



Reto M. Woodtli

Vermögensbindung und Geschäftsleitung im Vertragskonzern

Die Leitung der beherrschungs-
und gewinnabführungsvertraglich
gebundenen Aktiengesellschaft
unter Geltung des MoMiG



Einleitung

Das Recht der Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Form, die es durch das AktG 1965 gefunden hat, gilt als eine relativ unproblematische Materie.¹ Nachdem sich die wissenschaftliche Literatur in den Jahren nach der Kodifikation des Konzernrechts durch das AktG 1965² intensiv mit den damals neuen Regelungen auseinandergesetzt hatte,³ galten die grundsätzlichen Fragen als im Wesentlichen geklärt. Abgesehen von einigen grundlegenden Arbeiten zur Entwicklung eines Konzernorganisationsrechts, die sich als solche aber gerade nicht spezifisch mit Problemen der Unternehmensverträge befassten,⁴ konzentrierte sich die wissenschaftliche Diskussion auf offengebliebene Einzelfragen.⁵ Wesentlich zu diesem Setzungsprozess trug bei, dass die Rechtsmaterie, abgesehen von dem mit streitträchtigen Fragen der Unternehmensbewertung belasteten Bereich der Ausgleichs- und Abfindungszahlungen nach §§ 304, 305 AktG, forensisch offensichtlich kaum Probleme aufwarf.⁶ Der Abschluss eines

1 Vgl. bspw. die Beurteilung von *Decher*, ZHR 171 (2007), 126, 138 f.

2 Zur geschichtlichen Entwicklung bis zum AktG 1965 s. eingehend *Altmeyden* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel, Bd. 2, 23. Kap. Rn 7 ff. (S. 1032 ff.) sowie *ders.* in *MünchKommAktG*, Einl. §§ 291 ff. Rn. 10 ff.; *Knoblau*, Leitungsmacht, S. 20 ff.

3 Vgl. nur *Gebler*, DB 1965, 1691; *ders.*, DB 1965, 1729; *ders.*, DB 1966, 215; *ders.*, FS Ballerstedt, 1975, S. 219; *ders.*, ZHR 140 (1976), 433; *ders.*, FS Beitzke, 1979, S. 923; *Kropff*, BB 1965, 1281; *Meilicke*, FS Hirsch, 1968, S. 99; *Mestmäcker*, FG Kronstein, 1967, S. 129; *Möhring*, NJW 1967, 1; *Mutze*, AG 1967, 215; *Beuthien*, DB 1969, 1781; *Clemm*, ZHR 141 (1977), 197; *Bälz*, FS Raiser, 1974, S. 287; *Ballerstedt*, ZHR 137 (1973), 388; *Immenga*, ZHR 140 (1976), 301; aus der monographischen Literatur *Straßberger*, Der Beherrschungsvertrag in der Aktienrechtsreform, 1965; *Bachelin*, Der konzernrechtliche Minderheitenschutz, 1969; *Knoblau*, Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages, 1971; *Schauß*, Das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages (§ 308 AktG), 1973; *Sonnenschein*, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, 1976; *Praël*, Eingliederung und Beherrschungsvertrag als körperschaftliche Rechtsgeschäfte, 1978; *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982; *Glaser*, Grenzen des Weisungsrechts im Vertragskonzern, 1982; *Kantzas*, Das Weisungsrecht im Vertragskonzern, 1988.

4 Vgl. *Lutter*, FS Westermann, 1974, S. 347; *ders.*, FS Stimpel, 1985, S. 825; *U. H. Schneider* in *Mestmäcker/Behrens*, Das Gesellschaftsrecht der Konzerne, S. 563, 568 ff.; *ders.*, BB 1981, 249; *ders.*, FS Lutter, 2000, S. 1193; *Timm*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, 1980; speziell zu den Unternehmensverträgen des AktG dagegen *Veil*, Unternehmensverträge, 2003.

5 Exemplarisch aus der monographischen Literatur *Exner*, Beherrschungsvertrag und Vertragsfreiheit, 1984; *Pentz*, Die Rechtsstellung der Enkel-AG in einer mehrstufigen Unternehmensverbindung, 1994; *Grüner*, Die Beendigung von Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen, 2001; *Voigt*, Haftung aus Einfluß auf die Aktiengesellschaft (§§ 117, 309, 317 AktG), 2004; *Berthold*, Unternehmensverträge in der Insolvenz, 2004.

6 Der BGH hat sich nur in einer Handvoll von Urteilen mit den Unternehmensverträgen des § 291 Abs. 1 S. 1 AktG auseinandersetzen müssen, vgl. insbesondere BGHZ 119, 1 =

Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags i.S.d. § 291 Abs. 1 S. 1 AktG wird daher weithin als die „sauberste Lösung“ der Konzernierung einer Aktiengesellschaft angesehen: Die Verfolgung von „Konzerninteressen“ zum Nachteil der Gesellschaft durch die Konzernmutter wird auf eine rechtlich gesicherte Basis gestellt, während im Gegenzug die dadurch beeinträchtigten Belange der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger einem gesonderten gesetzlichen Schutz unterstellt werden.⁷

Kein derartiger Setzungsprozess hat demgegenüber im Recht des faktischen Konzerns (§§ 311-318 AktG) stattgefunden. Aus dem Spannungsverhältnis zwischen einer präsumtiv die Konzernleitung privilegierenden Gestattung von Einflussnahmen einerseits und dem Fehlen spezieller Sicherungssysteme für Gläubiger und außenstehende Aktionäre andererseits ergibt sich vielmehr bis heute ausreichend Konfliktstoff für eine intensiv geführte Diskussion über Möglichkeiten und Grenzen faktischer Konzernierung, in der selbst über grundsätzliche Wertungen und Begriffe bislang keine Einigkeit erzielt werden konnte.⁸

Aufgrund seiner offensichtlichen Bewährung war das Vertragskonzernrecht seit seiner Kodifikation 1965 nicht mehr Gegenstand grundlegender gesetzgeberischer Reformen. Eine größere Änderung erfolgte lediglich im Zuge der Reform des Umwandlungsrechts, durch die die Berichts- und Prüfungspflichten bei Abschluss von Unternehmensverträgen erweitert und an das neue Umwandlungsrecht angepasst wurden.⁹ Im Übrigen beschränkte sich die gesetzgeberische Aktivität auf redaktionelle Anpassungen und nachvollziehende Umsetzungen von Reformen an anderer Stelle.¹⁰

NJW 1992, 2760 (Asia/BBC); BGHZ 122, 211 = NJW 1993, 1976 (Schubert & Salzer); BGHZ 138, 136 = NJW 1998, 1866 (Asia/BBC II); BGHZ 142, 382 = NJW 2000, 210.

7 Vgl. E. Vetter, ZHR 171 (2007), 342, 374 f.; Decher, ZHR 171 (2007), 126, 138 f.; Veil in Spindler/Stilz, Vor § 291 Rn. 4; vgl. allerdings auch die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens geäußerte Kritik *Flumes* an der Beibehaltung des Beherrschungsvertrags neben der neugeschaffenen Eingliederung, *Flume*, Gesammelte Schriften, Bd. 2, S. 123, 155.

8 Dazu näher unten S. 44 ff.

9 §§ 293 a bis 293 g, eingefügt durch Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts vom 28. 10. 1994, BGBl. I S. 3210.

10 I.E. waren dies die Einfügung des § 294 Abs. 1 S. 1, 2. Halbs. AktG zur Erleichterung der Eintragung von Teilgewinnabführungsverträgen durch das Gesetz über elektronische Register vom 10. 12. 2001, BGBl. I S. 3422; die Änderung der Bezeichnung „freien Rücklagen“ in „anderen Gewinnrücklagen“ in § 302 Abs. 1 AktG durch das Bilanzrichtlinien-Gesetz vom 19. 12. 1985, BGBl. I S. 2355; die Anpassung der §§ 302 Abs. 3 S. 2, 303 Abs. 2, 309 Abs. 3 S. 2, Abs. 4 S. 5 AktG an die Terminologie der InsO durch das EG-InsO vom 5. 10. 1994, BGBl. I S. 2911; die Einfügung des § 302 Abs. 4 AktG infolge der Neuregelung der Verjährungsvorschriften des BGB im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung durch das Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9. 12. 2004, BGBl. I S. 3214 sowie die Anpassung der §§ 302 Abs. 3 S. 1, Abs. 4, 303 Abs. 1 S. 1 AktG an den neugefassten § 10 HGB durch das EHUG vom 10. 11. 2006, BGBl. I S. 2553.

Im Rahmen der Reform des GmbH-Rechts 2008¹¹ hat der Gesetzgeber nunmehr, ohne dass dem erkennbare theoretische Vorarbeiten vorangegangen wären, das Recht der Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge an zentraler Stelle des AktG punktuell, nämlich in Hinblick auf die Geltung der Kapitalerhaltungsregelungen der §§ 57, 58, 60 AktG geändert.¹² Eine Analyse der Auswirkungen dieser punktuellen Änderung auf das Regelungsgefüge der §§ 291 ff. AktG zwingt zunächst zu einer Beschäftigung mit Wesen und Umfang der Vermögensbindung in der unverbundenen Aktiengesellschaft sowie ihrem Verhältnis zu den Grundsätzen ordnungsgemäßer Geschäftsleitung in dieser.¹³ Auf dieser Grundlage kann in der Folge untersucht werden, welche grundsätzliche Bedeutung die Gesetzesänderung für das Recht des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags hat,¹⁴ so dass schließlich die Vermögensbindung und Geschäftsleitung in der vertraglich beherrschten und gewinnabführungspflichtigen Aktiengesellschaft im Einzelnen dargestellt werden kann.¹⁵

11 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. 10. 2008, BGBl. I S. 2026.

12 Dazu i.E. S. 5 ff.

13 Dazu unten S. 18 ff.

14 Unten S. 64 ff.

15 Dazu unten S. Fehler: Referenz nicht gefunden ff. zum Gewinnabführungs- und S. 153 ff. zum Beherrschungsvertrag.