
8. Ergebnis	86
III. Legistische Anordnung der Analogie	86
1. Ausnahmetatbestand des § 30 Abs. 1 Satz 2 Var. 1 GmbHG ...	86
2. Folgerungen für das Recht des GmbH-Vertragskonzerns	87
3. Stellungnahme	87
4. Ergebnis	90
IV. Ergebnis	90
§ 3 Konkretisierung des Untersuchungsgegenstands	91
I. Rechtsunsicherheit als Problem des geltenden GmbH- Vertragskonzernrechts	91
II. Gestaltungsvarianten	92
III. Gang der weiteren Untersuchung	94
§ 4 Abhängigkeit und Kontrolle im Gesellschaftsverbund	95
I. Abhängigkeitsbegriff und GmbH-Recht	95
II. Definition von Kontrolle als Oberbegriff	97

§ 5 Kontrolle und Organisationsverfassung	101
I. Beherrschungsvertragliche Kontrolle	101
1. Weisungsrecht als privatautonom gestaltete Rechtsfolge	101
a) Rechtsgrundlage des nicht kodifizierten Weisungsrechts	101
b) Reichweite des Weisungsrechts	102
c) Ergebnis	106
2. Leitungsmacht als Gegenstand vertraglicher Disposition	106
a) Aktienrechtliches Leitbild	107
b) GmbH-rechtliche Spezifika	108
aa) Organisationsvertrag nach dem Verständnis des BGH	108
bb) Übertragung der Weisungskompetenz	109
(1) Würdigers Einschränkung seiner These vom Organisationsvertrag	109
(2) Differenzierende Betrachtung	111
(3) Ergebnis	114
cc) Änderung des Gesellschaftszwecks	114
dd) Ergebnis	116
3. Vertragsparteien, Weisungsadressat und Folgeverpflichteter ..	117
a) Kritik an aktienrechtlicher Dogmatik als Ausgangspunkt	117
b) Vertraglich begründete Verpflichtung des Geschäftsführers	117
aa) Relativität der Schuldverhältnisse	117
bb) Vereinbarkeit mit aktienrechtlicher Dogmatik	118
cc) GmbH-rechtliche Kontrolle	120
dd) Ergebnis	121
4. Gestaltungswirkung des Beherrschungsvertrags	122
5. Rechtsnatur der Weisungsfolgepflicht und Durchsetzung	123
a) Ausgangspunkt	123
b) Weisungsfolgepflicht als Rechtsfolge einer vertraglichen Anspruchsgrundlage	124
c) Unvereinbarkeit mit rein organisationsrechtlichem Verständnis ...	125
d) Folgerungen	127
aa) Unterscheidung zweier Institute	127
bb) Durchsetzung des Rechts auf Weisungsbefolgung	128
6. Ergebnisse	128
II. Mitgliedschaftliche Kontrolle	129
1. Weisungsrecht nach gesetzlichem Regelstatut	129
2. Weisungsrecht als Mitgliedschaftsrecht	131
a) Mitgliedschaftsrechtliches Verständnis des Weisungsrechts	131
b) Folgen für die Einordnung des Rechts auf Weisungsbefolgung	132
aa) Ausgangspunkt	132
bb) Mitgliedschaftsrecht als innergesellschaftliches Instrument ..	133
(1) Fragestellung	133
(2) Erfüllungsanspruch der GmbH gegen den Geschäftsführer	134

(3) Erfüllungsanspruch des Gesellschafters gegen die Gesellschaft	135
(a) Ansatz von Zöllner und Kritik	136
(b) Ansatz von Martin Schwab und Kritik	137
(c) Fazit	138
(4) Erfüllungsanspruch des Gesellschafters gegen den Geschäftsführer	138
(5) Ergebnis	138
cc) Mitgliedschaftsrecht als subjektives Recht	138
(1) Deliktsrechtlicher Weisungsbefolgungsanspruch des Gesellschafters	139
(a) Deliktsrechtliche Haftung nach der Lehre von Habersack	139
(b) Vereinbarkeit mit deliktsrechtlicher Dogmatik	140
(aa) Teilnehmerhaftung des Geschäftsführers	140
(bb) Haftungsausfüllender Tatbestand	141
(c) Ergebnis	145
(2) Quasinegatorischer Weisungsbefolgungsanspruch des Gesellschafters	145
(3) Ergebnis	148
3. Ergebnisse	148
III. Statutarische Kontrolle	149
1. Satzungsrecht als Kontrollmittel	149
2. Kontrolle durch den Gesellschafter kraft Satzung	150
a) Weisungsrecht als Gegenstand einer Satzungsklausel	150
b) Kontrollierender Gesellschafter als Weisungsorgan oder Einräumung eines Sonderrechts	151
c) Formelle Erfordernisse	152
aa) Keine durchgreifenden Bedenken gegen Zulässigkeit statutarischer Kontrolle	152
bb) Anforderungen an die Mehrheitserfordernisse	153
(1) Keine Geltung beherrschungsrechtlicher Mehrheitserfordernisse	153
(2) Satzungsrechtliche Mehrheitserfordernisse	153
(a) Gründung einer kontrollierten GmbH	154
(b) Satzungsändernde Übertragung des Weisungsrechts ..	154
(aa) Änderung des Gesellschaftszwecks	154
(bb) Mehrheitserfordernisse bei gleichbleibendem Gesellschaftszweck	154
(a) Gemeinsamkeiten von Satzung und Beherrschungsvertrag	155
(β) Vermehrung der den Gesellschaftern obliegenden Leistungen	155
(γ) Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz	157
(cc) Ergebnis	159
cc) Eintragung ins Handelsregister	159

d) Reichweite des Weisungsrechts	160
e) Begründung einer materiellrechtlichen Weisungsfolgepflicht	160
3. Drittorganschaftliche Kontrolle kraft Satzung	162
a) Prinzip der Fremdorganschaft und statutarische Verteilung von Organkompetenzen	162
b) Statutarische Übertragung des Weisungsrechts auf Dritte	162
c) Ergebnis	164
4. Ergebnisse	164
IV. Schuldvertragliche Kontrolle	165
1. Schuldrechtliche Weisungen im allgemeinen Zivilrecht	165
2. Weisungen als Gegenstand des Anstellungsvertrags	166
a) Abstraktion der Anstellung von der Bestellung	166
b) Wirksamkeit des Anstellungsvertrags mit einem Dritten	168
aa) Meinungsbild	168
bb) Kritik	169
cc) Zustimmungsbeschluss als besondere Wirksamkeits- voraussetzung	170
c) Auflösung von Pflichtenkollisionen aus gesellschafts- und schuldrechtlichen Weisungen	170
aa) Widersprüchliche Weisungen	170
bb) Beachtlichkeit anstellungsvertraglicher Weisungen trotz nachteiliger Folgen	172
cc) Grenzen des Weisungsrechts im Arbeitsverhältnis	172
(1) Geschäftsführer als Arbeitnehmer	172
(2) Arbeitsrechtliche Schranken des Weisungsrechts	174
(3) Ergebnis	175
dd) Grenzen des Weisungsrechts im freien Dienstverhältnis	176
d) Ergebnis	177
3. Weisungen auf der Grundlage von Gesellschafter- vereinbarungen	177
a) Schuldrechtliche Bindungen der Gesellschafter untereinander als Kontrollmittel	177
b) Grundsätzliche Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen	178
c) Stimmbindungsvertrag zwischen Gesellschaftern als verdeckter Beherrschungsvertrag	178
aa) Terminologie	178
bb) Qualifikation der Vereinbarung	179
(1) Aktienrechtlicher Hintergrund	179
(2) GmbH-rechtliches Organisationsrecht	180
(a) Grundsatz	180
(b) Omnilaterale Gesellschaftervereinbarungen	181
cc) Folgen stimmbindungswidriger Stimmbgabe	182
(1) Schuldrechtliche Folgen	182
(2) Gesellschaftsrechtliche Folgen	182
(3) Ergebnis	184

dd) Grenzen der Stimmbindung	184
ee) Folgen unwirksamer Stimmbindung	185
(1) Schuldrechtliche Folgen	185
(2) Gesellschaftsrechtliche Folgen	185
(3) Ergebnis	186
ff) Ergebnis	187
d) Exkurs: Aufgabe der Kontrolle („Entherrschung“) durch Stimmbindung	187
aa) Absprachen zwischen den Gesellschaftern	187
bb) Absprachen zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft	188
(1) Zulässigkeit des Entherrschungsvertrags	188
(2) Zustimmung der Gesellschafterversammlung als Wirksamkeitsvoraussetzung	190
(3) Ergebnis	192
4. Weisungen auf der Grundlage atypischer Beherrschungsverträge	192
a) Delegation der Leitung als aktienrechtliche Problematik	192
b) GmbH-rechtliche Organisationsverfassung	193
c) Ergebnis	194
5. Ergebnisse	194
 § 6 Kontrolle und Finanzverfassung	 197
I. Beherrschungsvertragliche Kontrolle	197
1. Gewinnbeteiligung	197
a) Gewinnbezugsrecht und Gewinnauszahlungsanspruch des Gesellschafters	197
b) Erneut: Organisationsvertrag nach dem Verständnis des BGH	197
c) Beherrschungsvertrag ohne Verpflichtung zur Gewinn- abführung	198
aa) Gewinnbezugsrecht	198
bb) Gewinnauszahlungsanspruch	198
d) Ergebnis	199
2. Rechtsgrundlage für einen Anspruch auf Verlustausgleich ...	200
a) Variante 1: Vertragliche Regelung zum Verlustausgleich, insb. Bezugnahme auf § 302 AktG	200
b) Variante 2: Keine vertragliche Regelung zum Verlustausgleich ...	201
aa) Steuerrechtlicher Ursprung der Verlustausgleichs- verpflichtung	202
bb) Verlustausgleich als Korrelat für beherrschungsvertragliche Eingriffe	204
cc) Verlustausgleich als Schutz vor sog. „Konzerngefahren“	206
(1) Aktienrechtlicher Ansatz	206
(2) Übertragbarkeit auf die kontrollierte GmbH	207

(a) Inhalt des Weisungsrechts	207
(b) Beweggründe für die Ausübung des Weisungsrechts ..	207
(c) Erhöhung der Wahrscheinlichkeit nachteiliger Weisungen	208
(3) Ergebnis	209
dd) Mestmäckers These von der Kapitalerhaltung	209
(1) Argumentation auf der Grundlage des AktG 1937	209
(2) Übernahme durch das AktG 1965	211
(3) Übertragbarkeit auf das geltende GmbH-Recht	212
ee) Auftragsrechtliche Maxime	214
ff) Ergebnis	216
3. Dispositivität der Verlustübernahme und Kapitalerhaltung ..	216
4. Gläubigerschutz nach Beendigung des Vertrags	218
a) Gläubigersicherung nach allgemeinem Zivilrecht	218
b) Analoge Anwendung des § 303 AktG	218
c) Fazit	221
5. Ergebnisse	221
II. Mitgliedschaftliche Kontrolle	222
1. Finanzverfassungsrechtliches Regelstatut als Ausgangspunkt	222
2. Auftragsrechtlicher Aufwendungsersatzanspruch aus § 670 BGB	222
3. Deliktsrechtliche Teilnehmerhaftung des Gesellschafters ...	223
4. Ergebnisse	224
III. Statutarische Kontrolle	225
1. Finanzverfassungsrechtliche Satzungsbestandteile	225
2. Gewinnbeteiligung	226
3. Rechtsgrundlage für einen Anspruch auf Verlustausgleich ...	226
a) Variante 1: Statutarische Regelung zum Verlustausgleich, insb. Bezugnahme auf § 302 AktG	227
b) Variante 2: Keine statutarische Regelung zum Verlustausgleich ...	228
c) Fazit	229
4. Dispositivität der Verlustübernahme und Kapitalerhaltung ..	229
5. Gläubigerschutz nach Beendigung der statutarischen Kontrolle	229
6. Verlustausgleich durch Nichtgesellschafter	229
7. Ergebnisse	230
IV. Schuldvertragliche Kontrolle	230
1. Anstellungsvertragliche Kontrolle	230
2. Gesellschaftervereinbarungen	231
3. Atypische Beherrschungsverträge	231
4. Ergebnisse	232

§ 7 Kontrolle und Minderheitenschutz	233
I. Beherrschungsvertragliche Kontrolle	233
1. Minderheitenschutz bei Abschluss des Beherrschungs-	
vertrags	233
a) 100-prozentige Beteiligungen	233
b) Minderheitenschutz bei Änderung des Gesellschaftszwecks	233
c) Minderheitenschutz bei gleichbleibendem Gesellschaftszweck	234
aa) Mehrheitserfordernis	234
bb) Ausgleichsanspruch	235
cc) Abfindungsanspruch	237
(1) Austritt aus wichtigem Grund	237
(2) Schuldner des Abfindungsanspruchs	240
(3) Initiativlast und Prozessrisiko	241
(4) Fazit	242
2. Minderheitenschutz durch Begrenzung des Inhalts	
beherrschungsvertraglicher Weisungen	242
a) Treuepflicht	242
aa) Geltungsgrund und Konkretisierung zum	
Schädigungsverbot	242
bb) Beherrschungsvertragliche Abbedingung der Treuepflicht ...	245
(1) Treuepflicht gegenüber der GmbH	245
(2) Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern	246
(cc) Ergebnis	247
b) Gleichbehandlungsgebot	247
3. Ergebnisse	248
II. Mitgliedschaftliche Kontrolle	248
1. 100-prozentige Beteiligungen und einstimmiger Beschluss	
der Gesellschafterversammlung	248
a) Treuepflicht	248
b) Gleichbehandlungsgebot	249
2. Überstimmung von Minderheitsgesellschaftern	249
a) Treuepflicht	250
aa) Rechte der GmbH	250
(1) Anspruch auf Schadensersatz	250
(a) Anspruchsgrundlage	250
(b) Haftungsbegründender Tatbestand	251
(aa) Schuldverhältnis und Pflichtverletzung	251
(bb) Vertretenmüssen	252
(c) Haftungsausfüllender Tatbestand	254
(d) Aktivlegitimation und prozessuale Durchsetzung ...	255
(2) Anspruch auf Beseitigung und Unterlassen	256
bb) Rechte der überstimmten Gesellschafter	257
cc) Bindungswirkung treuwidriger Weisungen	258

(1) Nichtigkeit der Weisung	258
(2) Anfechtbarkeit der Weisung	259
(3) Ergebnis	259
b) Gleichbehandlungsgebot	259
3. Ergebnisse	261
III. Statutarische Kontrolle	262
1. Begründung statutarischer Kontrolle	262
a) Parallelen zum Beherrschungsvertrag	262
b) Auswirkungen im Einzelnen	263
aa) Ausgleichsanspruch	263
bb) Abfindungsanspruch	263
2. Inhaltliche Grenzen statutarisch vermittelter Weisungen	263
3. Ergebnisse	264
IV. Schuldvertragliche Kontrolle	264
1. Erneut: Relativität der Schuldverhältnisse	264
2. Anstellungsvertragliche Kontrolle	265
a) Abschluss des Anstellungsvertrags	265
b) Inhaltliche Grenzen anstellungsvertraglich vermittelter Weisungen	265
3. Gesellschaftervereinbarungen	266
a) Inhaltliche Grenzen des Weisungsrechts	266
b) Abfindungsanspruch	266
4. Atypische Beherrschungsverträge	267
a) Innergesellschaftliche Zuständigkeitsordnung	267
b) Abfindungsanspruch	267
5. Ergebnisse	268
§ 8 Zusammenfassung der Ergebnisse	269
I. Beherrschungsvertragliche Kontrolle	269
II. Mitgliedschaftliche Kontrolle	270
III. Statutarische Kontrolle	272
IV. Schuldvertragliche Kontrolle	273
§ 9 Schlussbetrachtung	275
Literaturverzeichnis	277
Register	299

§1 Anlass und Gegenstand der Untersuchung

I. Die steuerrechtliche Optimierung von Konzernstrukturen ist für die Unternehmenspraxis von zentraler Bedeutung. Durch seine Rechtsfolgen, die regelmäßig zu einer geringeren Ertragsteuerbelastung für die gesamte Unternehmensgruppe führen, prägt das Institut der körperschaftsteuerrechtlichen Organschaft seit beinahe einem Jahrhundert¹ die Gestaltung der rechtlichen Verhältnisse innerhalb des Gesellschaftsverbunds. Der steuersubjektübergreifende sofortige Gewinn- und Verlustausgleich innerhalb des Organkreises hängt von der erfolgreichen Anerkennung der Organschaftsstruktur ab. Die tatbestandlichen Voraussetzungen sind heute in der auf die Europäische Gesellschaft, die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien als Körperschaftsteuersubjekt zugeschnittenen Vorschrift des § 14 KStG geregelt. Sie waren in jüngerer Zeit immer wieder Änderungen durch den Gesetzgeber unterworfen. Durch das am 1.1.2001 in Kraft getretene Steuersenkungsgesetz² ist das Tatbestandsmerkmal der organisatorischen Eingliederung weggefallen. Seitdem erfolgt die Anerkennung der Organschaft im Körperschaftsteuerrecht unabhängig vom Abschluss eines Beherrschungsvertrags. Dadurch hat die ertragsteuerrechtliche Bedeutung der Beherrschung auf unternehmensvertraglicher Grundlage rapide abgenommen.³

¹ Für die Körperschaftsteuer stellte erstmals der RFH, Urt. v. 31.3.1922 – I A 10/22, RFHE 9, 167, 169, 171, die Organschaftsvoraussetzungen auf; zur historischen Entwicklung näher unter § 6 I. 2. b) aa).

² Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (Steuersenkungsgesetz – StSenkG) v. 23.10.2000, BGBl. I 2000, 1433 (Art. 3 Nr. 6 lit. b); in Kraft getreten am 1.1.2001 (Art. 19 Abs. 1).

³ Mit dem am 25.12.2001 in Kraft getretenen Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts (Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz – UntStFG) v. 20.12.2001, BGBl. I 2001, 3858 (Art. 4 Nr. 1, Art. 12 Abs. 1) ist die Änderung durch das Steuersenkungsgesetz auch für das Gewerbesteuerrecht umgesetzt worden. Gem. § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG verlangt demnach auch die gewerbesteuerrechtliche Organschaft ab dem Erhebungszeitraum 2002 (Art. 4 Nr. 5) keinen Abschluss eines Beherrschungsvertrags mehr. Die vorliegend nicht im Einzelnen zu untersuchende umsatzsteuerrechtliche Organschaft setzt indes gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG nach wie vor die organisatorische Eingliederung der Organgesellschaft in den Organträger voraus. Der BFH verlangt für die Erfüllung dieser Voraussetzung allerdings keinen Beherrschungsvertrag (BFH, Urt. v. 20.2.1992 – V R 80/85, BFH/NV 1993, 133; Urt. v. 28.1.1999 – V R 32/98, BStBl. II 1999, 258; Urt. v. 3.4.2008 – V R 76/05, BStBl. II 2008, 905, 908). Nach Auffassung der Finanzverwaltung führt der Abschluss des Beherrschungsvertrags indes regelmäßig zur organisatorischen Eingliederung in diesem Sinne, s.

Der Beherrschungsvertrag ist als aktienrechtliches Instrument der Unternehmenssteuerung gleichwohl erhalten geblieben. Deshalb rückt nunmehr die Frage nach dem gesellschaftsrechtlichen Kern des Beherrschungsvertrags in den Fokus. Je weniger gesellschaftsrechtlicher Gehalt dem Vertrag zukommt, desto eher lässt sich die Notwendigkeit seines Abschlusses sowie seiner Durchführung bestreiten. Sind die durch den Beherrschungsvertrag ausgelösten gesellschaftsrechtlichen Folgen in der Unternehmenswirklichkeit auch auf anderem Wege erreichbar, so wird sich der Beherrschungsvertrag in der Gestaltungspraxis gegenüber alternativen Instrumenten zur Ausübung konzerninterner Leitungsmacht behaupten müssen. Dies gilt in Anbetracht der Satzungsfreiheit im GmbH-Recht sowie der kraft Gesetzes bestehenden Weisungsbefugnis der Gesellschafterversammlung (§ 37 Abs. 1 GmbHG) in besonderem Maße für Beherrschungsverträge mit einer GmbH als abhängiger Gesellschaft. Sie kommt kraft ihrer Rechtsform nach Maßgabe des § 17 Abs. 1 Satz 1 KStG, wonach die Voraussetzungen der zentralen Norm des § 14 KStG vorliegen müssen, gleichermaßen als Organgesellschaft in Betracht. Das Organisationsrecht der GmbH erlaubt hier anders als dasjenige des Aktienrechts, das durch die prinzipiell satzungsfeste Weisungsfreiheit des Vorstands geprägt ist (§§ 76 Abs. 1, 23 Abs. 5 Satz 1 AktG), eine unmittelbare Einflussnahme des Gesellschafters auf die Geschäftsführung der GmbH auch ohne beherrschungsvertragliche Grundlage.⁴ Vor diesem Hintergrund wurde schon vor Inkrafttreten des Steuersenkungsgesetzes vertreten, dass es des Abschlusses eines Beherrschungsvertrags für die Anerkennung der körperschaftsteuerrechtlichen Organschaft nicht bedürfe, weil die organisatorische Eingliederung im Sinne des § 14 Nr. 2 Satz 1 KStG a.F.⁵ in aller Regel über das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung vermittelt werde.⁶ Aus diesem Grund kamen bereits nach damaliger Rechtslage

UStAE Abschn. 2.8 Abs. 10 Satz 4, eingefügt durch BMF-Schreiben v. 7.3.2013, BStBl. I 2013, 333. Ebenso *Lippross/Janzen*, S. 102; *Stadie*, § 2 Rn. 298; einschränkend *Korn*, in: Bunjes, § 2 Rn. 133; *Rogge*, DB 2013, 2768, 2770 f.

⁴ Zu den Grenzen schon *Hommelhoff*, S. 245 ff.; ferner *Kort*, S. 43 ff.

⁵ § 14 Nr. 2 KStG lautete: „Die Organgesellschaft muß von dem in Nummer 1 bezeichneten Zeitpunkt an ununterbrochen nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen des Organträgers eingegliedert sein. Die organisatorische Eingliederung ist stets gegeben, wenn die Organgesellschaft durch einen Beherrschungsvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 des Aktiengesetzes die Leitung ihres Unternehmens dem Unternehmen des Organträgers unterstellt oder wenn die Organgesellschaft eine nach den Vorschriften der §§ 319 bis 327 des Aktiengesetzes eingegliederte Gesellschaft ist. Der Beherrschungsvertrag muß zu Beginn des Wirtschaftsjahrs der Organgesellschaft, für das die organisatorische Eingliederung auf Grund des Vertrags erstmals bestehen soll, abgeschlossen sein und durchgeführt werden und bis zum Ende des folgenden Wirtschaftsjahrs wirksam werden.“ – Die Vorschrift geht in ihren Sätzen 1 und 2 zurück auf § 7a Abs. 1 Nr. 2 KStG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze v. 15.8.1969, BGBI. I 1969, 1182 (Art. 1 Nr. 3); in Kraft getreten am 20.8.1969 (Art. 7).

⁶ *Sonnenschein*, S. 184; *Verhoeven*, S. 126; ebenso *Hoffmann-Becking*, WiB 1994, 57, 58;

Zweifel an der Notwendigkeit des Beherrschungsvertrags auf.⁷ Auch losgelöst vom Steuerrecht wurde auf gesellschaftsrechtlicher Ebene einst im Rahmen der GmbHG-Reformbestrebungen in den 1970er Jahren lebhaft über die Notwendigkeit des Beherrschungsvertrags im GmbH-Recht sowie über wirkungsvolle Äquivalente⁸ diskutiert. Nachdem diese Debatte alsdann vorübergehend zur Ruhe gekommen war, entzündet sie sich nunmehr an dem Wegfall der ursprünglich auf § 14 Nr. 2 Satz 2 KStG a.F. beruhenden originär steuerrechtlichen Motivation für den Abschluss des Beherrschungsvertrags erneut.

Die Diskussion verschärfte sich anlässlich der im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP vom 26.10.2009 zur 17. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages angekündigten Prüfung der Einführung eines modernen Gruppenbesteuerungssystems anstelle der geltenden Organschaft.⁹ Aus dieser politischen Zielvereinbarung resultierte ein wissenschaftlicher Reformdiskurs, der die Abschaffung auch des Gewinnabführungsvertrags als Voraussetzung für die körperschaftsteuerrechtliche Organschaft zum Gegenstand hatte.¹⁰ Der Ruf nach der Streichung des Gewinnabführungsvertrags aus dem Tatbestand des § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG weckt in diesem Lichte grundsätzliche Bedenken an dem gesellschaftsrechtlichen Bedarf auch dieses Unternehmensvertrags.

Wolfgang Schön prophezeit in diesem Zusammenhang bereits einen „Abschied vom Vertragskonzern“¹¹. Karsten Schmidt spricht gar von einem bevorstehenden „Erdrutsch“¹², von einer möglichen „explosionsartigen Demontage des Konzernrechts“¹³ und hat die pointierte Frage gestellt, ob „unser ganzes Konzernrecht nicht ein hochgelehrter Firlefanz ist, den man möglicherweise völlig neu durchdenken muss“¹⁴. Ganz unabhängig vom Steuerrecht wies vor mehr als drei Dekaden schon Carl Hans Barz auf die Gemeinsamkeiten von Vertrags- und faktischem Konzern hin. Der Umstand, dass es keines Beherrschungsvertrags bedürfe, um eine GmbH dem Willen des Mehrheitsgesell-

Rehbinder, in: GmbH-Reform, S. 127, 147 f.; entsprechend zu § 7a Abs. 1 Nr. 2 KStG a.F. *Jurkat*, Rn. 356; a.A. *Emmerich*, in: Der GmbH-Konzern, S. 3, 21 = AG 1975, 285, 291.

⁷ *Rehbinder*, in: GmbH-Reform, S. 127, 147 f.; *Sonnenschein*, S. 184; ausführlich zur organisatorischen Eingliederung einer Aktiengesellschaft ohne Beherrschungsvertrag *Crezelius*, FS Kropff, S. 37, 40 ff.

⁸ Vgl. exemplarisch den Bericht über die Arbeitstagung der Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt am 11.12.1975, in: Der GmbH-Konzern, S. 175 ff.

⁹ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP vom 26.10.2009, S. 13 f. Im Internet etwa unter <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/koalitionsvertrag.pdf>.

¹⁰ Exemplarisch *IFSt-Arbeitsgruppe*, passim.

¹¹ *Schön*, ZHR 168 (2004), 629 ff.; s. auch *Wackerbarth*, Der Konzern 2005, 562: „nur noch eine Frage der Zeit, bis der Vertragskonzern seine Berechtigung vollständig verloren hat.“

¹² *K. Schmidt*, JbFfSt 2004/2005, S. 467.

¹³ *K. Schmidt*, JbFfSt 2004/2005, S. 468.

¹⁴ *K. Schmidt*, JbFfSt 2004/2005, S. 468; vgl. auch *dens.*, Gesellschaftsrecht, S. 497: „verfrühte Selbstherrlichkeit des Konzernrechts als Sondermaterie“.

schafters zu unterwerfen, nivelliere den Unterschied zwischen den beiden Konzernierungsformen.¹⁵ Spätestens jetzt, da der organschaftliche Anreiz zum Abschluss des Beherrschungsvertrags verschwunden ist, scheint es – mit den Worten Volker Beuthiens gesprochen – „an der Zeit, die geistigen Grundlagen des Vertragskonzernrechts neu zu überdenken“¹⁶. Daran knüpft diese Arbeit an. Sie geht von der Prämisse aus, dass das Gesellschaftsrecht zum Kernbestand des bürgerlichen Rechts gehört.¹⁷ Das legt es nahe, die rechtswissenschaftliche Entwicklung des Gesellschaftsrechts konsequent innerhalb des Koordinatensystems des bürgerlichen Rechts zu betreiben.¹⁸ In diesem Rahmen versucht die Untersuchung, einen Beitrag zur Rückführung des GmbH-Konzernrechts von einer an rechtsformfremde Spezialgesetze angelehnten und sich verselbständigten Materie¹⁹ auf tragende Prinzipien des Gesellschaftsrechts der GmbH sowie auf allgemeine Grundsätze des Zivilrechts zu leisten. Möglicherweise können diese als belastbares dogmatisches Fundament für das Recht der GmbH im Gesellschaftsverbund dienen.

II. Die vorliegende Arbeit ist weder rechtspolitischer Natur, noch soll an ihrem Ende ein konkreter Reformvorschlag an den Gesetzgeber stehen. Auch rechtsökonomische Aspekte bleiben bewusst ausgeklammert. Selbstverständlich wäre es wünschenswert, die im Gesellschaftsrecht noch am Anfang ihrer Entwicklung stehende ökonomische Analyse des Rechts für die vorliegende Themenstellung fruchtbar zu machen.²⁰ Die Komplexität der ökonomischen Analyse des Rechts verbietet es allerdings von vornherein, diese Rechtsdisziplin auf exkursorische Weise zu behandeln. Vielmehr wäre es geboten, ihr eine eigenständige Untersuchung zukommen zu lassen.²¹ Hier wird hingegen von einem positivistischen Ansatz auf der Grundlage der Dogmatik des geltenden Rechts ausgegangen und dessen ökonomische Interpretation außen vor gelassen.

Es muss Klarheit über die rechtliche Behandlung des Beherrschungsvertrags bestehen, bevor eine Antwort auf die Frage nach seiner Daseinsberechtigung

¹⁵ Barz, in: Hachenburg, 7. Aufl., § 13 Anh. II Rn. 30; zustimmend H. P. Westermann, in: Der GmbH-Konzern, S. 25, 32.

¹⁶ Beuthien, ZIP 1993, 1589, 1594.

¹⁷ Hüffer, FS Wadde, S. 387, 406.

¹⁸ S. dazu Hüffer, a.a.O., wonach nur auf diesem Weg die Weiterentwicklung des Gesellschaftsrechts gelingen werde.

¹⁹ Vgl. K. Schmidt, ZGR 2011, 108, 125.

²⁰ Nach Klöhn, AcP 216 (2016), 281, 284, hat die rechtsökonomische Forschung zum (Personen-) Gesellschaftsrecht „schlicht gar kein Verhältnis (...) aufgebaut“; s. aber umfassend Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 523 ff.; ferner Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön, passim; Tröger, FS H. P. Westermann, S. 1533 ff.

²¹ Zur Frage, inwieweit die ökonomische Analyse als Methode für das Gesellschaftsrecht heranzuziehen ist, vgl. die kontroverse Diskussion zum Referat von Klöhn (vorstehende Fn.) anlässlich der Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung e.V. 2015, Schirmer, AcP 216 (2016), 320 ff.

gegeben werden kann. Weil es an einer eigenständigen Kodifikation des GmbH-Konzernrechts fehlt, kommt bei der Bestimmung der normativen Grundlagen dieses Rechtsgebiets seit jeher der höchstrichterlichen Rechtsprechung besondere Bedeutung zu. Ein erster Blick auf die Judikatur zum GmbH-Konzern ohne beherrschungsvertragliche Basis zeigt, dass in ihr eine Tendenz zurück zu allgemeinen Regelungen zu beobachten ist. So stützte bereits das Reichsgericht seine Rechtsprechung auf die allgemeine Vorschrift des § 826 BGB, um aus einem Rechtsformmissbrauch eine Durchgriffshaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern herzuleiten.²² Auch die Haftung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft für Weisungen an den Geschäftsführer fußte nach Auffassung des BGH vor Inkrafttreten der heutigen konzernrechtlichen Vorschriften des Aktiengesetzes auf dieser Norm.²³ Als dann erkannte das Gericht die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht der Gesellschafter untereinander als Haftungsgrundlage an.²⁴ Dem spezifisch konzernrechtlichen Konzept des qualifiziert faktischen Konzerns²⁵ zur Haftung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft aus § 302 AktG analog und der Ausfallhaftung gegenüber den Gläubigern der vermögenslosen Gesellschaft aus § 303 AktG analog folgte eine GmbH-rechtliche Lösung in Gestalt der Existenzvernichtungshaftung²⁶, bis der II. Zivilsenat des BGH schließlich zum allgemeinen Privatrecht zurückfand. Nunmehr stützt er die Haftung des Gesellschafters für existenzvernichtende Eingriffe abermals auf § 826 BGB und versteht sie wieder als reine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft.²⁷

Der GmbH-Vertragskonzern hingegen unterliegt nach ständiger Rechtsprechung und heute²⁸ herrschender Meinung im Grundsatz einzelnen aktienrechtlichen Vorschriften der §§ 291 ff. AktG, die analog anzuwenden sein sollen. Er wird also überwiegend durch die entsprechende Anwendung spezialgesetzlicher Regelungen abgebildet, die in Ansehung einer anderen Gesell-

²² RG, Urt. v. 16.11.1937 – II 70/37, JW 1938, 862.

²³ BGH, Urt. v. 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258 (*Lufttaxi*).

²⁴ BGH, Urt. v. 5.6.1975 – II ZR 23/74, BGHZ 65, 15 (*ITT*).

²⁵ BGH, Urt. v. 16.9.1985 – II ZR 275/84, BGHZ 95, 330 (*Autokran*); Urt. v. 20.2.1989 – II ZR 167/88, BGHZ 107, 7 (*Tiefbau*); Urt. v. 23.9.1991 – II ZR 135/90, BGHZ 115, 187 (*Video*); Urt. v. 29.3.1993 – II ZR 165/91, BGHZ 122, 123 (*TBB*); dazu im Einzelnen unter § 2 II. 3. a) bb) (1).

²⁶ BGH, Urt. v. 17.9.2001 – II ZR 178/99, BGHZ 149, 10 (*Bremer Vulkan*); Urt. v. 25.2.2002 – II ZR 196/00, BGHZ 150, 61; Urt. v. 24.6.2002 – II ZR 300/00, BGHZ 151, 181 (*KBV*).

²⁷ BGH, Urt. v. 16.7.2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 (*Tribotel*); Urt. v. 28.4.2008 – II ZR 264/06, BGHZ 176, 204 (*Gamma*); Urt. v. 9.2.2009 – II ZR 292/07, BGHZ 179, 344 (*Sanitary*); Urt. v. 23.4.2012 – II ZR 252/10, BGHZ 193, 96; Urt. v. 24.7.2012 – II ZR 177/11, NJW-RR 2012, 1240; ebenso der IX. Zivilsenat des BGH, Urt. v. 13.12.2007 – IX ZR 116/06, DB 2008, 520; Urt. v. 21.2.2013 – IX ZR 52/10, DB 2013, 866; krit. dazu *M. Stöber*, ZIP 2013, 2295, 2296 ff.

²⁸ Anders aber noch in den 1980er Jahren *Würdinger*, § 70 III (S. 325); näher unter § 5 I. 2. b) bb) (1).

schaftsform geschaffen wurden. Deshalb herrscht größtenteils Einvernehmen, dass eine generelle entsprechende Anwendung²⁹ des geschriebenen Aktienkonzernrechts nicht möglich sei.³⁰ Bisweilen wird zwar betont, dass die Judikatur mit Recht für das Unternehmensvertragsrecht der GmbH erst dann auf das Aktiengesetz zurückgreife, wenn eine rein GmbH-rechtliche Lösung des Falls nicht möglich sei.³¹ In methodologischer Hinsicht müsse zunächst die Eignung des GmbH-Gesetzes einschließlich ungeschriebener Rechtsgrundsätze zur Anwendung auf die Unternehmensverbindung geprüft werden, bevor das Aktiengesetz in Betracht gezogen werden könne.³² Auf dieser Linie hat der BGH schon in seiner wegweisenden Supermarkt-Entscheidung vom 24.10.1988 für den Abschluss eines Unternehmensvertrags, der eine Beherrschung und Gewinnabführung zum Gegenstand hatte, insbesondere einen zustimmenden Beschluss der Gesellschafterversammlung der beherrschten GmbH gefordert. Auf diesen Beschluss seien die Vorschriften der §§ 53, 54 GmbHG über die Änderung des Gesellschaftsvertrags analog anzuwenden.³³ Der II. Zivilsenat des BGH hat seine Entscheidung insoweit nicht etwa auf §§ 293 Abs. 1, 294 AktG gestützt.³⁴ Für die Kündigung als *actus contrarius* zum Abschluss des Beherrschungsvertrags greift der BGH ebenso wenig auf das Aktienrecht zurück. Mit Urteil vom 31.5.2011 hat das Gericht die entsprechende Anwendung des § 297

²⁹ Der in diesem Zusammenhang gelegentlich verwendete Begriff der Gesamtanalogie (*Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Vor § 291 Rn. 7; *Koppensteiner/Schnorbus*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, § 52 Anh. Rn. 5; *Liebscher*, in: *MünchKommGmbHG*, § 13 Anh. Rn. 638; *Priester*, NZG 2012, 641, 642; *Vetter*, BB 1989, 2125, 2127) ist indessen in der Methodenlehre dadurch anderweitig belegt, dass unter ihm die Rechtsanalogie verstanden wird; dazu im Einzelnen *Larenz*, Methodenlehre, S. 383 ff.; *Looschelders/Roth*, S. 310 ff. Er sollte vorliegend vermieden werden, da hier eine Vielzahl von Einzelanalogien und nicht das Auffinden eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes im Sinne der Methode einer Rechtsanalogie gemeint ist; vgl. auch *Enneccerus/Nipperdey*, S. 340 Fn. 24.

³⁰ S. etwa *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Vor § 291 Rn. 7; *Halm*, NZG 2001, 728, 736; *Koppensteiner/Schnorbus*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, § 52 Anh. Rn. 5; *Liebscher*, in: *MünchKommGmbHG*, § 13 Anh. Rn. 638; *Priester*, ZGR 1996, 189, 202; *ders.*, NZG 2012, 641, 642; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1214; *Vetter*, BB 1989, 2125, 2127; *ders.*, ZIP 1995, 345, 348; anders aber wohl *Lutter/Hommelhoff*, Anh zu § 13 Rn. 43, wonach die aktienrechtlichen Vorschriften „im Zweifel“ und von sehr wenigen Ausnahmen abgesehen „ganz allgemein analog“ anzuwenden seien; dementsprechend verfährt auch *Kropff*, FS Semler, S. 517, 523 ff. Noch anders *v. Wallis*, S. 27, der meint, als abhängige Gesellschaft eines Beherrschungsvertrags komme allein die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien in Betracht und alle anderen Unternehmensformen schieden aus; so auch LAG Berlin AG 1996, 140, 142. Vgl. dann aber andererseits *v. Wallis*, S. 39, wonach an Unternehmenszusammenschlüssen Unternehmen aller Rechtsformen beteiligt sein könnten und die Vorschriften des Aktiengesetzes auf die GmbH übertragen werden dürften; ebenso *ders.*, S. 145.

³¹ *Casper*, in: *Ulmer/Habersack/Winter*, Anh. § 77 Rn. 175; *Liebscher*, in: *MünchKommGmbHG*, § 13 Anh. Rn. 640; *Priester*, ZGR 1996, 189, 201 ff.

³² *Casper*, in: *Ulmer/Habersack/Winter*, Anh. § 77 Rn. 9.

³³ BGH, Beschl. v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 338 ff.

³⁴ Krit. daher *Kropff*, FS Semler, S. 517, 524.

Abs. 2 Satz 1 AktG abgelehnt und den Gesellschafterbeschluss über die ordentliche Kündigung der beherrschten GmbH als innergesellschaftlichen Organisationsakt angesehen, der nach dem GmbH-Recht zu behandeln sei.³⁵

Diese Entscheidungen reichen aber nicht aus, um der Rechtsprechung generell eine Neigung zu einer GmbH-rechtlichen Behandlung des GmbH-Vertragskonzerns frei von jeder aktienrechtlichen Wertung attestieren zu können. Vielmehr zeigt sich die Judikatur noch immer vom Aktienrecht beeindruckt.³⁶ Trotz der Befürwortung der Anwendung der §§ 53, 54 GmbHG weist der BGH bereits im Supermarkt-Beschluss in diese Richtung, indem er den Beherrschungsvertrag zwischen zwei GmbHs als Unternehmensvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 AktG bezeichnet³⁷ und vor allem auf den Zustimmungsbeschluss der herrschenden Gesellschaft die Vorschrift des § 293 Abs. 2 AktG³⁸ sowie diejenige des § 294 Abs. 1 Satz 2 AktG³⁹ expressis verbis „entsprechend“ anwendet. Im Hinblick auf § 293 Abs. 2 AktG nimmt das Gericht zwar eine vergleichsweise ausführliche Prüfung der Analogievoraussetzungen vor.⁴⁰ Von dieser Entscheidung abgesehen wird der Analogieschluss durch die Rechtsprechung aber mitunter vorschnell gezogen sowie im Hinblick auf die Voraussetzungen der Analogie – wenn überhaupt⁴¹ – nur kurz begründet.⁴² Anders als heute im Recht des faktischen Konzerns lässt sich der BGH für das Recht des Vertragskonzerns bisweilen durch die Regelungen der §§ 291 ff. AktG verleiten, von einer anderen Lösung abzusehen.⁴³ So hat der II. Zivilsenat in der Familienheim-Entscheidung vom 14.12.1987 ohne Weiteres von den „entsprechend anwendbaren §§ 291 ff. AktG“⁴⁴ gesprochen, ohne den Vorrang des GmbH-Rechts hervorzuheben. Möglicherweise ist dies der Grund dafür, dass sich in der Rechtsprechung der Instanzgerichte der Grundsatz, dass von den GmbH-rechtlichen Vorschriften auszugehen ist, noch nicht durchgesetzt hat. Das OLG München versteht den BGH insbesondere wegen eben dieser Entscheidung so,

³⁵ BGH, Urt. v. 31.5.2011 – II ZR 109/10, BGHZ 190, 45, 50.

³⁶ So auch schon *Kropff*, FS Semler, S. 517, 522.

³⁷ BGH, Beschl. v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 330.

³⁸ BGH, Beschl. v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 336.

³⁹ BGH, Beschl. v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 343.

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 335 ff.

⁴¹ Ohne Begründung etwa OLG Nürnberg, Urt. v. 9.6.1999 – 12 U 4408/98, NZG 2000, 154 (zu § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG); OLG Jena, Urt. v. 21.9.2004 – 8 U 1187/03, AG 2005, 405 f. (zu § 302 Abs. 1 AktG unter Verweis auf die herrschende Meinung).

⁴² BGH, Urt. v. 14.12.1987 – II ZR 170/87, BGHZ 103, 1, 6 (*Familienheim*); s. ferner BGH, Beschl. v. 30.1.1992 – II ZB 15/91, NJW 1992, 1452 f. (*Siemens*) zu § 293 Abs. 3 Satz 6 AktG (a.F.) und zu § 293 Abs. 2 AktG analog; dazu die Kritik von *Vetter*, AG 1993, 168, 169 ff.

⁴³ Vgl. dazu *Kübler*, FS Heinsius, S. 397, 424, unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 5.6.1975 – II ZR 23/74, BGHZ 65, 15 (*ITT*): „Die Erfahrung zeigt, daß die Rechtsprechung zum ‚GmbH-Konzern‘ dort am erfolgreichsten ist, wo sie sich von den allgemeinen Grundsätzen des Gesellschaftsrechts leiten lässt.“

⁴⁴ BGH, Urt. v. 14.12.1987 – II ZR 170/87, BGHZ 103, 1, 6.

dass die §§ 291 ff. AktG entsprechend anzuwenden seien und nur ausnahmsweise, wenn sich „für die GmbH nicht typische Rechtszustände“ ergeben würden, von der Analogie Abstand zu nehmen sei.⁴⁵ Auf diesem Wege gelangt das Gericht mangels entgegenstehender „Eigenarten des GmbH-Rechts“ zur analogen Anwendung von § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG.⁴⁶ Der Analogieschluss wird damit zum Grundsatz, das GmbH-Recht zur Ausnahme.⁴⁷ Das OLG Oldenburg geht noch weiter und meint, die §§ 293 ff. AktG seien „nach allgemeiner Ansicht“ jedenfalls auf den Abschluss und die Folgen des Vertrags analog anzuwenden.⁴⁸

Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der entsprechenden Anwendung des Aktienrechts lässt mitunter die Darlegung von Gründen für den Analogieschluss gleichermaßen vermissen.⁴⁹ Dazu hat Werner Flume festgestellt, die Literatur habe „auch nichts weiter erbracht als die Behauptung der analogen Anwendbarkeit des Aktienrechts“⁵⁰. Zudem verneinen diejenigen Autoren, die sich näher mit der Prüfung der Analogievoraussetzungen auseinandersetzen, deren Vorliegen meistens.⁵¹

III. Ungeachtet der Gegenstimmen ist der Rückgriff auf das Aktienrecht gebräuchlich. Will man untersuchen, inwieweit das Vertragskonzernrecht der GmbH durch nicht spezialgesetzliche Regelungen erfasst oder durch andere Institute ersetzt werden kann, bedarf es daher einer genauen Analyse, ob die entsprechende Anwendung des Aktienkonzernrechts verbindlich ist. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Analogieschluss zu den Vorschriften der §§ 291 ff. AktG auf Gewohnheitsrecht beruht. Insoweit kommt den allgemeinen Rege-

⁴⁵ OLG München (31. Zivilsenat), Beschl. v. 16.3.2012 – 31 Wx 70/12, ZIP 2012, 870 unter Zitierung von BGH NJW 1988, 1326, 1327 (= BGHZ 103, 1, 6 [*Familienheim*]) und BGH NJW-RR 2011, 1117 (= BGHZ 190, 45); bestätigt durch OLG München (7. Zivilsenat), Urt. v. 20.11.2013 – 7 U 5025/11, Der Konzern 2014, 270, 275; in diesem Sinne im Ausgangspunkt auch OLG Zweibrücken, Beschl. v. 29.10.2013 – 3 W 82/13, GmbHR 2014, 251, 253 m. Anm. *Priester*; ebenso *Lutter/Hommelhoff*, Anh zu § 13 Rn. 43.

⁴⁶ OLG München, Beschl. v. 16.3.2012 – 31 Wx 70/12, ZIP 2012, 870; im Ergebnis bestätigt durch BGH, Urt. v. 16.6.2015 – II ZR 384/13, BGHZ 206, 74.

⁴⁷ *Priester*, NZG 2012, 641, 642, bezeichnet diese Methode – in der Sache ablehnend – treffend als „prinzipielle Analogie“.

⁴⁸ OLG Oldenburg, Urt. v. 23.3.2000 – 1 U 175/99, NZG 2000, 1138, 1139.

⁴⁹ Keine Begründung etwa bei *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 32 Rn. 36; *Raiser/Veil*, § 62 Rn. 53.

⁵⁰ *Flume*, DB 1989, 665, 666 f.

⁵¹ Vgl. dazu *Bitter*, ZIP 2001, 265, 270 f.; *ders.*, ZHR 168 (2004), 302, 305 f. Fn. 9; *ders.*, WM 2001, 2133, 2135; *ders.*, S. 348 ff., 386 ff. (dort zur Personengesellschaft); *Ehricke*, FS Immenga, 2004, S. 537 ff.; *ders.*, S. 430 ff.; *Oetker*, KTS 1991, 521, 536 ff.; *Peltzer*, GmbHR 1995, 15, 17; *Verhoeven*, S. 137 f.; *Vetter*, AG 1993, 168, 169 ff.; *ders.*, BB 1989, 2125, 2127 ff.; *Wilhelmi*, S. 153 f.; allgemeiner *Kübler*, FS Heinsius, S. 397, 424; gänzlich ablehnend *Korff*, GmbHR 2009, 243, 246.

lungen je nach Konkurrenzverhältnis allenfalls neben dem Gewohnheitsrecht Bedeutung zu. Ferner fragt es sich, ob der Gesetzgeber den Beherrschungsvertrag für das GmbH-Recht in dem Sinne anerkannt hat, dass ein Rückgriff auf das Aktienrecht zwingend ist, weil das Gesetz es so vorschreibt. Eine derartige gesetzliche Anerkennung könnte durch die Schaffung des § 30 Abs. 1 Satz 2 Var. 1 GmbHG in der Fassung des MoMiG⁵² zum Ausdruck gekommen sein, nach dessen Wortlaut die GmbH-rechtliche Kapitalerhaltungsvorschrift des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entsprechend der Durchbrechung des Einlagenrückgewährverbots im Aktienrecht (§§ 57 Abs. 1 Satz 3 Var. 1, 291 Abs. 3 AktG) bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags im Sinne des § 291 AktG nicht gilt. In neueren Dissertationen findet sich diese Auffassung.⁵³ Darüber hinaus wird sogar die Frage aufgeworfen, ob die aktienrechtlichen Vorschriften zum Vertragskonzern nunmehr nicht analog, sondern unmittelbar auf die GmbH anwendbar sind.⁵⁴

Wenn sich die Verbindlichkeit aktienrechtlicher Regeln für die beherrschungsvertraglich gebundene GmbH feststellen lässt, ist das zu akzeptieren. Dies könnte ein Ergebnis sein, das der Rechtssicherheit zuträglich ist. Denn dann sind die Zweifel an der Rechtsgrundlage ausgeräumt und das Vertragskonzernrecht der GmbH ist notwendigerweise auf dem geltenden, durch Rechtsprechung und Wissenschaft bereits konkretisierten Aktienrecht aufzubauen. Andernfalls eröffnet sich das Feld für eine Untersuchung, die eine Lösung über allgemeine Regelungen zu finden versucht. Die Weichen für die vorliegende Arbeit stellt folglich die Antwort auf die Frage nach der normativen Geltung des aktienrechtlichen Konzernrechts für die GmbH. Eine Konkretisierung des Untersuchungsgegenstands kann deshalb erst nach der Erkenntnis über die Verbindlichkeit des Rückgriffs auf das Aktienrecht erfolgen.

IV. Entsprechende Überlegungen können für die Ergebnisverwendung im GmbH-Konzern angestellt werden. Für die Aktiengesellschaft ist gem. § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG vorgesehen, dass diese sich vertraglich zur Abführung ihres ganzen Gewinns an ein anderes Unternehmen verpflichten kann. Der dieser Verpflichtung zu Grunde liegende Gewinnabführungsvertrag ist allein im Aktiengesetz näher geregelt. Die Frage nach der Analogie im GmbH-Konzern stellt sich demnach gleichermaßen. Körperschaftsteuerrechtlich ist der Gewinnabführungsvertrag trotz der durch die eingangs bereits angesprochene Prüfungsankündigung im Koalitionsvertrag vom 26.10.2009⁵⁵ ausgelösten zahlreichen

⁵² Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.10.2008, BGBl. I 2008, 2026; in Kraft getreten am 1.11.2008 (Art. 25).

⁵³ So namentlich *Zahrte*, S. 169 f.; vgl. ferner *Gärtner*, S. 103 ff.; *Jülch*, S. 303 ff.

⁵⁴ *Zahrte*, a.a.O. (ablehnend).

⁵⁵ S. oben § 1 Fn. 9.

Reformvorschläge⁵⁶ auch nach Inkrafttreten der sog. kleinen Organschaftsreform⁵⁷ im Jahr 2013 noch immer Voraussetzung der körperschaftsteuerrechtlichen Organschaft. Für den Fall, dass der Rückgriff auf das Aktienrecht auch hier nicht normativ geboten ist, verdient aus gesellschaftsrechtlicher Sicht die Fragestellung Beachtung, wie sich die Gewinnabführung im GmbH-Konzern ohne Rückgriff auf das Aktienrecht darstellt.⁵⁸ Sollte sich der Gesetzgeber dazu durchringen, de lege ferenda nach der organisatorischen Eingliederung auch den Gewinnabführungsvertrag als Voraussetzung der Organschaft abzuschaffen, wird die Bedeutung der Thematik unweigerlich zunehmen.⁵⁹ Derzeit ist eine derartige Entwicklung allerdings nicht abzusehen. Wie noch zu zeigen sein wird, hat es vielmehr den Anschein, dass der Gewinnabführungsvertrag jedenfalls mittelfristig als Organschaftsvoraussetzung Bestand haben wird.⁶⁰ Aus diesem Grund liegt der Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung nicht auf der Ergebnisverwendung, sondern auf der Beherrschung der GmbH.

V. Auf europäischer Ebene ist zu beobachten, dass die Entwicklung des Rechts verbundener Gesellschaften derzeit erneut auf die Agenda der Europäischen Kommission gelangt ist. Nach dem Scheitern des überarbeiteten⁶¹ Vorentwurfs für die sog. Konzernrechtsrichtlinie⁶² in den 1980er Jahren, die eine umfassende Konzernrechtsvereinheitlichung vorsah, hatte sich der europäische Gesetzgeber dieser Thematik lange Zeit nicht angenommen. Anknüpfend insbesondere an die Vorarbeiten der von der Kommission eingerichteten High Level Group of Company Law Experts⁶³ sowie der Reflection Group on the Future of EU

⁵⁶ *IFSt-Arbeitsgruppe*, passim, mit Hinweisen auf weitere Reformmodelle im Anhang II (S. 95 ff.).

⁵⁷ Gesetz zur Änderung und Vereinfachung der Unternehmensbesteuerung und des Reisekostenrechts v. 20.2.2013, BGBl. I 2013, 285; insoweit in Kraft getreten am 26.2.2013 (Art. 6).

⁵⁸ Vgl. schon *Emmerich*, in: *Der GmbH-Konzern*, S. 3, 21 = AG 1975, 285, 291, wonach der Gewinnabführungsvertrag sowohl bei der Aktiengesellschaft als auch bei der GmbH „vollauf entbehrlich“ sei; ähnlich *Sonnenschein*, S. 436: „Er wäre vollends überflüssig, wenn ihn nicht das Steuerrecht zum (ebenfalls entbehrlichen) gesetzlichen Tatbestandsmerkmal der körperschaftsteuerrechtlichen Organschaft gemacht hätte.“

⁵⁹ Vgl. zur entsprechenden Entwicklung in Österreich etwa *Kalss*, ZHR 171 (2007), S. 146, 151 m.w.N.

⁶⁰ Dazu deutlich *Seer*, GmbHR 2014, 505: „Wie positioniert sich die Große Koalition III zu den Grundfragen der Unternehmensbesteuerung? Die Antwort ist einfach: Gar nicht!“

⁶¹ Vgl. schon zuvor den Vorentwurf von 1974/1975 (I. Teil, Az. XI/328/74–D; II. Teil, Az. XI/539/75–D), abgedruckt bei *Lutter*, S. 187 ff.

⁶² Vorschlag für eine neunte Richtlinie auf der Grundlage von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des EWG-Vertrages über die Verbindungen zwischen Unternehmen insbesondere über Konzerne, Az. III/1639/84, abgedruckt in ZGR 1985, 446 ff.

⁶³ Dazu Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe v. 4.11.2002, im Internet unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf.

Company Law⁶⁴ und an eine von der Kommission im Jahr 2012 durchgeführte öffentliche online-Konsultation⁶⁵ hat sie am 12.12.2012 einen Aktionsplan⁶⁶ veröffentlicht, der mit der Einführung von Regelungen über sog. related party transactions⁶⁷ und der geplanten EU-weiten Anerkennung des Begriffs des Gruppeninteresses auch das Konzernrecht berührt.

Der Aktionsplan geht insoweit auf die Empfehlungen der High Level Group of Company Law Experts sowie der Reflection Group on the Future of EU Company Law zurück, als ein umfassendes Konzernrecht auf europäischer Ebene nicht (mehr) angestrebt wird. So hatte bereits die High Level Group of Company Law Experts im Jahre 2002 die Position bezogen, dass eine Wiederaufnahme der Arbeiten an der Konzernrechtsrichtlinie nicht gewünscht sei.⁶⁸ Auf eben dieser Linie liegt der Report of the Reflection Group on the Future of EU Company.⁶⁹ Auch die öffentliche Konsultation hat gezeigt, dass einem umfassenden EU-Rechtsrahmen für Unternehmensgruppen in der Praxis mit Vorsicht begegnet wird.⁷⁰

Damit bleibt es im Hinblick auf die europäische Gesetzgebung voraussichtlich bis auf Weiteres dabei, dass Regularien für die Unternehmensgruppe weiterhin ganz überwiegend aus dem allgemeinen Gesellschaftsrecht gewonnen werden können. Bezeichnenderweise hat denn auch eine unter der Bezeichnung Forum Europaeum on Company Groups organisierte unabhängige Experten-Gruppe, der Wissenschaftler und Praktiker aus verschiedenen EU-Staaten sowie der Schweiz angehören, kürzlich ihren Standpunkt unterstrichen, dass eine spezifische konzernrechtliche Regelung auf europäischer Ebene nicht benötigt und eine umfassende Gesamtregelung für die Unternehmensgruppe keinesfalls erstrebenswert sei. Vielmehr unterliege die Unternehmensgruppe dem natio-

⁶⁴ Report of the Reflection Group on the Future of EU Company law v. 5.4.2011, im Internet unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf.

⁶⁵ Vgl. dazu das Feedback Statement der Kommission vom 17.6.2012, im Internet unter http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback_statement_en.pdf.

⁶⁶ Aktionsplan: Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagierte Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen v. 12.12.2012, COM(2012), 740 final.

⁶⁷ Umgesetzt durch den Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Einbeziehung der Aktionäre sowie der Richtlinie 2013/34/EU in Bezug auf bestimmte Elemente der Erklärung zur Unternehmensführung, COM(2014), 213 final (Erwägungsgrund 19, Art. I (4), Art. 9c); dazu im Einzelnen etwa *Bungert/de Raet*, Der Konzern 2015, 289 ff.; *Drygala*, AG 2013, 198, 206 ff.; *Teichmann*, AG 2013, 184, 188.

⁶⁸ Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe (§ 1 Fn. 63), S. 94.

⁶⁹ Ebd. (§ 1 Fn. 64), S. 59 ff.

⁷⁰ Feedback Statement (§ 1 Fn. 65), S. 12; darauf weist die Kommission im Aktionsplan 2012 (§ 1 Fn. 66), S. 17, ausdrücklich hin.