

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Band 202

Die vertragliche Beteiligung Dritter am Gewinn der GmbH

Von

Benedikt Mack



Duncker & Humblot · Berlin

BENEDIKT MACK

Die vertragliche Beteiligung Dritter am Gewinn der GmbH

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 202

Die vertragliche Beteiligung Dritter am Gewinn der GmbH

Von

Benedikt Mack



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Augsburg hat diese Arbeit
im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D384

Alle Rechte vorbehalten
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpfing
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-7626
ISBN 978-3-428-18590-0 (Print)
ISBN 978-3-428-58590-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis einschließlich Januar 2022 berücksichtigt.

Der erste Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Michael Kort, für die vertrauensvolle Betreuung der Arbeit, seine wertvollen Anregungen und die rasche Erstellung des Erstgutachtens. Frau Prof. Dr. Martina Benecke danke ich für die schnelle Anfertigung des Zweitgutachtens.

Aus meinem privaten Umfeld danke ich meiner lieben Frau Manuela. Da die Arbeit in weiten Teilen berufsbegleitend entstanden ist, hat sie an vielen Wochenenden auf mich verzichtet und mir dennoch in jeder erdenklichen Hinsicht Rückhalt bei diesem Projekt gegeben. Schließlich danke ich meinen Eltern für die stets bedingungslose Unterstützung meines Lebens- und Ausbildungswegs.

Gewidmet ist die Arbeit meiner Tochter Antonia, die nahezu zeitgleich mit der Fertigstellung des Manuskripts das Licht der Welt erblickt hat.

München, im Februar 2022

Benedikt Mack

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
A. Einführung in die Thematik und Ziel der Untersuchung	19
B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	21
C. Gang der Untersuchung	22

1. Kapitel

Grundlagen einer vertraglichen Gewinnbeteiligung	23
A. Die Unterscheidung der mitgliedschaftlichen von der vertraglichen Gewinnbeteiligung	23
I. Die Grundlagen der mitgliedschaftlichen Gewinnbeteiligung eines GmbH-Gesellschafters	23
II. Die Untrennbarkeit der mitgliedschaftlichen Gewinnbeteiligung von der Mitgliedschaft	24
III. Die Nachbildung von mitgliedschaftlichen Vermögensrechten durch Vertrag	24
B. Typische Einsatzfelder einer vertraglichen Gewinnbeteiligung in der Praxis	25
I. Die vertragliche Gewinnbeteiligung als Teil einer mittelbaren Unternehmensbeteiligung	25
II. Die vertragliche Gewinnbeteiligung als Bestandteil von mezzaninen Finanzierungsinstrumenten	26
III. Die vertragliche Gewinnbeteiligung von Mitarbeitern	29
C. Inhalte von Gewinnbeteiligungsverträgen	30
I. Mögliche Bemessungsgrundlagen für die Gewinnbeteiligung	30
1. Kein einheitlicher Gewinnbegriff	30
2. Am Gewinnanspruch der Gesellschafter orientierte Gewinnbeteiligungen	32
3. An der Ertragskraft des Unternehmens orientierte Gewinnbeteiligungen	32
II. Formen der Gewinnzuweisung	33
1. Gewinnvariablen	34
2. Gewinnvorbehalte	35
III. Häufige weitere Regelungen in einem Gewinnbeteiligungsvertrag	36
1. Beteiligung am Wertzuwachs	37

2. Festverzinsung	38
3. Verlustbeteiligung	39
4. Nachrangvereinbarungen	40
5. Mitwirkungsrechte	40
a) Informationsrechte	41
b) Mitspracherechte, insbesondere Zustimmungsrechte	42

2. Kapitel

Die verschiedenen Regelungstypen des Gewinnbeteiligungsvertrags	44
A. Partiarisches Darlehen und Gewinnschuldverschreibung	44
B. Genussrecht	45
C. Stille Gesellschaft	48
D. Abgrenzung der einzelnen Regelungstypen	50
I. Mögliche Bedeutung der Abgrenzungsfragen im Hinblick auf die Begründungsvoraussetzungen eines Gewinnbeteiligungsvertrags mit einer GmbH	50
II. Abgrenzung zwischen stiller Gesellschaft und partiarischem Darlehen	53
1. Der gemeinsame Zweck als dogmatisches Abgrenzungsmerkmal	53
2. Inhaltliche Abgrenzungskriterien	54
a) Ausschluss der Verlustbeteiligung bei einem partiarischen Darlehen	54
b) Gewinnbeteiligung als Abgrenzungsmerkmal	55
aa) Einschränkung der möglichen Bemessungsgrundlagen für die Gewinnbeteiligung bei einer stillen Gesellschaft	55
bb) Gewinnvorbehalte als Gewinnbeteiligung gemäß § 231 HGB?	55
c) Atypische Beteiligung an den stillen Reserven	57
d) Unternehmerische Mitspracherechte	58
aa) Mitspracherechte als zwingendes Abgrenzungskriterium	59
bb) Gegenstand der Mitspracherechte als indizielles Abgrenzungskriterium	59
cc) Rechtsfolgen der Mitspracherechte als indizielles Abgrenzungskriterium	60
e) Sonstige indizielle Abgrenzungskriterien	60
f) Die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses als verbleibendes Abgrenzungsmerkmal	61
III. Abgrenzung zwischen stiller Gesellschaft und Genussrecht	62
1. Dogmatische Unterscheidung zwischen stiller Gesellschaft und Genussrecht	62
2. Äußere Abgrenzungsmerkmale: Verbriefung und massenhafte Begründung?	63
3. Vermögensrechte als Abgrenzungskriterium	64
4. Entgeltlichkeit der Gewinnbeteiligung	65
5. Verwaltungsrechte als Abgrenzungskriterium	66

6. Abgrenzung im Übrigen 67

IV. Abgrenzung zwischen Genussrecht und partiarischem Darlehen bzw. Gewinn-
schuldverschreibung 67

V. Zwischenergebnis 68

3. Kapitel

**Analoge Anwendung aktienrechtlicher Regelungen bei der Begründung
einer vertraglichen Gewinnbeteiligung durch eine GmbH** 71

A. Regelungen zur vertraglichen Gewinnbeteiligung im Aktienrecht 72

I. Die vertragliche Gewinnbeteiligung als Teilgewinnabführungsvertrag gemäß
§ 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG 72

1. Tatbestandsmerkmale des Teilgewinnabführungsvertrags 72

 a) Vertragspartner 72

 b) Teilgewinn i. S. d. § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG 73

 aa) Schutzzweck des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG 73

 bb) Mögliche Bemessungsgrundlagen für den Teilgewinn 74

 cc) Feste Ansprüche unter Gewinnvorbehalt als Teilgewinnabführung? ... 75

 c) Die Gewinnbeteiligung im Rahmen eines Vertrags des laufenden Ge-
schäftsverkehrs gemäß § 292 Abs. 2 AktG 76

 d) Subsumtion einzelner Regelungstypen unter den Begriff des Teilgewinnab-
führungsvertrags 78

 aa) Stille Gesellschaft 78

 bb) Partiarisches Darlehen 79

 cc) Genussrecht und Gewinnschuldverschreibung 80

2. Rechtsfolgen bei Vorliegen eines Teilgewinnabführungsvertrags 80

 a) Formelle Anforderungen an den Vertragsschluss 80

 b) Materielle Anforderungen an den Vertragsinhalt, insbesondere Höchstbetrag
der Gewinnabführung gemäß § 301 AktG 81

 aa) Anwendbarkeit des § 301 AktG bei einem Teilgewinnabführungsvertrag 82

 bb) Mögliche Unvereinbarkeit einer Festverzinsung mit § 301 AktG 83

II. Vertragliche Gewinnbeteiligungen als Rechtsverhältnisse i. S. v. § 221 Abs. 1 und
3 AktG 83

1. Tatbestand des § 221 AktG 83

2. Rechtsfolgen des § 221 AktG 85

3. Das Verhältnis zwischen § 221 AktG und § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG 86

 a) Identischer Gewinnbegriff in § 221 AktG und § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG ... 86

 b) Mögliche Folgen bei Überschneidung der Anwendungsbereiche von § 221
AktG und § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG 86

 aa) Spezialität des § 221 Abs. 3 AktG bei gleichzeitiger Abgrenzung nach
Regelungstypen 87

bb) Kumulative Anwendung von § 221 AktG und § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG	87
cc) Abgrenzung zwischen § 221 AktG und § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG anhand der Kriterien der massenhaften Begründung oder standardisierten Aus- gestaltung der Rechtsverhältnisse	88
III. Zwischenergebnis	89
B. Analoge Anwendung der § 292 Abs. 1 Nr. 2, §§ 293 ff. AktG im GmbH-Recht	91
I. Planwidrige Regelungslücke	91
1. Gesetzgebungshistorie	92
2. Gesetzeswortlaut und Systematik	93
II. Vergleichbare Wertungslage	93
1. Möglicher Umfang einer Analogie und Prüfungsmaßstab für die Bestimmung der vergleichbaren Wertungslage	93
a) Einzel- oder Gesamtanalogie?	93
b) Prüfungsmaßstab der h. M. für die analoge Anwendung der §§ 291 ff. AktG bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen einer abhängigen GmbH	96
c) Übertragung dieses Prüfungsmaßstabs auf Teilgewinnabführungsverträge einer verpflichteten GmbH	96
2. Bestehen einer vergleichbaren Wertungslage im Hinblick auf die einzelnen Regelungen der § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG i. V.m. §§ 293 ff. AktG	97
a) Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafter gemäß § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG i. V.m. § 293 Abs. 1 AktG	97
aa) Ausnahmecharakter der Regelung im Hinblick auf das Prinzip der un- beschränkten und unbeschränkbar Vertretungsmacht	97
bb) Einschlägigkeit des Schutzzwecks des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG i. V.m. § 293 Abs. 1 AktG bei der GmbH	98
cc) Rechtsformspezifische Unterschiede zwischen der AG und der GmbH im Hinblick auf die Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter auf die Geschäftsleitung	99
b) Vorbereitung der Beschlussfassung gemäß § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG i. V.m. §§ 293a bis 293g AktG	100
aa) Grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 293a ff. AktG bei einem Teilge- winnabführungsvertrag	101
bb) Rechtsformspezifische Unterschiede zwischen der AG und der GmbH hinsichtlich der Informationsrechte der Gesellschafter	102
c) Handelsregistereintragung gemäß § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG i. V.m. § 294 AktG	103
aa) Rechtsformspezifische Unterschiede zwischen der AG und der GmbH im Hinblick auf die Unterrichtung zukünftiger Gesellschafter als Ein- tragungszweck	103
bb) Rechtsformspezifische Unterschiede zwischen der AG und der GmbH im Hinblick auf die Unterrichtung von Gläubigern als Eintragungszweck	103
d) Schriftformgebot gemäß § 292 Abs. 1 AktG i. V.m. § 293 Abs. 3 AktG	104

- e) Höchstbetrag der Gewinnabführung gemäß § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG i. V.m. § 301 AktG 106
 - aa) Anwendbarkeit des § 301 AktG bei einem Gewinnabführungsvertrag einer GmbH 106
 - bb) Einschlägigkeit des Gewinnbegriffs i. S. d. § 301 AktG bei einem Teilgewinnabführungsvertrag einer GmbH 107
 - cc) Rechtsformspezifische Unterschiede zwischen der AG und der GmbH im Hinblick auf die Kapitalbindung 108
- III. Zwischenergebnis 109
- C. Analoge Anwendung des § 221 AktG im GmbH-Recht 110
 - I. Grundsätzliche Übertragbarkeit des § 221 AktG in das GmbH-Recht 110
 - 1. § 221 AktG als aktienrechtliche Sonderregelung? 110
 - 2. Das traditionelle Erscheinungsbild des Genussrechts 111
 - 3. Die vermeintlich fehlende Relevanz des Genussrechts im GmbH-Recht 111
 - 4. Die praktische Weiterentwicklung des Genussrechts vom massenhaft begebenen Genussschein hin zum individuellen Genussrechtsvertrag 112
 - II. Analoge Anwendung von § 221 Abs. 1 und 2 AktG (Zustimmung der Gesellschafter) im GmbH-Recht 114
 - 1. Analoge Anwendung des Beschlusserfordernisses gemäß § 221 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 AktG 114
 - 2. Analoge Anwendung des Beschlussverfahrens gemäß § 221 Abs. 1 und 2 AktG 115
 - a) Qualifizierte Kapitalmehrheit gemäß § 221 Abs. 1 Satz 2 AktG 115
 - b) Notarielle Beurkundung des Beschlusses 115
 - c) Ermächtigungsverfahren gemäß § 221 Abs. 2 AktG 116
 - III. Analoge Anwendung des § 221 Abs. 4 AktG (gesetzliches Bezugsrecht) im GmbH-Recht 117
 - 1. Vergleichbare Schutzbedürftigkeit der GmbH-Gesellschafter und der Aktionäre im Hinblick auf das gesetzliche Bezugsrecht gemäß § 221 Abs. 4 AktG 117
 - 2. Keine rechtsformspezifischen Unterschiede zwischen der GmbH und der AG, die einer Anwendung des § 221 Abs. 4 AktG im GmbH-Recht entgegenstehen 118
 - a) Rechtsformspezifische Unterschiede zwischen der AG und der GmbH im Hinblick auf das Bezugsrecht bei einer Kapitalerhöhung 118
 - aa) Dogmatische Grundlage des Bezugsrechts bei einer Kapitalerhöhung einer GmbH 118
 - (1) Gesetzliches Bezugsrecht gemäß § 186 AktG analog? 119
 - (2) Bezugsrecht nur aufgrund einer Zulassungsentscheidung gemäß § 55 Abs. 2 Satz 1 GmbHG? 119
 - bb) Übertragung der Erwägungen für das Bestehen eines Bezugsrechts bei Kapitalerhöhungen einer GmbH auf das Bezugsrecht bei einer vertraglichen Gewinnbeteiligung einer GmbH 120
 - (1) Vergleichbarer Schutzzweck von § 186 AktG und § 221 Abs. 4 AktG 120

(2) Bedarf für ein gesetzliches Bezugsrecht gemäß § 221 Abs. 4 AktG analog mangels gesonderter Zulassungsentscheidung über die Person des Gewinnberechtigten	121
b) Rechtsformspezifische Unterschiede zwischen der AG und der GmbH im Hinblick auf Binnenverfassung sowie Realstruktur	122
3. Möglicher Anwendungsbereich des Bezugsrechts gemäß § 221 Abs. 4 AktG analog bei einer vertraglichen Gewinnbeteiligung im GmbH-Recht	122
a) Unterscheidung zwischen Gewinnvariablen und Gewinnvorbehalten	122
b) Unterscheidung zwischen den verschiedenen Regelungstypen einer vertraglichen Gewinnbeteiligung	123
aa) Entfall der Anwendungskonkurrenz zwischen § 221 AktG und § 292 Abs. 1 Nr. 2, §§ 293 ff. AktG im GmbH-Recht	123
bb) Die Auslegung des Begriffs „Genussrecht“ gemäß § 221 Abs. 3 AktG bei analoger Anwendung des § 221 Abs. 4 AktG im GmbH-Recht	124
4. Rechtsfolge des Bezugsrechts bei einem Gewinnbeteiligungsvertrag	126
a) Grundsatz: Anspruch auf Abschluss eines inhaltsgleichen Gewinnbeteiligungsvertrags	126
b) Ausnahme bei höchstpersönlichen Vertragsverhältnissen	126
5. Regelungsmöglichkeiten hinsichtlich des Bezugsrechts im GmbH-Recht	127
a) Verzicht der Gesellschafter auf das Bezugsrecht	127
b) Bezugsrechtsausschluss durch Gesellschafterbeschluss gemäß § 221 Abs. 4 Satz 2 i. V. m. § 186 Abs. 3 und 4 AktG analog	128
aa) Formelle Anforderungen des Bezugsrechtsausschlusses	128
bb) Materielle Anforderungen des Bezugsrechtsausschlusses	129
(1) Grundsätzliche Geltung materieller Schranken bei einem Bezugsrechtsausschluss gemäß § 221 Abs. 4 Satz 2 i. V. m. § 186 AktG im Aktienrecht	129
(2) Entsprechende Geltung materieller Schranken bei einem Bezugsrechtsausschluss gemäß § 221 Abs. 4 Satz 2 i. V. m. § 186 AktG analog im GmbH-Recht	129
(3) Erleichterter Bezugsrechtsausschluss gemäß § 221 Abs. 4 Satz 2 AktG i. V. m. § 186 Abs. 3 Satz 4 AktG analog im GmbH-Recht	130
c) Regelungen zu dem Bezugsrecht in der GmbH-Satzung	131
IV. Zwischenergebnis	132
D. Zusammenfassung	133

4. Kapitel

**Die Kompetenzverteilung bei der Begründung einer vertraglichen
Gewinnbeteiligung nach dem GmbHG** 134

A. Die Anwendung der Vorschriften über die Satzungsänderung auf eine vertragliche Gewinnbeteiligung	134
I. Anwendungsvoraussetzungen der §§ 53 und 54 GmbHG im Allgemeinen	134
1. Unmittelbare Anwendung der §§ 53 und 54 GmbHG bei einer materiellen Satzungsänderung	135
a) Der Begriff der Satzung i. S. d. §§ 53 und 54 GmbHG	135
b) Materielle Satzungsänderung ohne Eingriff in den Satzungstext	137
c) Materielle Satzungsänderung durch die Entscheidung über den Abschluss eines Vertrags?	138
2. Analoge Anwendung der §§ 53 und 54 GmbHG bei einer Satzungsüberlagerung	139
a) Mögliche Fallgruppen einer Satzungsüberlagerung	139
b) Die Rechtsfigur der Satzungsüberlagerung bei anderen Gesellschaftsformen	140
c) Voraussetzungen für eine analoge Anwendung der §§ 53 und 54 GmbHG bei einer Satzungsüberlagerung	141
aa) Planwidrige Regelungslücke	141
bb) Vergleichbare Wertungslage	141
3. Zwischenergebnis	142
II. Generelle Anwendbarkeit der §§ 53 und 54 GmbHG entsprechend den Grundsätzen des GmbH-Unternehmensvertragsrechts bei Begründung einer vertraglichen Gewinnbeteiligung?	142
1. Grundsätze zur Anwendung der §§ 53 und 54 GmbHG bei einem Unternehmensvertrag i. S. d. § 291 Abs. 1 AktG mit einer GmbH als verpflichtete Gesellschaft	143
a) Anpassung von §§ 53 und 54 GmbHG an die Eigenart eines Unternehmensvertrags	143
b) Gründe für die Anwendung der §§ 53 und 54 GmbHG bei einem Gewinnabführungsvertrag	145
c) Einstufung eines Unternehmensvertrags als materielle Satzungsänderung oder als Satzungsüberlagerung?	146
2. Übertragung der Argumente für die Anwendung von §§ 53 und 54 GmbHG bei einem Gewinnabführungsvertrag auf einen Gewinnbeteiligungsvertrag?	147
a) Das „Grundsatzurteil“ des BGH vom 16. 7. 2019 – II ZR 175/18	147
aa) Merkmale der entscheidungsgegenständlichen Gewinnbeteiligung	148
bb) Aussagen des BGH zur Anwendbarkeit der §§ 53 und 54 GmbHG bei Abschluss eines Gewinnbeteiligungsvertrags	148
cc) Reichweite der Entscheidung und offene Fragen	149

b) Die Rechtsnatur des Gewinnbeteiligungsvertrags als Kriterium für die Anwendung der §§ 53 und 54 GmbHG?	150
aa) Die Unterscheidung zwischen Organisationsvertrag und Schuldvertrag	150
bb) Die Merkmale eines Organisationsvertrags	151
cc) Folgerungen aus der Rechtsnatur des Vertrags im Hinblick auf die Anwendbarkeit der §§ 53 und 54 GmbHG bei einer vertraglichen Gewinnbeteiligung	152
c) Die vertragliche Gewinnbeteiligung im Verhältnis zu zwingenden Regelungen des GmbHG, insbesondere zur Kapitalerhaltung	153
d) Die vertragliche Gewinnbeteiligung im Verhältnis zur Satzung der verpflichteten GmbH	155
aa) Die Auswirkungen einer vertraglichen Gewinnbeteiligung auf die mitgliedschaftliche Gewinnbeteiligung der Gesellschafter	155
(1) Die Satzungsdispositivität des mitgliedschaftlichen Gewinnbezugsrechts	156
(2) Materiell-satzungsändernde Wirkung der vertraglichen Gewinnbeteiligung im Hinblick auf das Gewinnbezugsrecht	157
(a) Die vertragliche Gewinnbeteiligung im Verhältnis zur Gewinnverwendung gemäß § 29 Abs. 1 und 2 GmbHG	157
(b) Die vertragliche Gewinnbeteiligung im Verhältnis zur Gewinnverteilung gemäß § 29 Abs. 3 GmbHG	158
(3) Satzungsüberlagernde Wirkung der vertraglichen Gewinnbeteiligung im Hinblick auf das Gewinnbezugsrecht	159
(a) Die Auswirkungen einer vertraglichen Gewinnbeteiligung auf das Gewinnbezugsrecht verglichen mit den entsprechenden Auswirkungen einer festen Verbindlichkeit	160
(b) Die Auswirkungen einer vertraglichen Gewinnbeteiligung auf das Gewinnbezugsrecht verglichen mit den entsprechenden Auswirkungen eines Gewinnabführungsvertrags i. S. d. § 291 Abs. 1 AktG	161
bb) Die Auswirkungen einer vertraglichen Gewinnbeteiligung auf die gesetzliche Zuständigkeit der Gesellschafter gemäß § 46 Nr. 1 Alt. 2 GmbHG	162
cc) Die Auswirkungen einer vertraglichen Gewinnbeteiligung auf den Unternehmensgegenstand	163
dd) Die Auswirkungen einer vertraglichen Gewinnbeteiligung auf den Gesellschaftszweck	164
(1) Die Satzungsrelevanz des Gesellschaftszwecks	164
(2) Die Bestandteile des vermuteten Gesellschaftszwecks einer GmbH	165
(3) Die Vereinbarkeit einer vertraglichen Gewinnbeteiligung mit dem vermuteten Gesellschaftszweck	166
(a) Vereinbarkeit mit der Gewinnerzielungsvermutung	167
(b) Vereinbarkeit mit der Eigennützigkeitsvermutung	168

- 3. Zwischenergebnis 169
- III. Kriterien für die Anwendung der §§ 53 und 54 GmbHG nur bei bestimmten Gewinnbeteiligungsverträgen 170
 - 1. Satzungsüberlagernde Wirkung der Gewinnbeteiligungsabrede selbst 170
 - a) Satzungsüberlagerung wegen des Umfangs der Gewinnbeteiligung 170
 - aa) Annahme eines „verdeckten Gewinnabführungsvertrags“ bei übermäßiger Gewinnabführung? 170
 - (1) Bedeutung des „ganzen“ Gewinns gemäß § 291 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 AktG im Aktienrecht 171
 - (2) Übertragbarkeit der Grundsätze zur Bestimmung des ganzen Gewinns gemäß § 291 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 AktG in das GmbH-Recht 172
 - (3) Zwischenergebnis 173
 - bb) Mögliche Grenzen für das Vorliegen einer satzungsüberlagernden Gewinnbeteiligung 173
 - (1) Abführung von über 50 % des Gewinns 174
 - (2) Abführung von über 75 % des Gewinns 175
 - (3) Abführung von über 90 % des Gewinns 175
 - (4) Ungeeignetheit prozentualer Abführungsgrenzen zur Beurteilung des Vorliegens einer Satzungsüberlagerung? 175
 - (5) Satzungsüberlagerung nur in Missbrauchs- oder Umgehungsfällen unter Berücksichtigung des für die Gesellschafter verbleibenden Gewinns 177
 - (a) Verbleibender Gewinn unter 4 % des Stammkapitals als Anhaltspunkt für das Vorliegen einer Satzungsüberlagerung 177
 - (b) Feststellung der Satzungsüberlagerung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Gewinnbeteiligungsvertrags 178
 - b) Berücksichtigung der Gegenleistung für die Gewinnbeteiligung als Kriterium für die Anwendbarkeit der §§ 53 f. GmbHG 179
 - aa) Gründe für eine Anwendung der §§ 53 f. GmbHG bei fehlender oder unangemessener Gegenleistung 179
 - (1) Parallele zum Aktienkonzernrecht 180
 - (2) Parallele zur verdeckten Gewinnausschüttung 180
 - (3) Eingriff in § 29 GmbHG und in den Gesellschaftszweck 181
 - bb) Gründe gegen eine Anwendung der §§ 53 f. GmbHG allein aufgrund fehlender oder unangemessener Gegenleistung 182
 - (1) Kein Angemessenheitsvorbehalt für Teilgewinnabführungsverträge im Aktienkonzernrecht 182
 - (2) Keine Übertragungsfähigkeit der Grundsätze zur verdeckten Gewinnausschüttung auf Gewinnbeteiligungsverträge mit Dritten 183
 - (3) Keine materielle Satzungsänderung und keine zwingende Satzungsüberlagerung bei unangemessener Gegenleistung im Hinblick auf § 29 GmbHG und den Gesellschaftszweck 184

cc) Anderweitiger Schutz der Gesellschafter vor Gewinnbeteiligungen mit fehlender oder unangemessener Gegenleistung	186
c) Zwischenergebnis	186
2. Anwendung der §§ 53 f. GmbHG aufgrund von Abreden neben der Gewinnbeteiligung	187
a) Beteiligung am Gesellschaftsvermögen	188
b) Vereinbarung von Mitwirkungsrechten zur Sicherung des Gewinnanspruchs	188
aa) Zustimmungrechte des Gewinnberechtigten	189
(1) Zustimmungrechte bei Strukturmaßnahmen, insbesondere Satzungsänderungen	190
(a) Wirksamkeitsrelevante Zustimmungsvorbehalte	190
(b) Schuldrechtlich wirkende Zustimmungsvorbehalte mit einem durchsetzbaren Unterlassungs- oder Wiederherstellungsanspruch	191
(aa) Allgemeine Anforderungen an die Begründung durchsetzbarer, schuldrechtlicher Verpflichtungen im Zusammenhang mit Strukturmaßnahmen	191
(bb) Konkretisierung des Zustimmungsvorbehalt im Rahmen eines Gewinnbeteiligungsvertrags	192
(cc) Ermächtigungsbeschluss durch die Gesellschafterversammlung bei Begründung eines Zustimmungsvorbehalts im Rahmen eines Gewinnbeteiligungsvertrags	193
(dd) Notarielle Beurkundung des Ermächtigungsbeschlusses	194
(ee) Eintragung des Ermächtigungsbeschlusses in das Handelsregister	196
(c) Schuldrechtliche Zustimmungsvorbehalte mit einem Kündigungsrecht oder Geldersatzanspruch bei Missachtung des Zustimmungsvorbehalts	197
(2) Zustimmungrechte bei Geschäftsführungsmaßnahmen	198
bb) Informationsrechte des Gewinnberechtigten	199
(1) Kollision vertraglicher Informationsrechte mit der Verschwiegenheitspflicht der Geschäftsführer	200
(2) Informationsrechte zur Kontrolle des Gewinnanspruchs	200
(3) Weitergehende Informationsrechte	201
cc) Zwischenergebnis	201
dd) Folgen der Schranken vertraglicher Mitwirkungsrechte für Gewinnbeteiligungsverträge in Gestalt einer stillen Gesellschaft	202
(1) Bestehen gesetzlicher Zustimmungsvorbehalte zugunsten des stillen Gesellschafters	203
(2) Strukturmaßnahmen als Gegenstand der gesetzlichen Zustimmungsvorbehalte des stillen Gesellschafters	204

- (3) Unterlassungs- und Leistungsansprüche des stillen Gesellschafters bei zustimmungswidrigen Strukturmaßnahmen 205
 - (a) Handelsrechtliche Sichtweise: Bestehen von Unterlassungs- und Leistungsansprüchen des stillen Gesellschafters gegen den Geschäftsinhaber 206
 - (b) Gesellschaftsrechtliche Sichtweise: Keine Unterlassungs- und Leistungsansprüche des stillen Gesellschafters bei einer AG oder GmbH als Geschäftsinhaber? 208
- (4) Fazit: Regelmäßige Anwendbarkeit des § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG bei Begründung einer stillen Gesellschaft 209
- ee) Folgen der Schranken vertraglicher Mitwirkungsrechte für Gewinnbeteiligungsverträge in Gestalt eines partiarischen Darlehens oder eines Genussrechts 210
 - (1) Genussrechte und partiarische Darlehen ohne vertraglich vereinbarte Mitwirkungsrechte 210
 - (2) Genussrechte und partiarische Darlehen mit vertraglich vereinbarten Mitwirkungsrechten 211
- c) Auswirkung fehlerhaft begründeter Mitwirkungsrechte auf den Gewinnbeteiligungsvertrag im Übrigen 212
 - aa) Teilunwirksamkeit oder Gesamtnwirksamkeit des Gewinnbeteiligungsvertrags (§ 139 BGB)? 212
 - (1) Ersatzlose Streichung unzulässiger Mitwirkungsrechte unter Aufrechterhaltung des Gewinnbeteiligungsvertrags im Übrigen 212
 - (2) Reduzierung unzulässiger Mitwirkungsrechte auf ein zulässiges Maß 213
 - (3) Verhinderung der Gesamtnwirksamkeit durch eine salvatorische Klausel? 213
 - bb) Aufrechterhaltung des Gewinnbeteiligungsvertrags gemäß den Grundsätzen des fehlerhaften Vertragsverhältnisses 214
 - (1) Grundlegendes zum fehlerhaften Vertragsverhältnis 214
 - (2) Anwendbarkeit der Grundsätze des fehlerhaften Vertragsverhältnisses bei einem Gewinnbeteiligungsvertrag 215
 - (a) Gewinnbeteiligungsverträge in Gestalt der stillen Gesellschaft 215
 - (b) Gewinnbeteiligungsverträge in Gestalt des Genussrechts oder partiarischen Darlehens 217
 - (3) Entstehen eines fehlerhaften Vertragsverhältnisses bei Vertragsschluss durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht? 217
 - cc) Zwischenergebnis 219
- B. Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis bei Begründung einer vertraglichen Gewinnbeteiligung 220
 - I. Grundlegendes zu den Schranken der Geschäftsführungsbefugnis eines GmbH-Geschäftsführers 220

II. Bestehen gesetzlicher Zustimmungsvorbehalte der Gesellschafterversammlung bei Fehlen einer ausdrücklichen Satzungsregelung	221
1. Die Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis bei „außergewöhnlichen Maßnahmen“ der GmbH in Rechtsprechung und Schrifttum	221
2. Die Einberufungspflicht gemäß § 49 Abs. 2 Halbsatz 2 GmbHG als Grundlage für eine Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis bei außergewöhnlichen Maßnahmen der GmbH	222
III. Bestehen einer Einberufungspflicht gemäß § 49 Abs. 2 Halbsatz 2 GmbHG vor Begründung einer vertraglichen Gewinnbeteiligung	224
1. Einberufungspflicht aufgrund der faktischen Konkurrenz einer vertraglichen Gewinnbeteiligung zu den Rechten und Zuständigkeiten der Gesellschafter ..	224
2. Einberufungspflicht aufgrund von Abreden neben der Gewinnbeteiligung ...	226
3. Einschränkung der Einberufungspflicht bei Gewinnbeteiligungen im Rahmen von Verträgen des laufenden Geschäftsverkehrs?	227
4. Keine Einberufungspflicht bei reinen Gewinnvorbehalten	228
IV. Rechtsfolge der Einberufungspflicht nach § 49 Abs. 2 Halbsatz 2 GmbHG	229
Zusammenfassung der Ergebnisse	230
Literaturverzeichnis	232
Sachverzeichnis	248

Einleitung

A. Einführung in die Thematik und Ziel der Untersuchung

Der Zweck einer GmbH ist im Regelfall darauf gerichtet, Gewinn zu erwirtschaften. Obwohl das GmbHG selbst einen solchen Regelzweck nicht erwähnt, ist die Gewinnerzielung als ökonomisches Grundprinzip der GmbH anerkannt.¹ So ist etwa der Gesellschaftszweck einer GmbH nur dann ausdrücklich in der Satzung anzugeben, wenn dieser Zweck ausnahmsweise nicht in der Gewinnerzielung besteht.² Ein erwirtschafteter Gewinn ist nach § 29 GmbHG den Gesellschaftern zur Verwendung und Verteilung zugewiesen.

Die Maxime der eigennützigen Gewinnerzielung wird aufgeweicht, wenn Dritte, d.h. Personen, die nicht zum Kreis der Gesellschafter gehören, durch Vertrag an dem Gewinn der Gesellschaft beteiligt werden.³ Im GmbH-Recht werden Zulässigkeit und Voraussetzungen für eine solche Gewinnbeteiligung uneinheitlich beurteilt. Die Ursache hierfür liegt in den unterschiedlichen Perspektiven, aus denen die Thematik bisher betrachtet wird:⁴

1. Im konzernrechtlichen Schrifttum wird erörtert, ob eine vertragliche Beteiligung an dem Gewinn einer GmbH den gleichen formellen Anforderungen unterliegt, die für einen Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag mit einer GmbH als verpflichtetem Vertragsteil gelten.⁵ Diese Sichtweise beruht auf der aktienrechtlichen Regelung des Teilgewinnabführungsvertrags gemäß § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG. Die Bestimmung unterstellt eine vertragliche Beteiligung am Gewinn einer AG den formellen Regeln des Unternehmensvertragsrechts gemäß §§ 293 ff. AktG. Auch in der Rechtsprechung zur GmbH wird die Gewinnbeteiligung Dritter auf der Folie des

¹ *Mock*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, § 29 Rn. 6; *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, § 29 Rn. 196.

² Siehe nur *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 1 Rn. 12; *Altmeppen*, GmbHG, § 1 Rn. 7; *Wicke*, DNotZ 2020, 448.

³ *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, § 29 Rn. 196.

⁴ Vgl. DNotI-Report 2004, 57, 58 (bezogen auf die stille Gesellschaft).

⁵ So etwa *Casper*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, Anh. § 77 Rn. 219 f.; *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, Anh. zu § 13 Rn. 804 ff.; *Servatius*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, Syst. Darst. 4 Rn. 358 ff.; *Emmerich*, in: Scholz, GmbHG, Anh. § 13 Rn. 213 ff.; *ders.*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 292 Rn. 37 f.; *Führling*, Sonstige Unternehmensverträge, 1993, S. 107 ff., 131 ff.; *Lieder/Wernert*, NZG 2020, 361; *Priester*, NZG 2020, 1; *Wachter*, GmbHR 2019, 1153; *Habersack*, in: FS Happ, 2006, S. 49, 54 ff.; *K. Schmidt*, ZGR 1984, 295, 307 ff.

Konzernrechts behandelt. Die Frage, ob Gewinnbeteiligungsabreden als Unternehmensvertrag im Handelsregister einzutragen sind, war bereits Gegenstand verschiedener registergerichtlicher Beschwerdeentscheidungen.⁶ Der BGH ordnet die Thematik ebenfalls dem Recht der Unternehmensverträge zu: Einen Streit um die Wirksamkeit einer vertraglichen Gewinnbeteiligung hat der II. Senat mit Urteil vom 16. 7. 2019 dahingehend entschieden, dass „*Teilgewinnabführungsverträge* mit einer GmbH als abführungspflichtiger Gesellschaft [...] keinen besonderen Wirksamkeitsanforderungen [unterliegen], wenn sie keine satzungsüberlagernde Wirkung haben“⁷ (Hervorhebung durch den Verfasser).

2. Andere behandeln das Problem unter dem Vorzeichen der einzelnen Regelungstypen, innerhalb derer eine vertragliche Gewinnbeteiligung vereinbart sein kann. So wird im handelsrechtlichen Schrifttum erörtert, ob die Begründung einer stillen Beteiligung (§§ 230 ff. HGB) an einer GmbH den für eine Satzungsänderung geltenden Anforderungen gemäß §§ 53 f. GmbHG unterliegt oder jedenfalls eines zustimmenden Gesellschafterbeschlusses im Innenverhältnis bedarf.⁸ Häufig wird dabei zwischen den einzelnen Ausprägungen der stillen Beteiligung differenziert, insbesondere zwischen der typisch und atypisch stillen Gesellschaft.⁹ Bleibt man dieser vertragstypenbezogenen Sichtweise treu und richtet den Blick auf die weiteren Regelungsformen einer vertraglichen Gewinnbeteiligung, wie das partiarische Darlehen oder das Genussrecht, so fällt auf, dass diese Vertragstypen, anders als etwa das Genussrecht im Aktienrecht gemäß § 221 AktG, im GmbH-Recht bisher wenig Beachtung finden.¹⁰

3. Ein weiterer Blickwinkel, aus dem sich die vertragliche Beteiligung Dritter am Gewinn einer GmbH betrachten lässt, ist derjenige der Unternehmensfinanzierung. Die vertragliche Gewinnbeteiligung wird in der Praxis oft als Mittel zur Kapitalbeschaffung verwendet, indem der Kapitalgeber anstelle eines festen Zinssatzes eine Beteiligung an den Gewinnen des Kapitalnehmers erhält. Die Mittel aus einer solchen Finanzierung vereinen die Merkmale des Eigenkapitals und des Fremdkapitals. Sie gewähren einerseits Rechte, die typischerweise nur den Gesellschaftern zustehen (z. B. eine Gewinnbeteiligung), beruhen andererseits jedoch auf einer schuldrechtlichen Rechtsbeziehung zwischen Kapitalgeber und -nehmer, die als solche für die

⁶ KG, Beschl. v. 24. 3. 2014 – 12 W 43/12, NZG 2014, 668; OLG München, Beschl. v. 17. 3. 2011 – 31 Wx 68/11, DNotZ 2011, 949; BayObLG, Beschl. v. 18. 2. 2003 – 3Z BR 233/02, NZG 2003, 636.

⁷ BGH, Urt. v. 16. 7. 2019 – II ZR 175/18, NZG 2019, 1149 Leitsatz 1.

⁸ K. Schmidt, in: MüKoHGB, § 230 Rn. 114 f.; Harbarth, in: Staub, HGB, § 230 Rn. 151 ff.; Gehrlein, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 230 Rn. 30; Kinzl/Schmidberger, in: BeckOGK, HGB, § 230 Rn. 196; Lamprecht, in: Blaurock, Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 9.61 f.; Keul, in: Münch. Hdb. GesR II, Stille Gesellschaft, § 76 Rn. 77 ff.; Weigl, GmbHR 2002, 778.

⁹ Vgl. nur K. Schmidt, in: MüKoHGB, § 230 Rn. 114 f.; Keul, in: Münch. Hdb. GesR II, Stille Gesellschaft, § 76 Rn. 84 f. (im Hinblick auf eine atypische Mitspracherechte eines stillen Gesellschafters).

¹⁰ Mit einer bedeutenden Ausnahme: *Rid-Niebler*, Genußrechte, 1989.

Fremdfinanzierung kennzeichnend ist. Manche Autoren legen ihren Fokus auf die Friktionen, die sich aus diesem Mischcharakter im Hinblick auf die Kompetenzverteilung der kapitalnehmenden Gesellschaft ergeben.¹¹ Während nämlich die Entscheidungen über die Ausstattung der Gesellschaft mit Eigenkapital – sei es bei der Gründung, im Rahmen von Kapitalmaßnahmen oder durch Gewinnthesaurierung – den Gesellschaftern vorbehalten sind, obliegt der Abschluss von Verträgen zur Fremdfinanzierung grundsätzlich den Geschäftsführern.¹²

Ziel dieser Untersuchung ist es, die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen für die Begründung einer vertraglichen Beteiligung am Gewinn einer GmbH zu klären, ohne den Prüfungsmaßstab auf eine der vorgenannten Perspektiven zu verengen.

B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands

Gegenstand dieser Untersuchung ist der Abschluss eines Gewinnbeteiligungsvertrags durch eine GmbH als verpflichteter Vertragsteil. Die Ausführungen beschränken sich auf die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen, die auf Seiten der GmbH im Hinblick auf den Vertragsschluss zu erfüllen sind. Neben der Kompetenzverteilung betrifft dies Fragen des Minderheitenschutzes sowie des Schutzes dritter Personen (z. B. von Gläubigern) und der Öffentlichkeit, etwa durch Eintragungspflichten im Handelsregister. Steuer-, bilanz- und arbeitsrechtliche Fragestellungen werden ausgeklammert, es sei denn, deren Beantwortung erlaubt Rückschlüsse auf die gesellschaftsrechtliche Behandlung des Gewinnbeteiligungsvertrags.

Untersucht wird die vertragliche Beteiligung am Gewinn *der GmbH*. Nicht zum Untersuchungsgegenstand gehören damit Beteiligungsformen, die eine Teilhabe an den Gewinnansprüchen *eines Gesellschafters* ermöglichen, z. B. der Nießbrauch an dem Gesellschaftsanteil oder die Unterbeteiligung. Im Bereich der stillen Gesellschaft bleibt die Rechtsfigur der sog. Innen-KG¹³ und deren Behandlung im GmbH-rechtlichen Kontext anderen Untersuchungen vorbehalten.¹⁴ Die vorliegende Studie beschränkt sich auf die – in vermögensrechtlicher Hinsicht – schuldvertraglichen Formen der Beteiligung am unternehmerischen Erfolg.

Schließlich wird das Thema auf die vertragliche Gewinnbeteiligung zugunsten von Dritten begrenzt. Dritter kann dabei auch ein Mitgesellschafter sein, wenn diesem auf einer vertraglichen Grundlage eine Gewinnbeteiligung außerhalb seiner

¹¹ So insbesondere *Lörsch*, *Mezzanine-Finanzierung*, 2012 (bezogen auf die AG) und *Klingberg*, in: FS Westermann, 2008, 1087 (bezogen auf die GmbH); mit ähnlichem Untersuchungsanlass: *Marzinkowski*, *Mezzanine-Finanzierung*, 2012; *Ebert*, *Mezzanine Kapitaltitel*, 2010.

¹² *Klingberg*, in: FS Westermann, 2008, 1087, 1094.

¹³ Zu dieser Rechtsfigur statt vieler: *K. Schmidt*, ZHR 178 (2014), 10.

¹⁴ Siehe hierzu bereits die Nachweise bei *K. Schmidt*, in: MüKoHGB, § 230 Rn. 87.