

MICHAEL INHESTER/CHRISTIAN TÖNIES

Abschluss und Beendigung von Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Konzern im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen

I. Unternehmensverträge als gesellschaftsrechtliche Organisationsverträge

1. Merkmale eines Unternehmensvertrags

§ 291 Abs. 1 Satz 1 AktG bezeichnet Unternehmensverträge als Verträge, durch die eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt (Beherrschungsvertrag) oder sich verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen (Gewinnabführungsvertrag). Demgegenüber ist der Begriff „Unternehmensvertrag“ selbst nicht legaldefiniert. Vom Gesetzgeber wurde die Bezeichnung „Unternehmensvertrag“ ausgewählt, weil die Vertragsarten gemäß den §§ 291, 292 AktG Einfluss auf die jeweilige Struktur der beteiligten Unternehmen haben, etwa durch die Unterstellung unter eine fremde Leitung oder die Abführung des eigenen Gewinns.¹ Neben dem Beherrschungs- und dem Gewinnabführungsvertrag kennt das Gesetz gemäß § 292 Abs. 1 AktG weitere Arten von Unternehmensverträgen. Diese sind die Gewinngemeinschaft, der Teilgewinnabführungsvertrag, der Betriebspachtvertrag sowie der Betriebsüberlassungsvertrag.²

Wegen der erheblichen Eingriffe in die Struktur der jeweils beteiligten Gesellschaften werden die in den §§ 291, 292 AktG genannten Unternehmensverträge nicht als schuldrechtliche Austauschverträge, sondern als gesellschaftsrechtliche Organisationsverträge angesehen, die „satzungsgleich den rechtlichen Status der Gesellschaft“ ändern. So verwendet die Gesellschaft im Falle eines Gewinnabführungsvertrages ihren Gewinn nicht mehr für eigene Investitionen oder zur Ausschüttung an ihre Anteilseigner, sondern führt ihn an den anderen Vertragsteil ab; das Gewinnbezugsrecht ihrer Anteilseigner ruht. Im Falle eines Beherrschungsvertrages wird die Weisungskompetenz auf den anderen Vertragsteil verlagert. Der Preis der vertraglich vereinbarten „Fusion“ ist die Durchbrechung der Haftungsbeschränkung: Weil sich die untergeordnete Gesellschaft den Weisungen des anderen Vertragsteils unterwirft (Beherrschungsvertrag) beziehungsweise an diesen ihr Ergebnis abführt (Gewinnabführungsvertrag) und sich damit

¹ Kropff, Aktiengesetz, Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs und Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, 1965, S. 376; Mues, RNotZ 2005, 1 (2).

² Vgl. zur Übersicht Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, SchlAnhKonzernR R.n. 27.

ihrer Selbständigkeit weitgehend begibt, ist der andere Vertragsteil gemäß § 302 AktG verpflichtet, für die Verluste der untergeordneten Gesellschaft einzustehen.³ Gemeinsamkeit der Unternehmensverträge ist, dass mindestens ein Vertragspartner sich wesentlicher Elemente seiner Selbständigkeit begibt mit der Folge, dass die Verfassung der Gesellschaft berührt wird.⁴

Der Abschluss von Unternehmensverträgen ist in Deutschland in Konzernstrukturen gängige Praxis. In der überwiegenden Anzahl der Fälle sind allerdings nicht zwei Aktiengesellschaften über einen Gewinnabführungsvertrag verbunden, sondern eine Aktiengesellschaft mit einer GmbH oder eine GmbH mit einer anderen GmbH. Ein kodifiziertes Konzernrecht für die GmbH existiert bislang nicht. Werden die Anteile an einer in einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag eingebundenen Gesellschaft in der Rechtsform der GmbH veräußert, stellt sich die Frage, welche Folgen die Veräußerung für den Gewinnabführungsvertrag hat und mit welchen Risiken die Veräußerung für den Erwerber und den Veräußerer verbunden ist. Während die Voraussetzungen für den wirklichen Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags mit einer GmbH im Wesentlichen geklärt sind, stellen sich die Voraussetzungen für dessen Beendigung als problematisch dar. Unklar ist insbesondere, ob der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag anlässlich der Veräußerung aufgehoben oder gekündigt werden kann und welche zivil- und steuerrechtlichen Wirkungen eine Aufhebung bzw. Kündigung hat.

2. Wirkungen des Abschlusses eines Unternehmensvertrags

Ziel des Abschlusses eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags ist in der Regel die Herstellung einer sog. steuerlichen Organschaft. Von den in den §§ 291, 292 AktG genannten Vertragsarten ist allein der Gewinnabführungsvertrag zur Erlangung der steuerrechtlichen Anerkennung einer Organschaft geeignet, denn nur aufgrund eines Gewinnabführungsvertrages kann unter den in den §§ 14 ff. KStG genannten weiteren Voraussetzungen eine körperschaftsteuerliche Organschaft begründet werden. Der Abschluss eines sog. „Beherrschungsvertrags“ ist seit dem Veranlagungszeitraum 2001 mit der Streichung des Merkmals der „organisatorischen Eingliederung“ durch das Steuersenkungsgesetz⁵ aus steuerrechtlicher Sicht nicht mehr erforderlich. In der Praxis ist der Beherrschungsvertrag nach wie vor aber sehr häufig in Verbindung mit einem Gewinnabführungsvertrag anzutreffen, da dieser der herrschenden Gesellschaft ein unmittelbares, das heißt von der Gesellschafterversammlung unabhängiges Weisungsrecht einräumt, so dass bei Vorhandensein mehrerer Gesellschafter eine Mitwirkung der nicht am Beherrschungsvertrag beteiligten Gesellschafter entbehrlich ist.⁶

³ Vgl. zur Darstellung BGH v. 14. 12. 1987 – II ZR 170/187 BGHZ 103, 1 (4f.); *Mues*, RNotZ 2005, 1ff.; *Priester*, in: *Scholz*, GmbH Gesetz, 9. Aufl. 2002, § 53 Rn. 166 ff.

⁴ *Baumbach/Hueck*, GmbHG (Fn. 2), SchlAnhKonzernR Rn. 50.

⁵ Steuersenkungsgesetz v. 23. 10. 2000, BGBl. I 2000, 1433.

⁶ *Hoffmann-Becking*, WiB 1994, 57 (58); *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 5. Aufl. 2005, Anh. § 13 Rn. 27.

Die körperschaftsteuerliche Organschaft bewirkt, dass mehrere eigenständige Unternehmen nicht getrennt voneinander besteuert werden, sondern ihre steuerlichen Ergebnisse konsolidiert werden, d. h., das Einkommen der untergeordneten GmbH („Organgesellschaft“) wird der übergeordneten Gesellschaft („Organträger“) zugerechnet und unterliegt daher direkt beim Organträger der Besteuerung. Nach der zur körperschaftsteuerlichen Organschaft entwickelten Zurechnungstheorie sind Organgesellschaft und Organträger aber dennoch weiterhin zivilrechtlich und steuerrechtlich verschiedene Rechtsträger, deren Einkommen zunächst unabhängig voneinander ermittelt wird.⁷ Bei Bestehen einer Organschaft erfolgt ein zeitnaher Gewinntransfer *ohne* Ausschüttung der Organgesellschaft. Die Zurechnung des Gewinns erfolgt bei gleichlaufenden Geschäftsjahren gleichzeitig, d. h., das am Ende eines Geschäftsjahrs entstehende Einkommen der Organgesellschaft erhöht den Gewinn des Organträgers ebenfalls bereits zum Ende des laufenden Geschäftsjahres. Die Zurechnung der steuerlichen Ergebnisse ermöglicht demnach nicht nur eine sofortige Verrechnung der Verluste des Organträgers mit Gewinnen der Organgesellschaft, sondern etwa auch die Verrechnung von Finanzierungsaufwendungen des Organträgers mit dem operativen Ergebnis der Organgesellschaft. Die Steuerbelastung wird daher im Organkreis bereits im Jahr der Entstehung des Aufwandes gemildert. Ferner wird die Gefahr von verdeckten Gewinnausschüttungen reduziert. Zwar sind grundsätzlich auch im Organkreis verdeckte Gewinnausschüttungen möglich. Diese gelten aber im Allgemeinen als vorweggenommene Gewinnabführungen und stellen deshalb die tatsächliche Durchführung des Gewinnabführungsvertrags nicht infrage. Die Organschaft kann daher auch zu einem Liquiditätsvorteil beitragen, da die organschaftliche Gewinnabführung keine Ausschüttung darstellt und insoweit keine Kapitalertragsteuer einzubehalten ist.

II. Begründung einer steuerlichen Organschaft

1. Rechtsform der Organgesellschaft

Zur Begründung einer körperschaftsteuerlichen Organschaft kommen als untergeordnete Gesellschaften nur Kapitalgesellschaften in Betracht. Gemäß § 17 Satz 1 KStG sind die §§ 14 ff. KStG entsprechend auch auf andere Kapitalgesellschaften als die in § 14 Abs. 1 Satz 1 bezeichnete Aktiengesellschaft anzuwenden. Allerdings müssen die Organgesellschaften ihre Geschäftsleitung *und* ihren Sitz im Inland haben. Damit ist es nicht ausreichend, dass sie nach § 1 KStG unbeschränkt steuerpflichtig sind, denn dies erfordert lediglich, dass entweder die Geschäftsleitung oder der Sitz im Inland liegen.⁸ Dieser doppelte Inlandsbezug soll der besseren Nachprüfbarkeit der Organschaftsvoraussetzungen im Inland dienen.

⁷ Mues, RNotZ 2005, 1 (2); BFH v. 23.1.2002 – XI R 95/97, GmbHR 2002, 699 m. w. N.; Frotscher/Berg/Pannen/Stifter/Thiel, Abzugsverbot für Finanzierungskosten einer Organbeteiligung, DB 2002, 1522 (1526); Schaden/Franz, GmbHR 2002, 880 (881).

⁸ Mues, RNotZ 2005, 1 (8); Eilers/R. Schmidt, in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, Stand: Mai 2007, § 17 KStG Rn. 4.

2. Finanzielle Eingliederung der Organgesellschaft

Die Organgesellschaft muss ferner finanziell in das Unternehmen des Organträgers eingegliedert sein. Finanzielle Eingliederung liegt dann vor, wenn dem Organträger die Mehrheit der Stimmrechte an der Organgesellschaft zusteht, der Organträger also in der Gesellschafterversammlung seinen Willen aufgrund seiner Stimmrechtsmehrheit bei allgemeinen Beschlüssen durchzusetzen vermag. Zur Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals kommt es nicht auf die Mehrheit der Beteiligung am statutarischen Kapital, sondern allein auf die Stimmrechtsmehrheit an; demnach kann auch eine unter fünfzig Prozent liegende Kapitalbeteiligung durch die Vereinbarung von Mehrstimmrechten eine finanzielle Eingliederung im Sinne von § 14 Abs. 1 Nr. 1 KStG vermitteln.⁹ Früher wurde durch die Finanzverwaltung vertreten, dass eine Zusammenrechnung von unmittelbaren und mittelbaren Beteiligungen zu unterbleiben hat.¹⁰ Nach jetziger und richtiger Auffassung sind auch mittelbare Beteiligungen zu berücksichtigen, wenn die Beteiligung an jeder vermittelnden Gesellschaft die Mehrheit der Stimmrechte gewährt.¹¹ Ob die Mehrheit der Stimmrechte bei dem herrschenden Unternehmen liegt, richtet sich nach den aufgrund der Satzung und des allgemeinen Gesellschaftsrechtes auf Beschlüsse anzuwendenden Mehrheitserfordernissen.¹² Hervorzuheben ist, dass die finanzielle Eingliederung vom Beginn des Wirtschaftsjahres der Organgesellschaft an bestehen muss. Jede auch nur kurzfristige Unterbrechung der finanziellen Eingliederung ist schädlich.

3. Gewinnabführungsvertrag

Über die finanzielle Eingliederung hinaus ist für die Organschaft der Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags im Sinne des § 291 Abs. 1 AktG erforderlich. Der Gewinnabführungsvertrag muss dabei bestimmten handelsrechtlichen und steuerrechtlichen Kriterien genügen.

a) Abschlusskompetenz der Geschäftsführung

Für den Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags ist ausreichend, wenn sowohl die übergeordnete als auch die untergeordnete GmbH jeweils in vertretungsberechtigter Zahl von ihrer Geschäftsführung vertreten wird. Im Außenverhältnis wirksam wird der Gewinnabführungsvertrag aber erst, wenn sowohl die Gesellschafterversammlung der über- als auch die der untergeordneten Gesellschaft dem Abschluss zugestimmt haben und eine Eintragung im Handelsregister der untergeordneten Gesellschaft erfolgt.¹³ Es handelt sich bei einem Gewinnabführungsvertrag insoweit um ein zwingend der Gesellschafterver-

⁹ Mues, RNotZ 2005, 1 (9); Streck, Körperschaftsteuer, 4. Aufl. 1995, § 14 Anm. 13.

¹⁰ Richtlinie 49 Satz 6 KStR 1995.

¹¹ Richtlinie 57 Satz 3 KStR 2004.

¹² BFH v. 22. 11. 2001 – V R 50/00, BStBl. II 2002, 167, 168.

¹³ BGH v. 24. 10. 1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324 (325); s. hierzu II. 3. b), c) und f).

sammlung zugewiesenes Grundlagengeschäft.¹⁴ Damit ist der Grundsatz der unbeschränkten Außenvertretung aus § 37 Abs. 2 GmbHG durch die Geschäftsführer einer GmbH durchbrochen.¹⁵ Der Zustimmungsbeschluss kann im Voraus gefasst werden, wobei allerdings dem Beschluss der exakte Wortlaut des Gewinnabführungsvertrags beigefügt werden muss. Zu Ermessensänderungen durch die Geschäftsführung kann der Beschluss nicht ermächtigen. Sofern somit eine nachträgliche Änderung erforderlich wäre, wäre ein neuer Zustimmungsbeschluss einzuholen.¹⁶

b) Zustimmungsbeschluss aufseiten der untergeordneten Gesellschaft

Unternehmensverträge greifen in das Grundgefüge der beherrschten, zur Gewinnabführung verpflichteten Gesellschaft ein und kommen daher in der Wirkung einer Satzungsänderung gleich.¹⁷ Nach heute h. M. sind auf den Zustimmungsbeschluss bei der untergeordneten GmbH wegen der satzungsändernden Wirkung des Gewinnabführungsvertrages die §§ 53, 54 GmbHG entsprechend anwendbar. Der Zustimmungsbeschluss der untergeordneten Gesellschaft bedarf daher jedenfalls der notariellen Beurkundung.¹⁸ Wenngleich dem Unternehmensvertrag materiellrechtlich satzungsändernde Wirkung beigemessen wird, ist der Vertragstext nicht in die Satzung der hauptverpflichteten Gesellschaft aufzunehmen.

Für den Gewinnabführungsvertrag selbst genügt in der Regel die einfache Schriftform; in dieser ist er dem Beschluss bei der Einreichung zum Handelsregister beizufügen. Etwas anderes kann sich etwa dann ergeben, wenn der Inhalt des Vertrags aus besonderen Gründen formbedürftig ist, wie z. B. wenn Abfindungen in Geschäftsanteilen gewährt werden sollen. Dann wäre gemäß § 15 GmbHG eine notarielle Beurkundung erforderlich.¹⁹

c) Mehrheitserfordernis für den Zustimmungsbeschluss

Strittig ist, welche Mehrheit für den Zustimmungsbeschluss der untergeordneten Gesellschaft erforderlich ist. Der BGH hatte in seiner Supermarkt-Entscheidung²⁰ offengelassen, welche Mehrheiten für den Zustimmungsbeschluss erforderlich sind, weil in diesem Fall nur eine Alleingesellschafterin vorhanden war. Nach heute wohl h. M.²¹ bedarf der Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags der Zustimmung aller Gesellschafter. Etwas anderes gilt nur bei einer anderwei-

¹⁴ *Baumbach/Hueck*, a. a. O. (Fn. 2), SchlAnhKonzernR Rn. 52, 53.

¹⁵ BGH v. 24. 10. 1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324 (332); *Rix*, MittRhNotK 1986, 29 (32); *Schwarz*, MittRhNotK 1994, 49 (60).

¹⁶ *Ulmer*, in: *Hachenburg*, GmbHG, 8. Aufl. 1992, § 53 Rn. 143.

¹⁷ *Baumbach/Hueck*, GmbHG (Fn. 2), SchlAnhKonzernR Rn. 53.

¹⁸ BGH v. 24. 10. 1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324 (339); a. A. z. B. *Pache*, GmbHR 1995, 90.

¹⁹ *Baumbach/Hueck*, GmbHG (Fn. 2), SchlAnhKonzernR Rn. 54.

²⁰ BGH v. 24. 10. 1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324.

²¹ *Baumbach/Hueck*, GmbHG (Fn. 2), SchlAnhKonzernR Rn. 55 m. w. N.; BayObLG v. 16. 6. 1988 – BReg 3 Z. 62/88; *Ulmer*, in: *Hachenburg*, GmbHG (Fn. 16), § 53 Rn. 145; *Karsten Schmidt*, GesR, 4. Aufl. 2002, § 38 III; *Priester*, in: *Scholz*, GmbH Gesetz (Fn. 3), § 53 Rn. 171; *Timm*, ZIP 1986, 1387; *Koerfer/Selzner*, GmbHR 1997, 285, 286; *Ebenroth/Müller*, BB 1991, 358 (359); *Zeidler*, NZG 1999, 692 (693).

tigen gesellschaftsvertraglichen Regelung. Von der Gegenansicht wird vertreten, dass das für Änderungen des Gesellschaftsvertrages nach § 53 Abs. 2 GmbHG anwendbare Mehrheitserfordernis von drei Vierteln der bei der Beschlussfassung mitwirkenden Gesellschafter ausreichend ist.²² Eine in der Sache ähnliche Auffassung verlangt zwar für den Beschluss nur eine Dreiviertelmehrheit, jedoch insgesamt die (ggf. nachträgliche) Zustimmung aller Gesellschafter.²³ Zum Schutz überstimmter Minderheitsgesellschafter wird von dieser Ansicht verlangt, dass der Vertrag analog §§ 304 f. AktG Abfindungs- und Ausgleichsregeln für die außenstehenden Minderheitsgesellschafter enthalten müsse²⁴ beziehungsweise sachlich gerechtfertigt sein müsse.²⁵ Teilweise wird auch gefordert, dass der übergeordneten Gesellschaft gemäß § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG bei der Abstimmung kein Stimmrecht zustehe.²⁶ Für diese Meinung spricht zwar, dass auch in allen Fällen der Strukturänderung nach dem UmwG nur eine satzungsändernde Mehrheit ausreichend ist. Vor dem Hintergrund eines effektiven Schutzes der Minderheitsgesellschafter muss aber eine Zustimmung aller Gesellschafter verlangt werden, da der Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags den Kernbereich des Mitgliedschaftsrechts der Gesellschafter berührt.

d) Unternehmensvertragsbericht und -prüfung

Geht man davon aus, dass für den Abschluss eines Gewinnabführungsvertrages die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist, finden die Vorschriften der §§ 293 a ff. AktG über die Berichts- und Prüfpflichten auf die abhängige GmbH keine Anwendung.²⁷ Die Zustimmung kann insoweit ohnehin von der Vorlage der von den Gesellschaftern als erforderlich angesehenen Nachweise und Unterlagen abhängig gemacht werden.

Eine analoge Anwendung der Berichts- und Prüfpflichten wird aber von den Stimmen in der Literatur angenommen, die aufseiten der untergeordneten GmbH für den Zustimmungsbeschluss eine Dreiviertelmehrheit ausreichen lassen.²⁸ Aber selbst dann dürften die Berichts- und Prüfpflichten keine Anwendung finden, da den Gesellschaftern ohnehin gemäß § 51a GmbHG ein jederzeitiges Auskunfts- und Einsichtsrecht zusteht. In der Praxis empfiehlt es sich in

²² Vgl. zur Darstellung *Mues*, RNotZ 2005 (Fn. 1) 16 f.; *Heckschen*, DB 1989, 29 (30); *Richter/Stengel*, DB 1993, 1861; *Halm*, NZG 2001, 728 (734); *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz, 16. Aufl. 2004, Anh. § 13 Rn. 52.

²³ Vgl. *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz (Fn. 22), Anh. § 13 Rn. 51; *K. Schmidt*, GmbHR 1979, 121 (124); *Priester*, in: *Scholz*, GmbH Gesetz (Fn. 3), § 53, 171.

²⁴ *Mues*, RNotZ 2005, 1 (17); LG Dortmund v. 11. 3. 1998 – 20 AktE 4/97, GmbHR 1998, 941; *Richter/Stengel*, DB 1993, 1861 (1863); *Koerfer/Selzner*, GmbHR 1997, 285 (290).

²⁵ *Heckschen*, DB 1989, 29 (30).

²⁶ *Kort*, Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht, 1986, S. 105.

²⁷ Streitig, wie hier *Baumbach/Hueck*, GmbHG (Fn. 2), SchlAnhKonzernR Rn. 59; *Hüffer*, Aktiengesetz, 7. Aufl. 2006, § 293 a Rn. 5; *Bungert*, DB 1995, 1449 (1455); *Mues*, RNotZ 2005, 1 (17); a. A. *Humbeck*, BB 1995, 1893; *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz (Fn. 22), Anh. § 13 Rn. 43.

²⁸ Vgl. II. 3. b).

jedem Fall – unabhängig davon, welcher Meinung man folgt –, in den Zustimmungsbeschluss eine entsprechende Verzichtserklärung der Gesellschafter aufzunehmen.

e) Zustimmungsbeschluss aufseiten der übergeordneten Gesellschaft

Gemäß § 293 Abs. 2 Satz 1 AktG wird ein Gewinnabführungsvertrag bei einer übergeordneten Aktiengesellschaft nur wirksam, wenn deren Hauptversammlung ihm mit einer Dreiviertelmehrheit zustimmt. Wie schon dargestellt tragen im GmbH-Konzern die aus Unternehmensverträgen für die übergeordnete Gesellschaft erwachsenden Rechte und Pflichten im Normalfall nicht den Charakter einer Satzungsänderung. Die Erforderlichkeit eines Zustimmungsbeschlusses ergibt sich daher nicht aus § 53 GmbHG. Gleichwohl ist ein Zustimmungsbeschluss der übergeordneten Gesellschaft in entsprechender Anwendung von § 293 Abs. 2 AktG erforderlich.²⁹ Die Beteiligung der Gesellschafter beim Abschluss des Unternehmensvertrages erklärt sich mit den weitreichenden Verpflichtungen für die Obergesellschaft, insbesondere mit der aus dem Gewinnabführungsvertrag resultierenden Verlustausgleichspflicht gemäß § 302 AktG.³⁰ Bei der Beschlussfassung der übergeordneten Gesellschaft ist ein Beschluss mit einer Mehrheit von drei Vierteln der in der Gesellschafterversammlung vertretenen Stimmen ausreichend.³¹ Für den Zustimmungsbeschluss genügt die Schriftform, eine notarielle Beurkundung ist nicht erforderlich.³²

f) Eintragung im Handelsregister

Der Gewinnabführungsvertrag sowie der Zustimmungsbeschluss der untergeordneten Gesellschaft sind zum Handelsregister ihres Sitzes anzumelden. Der Anmeldung ist der Zustimmungsbeschluss der übergeordneten Gesellschaft beizufügen. Die Eintragung in das Handelsregister der untergeordneten Gesellschaft ist Wirksamkeitserfordernis des Vertrages.³³ Nicht eindeutig entschieden ist bislang, ob der Abschluss des Gewinnabführungsvertrages auch in das Handelsregister der übergeordneten Gesellschaft einzutragen ist. In diesem Zusammenhang wird überwiegend davon ausgegangen, dass eine Eintragung zwar möglich, aber nicht erforderlich ist.³⁴

²⁹ *Baumbach/Hueck*, GmbHG (Fn. 2), SchlAnhKonzernR., R.n. 57; BGH v. 24. 10. 1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324 (333); OLG Zweibrücken, AG 1999, 328.

³⁰ Vgl. II. 3. i); *Mues*, RNotZ 2005, 1 (18) m. w. N.

³¹ In Anlehnung an das Aktienrecht: *Baumbach/Hueck*, GmbHG (Fn. 2), SchlAnhKonzernR Rn. 57; *Priester*, in: *Scholz*, GmbH Gesetz (Fn. 3), Rn. 173; *Altmeyen*, DB 1994, 1273.

³² *Baumbach/Hueck*, GmbHG (Fn. 2), SchlAnhKonzernR Rn. 57; a. A. *Heckschen*, DB 1989, 29 f.

³³ *Mues*, RNotZ 2005, 1 (19 f.), mit Darstellung des Prüfungsumfanges des Handelsregisters.

³⁴ BGH v. 24. 10. 1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324 (336); *Timm*, GmbHR 1989, 11 (14); *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz (Fn. 22), Anh. § 13 Rn. 47; *Baumbach/Hueck*, GmbHG (Fn. 2), SchlAnhKonzernR Rn. 57.

g) Vertragsbeginn/Laufzeit

Die Vertragslaufzeit von Gewinnabführungsverträgen ist in der Regel steuerlich motiviert. Handelsrechtlich gibt es hinsichtlich einer Mindestlaufzeit keine Vorgaben. Für die Herstellung der körperschaftsteuerlichen Organschaft muss der Gewinnabführungsvertrag gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 KStG für eine Dauer von mindestens fünf Kalenderjahren³⁵ abgeschlossen und grundsätzlich während seiner gesamten Geltungsdauer durchgeführt werden. Hervorzuheben ist, dass der Abschluss auf unbestimmte Zeit nicht ausreichend ist, selbst wenn der Gewinnabführungsvertrag tatsächlich mindestens fünf Jahre durchgeführt wird. Im Rahmen der Vertragsgestaltung sollte daher darauf geachtet werden, dass das Recht zur ordentlichen Kündigung vor Ablauf von fünf Kalenderjahren vertraglich ausgeschlossen ist.³⁶ Steuerrechtlich wird es nämlich als schädlich angesehen, wenn der Gewinnabführungsvertrag Beendigungs- oder Kündigungstatbestände enthält, die bereits während der ersten fünf Jahre der Organschaft Geltung beanspruchen. Darüber hinaus sollte klargestellt werden, wann der genaue Beginn des Gewinnabführungsvertrags ist. Unabhängig von der umstrittenen Frage, inwieweit eine rückwirkende Geltung handelsrechtlich möglich ist,³⁷ beginnt die steuerliche Organschaft nämlich erst mit dem Geschäftsjahr, in dem der Gewinnabführungsvertrag in das Handelsregister eingetragen wird (§ 14 Abs. 1 Satz 2 KStG). Ab diesem Zeitpunkt muss er mindestens fünf Jahre durchgeführt werden. Insoweit bietet sich eine dynamische Formulierung an, wonach der Beginn das Geschäftsjahr sein soll, in dem die Eintragung im Handelsregister erfolgt, um Rechtsnachteile bei einer verzögerten Eintragung zu vermeiden.

h) Gewinnabführung

Wesentliches Merkmal des Gewinnabführungsvertrags für die untergeordnete Gesellschaft ist die Abführung des Gewinns. Soweit, wie in den praktisch häufigsten Fällen, die steuerliche Anerkennung einer Organschaft intendiert ist, verlangt § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG, dass der gesamte Gewinn an den Organträger abzuführen ist. Die Verpflichtung zur Gewinnabführung betrifft demnach den gesamten Jahresüberschuss, der sich ergäbe, wenn kein Gewinnabführungsvertrag bestünde. Jahresüberschuss ist nach § 275 Abs. 2 Nr. 20 HGB das Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit zuzüglich der außerordentlichen Erträge und abzüglich der außerordentlichen Aufwendungen sowie der Steuern.³⁸ Gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 KStG können allerdings bei der Organgesellschaft

³⁵ Vgl. Richtlinie 60 Abs. 2 Satz 1 KStR 2004.

³⁶ Kerssenbrock, RIW 2002, 889 (899).

³⁷ Jedenfalls kann eine Rückwirkung auf den Beginn des laufenden Geschäftsjahres der abhängigen Gesellschaft vereinbart werden, vgl. BGH v. 5. 4. 1993 – II ZR 238/91, BGHZ 122, 211 (223 ff.); Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz (Fn. 22), Anh. § 13 Rn. 59.

³⁸ Kessler/Kröner/Köhler/Dötsch, Konzernsteuerrecht, 2004, § 5 Rn. 59; Dötsch, in: Herzig, Organschaft, laufende und aperiodische Besteuerung, nationale und internationale Aspekte, Hinweise zum EU-Recht, 2003, 98 (103).

Gewinnrücklagen³⁹ gebildet werden, soweit dies bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung wirtschaftlich begründet ist.

Zu beachten ist, dass der Jahresüberschuss gemäß § 301 Satz 1 AktG um einen Verlustvortrag zu vermindern ist, der aus der Zeit vor Abschluss des Gewinnabführungsvertrags stammt. Dies wird in der Praxis häufig übersehen. Werden Gewinne entgegen § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG nicht vollständig abgeführt oder werden unter Missachtung von § 301 AktG vorvertragliche Rücklagen abgeführt, gilt der Gewinnabführungsvertrag als nicht durchgeführt und seine steuerrechtliche Anerkennung entfällt.⁴⁰

i) Verlustübernahme

Für die Gewinnabführung muss sich der Organträger entsprechend § 302 AktG i.V.m. § 17 Satz 2 Nr. 2 KStG im Gegenzug verpflichten, jeden während der Vertragszeit entstehenden Jahresfehlbetrag der Organgesellschaft auszugleichen, soweit dieser nicht durch eine Entnahme aus solchen Gewinnrücklagen ausgeglichen werden kann, die während der Vertragsdauer gebildet wurden. Der Vertrag muss insoweit einen Verweis auf § 302 AktG enthalten oder dessen Inhalt wiedergeben.⁴¹ Zumindest für die ertragsteuerliche Organschaft im Zusammenhang mit einer GmbH gemäß § 17 KStG sind zwingend die einzelnen Absätze des § 302 AktG wortwörtlich im Gewinnabführungsvertrag zu wiederholen.⁴² Unterbleibt eine solche Referenzierung, könnte die Organschaft aufgrund fehlender Durchführung gefährdet sein. Zur Klarstellung bietet es sich an, eine dynamische Verweisung dergestalt aufzunehmen, dass auf § 302 AktG in seiner jeweils gültigen Fassung verwiesen wird.

III. Beendigung im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen

1. In Betracht kommende Beendigungstatbestände

Wird die Organgesellschaft veräußert, stellt sich die Frage, welche Folgen die Veräußerung für einen bestehenden Gewinnabführungsvertrag hat. Fraglich ist insbesondere, ob ein Gewinnabführungsvertrag anlässlich der Veräußerung aufgehoben oder gekündigt werden kann und welche zivilrechtlichen und steuerrechtlichen Wirkungen die Aufhebung bzw. die Kündigung hat.

³⁹ § 272 Abs. 3, 4 HGB.

⁴⁰ Kessler/Kröner/Köhler/Dötsch, Konzernsteuerrecht (Fn. 38), § 5 Rn. 60; Dötsch, in: Herzig, Organschaft (Fn. 38), 98 (104).

⁴¹ Richtlinie 66 Abs. 3 Satz 2 und 3 KStR 2004.

⁴² BMF-Schreiben v. 16. 12. 2005, BStBl. I 2006, 12; das FG Köln hat in zwei neueren Entscheidungen – entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut des § 17 Satz 2 Nr. 2 KStG – die Vereinbarung einer Verlustübernahme nicht mehr für erforderlich gehalten. Vielmehr sei auf dem Stand des aktuellen GmbH-Konzernrechts davon auszugehen, dass § 302 AktG im GmbH-Vertragskonzern ohnehin gilt, sei es unmittelbar oder im Wege der Analogie. Deshalb ist die organschaftliche Vorgabe des § 17 KStG durch die Fortentwicklungen des Gesellschaftsrechts überholt, so zuletzt FG Köln v. 22. 6. 2005 – 13 K 5299/04, Der Konzern 2006, 231.

Das Aktiengesetz trifft für die Beendigung von Unternehmensverträgen nur eine rudimentäre Regelung: Die §§ 296, 297 AktG betreffen lediglich die Beendigung durch Aufhebung oder Kündigung. Sonstige Beendigungstatbestände erfahren überhaupt keine gesetzliche Regelung.

Zunächst ist festzustellen, dass die Veräußerung der Organgesellschaft nicht, wie man vermuten könnte, dazu führt, dass der Erwerber kraft Rechtsnachfolge in die Rechtsstellung des Veräußerers eintritt.⁴³ Soll die Entstehung weiterer Ansprüche bzw. Verpflichtungen aus einem bis zur Veräußerung bestehenden Gewinnabführungsvertrag vermieden werden, ist dessen Beendigung spätestens zum Stichtag der Veräußerung erforderlich. Will der neue Anteilseigner ebenfalls die Leitung der abhängigen Gesellschaft im Wege eines Gewinnabführungsvertrags übernehmen, bedarf es des Abschlusses eines neuen Vertrags.⁴⁴

Für die Beendigung eines Gewinnabführungsvertrags kommen der Abschluss eines Aufhebungsvertrags, eine ordentliche sowie eine außerordentliche Kündigung in Betracht.

a) Beendigung durch Aufhebungsvertrag

Ein Unternehmensvertrag kann durch einvernehmliche Aufhebung beendet werden, wobei eine ausdrückliche gesetzliche Regelung insoweit in § 296 AktG nur für die Aktiengesellschaft kodifiziert ist. Die analoge Anwendung auf Unternehmensverträge im GmbH-Konzernverbund ist in vielen Teilen nicht höchst-richterlich geklärt, so dass viele Einzelfragen im Detail umstritten sind.

aa) Aufhebungszeitpunkt und Rückwirkung

Gemäß § 296 Abs. 1 AktG, der nach h. M.⁴⁵ auch bei der GmbH als abhängiger Gesellschaft Anwendung findet, kann der Gewinnabführungsvertrag einvernehmlich aufgehoben werden. Die Aufhebung bedarf, ebenso wie dessen Begründung (§ 296 Abs. 1 Satz 3 AktG), der Schriftform.

Gemäß § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG kann der Gewinnabführungsvertrag mit der Organgesellschaft im Falle der Beteiligung von Aktiengesellschaften nur zum Ende eines Geschäftsjahres (oder des sonst vereinbarten Abrechnungszeitraums) aufgehoben werden. Auch ist eine rückwirkende Aufhebung gemäß § 296 Abs. 1 Satz 2 unzulässig. Ein Verstoß gegen diese Regelungen des § 296 Abs. 1 AktG führt gemäß § 134 BGB zur Nichtigkeit der den Beendigungszeitpunkt regelnden Klausel.⁴⁶ Dies kann wiederum gemäß § 139 BGB zur Nichtigkeit des Aufhebungsvertrags insgesamt führen, sofern nicht eine Umdeutung (§ 140 BGB) dahingehend möglich ist, dass die Aufhebung zum nächstmöglichen gesetzlichen Zeitpunkt erfolgen soll.⁴⁷ Sinn dieser Regelung ist die Förderung von Rechtssicherheit und -klarheit. Gleichzeitig sollen Manipulationen zum Schutz der

⁴³ Bauschatz, DStZ 2005, 442.

⁴⁴ Bauschatz, DStZ 2005, 442 (443); Neumann, in: Gosch, KStG, 2005, § 14 Rn. 285.

⁴⁵ Halm, NZG 2001, 728 (735) m. w. N.; Ulrich, GmbHR 2004, 1000 (1002); Bauschatz, DStZ 2005, 442 (443).

⁴⁶ Mues, RNotZ 2005, 1 (26).

⁴⁷ Bauschatz, DStZ 2005, 442 (443).

Gläubiger und etwaiger außenstehender Gesellschafter verhindert werden.⁴⁸ Diese Begründung ist auch auf die Fallgestaltung der abhängigen GmbH anzuwenden.⁴⁹ In der Literatur⁵⁰ wird die Pflicht zur Beendigung zum Ende des Geschäftsjahres allerdings mit dem Argument bestritten, dass bei einer unterjährigen Beendigung des Vertrages, gleichgültig wodurch sie eintritt, eine Zwischenbilanz als besondere Vertragsbilanz zur Abrechnung des Ergebnisses aufzustellen ist. Die Pflicht zur Aufstellung einer Zwischenbilanz ist höchstrichterlich geklärt.⁵¹ Insoweit sei kein Grund mehr für das Verbot der unterjährigen Aufhebung ersichtlich. Eine entsprechende Anwendung der Regelung des § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG sei daher schon mangels Regelungsbedürfnisses nicht geboten.⁵²

Hinsichtlich der rückwirkenden Aufhebung hat der BGH bereits 2002 entschieden, dass auch im GmbH-Konzern die rückwirkende Aufhebung eines Unternehmensvertrags unzulässig ist.⁵³ Überzeugender scheint in diesem Zusammenhang allerdings die vermittelnde Auffassung, wonach abweichend von der Norm des § 296 AktG ein beliebiger Zeitpunkt für die Aufhebung vorgesehen werden kann, dies allerdings nur mit Zustimmung aller, die dadurch Ansprüche verlieren würden.⁵⁴

bb) Zustimmungsbeschluss der Organgesellschaft

Umstritten ist die Frage, ob die Aufhebung eines Gewinnabführungsvertrags bei der abhängigen GmbH eine „Strukturänderung“ darstellt (mit der Folge des Erfordernisses eines Gesellschafterbeschlusses) oder reine Geschäftsführungsmaßnahme ist. § 296 AktG geht für die Aktiengesellschaft davon aus, dass der Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung eine reine Geschäftsführungsmaßnahme darstellt, die allein in die Zuständigkeit der Vertretungsorgane der beteiligten Aktiengesellschaften fällt; allenfalls im Innenverhältnis bedarf es einer Zustimmung des Aufsichtsrats.⁵⁵ Die Zustimmung der Hauptversammlungen der beteiligten Gesellschaften ist für die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrages nicht erforderlich.⁵⁶ Ein Sonderbeschluss ist nur dann erforderlich, wenn durch die Aufhebung etwaige Rechte außenstehender Aktionäre aus dem Unternehmensvertrag betroffen sind (§ 296 Abs. 2 AktG).

Demgegenüber ist die Frage, ob die Vertragsaufhebung auch im Falle einer GmbH als untergeordneter Gesellschaft eine Maßnahme der Geschäftsführung darstellt, nicht eindeutig zu beantworten. Der BGH hatte in seinem Beschluss

⁴⁸ Mues, RNotZ 2005, 1 (26) m. w. N.; Hüffer, AktG (Fn. 27), § 296 Rn. 1.

⁴⁹ So auch Roth/Altmeppen, GmbHG (Fn. 6), Anh. § 13 Rn. 98, BGH v. 25.10. 2001 – IX ZR 17/01, NZG 2002, 138; Wirth, DB 1990, 2105 (2107); Vetter, ZIP 1995, 345 (343); Ulrich, GmbHR 2004, 1000 (1002).

⁵⁰ Hoffmann-Becking, WiB 1994, 57 (63); Krieger/Janott, DStR 1995, 1473 (1475); Baumbach/Hueck, GmbHG (Fn. 2), SchlAnhKonzernR, Rn. 72.

⁵¹ BGH v. 14.12. 1982 – II ZR 170/87, GmbHR 1988, 174.

⁵² Ulrich, GmbHR 2004, 1000 (1002).

⁵³ BGH v. 5.11. 2001 – II ZR 119/00, BGH NJW 2002, 822 ff.

⁵⁴ Baumbach/Hueck, GmbHG (Fn. 2), SchlAnhKonzernR, Rn. 72.

⁵⁵ Mues, RNotZ 2005, 1 (26); Bauschatz, DStZ 2005, 442 (443).

⁵⁶ Altmeppen, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. 2000, § 296 Rn. 8; Bungert, NJW 1995, 1118 (1119).

vom 24. 10. 1988⁵⁷ („Supermarkt-Beschluss“) die Voraussetzungen einer einvernehmlichen Aufhebung eines Gewinnabführungsvertrags offengelassen. Auch die nachfolgende Judikatur im Hinblick auf die Beendigung von Gewinnabführungsverträgen ist teilweise widersprüchlich. Das OLG Oldenburg hat mit seiner Entscheidung vom 23. 3. 2000⁵⁸ angedeutet, dass ein zustimmender Gesellschafterbeschluss der abhängigen GmbH erforderlich sei, wobei insoweit auf den Actus-contrarius-Gedanken sowie den satzungsändernden Charakter einer Aufhebung rekuriert wurde.⁵⁹ Ebenso hatte das LG Konstanz mit Beschluss vom 26. 11. 1992 unter Bezugnahme auf den Supermarkt-Beschluss des BGH entsprechende zustimmende Gesellschafterbeschlüsse für erforderlich gehalten. Dieser Beschluss wiederum wurde vom OLG Karlsruhe⁶⁰ aufgehoben, da der Actus-contrarius-Gedanke kein durchgängig verfolgter rechtlicher Grundsatz sei und die GmbH lediglich eine „rechtliche Fessel“ abwerfe und in ihren ursprünglichen satzungsmäßigen Zustand zurückkehre.

Die in der Literatur wohl h. M.⁶¹ sieht in der Aufhebung eine Maßnahme, die derjenigen des Abschlusses des Gewinnabführungsvertrags vergleichbar ist. Die Vertragsaufhebung unterliege als actus contrarius denselben Anforderungen wie der Vertragsabschluss; wie dieser weise sie satzungsändernden Charakter auf. Danach sind die gleichen Voraussetzungen wie für den Abschluss erforderlich, d. h., ein zustimmender Gesellschafterbeschluss ist erforderlich. Zumindest stellt die Aufhebung eine so außergewöhnliche Maßnahme dar, dass auf jeden Fall die interne Zustimmung der Gesellschafterversammlung der abhängigen GmbH mit einfacher Mehrheit erforderlich ist.⁶² Die Gegenauffassung⁶³ bemüht das Argument, dass der Actus-contrarius-Gedanke im Zivilrecht nicht existiere und der Aufhebung überhaupt keine satzungsändernde Qualität zukomme.

Für die Annahme der Erforderlichkeit eines Zustimmungsbeschlusses sprechen die weitreichenden Konsequenzen der Aufhebung, insbesondere der Wegfall der Verlustübernahmepflicht. Dies kann für die GmbH „existentielle“ Konsequenzen nach sich ziehen. Im Hinblick darauf, dass bislang keine höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt, sollte jedenfalls, auch wenn in der Praxis von den Handelsregistern nicht gefordert, vorsorglich ein notariell beurkundeter Gesellschafterbeschluss der abhängigen Gesellschaft gefasst werden.

⁵⁷ BGH v. 24. 10. 1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324.

⁵⁸ OLG Oldenburg v. 23. 3. 2000 – 1 U 175/99, NZG 2000, 1138.

⁵⁹ Urteil wurde von BGH aufgehoben: BGH v. 5. 11. 2001 – II ZR 119/00, GmbHR 2002, 62.

⁶⁰ OLG Karlsruhe v. 3. 6. 1994 – 4 W 122/93, GmbHR 1994, 807; ebenso OLG Frankfurt a. M. v. 11. 11. 1993 – 20 W 317/93, GmbHR 1994, 809.

⁶¹ Priester, in: *Hommelhoff*, Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, ZGR-Sonderheft 6, 1986, 151 (184); *Wirth*, DB 1990, 2105 (2107); *Ehlike*, ZIP 1995, 355 (358); DNotI-Report 1996, 178 (180); *Schlögell*, GmbHR 1995, 401 (403); *Hüffner*, AktG (Fn. 27), § 296 Rn. 5; a. A. *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG (Fn. 2), SchlAnhKonzernR Rn. 72.

⁶² *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz (Fn. 22), Anh. § 13 Rn. 72.

⁶³ *Grüner*, NZG 2001, 35 (36); *Priester*, ZGR 1996, 189 (205); *Bungert*, NJW 1995, 1118 (1120); *Timm/Geuting*, GmbHR 1996, 229 (230 ff.); *Ulrich*, GmbHR 2004, 1000 (1002).

cc) Zustimmungsbeschluss aufseiten der übergeordneten Gesellschaft

Im Aktienrecht ist gemäß § 296 AktG für die Aufhebung von Unternehmensverträgen kein zustimmender Hauptversammlungsbeschluss erforderlich. Für die GmbH ist wiederum umstritten, ob ein Zustimmungsbeschluss der herrschenden Gesellschaft erforderlich ist. So wird vertreten, dass es sich für die Obergesellschaft nicht um eine Grundlagenentscheidung handelt, die nur im Innenverhältnis der Zustimmung der Gesellschafter bedarf. Die Vertretungsmacht der Geschäftsführer nach außen bleibe davon aber unberührt.⁶⁴ Nach anderer Auffassung ist wiederum ein Zustimmungsbeschluss erforderlich, dem abweichend von § 37 Abs. 2 GmbHG Außenwirkung zukomme.⁶⁵ Vorsorglich sollte demnach auch bei der Obergesellschaft ein Zustimmungsbeschluss eingeholt werden.

dd) Handelsregisterpublizität

Die Aufhebung eines Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrages ist zur Eintragung in das Handelsregister der untergeordneten Gesellschaft anzumelden.⁶⁶

Welche Bedeutung die Eintragung für die Wirksamkeit der Aufhebung hat, ist unklar. Im Schrifttum⁶⁷ wird teilweise davon ausgegangen, die Eintragung sei in Analogie zu § 54 GmbHG konstitutiv. Da in der Praxis die Anmeldung der Aufhebung aber erst nach Eintritt des Beendigungszeitpunktes möglich ist, würde die Beendigung bei einer konstitutiven Wirkung erst lange nach dem vereinbarten Beendigungszeitpunkt wirksam.⁶⁸ Die Folgen wären in der Praxis unter Umständen kaum vorhersehbar, so dass schon vor diesem Hintergrund davon auszugehen ist, dass die Eintragung im Handelsregister lediglich eine deklaratorische Wirkung entfaltet. Ob die deklaratorische Eintragung vor oder nach dem Ende des Geschäftsjahres erfolgt, ist damit für die Wirksamkeit der Beendigung unerheblich. Eine spätere Eintragung führt allerdings zu einer späteren Bekanntmachung und damit zu einem längeren Zeitraum der Sicherheitsleistung⁶⁹ gegenüber Gläubigern der abhängigen Gesellschaft.

b) Beendigung durch ordentliche Kündigung

Neben einer einvernehmlichen Aufhebung besteht die Möglichkeit, Gewinnabführungsverträge ordentlich zu kündigen. Dies gilt allerdings nur, wenn ein entsprechendes Kündigungsrecht vertraglich vereinbart ist.⁷⁰

⁶⁴ Schlöggell, GmbHR 1995, 401 (407); Ulrich, GmbHR 2004, 1000 (1004); Müther, Das Handelsregister in der Praxis, 2003, § 11 Rn. 52.

⁶⁵ Mues, RNotZ 2005, 1 (27); Ehlke, ZIP 1995, 355 (358); Priester, ZGR 1996, 189 (207).

⁶⁶ Baumbach/Hueck, GmbHG (Fn. 2), SchlAnhKonzernR Rn. 75.

⁶⁷ Mues, RNotZ 2005, 1 (28); Wirth, DB 1990, 2105 (2107); Hoffmann-Becking, WiB 1994, 57 (63); Ehlke, ZIP 1995, 355 (358); Halm, NZG 2001, 728 (738); Ulmer, in: Hachenburg, GmbHG (Fn. 16), § 53 Rn. 154.

⁶⁸ Vgl. insoweit zum Streitstand Mues, RNotZ 2005, 1 (28).

⁶⁹ Vgl. III. 2. c).

⁷⁰ Baumbach/Hueck, GmbHG (Fn. 2), SchlAnhKonzernR Rn. 71; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 3. Aufl. 2003, § 297 Rn. 4 ff.

Die Frage einer ordentlichen Kündigungsmöglichkeit ist in der Praxis in der Regel von untergeordneter Bedeutung, da in den meisten Fällen aufgrund der steuerlichen Mindestlaufzeit von fünf Jahren⁷¹ die ordentliche Kündigung in diesem Zeitraum entsprechend dem Parteiwillen ausgeschlossen ist. Allerdings wird häufig nach Ablauf der festen Mindestlaufzeit eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit vorgesehen. Frist und Zeitpunkt einer ordentlichen Kündigung sind im AktG nicht geregelt. Die Regierungsbegründung verweist insoweit auf die vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien.⁷² Vorrangig richtet sich die Kündigungsfrist demnach nach den individuellen Vereinbarungen der Vertragsparteien. Fehlen konkrete Absprachen, kommt eine Analogie zu § 723 BGB in Betracht, der eine jederzeitige Kündigungsmöglichkeit vorsieht, sowie eine Analogie zu § 132 HGB,⁷³ was dazu führen würde, dass die Kündigung nur mit halbjährlicher Frist zum Ende eines Geschäftsjahres möglich wäre. Vorzugswürdig erscheint die letztgenannte Ansicht, da die Regelung des § 723 BGB eher auf die kurzlaufende Gelegenheitsgesellschaft zugeschnitten ist und § 132 HGB für eine organisatorisch verfestigte Dauergesellschaft gilt. Dies ist vergleichbar mit der Situation bei einem Unternehmensvertrag.

Hinsichtlich des Kündigungstermins wurde früher angenommen, dass eine ordentliche Kündigung eines Gewinnabführungsvertrags in Analogie zu § 296 Abs. 1 AktG ausschließlich zum Ende eines Geschäftsjahres der abhängigen Gesellschaft möglich ist.⁷⁴ Der BGH verneint jedoch mangels Vorliegen einer Regelungslücke die analoge Anwendung der Grundsätze aus § 296 Abs. 1 AktG und billigt den Vertragsparteien bei der Ausgestaltung der Vertragslaufzeit und der Kündigungsrechte erhebliche Freiheiten zu.⁷⁵ Der Zeitpunkt der Vertragsbeendigung sei für die Gesellschafter und die Gläubiger durch die vertragliche Kündigungsregelung hinreichend bestimmbar, und Manipulationsgefahren bestünden nicht in größerem Maße als bei einer Vertragsauflösung zum Ende des Geschäftsjahres. Danach kann ein Kündigungsrecht nicht nur zum Ende des Geschäftsjahres, sondern zu einem frei gewählten Termin vereinbart werden, nicht jedoch die Möglichkeit einer rückwirkenden Kündigung.⁷⁶ Ist keine gesonderte Vereinbarung getroffen, bietet sich der Rückgriff auf § 132 HGB an, so dass mit einer Frist von sechs Monaten zum Ende des Geschäftsjahres gekündigt werden kann.

aa) Inhaltliche Anforderungen an die Kündigung

In Analogie zu § 297 Abs. 3 AktG bedarf eine Kündigung der Schriftform. Falls im Vertrag nicht anderweitig geregelt, müssen der Kündigung alle ausgleichsberechtigten Gesellschafter zustimmen.⁷⁷

⁷¹ Vgl. II. 3. g).

⁷² Kropff, AktG (Fn. 1), S. 386.

⁷³ Hüffner, AktG (Fn. 27), § 297 Rn. 15.

⁷⁴ Emmerich, in: Emmerich/Habersack (Fn. 70), § 297 Rn. 11; Autenrieth, DStZ 1989, 199 (200).

⁷⁵ BGH v. 5. 4. 1993 – II ZR 238/91, BGHZ 122, 211, 229.

⁷⁶ Mues, RNotZ 2005, 1 (29) m. w. N.

⁷⁷ Baumbach/Hueck, GmbHG (Fn. 2), SchlAnhKonzernR Rn. 71.

bb) Zustimmungsbeschluss der untergeordneten Gesellschaft

Im Fall der Beteiligung von Aktiengesellschaften stellt die Kündigung ebenso wie der Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung eine Geschäftsführungsmaßnahme dar (§ 297 Abs. 2 AktG). Bei Beteiligung einer GmbH stellen sich dieselben Fragen hinsichtlich der Zustimmung der Gesellschafterversammlung wie bei der Aufhebung.⁷⁸ Auch hier sollte, wenn auch nach der Handelsregisterpraxis bislang nicht erforderlich, im Sinne des Vorsichtsprinzips ein notariell zu beurkundender Gesellschafterbeschluss gefasst werden. Die Erklärung der Kündigung hat selbstverständlich durch die Geschäftsführer der jeweiligen GmbH zu erfolgen.

Erfolgt die Kündigung durch das übergeordnete Unternehmen und damit zwangsläufig ohne Beteiligung der Gesellschafter der untergeordneten GmbH, kann von einem Organisationsakt mit satzungsgleicher Wirkung bei der untergeordneten GmbH schwerlich die Rede sein. Die Frage nach der analogen Anwendung der §§ 53, 54 GmbHG (satzungsändernde Wirkung) stellt sich somit nicht,⁷⁹ so dass ein Zustimmungsbeschluss in diesem Fall ausscheidet.

cc) Zustimmungsbeschluss der übergeordneten Gesellschaft

Für die Frage der Zustimmungspflicht der Gesellschafterversammlung der übergeordneten Gesellschaft gilt das zur Aufhebungsvereinbarung Gesagte,⁸⁰ so dass, wenn nicht ohnehin schon im Innenverhältnis der Obergesellschaft vorgesehen, vorsorglich ein entsprechender Gesellschafterbeschluss auf Ebene der übergeordneten Gesellschaft gefasst werden sollte.

dd) Handelsregisterpublizität

Für die Verpflichtung zur Anmeldung der Beendigung des Unternehmensvertrages durch ordentliche Kündigung kann auf das zur Anmeldung eines Aufhebungsvertrags Ausgeführte verwiesen werden.⁸¹ Dem Gericht ist die Kündigung in Schriftform zu belegen. Ferner ist dem Gericht der Zeitpunkt des Eingangs beim anderen Vertragsteil nachzuweisen, da die Kündigung erst mit Zugang wirksam wird und der Zeitpunkt der Beendigung des Vertrags entsprechend § 298 AktG anzumelden und in das Handelsregister einzutragen ist.⁸²

c) Beendigung durch außerordentliche Kündigung

Entsprechend § 297 AktG kann ein Unternehmensvertrag außerordentlich ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Hierbei handelt es sich um einen allgemein gültigen Rechtsgrundsatz, wonach eine Kündigung aus wichtigem Grund nicht ausgeschlossen werden kann. Da eine ordentliche Kündigung während der steuerlich geforderten Min-

⁷⁸ Vgl. III. 1. a) bb).

⁷⁹ Mues, RNotZ 2005, 1 (29); Vetter, ZIP 1995, 345 (351).

⁸⁰ Vgl. III. 1. a) cc).

⁸¹ Vgl. III. 1. a) dd).

⁸² Mues, RNotZ 2005, 1 (29) m. w. N.

destlaufzeit von fünf Jahren regelmäßig steuerschädlich ist, kommt der – steuerunschädlichen⁸³ – außerordentlichen Kündigung in der Praxis besondere Bedeutung zu.

§ 297 Abs.1 AktG nennt als beispielhaften wichtigen Grund, dass der andere Vertragsteil voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, seine aufgrund des Vertrages bestehenden Verpflichtungen zu erfüllen. Die Vorschrift des § 297 AktG ist auf Unternehmensverträge unter Beteiligung einer GmbH entsprechend anwendbar.⁸⁴ Sie ist zwingendes Recht. Die Kündigung aus wichtigem Grund muss im zeitlichen Zusammenhang mit dem Eintreten des Grundes erfolgen.⁸⁵ Entsprechend allgemeinen Grundsätzen (§§ 314 Abs.1, § 626 Abs.1 BGB) liegt ein wichtiger Grund auch dann vor, wenn dem kündigenden Vertragsteil die Fortsetzung des Vertrages nach den Umständen des Einzelfalles und unter Interessenabwägung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist oder dem vereinbarten Vertragsende nicht mehr zuzumuten ist.⁸⁶ Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn infolge einer bei Vertragsschluss nicht vorhersehbaren, nachteiligen Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse die Existenz des kündigenden Vertragsteils durch den Fortbestand des Vertrages bedroht wäre.⁸⁷ Bei einem als Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag eingetragenen Unternehmensvertrag ist eine isolierte Kündigung nur des Gewinnabführungsteils nicht möglich.⁸⁸

Gemäß dem Wortlaut von § 297 Abs.1 Satz 2 könnte man vermuten, dass die Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund nur für die abhängige Gesellschaft gilt, wenn das übergeordnete Unternehmen, nämlich der „andere Vertragsteil“, seine Vertragsverpflichtungen, also insbesondere diejenige zum Ausgleich allfälliger Verluste, voraussichtlich nicht wird erfüllen können. Dem ist aber nach h. M. nicht so, d. h., jeder Vertragsteil kann kündigen, da dem „anderen Vertragsteil“ nicht angesonnen werden kann, bis zum eigenen Untergang zu erfüllen.⁸⁹ Die Verschlechterung der Ertragslage bei der untergeordneten Gesellschaft muss demnach einen wichtigen Grund darstellen können, wenn bei Fortbestand des Unternehmensvertrages die Verlustausgleichspflicht der herrschenden Gesellschaft die Existenz des gesamten Konzerns bedroht.⁹⁰

Heftig diskutiert wird, ob die Veräußerung der Geschäftsanteile an dem Organträger für die Obergesellschaft ein wichtiger Grund für die Kündigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages ist. Während die Veräußerung

⁸³ Vgl. III. 3.

⁸⁴ Mues, RNotZ 2005, 1 (30); OLG Düsseldorf v. 19.8.1994 – 3 Wx 178/94, ZIP 1994, 1602 (1604); Krieger/Janott, DStR 1995, 1473 (1475); Baumbach/Hueck, GmbHG (Fn.2), SchlAnhKonzernR Rn.69.

⁸⁵ Ulrich, GmbHR 2004, 1000 (1001).

⁸⁶ Hüffer, AktG (Fn.27), § 297 Rn.6; LG Frankenthal v. 4.8.1988 – 2 (HK) O 178/87, AG 1989, 253, 254; Laule, AG 1990, 145.

⁸⁷ Mues, RNotZ 2005, 1 (30) m. w. N.

⁸⁸ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 12.4.2001 – 11 Wx 77/00, GmbHR 2001, 523.

⁸⁹ Hüffer, AktG (Fn.27), § 297 Rn.5; Koppensteiner, in: Kölner Kommentar AktG, 3. Aufl., 2004, § 297 Rn.18.

⁹⁰ Timm, GmbHR 1987, 8 (13); Krieger/Janott, DStR 1995, 1473 (1475); Philippi/Neveling, BB 2003, 1685 (1688) m. w. N.

für steuerliche Zwecke einen wichtigen Grund bildet, mit der Folge, dass der Vertrag für den Zeitraum seiner Durchführung von der Finanzverwaltung als wirksam anerkannt wird, ist die Frage handelsrechtlich umstritten:

Vereinzelt wird die Veräußerung als ein die außerordentliche Kündigung rechtfertigender Grund angesehen. Diese Ansicht überträgt die steuerrechtliche Wertung, wonach dem Interesse der übergeordneten Gesellschaft, sich anlässlich der Veräußerung von dem Unternehmensvertrag zu lösen, der Vorzug vor dem Interesse der abhängigen Gesellschaft an dem Fortbestand des Vertrages zukomme.⁹¹ Dieser Grundsatz sei auch für das Handelsrecht maßgeblich. Ebenfalls angeführt wird, dass die Anteilsübertragung eine schwerwiegende wirtschaftliche Maßnahme sei, die eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigt.

Überwiegend wird jedoch vertreten, dass die Veräußerung der Beteiligung indes keinen wichtigen Grund zur Kündigung darstellt, insbesondere da es gerade nicht zu einer schwerwiegenden Vertragsverletzung kommt.⁹² Das OLG Düsseldorf hat mit Beschluss vom 19. 8. 1994⁹³ festgestellt, dass die Veräußerung aller Anteile an der Untergesellschaft für die Obergesellschaft kein wichtiger Grund für eine vorzeitige Kündigung eines Gewinnabführungsvertrages ist, wenn eine vertragliche Aufhebung oder eine ordentliche Kündigung zumutbar und möglich ist. Anderenfalls könne sich der andere Vertragsteil den Grund für die außerordentliche Kündigung nämlich selbst schaffen.⁹⁴ Das übergeordnete Unternehmen soll sich nicht durch Verkauf der Anteile an der abhängigen Gesellschaft und einer anschließenden Kündigung seiner Verpflichtungen aus dem Gewinnabführungsvertrag entziehen können.⁹⁵ Diese Argumentation erscheint zutreffend: Wie bei jedem Dauerschuldverhältnis kann eine Kündigung aus wichtigem Grund nicht auf in der Sphäre des Kündigenden liegende Umstände gestützt werden. Dass das Steuerrecht den Fall der Veräußerung als Anlass der steuerlich unschädlichen Beendigung des Gewinnabführungsvertrages anerkennt, rechtfertigt zivilrechtlich keine andere Beurteilung. Im Übrigen steht es den Vertragsbeteiligten in gewissen Grenzen offen, den Kreis der Kündigungsgründe vertraglich zu erweitern.⁹⁶ Mit der überwiegenden Meinung ist daher davon auszugehen, dass im Falle der Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist durch das herrschende Unternehmen mit der Begründung der Anteilsveräußerung der abhängigen Gesellschaft zwar die steuerrechtlichen Wirkungen des Vertrags entfallen, die handelsrechtlichen aber bestehen bleiben.

⁹¹ LG Dortmund v. 6. 8. 1993 – 18 AktE 1/87, DB 1993, 1916; LG Bochum Teilurteil v. 1. 7. 1986 – 12 O 67/86, GmbHR 1987, 24, 25; *Schlögell*, GmbHR 1995, 401 (408).

⁹² *Fenzl/Antoszkiewicz*, FR 2003, 1061 (1064); *Timm*, GmbHR 1987, 8 (14).

⁹³ OLG Düsseldorf v. 19. 8. 1994, DB 1994, 2125; vgl. auch LG Frankenthal v. 4. 8. 1988, ZIP 1988, 1460; *Wirth*, DB 1990, 2105; a. A. LG Bochum v. 1. 7. 1986 – 12 O 67/86, AG 1987, 323.

⁹⁴ *Mues*, RNotZ 2005, 1 (28); OLG Oldenburg v. 23. 3. 2000 – 1 U 175/99, NZG 2000, 1138, 1140, mit zustimmender Anm. *Fleischer/Rentsch*; LG Frankenthal AG 1989, 251; *Wirth*, DB 1990, 2105 (2106); *Ulrich*, GmbHR 2004 (Fn. 45), 1000 (1001); *Fenzl/Antoszkiewicz*, FR 2003, 1061 (1064); LG Duisburg v. 18. 10. 1993 – 16 T 2/93, AG 1994, 379 f.

⁹⁵ *Bauschatz*, DStZ 2005, 442 (444).

⁹⁶ BGH v. 5. 4. 1993 – II ZR 238/91, BGHZ 122, 211, 229; *Philippi/Neveling*, BB 2003, 1685 (1687).

Zu unterscheiden davon ist die Fragestellung, ob die Veräußerung möglicherweise für die untergeordnete Gesellschaft einen wichtigen Grund zur Kündigung darstellt. Zumindest kann hier nicht das Argument angeführt werden, dass sich die herrschende Gesellschaft ihren Verpflichtungen entziehen will. Richtigerweise kann insoweit davon ausgegangen werden, dass für die Organgesellschaft ein wichtiger Grund vorliegt, da sich aus Sicht der beherrschten Gesellschaft mit Veräußerung die Geschäftsgrundlage ändert.⁹⁷ Im Regelfall dürfte daher ein Festhalten an dem Vertrag für die beherrschte Gesellschaft unzumutbar sein. Für die beherrschte Gesellschaft stellt die Veräußerung daher einen wichtigen Grund zur Kündigung dar.

Aus vertragsgestaltender Sicht ist in diesem Zusammenhang von wesentlicher Bedeutung, die Veräußerung der Untergesellschaft vertraglich als „wichtigen Grund“ oder sonstigen Kündigungsgrund zu vereinbaren. Nach überwiegender Auffassung kann nämlich in dem Gewinnabführungsvertrag selbst festgelegt werden, unter welchen Voraussetzungen eine Kündigung aus wichtigem Grund zulässig ist.⁹⁸ Einer dieser zulässigen Gründe ist auch die Veräußerung der abhängigen Gesellschaft durch das herrschende Unternehmen. Durch eine derartige Klausel kann somit die Verlustausgleichspflicht auf den Zeitraum vor dem Übertragungsstichtag beschränkt werden. Für die Ermittlung der von der Obergesellschaft auszugleichenden Verluste ist dann die Erstellung eines Zwischenabschlusses auf den Übertragungsstichtag erforderlich.

In Bezug auf die formellen Anforderungen an die Kündigung – die Zustimmungsbefähigung durch die Gesellschafterversammlungen sowie die Handelsregisterpublizität – wird auf die vorherigen Ausführungen zur ordentlichen Kündigung verwiesen.

2. Zivilrechtliche Rechtsfolgen der Beendigung

a) Verlustübernahmepflicht

Im Zeitpunkt der Beendigung des Gewinnabführungsvertrags, unabhängig von der endjährigen oder unterjährigen Beendigung, konkretisiert sich die Verlustübernahmeverpflichtung entsprechend § 302 Abs. 1 AktG. Gemäß § 302 Abs. 1 AktG ist die herrschende Gesellschaft verpflichtet, jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag (§ 275 Abs. 2 Nr. 20 und Abs. 3 Nr. 19 HGB) auszugleichen, soweit dieser nicht dadurch ausgeglichen wird, dass den anderen Gewinnrücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt worden sind. Diese Vorschrift findet auch auf Unternehmensverträge mit Gesellschaften mit beschränkter Haftung als Untergesellschaft Anwendung.⁹⁹ Fällig wird der Anspruch der abhängigen Gesellschaft auf

⁹⁷ Bauschatz, DSStZ 2005, 442 (444); Altmeyden, in: Münchener Kommentar, AktG (Fn. 56), § 297 Rn. 30.

⁹⁸ BGH v. 5. 4. 1993 – II ZR 238/91, BGHZ 122, 211; Knott/Rodewald, BB 1996, 472 (475); Ulrich, GmbHR 2004, 1000 (1002), der die Veräußerung in diesem Fall nicht als „wichtigen Grund“, sondern als Vereinbarung eines Grundes zur ordentlichen Kündigung qualifiziert.

⁹⁹ Philippi/Neveling, BB 2003, 1685 (1690) m. w. N.

Verlustausgleich zum Bilanzstichtag der abhängigen GmbH, auch wenn der Betrag zu diesem Zeitpunkt noch nicht genau festgestellt werden kann.¹⁰⁰ Würde man bei der Frage der Fälligkeit des Anspruchs erst auf den Zeitpunkt der Bilanzfeststellung abstellen, könnte das herrschende Unternehmen den Verlustausgleich durch Verzögerung der Bilanzfeststellung hinauszögern oder die Inanspruchnahme insgesamt durch vorherige Kündigung des Gewinnabführungsvertrags verhindern.¹⁰¹ Im Falle der unterjährigen Beendigung ist deshalb zur Feststellung des bis zur Beendigung des Gewinnabführungsvertrags entstandenen Überschusses bzw. Fehlbetrags auf den Zeitpunkt der Beendigung des Vertrags eine Zwischen- bzw. Stichtagsbilanz aufzustellen.¹⁰²

Aus dieser Tatsache resultiert im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen ein gewisses Haftungsrisiko. Die veräußerte Gesellschaft kann geltend machen, dass sie für zurückliegende Geschäftsjahre von dem Veräußerer einen zu niedrigen Verlustausgleich bekommen habe oder dass die von ihr erbrachten Gewinnabführungen in den zurückliegenden Jahren zu hoch ausgefallen seien. Zur Geltendmachung eines solchen nachträglichen Anspruchs auf erhöhten Verlustausgleich bzw. geminderte Gewinnabführung bedarf es keiner Änderung des Jahresabschlusses und auch keiner Nachtragsprüfung.¹⁰³ Insoweit besteht das Risiko, dass der Erwerber zurückliegende Jahresabschlüsse prüft und aus Unstimmigkeiten Ansprüche herleitet. Derartige Ansprüche auf Ausgleich eines etwaigen Verlusts verjähren gemäß § 302 Abs. 4 AktG erst zehn Jahre nach Bekanntmachung der Beendigung des Gewinnabführungsvertrags im Handelsregister.

Im Rahmen der vertraglichen Dokumentation der M&A-Transaktion sollte insoweit Vorsorge getroffen werden, derartige Ansprüche aus der „Vergangenheit“ auszuschließen. In Betracht kommt in diesem Zusammenhang eine Freistellungsklausel zugunsten des Erwerbers. Zusätzlich bietet sich an, den Erwerber zu verpflichten, als neue „herrschende Gesellschaft“ alle nötigen Handlungen vorzunehmen, damit die veräußerte Gesellschaft entsprechende Ansprüche nicht geltend macht bzw. auf entsprechende Ansprüche verzichtet. Ein solcher Verzicht ist aber erst drei Jahre nach Beendigung des Unternehmensvertrags bzw. drei Jahre nach Entstehung des Anspruchs aus § 317 AktG möglich und führt eventuell zu Ansprüchen der Zielgesellschaft aus § 311 AktG. Ggf. kann auch eine Kompensationszahlung dergestalt zwischen Erwerber und Veräußerer vereinbart werden, dass der Veräußerer für die noch zu erfolgende Verlustübernahme im Falle seiner Inanspruchnahme auf Zahlung von dem Erwerber eine entsprechende Ausgleichszahlung erhält.

¹⁰⁰ BGH v. 1. 10. 1999 – II ZR 120/98, NJW 2000, 210, 211; Henze, BB 2000, 2053 (2058).

¹⁰¹ BGH v. 11. 10. 1999 – II ZR 120/98, BGHZ 142, 382, zuletzt bestätigt durch BGH v. 14. 2. 2005 – II ZR 361/02, DStR 2005, 750; Wernicke/Scheunemann, DStR 2006, 1399.

¹⁰² Philippi/Neveling, BB 2003, 1685 (1691); Ulrich, GmbHR 2004, 1000 (1005).

¹⁰³ Cahn/Simon, Der Konzern 2003, 1, 16; Simon/Leuring, NJW-Spezial 2006, 123 (124).

b) Verzinsung des Verlustübernahmeanspruchs

Gemäß §§ 352, 353 HGB ist der Verlustausgleichsanspruch ab Fälligkeit, im Falle der Beendigung also ab dem Beendigungsstichtag, mit 5 % p. a. zu verzinsen.¹⁰⁴ Der Verlustausgleichsanspruch stellt nämlich nach h. M.¹⁰⁵ einen Anspruch aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft unter Kaufleuten dar, so dass §§ 352, 353 HGB grundsätzlich anwendbar sind. Der Bundesgerichtshof begründet diese Auffassung mit dem Sinn und Zweck der Pflicht zum Verlustausgleich gem. § 302 AktG. Das beherrschte Unternehmen, seine Gesellschafter und insbesondere auch seine Gläubiger sollen geschützt werden. Gleiches gilt wohl, auch wenn nicht höchstrichterlich geklärt, umgekehrt auch für den Gewinnabführungsanspruch, sofern dem herrschenden Unternehmen ein Anspruch auf Gewinnabführung zusteht und dieser nicht unmittelbar beglichen wird.

Nach anderer Ansicht ist der Verlustausgleichsanspruch nach § 302 I AktG nicht nach §§ 353 Satz 1, 352 I Satz 1 HGB zu verzinsen, weil es sich bei einem Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag gerade nicht um ein Handelsgeschäft i. S. des § 343 HGB handele. Eine Verzinsung des Verlustausgleichs- und Gewinnabführungsanspruchs sei lediglich unter dem Gesichtspunkt des Verzugs möglich.¹⁰⁶

Man könnte daran denken, dass die Untergesellschaft im Zusammenhang mit der Beendigung des Vertrags einen Verzicht auf die Verzinsung des Verlustübernahmeanspruchs erklärt. Grundsätzlich kann ein Anspruch auf Verzinsung nach §§ 352, 353 HGB vertraglich abbedungen werden.¹⁰⁷ Fraglich ist insoweit allerdings, ob ein Verzicht auf den Zinsanspruch gegen § 302 Abs. 3 AktG verstößt. Konsequenterweise muss sich nämlich die Zulässigkeit eines Verzichts auf den Anspruch auf Verzinsung nach dem zugrundeliegenden Hauptanspruch (= Verlustübernahmeanspruch) richten, so dass § 302 Abs. 3 AktG entsprechende Anwendung findet.¹⁰⁸ Nach § 302 Abs. 3 AktG kann die Gesellschaft auf den Anspruch auf Verlustausgleich erst drei Jahre nach dem Tage, an dem die Eintragung der Beendigung des Vertrags in das Handelsregister nach § 10 HGB als bekannt gemacht gilt, verzichten oder sich über ihn vergleichen. Die Anwendung von § 302 AktG erscheint auch im Hinblick auf dessen Schutzzweck, dem Schutz der Gläubiger gegen Verlust ihrer bilanzmäßigen Vermögenssubstanz,¹⁰⁹ angemessen. Zumindest theoretisch ist es nicht ausgeschlossen, dass die aus einer Nichtverzinsung des Verlustausgleichsanspruchs entstehenden Liquiditätsnachteile Gläubigerinteressen berühren, für die die vom BGH für die Vorverlegung des Fällig-

¹⁰⁴ BGH v. 11. 10. 1999 – II ZR 120/98, GmbHR, 1999, 1299 (1300).

¹⁰⁵ BGH v. 11. 10. 1999 – II ZR 120/98, GmbHR 1999, 1299, 1300; OLG Oldenburg v. 23. 3. 2000, NZG 2000, 1138; Hüffer, AktG (Fn. 27), § 302 Rn. 16.

¹⁰⁶ Thoß, DB 2007, 206.

¹⁰⁷ Schmidt, in: Münchner Kommentar, HGB, 2001, § 353 Rn. 16.

¹⁰⁸ Wernicke/Scheunemann, DStR 2006, 1399 (1400); a. A. Walter, in: Ernst & Young, KStG, Stand: Mai 2006, § 14 Rn. 649, der annimmt, dass sich das Verbot des Verzichts nach § 302 Abs. 3 AktG nur auf den Verlustübernahmeanspruch als solchen, nicht aber auf die Verzinsung als eine bloße Nebenpflicht bezieht.

¹⁰⁹ Altmeyden, in: Münchener Kommentar, AktG (Fn. 56), § 302 Rn. 2.

keitszeitpunktes angeführten Schutzgründe in gleicher Weise gelten. Für eine einschränkende Interpretation des Verzichtverbots besteht auch insoweit kein Anlass, als ein Verzicht nach allgemeinem zivilrechtlichem Verständnis in der Regel eng zu interpretieren ist. Umgekehrt muss deshalb für ein Verzichtsverbot ein weites Verständnis gelten.¹¹⁰

Aus steuerrechtlichen Gründen sollte eine Verzinsung sowohl für den Verlustausgleichsanspruch als auch für den Gewinnabführungsanspruch ab dem Bilanzstichtag tatsächlich durchgeführt und vorsichtshalber auch im Vertragstext ausdrücklich vereinbart werden. Jede andere Gestaltung ist, auch wenn nicht abschließend geklärt, mit einem Risiko der Aberkennung der steuerlichen Organschaft behaftet. Wird eine Verzinsung unter dem gesetzlichen Zinssatz von 5 % vorgesehen, stellt dies rechtlich einen konkludenten Verzicht auf die Zinsdifferenz zum ihr eigentlich zustehenden gesetzlichen Zins dar und beinhaltet demnach ebenfalls ein vergleichbares Risiko wie bei einem vollständigen Verzicht auf eine Verzinsung.

Folge der steuerlichen Nichtanerkennung wäre, dass die abhängige Gesellschaft nach den allgemeinen Vorschriften zur Körperschaftsteuer zu veranlagten wäre.¹¹¹ Bis zu einer Klärung erscheint angesichts der möglichen Rechtsfolge einer auch rückwirkenden Aberkennung der steuerlichen Organschaft die dargestellte vorsichtige steuerliche Gestaltung von Gewinnabführungsverträgen durchaus angebracht.

c) Pflicht zur Sicherheitsleistung

An die Beendigung des Gewinnabführungsvertrags geknüpfte weitere Rechtsfolge ist die Sicherheitsleistung gemäß § 303 AktG. Danach muss die herrschende Gesellschaft Gläubigern der abhängigen Gesellschaft Sicherheit leisten, wenn diese sich diesbezüglich innerhalb von sechs Monaten nach der Bekanntmachung der Eintragung bei der herrschenden Gesellschaft melden.

3. Körperschaftsteuerrechtliche Folgen der Beendigung

Aus den obigen Ausführungen geht hervor, dass ein Gewinnabführungsvertrag zivilrechtlich grundsätzlich zu jedem Zeitpunkt enden kann, den die Parteien vereinbaren, also auch unterjährig. Körperschaftsteuerrechtlich treten die Folgen der Organschaft gemäß §§ 17, 14 KStG allerdings nur ein, wenn der Gewinnabführungsvertrag auf mindestens fünf Jahre fest abgeschlossen ist und während der Laufzeit tatsächlich durchgeführt wird. Die Nichteinhaltung der Mindestlaufzeit von fünf Jahren führt dazu, dass die körperschaftsteuerliche Organschaft von Anfang an von der Finanzverwaltung nicht anerkannt wird.¹¹² Wird der Gewinnabführungsvertrag zu einem Zeitpunkt aufgehoben oder gekündigt, in dem er bereits mindestens fünf aufeinanderfolgende Jahre durchgeführt wurde, bleibt

¹¹⁰ Wernicke/Scheunemann, DStR 2006, 1399 (1400).

¹¹¹ Philippi/Fickert, BB 2006, 1809.

¹¹² Bauschatz, DStZ 2005, 442 (445); Abschnitt 60 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1 KStR 2004; Fenzl/Antoszkiewicz, FR 2003, 1061 (1064).

er für diese Jahre steuerlich wirksam. Die Beendigung durch Aufhebung oder Kündigung innerhalb des laufenden Wirtschaftsjahres der Organgesellschaft wirkt dann gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 KStG auf den Beginn des laufenden Wirtschaftsjahres der Organgesellschaft zurück. Dies kann im Fall einer vertraglichen Aufhebung des Gewinnabführungsvertrages zu einem Auseinanderfallen der handelsrechtlichen Laufzeit und der steuerlichen Anerkennung führen. Dies hat zur Folge, dass trotz der steuerrechtlich rückwirkenden Beendigung die bis zum Ende des laufenden Wirtschaftsjahres noch entstehenden Gewinne oder Verluste abgeführt beziehungsweise ausgeglichen werden müssen.¹¹³ Der bisherige Anteilsinhaber bleibt somit bei der Veräußerung der Organgesellschaft über seine Inhaberstellung hinaus zur Verlustübernahme verpflichtet bzw. hat Ansprüche auf Gewinnabführung, auch wenn die Organschaft rückwirkend beendet wurde.

Die unterjährige Beendigung des Gewinnabführungsvertrags innerhalb der Mindestlaufzeit von fünf Jahren ist nur dann steuerunschädlich, wenn die Beendigung auf einer Kündigung aus wichtigem Grund beruht.¹¹⁴ Die steuerliche Anerkennung gemäß Richtlinie 60 Absatz 6 Satz 3 KStR 2004 wäre in diesem Fall nur dann zu versagen, wenn bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses feststand, dass der Gewinnabführungsvertrag vor Ablauf der ersten fünf Jahre beendet werden wird. Die Finanzverwaltung erkennt eine Beendigung des Gewinnabführungsvertrags im gegenseitigen Einvernehmen durch Aufhebungsvertrag als „Kündigung aus wichtigem Grund“ an, wenn die Beendigung auf einem wichtigen Grund beruht.¹¹⁵ Hervorzuheben ist, dass der steuerrechtliche Begriff des „wichtigen Grundes“ nicht mit dem zivilrechtlichen Begriff identisch ist. Die Veräußerung oder Einbringung der Organbeteiligung wird als wichtiger Grund für die vorzeitige Beendigung einer Organschaft anerkannt.¹¹⁶ Ein wichtiger Grund in diesem Zusammenhang ist auch die Verschmelzung, Spaltung oder Liquidation des Organträgers oder der Organgesellschaft.¹¹⁷ Keine wichtigen Gründe für die vorzeitige Beendigung des Gewinnabführungsvertrags sind die formwechselnde Umwandlung des Organträgers bei Formwechsel von Kapitalgesellschaft auf Kapitalgesellschaft sowie die formwechselnde Umwandlung der Organgesellschaft bei Formwechsel von Kapitalgesellschaft auf Kapitalgesellschaft.¹¹⁸

Die Frage, ab wann der Kündigungsgrund aus „wichtigem Grund“ besteht, ist in den Körperschaftsteuerrichtlinien nicht benannt. Insoweit wird lediglich auf die „Veräußerung“ abgestellt. Richtigerweise ist auf den Zeitpunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums auf den Käufer abzustellen. Erst ab diesem Zeitpunkt ist die finanzielle Eingliederung der Organgesellschaft aufgehoben. Im Zeitpunkt des Abschlusses des schuldrechtlichen Kaufvertrags liegt erst ein

¹¹³ BGH v. 14. 12. 1987 – II ZR 170/87, DB 1988, 596; *Mues*, RNotZ 2005, 1 (34).

¹¹⁴ Richtlinie 60 Abs. 6 Satz 1 KStR 2004.

¹¹⁵ *Bauschatz*, DStZ 2005, 442 (445); *Neumann*, in: *Gosch*, KStG, 2005, § 14 Rn. 264.

¹¹⁶ Richtlinie 60 Abs. 6 Satz 2 KStR 2004.

¹¹⁷ Richtlinie 60 Abs. 6 Satz 2 KStR 2004.

¹¹⁸ BMF-Schreiben v. 25. 3. 1998, BStBl. I 1998, 268, Tz. ORG 11 und ORG 20.

Anspruch auf Übertragung vor, der noch vereitelt werden kann.¹¹⁹ Zu diesem Zeitpunkt kann der Erwerber noch nicht über die Beteiligung an der Organgesellschaft verfügen. Dementsprechend sollte für die Kündigung auf den Zeitpunkt abgestellt werden, zu dem nach den vertraglichen Vereinbarungen die wirtschaftlichen Wirkungen der Beteiligungsveräußerung eintreten.

4. Zeitlicher Gleichlauf von Zivil- und Steuerrecht im Falle der unterjährigen Veräußerung

In der Regel korrespondiert im Rahmen einer M&A-Transaktion das Interesse des Veräußerers an einer punktgenauen Beendigung mit dem Interesse des Erwerbers an einer Fortführung des Gewinnabführungsvertrags nach dem Erwerb. Der Veräußerer und der Erwerber haben in diesem Zusammenhang bei der unterjährigen Veräußerung zwei Probleme: Zum einen ist weder beim Veräußerer noch beim Erwerber eine finanzielle Eingliederung von Beginn des jeweiligen Geschäftsjahres gegeben. Zum anderen ist die Beendigung des Gewinnabführungsvertrags und damit der Organschaft nur zum Ende eines Geschäftsjahres möglich.

Wird die Organgesellschaft zum Ende des Wirtschaftsjahres der Organgesellschaft veräußert, sollte vertraglich vorgesehen werden, dass der Organträger das Eigentum an den Anteilen an der Organgesellschaft bis zum letzten Tag, 24 Uhr, des Wirtschaftsjahres der Organgesellschaft behält und der Erwerber das Eigentum am ersten Tag, 0 Uhr, des anschließenden Wirtschaftsjahres der Organgesellschaft erwirbt. Unter dieser Prämisse ist die Eingliederung der Organgesellschaft beim Veräußerer bis zum Ende des Wirtschaftsjahres der Organgesellschaft und beim Erwerber der Anteile vom Beginn des anschließenden Wirtschaftsjahres an erfüllt.¹²⁰ Dieses Vorgehen ist auch von der Finanzverwaltung anerkannt.¹²¹ Man spricht insoweit vom sog. „Mitternachts-Erlass“.

Um diesen „Mitternachts“-Effekt auch bei der unterjährigen Veräußerung zu erzielen, muss bei der Organgesellschaft vor Veräußerung das Wirtschafts- und Geschäftsjahr umgestellt und danach der Gewinnabführungsvertrag zum Ende des neuen Rumpfgeschäftsjahres aufgehoben werden.¹²² In diesem Fall handelt es sich dann nicht mehr um einen Fall der unterjährigen Beendigung der Organschaft, da der Veräußerungstichtag und die Beendigung des Gewinnabführungsvertrags mit dem Ende eines Wirtschaftsjahres zusammenfallen. Für die Umstellung des Wirtschaftsjahres ist die Zustimmung der Finanzverwaltung erforderlich. Im Zusammenhang mit der Beendigung der Organschaft ist die Finanzverwaltung nach Richtlinie 59 Abs. 3 Satz 1 KStR 2004 verpflichtet, ihre Zustimmung zu erteilen. Auf diese Weise kann sowohl gesellschafts- als auch steuerrechtlich der Gewinnabführungsvertrag im Zusammenhang mit einer M&A-Transaktion schadlos beendet werden. Gleichzeitig mit der Änderung des

¹¹⁹ So auch *Bauschatz*, DStZ 2005, 442 (444).

¹²⁰ *Bauschatz*, DStZ 2005, 442 (445).

¹²¹ Richtlinie 59 Abs. 2 KStR 2004.

¹²² Vgl. *Mues*, RNotZ 2005, 1 (37); *Ulrich*, GmbHR 2004, 1000 (1002).

Wirtschaftsjahres muss das Geschäftsjahr der Gesellschaft umgestellt werden. Zu beachten ist dabei das Verbot der rückwirkenden Änderung des Geschäftsjahrs. Die erforderliche Satzungsänderung für die Änderung des Wirtschaftsjahres muss vor dem Ende des Wirtschaftsjahres in das Handelsregister eingetragen werden.¹²³ Die Eintragung hat konstitutive Wirkung. Ebenso ist von der Finanzverwaltung nach Richtlinie 59 Abs. 3 Satz 2 KStR 2004 die Zustimmung zu erteilen, wenn das Wirtschaftsjahr der Organgesellschaft zur Begründung eines neuen Organisationsverhältnisses in demselben Veranlagungszeitraum ein zweites Mal umgestellt wird.

IV. Fazit

Die Beendigung von Gewinnabführungsverträgen im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen unter Beteiligung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind mangels konkreter gesetzlicher Ausgestaltung noch immer mit Rechtsunsicherheiten behaftet, denen es im Rahmen der Vertragsgestaltung entgegenzutreten gilt. Da die Veräußerung einer im Rahmen eines Gewinnabführungsvertrags abhängigen GmbH nach überwiegender Auffassung per se keinen Kündigungsgrund darstellt, ist bereits im Vorfeld der Veräußerung der Vertrag dahingehend zu überprüfen, ob er eine Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung für den Fall der Veräußerung vorsieht. Im Rahmen der Begründung des Gewinnabführungsvertrags bzw. der Organschaft sollte auf die Verankerung eines entsprechenden Kündigungsgrunds geachtet werden. Zur Sicherstellung des Gleichlaufs der steuerrechtlichen und zivilrechtlichen Beendigung des Gewinnabführungsvertrags sollte die Kündigung bzw. Aufhebung des Vertrags stets aus „wichtigem Grund“ und auf das Ende des Wirtschaftsjahres der zu veräußernden GmbH erfolgen, damit die Folgen der körperschaftsteuerlichen Organschaft punktgenau bis zum Zeitpunkt der Veräußerung genutzt werden können. In diesem Zusammenhang ist die Möglichkeit der Bildung eines Rumpfwirtschaftsjahrs sowie der Umstellung des Geschäftsjahres der zu veräußernden Gesellschaft in Betracht zu ziehen.

¹²³ Knott/Rodewald, BB 1996, 472 (476); Fenzl/Antoszkiewicz, FR 2003, 1061 (1067).