

Köhn

# **Betriebsführungsvertrag**

Formularbuch

4. Auflage



## Haftung

Die Ausgestaltung eines Betriebsführungsvertrags richtet sich nach den konkreten tatsächlichen Verhältnissen und den individuellen Bedürfnissen und Interessen seiner Vertragspartner. Demgemäß kann dieses Formularbuch eine individuelle und qualifizierte Rechtsberatung und Vertragsgestaltung unterstützen, diese aber nicht ersetzen. Eine Haftung für die Nutzung der Buchinhalte und der Verwendung der Formulare - auch einzelner Klauseln - im Einzelfall kann vom Autor nicht übernommen werden und wird ausgeschlossen.

## **Vorwort zur 4. Auflage**

Seit der Voraufgabe sind drei Jahre vergangen. In der Zwischenzeit sind insbesondere folgende Entwicklungen eingetreten, die bei der Neubearbeitung Berücksichtigung gefunden haben:

In einer Grundsatzentscheidung vom 16.07.2019 hat sich der BGH mit den Wirksamkeitsanforderungen von Teilgewinnabführungsverträgen mit einer GmbH als abführungspflichtiger Gesellschaft befasst. Aus dieser Entscheidung lässt sich ableiten, dass wenn eine GmbH ihren Betrieb auf der Grundlage eines satzungsüberlagernden Betriebsführungsvertrags führen lassen will, die Voraussetzungen für Satzungsänderungen (§§ 53, 54 GmbH) und nicht die für den Abschluss von Unternehmensverträgen (§§ 293 ff. AktG) einzuhalten sind.

Zu geringfügigen Anpassungen in den Vertragsmustern haben das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vom 18.04.2019 und das Gesetz zur Beschleunigung des Energieleitungsausbaus vom 13.05.2019 geführt.

Zu beachten ist, dass das Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie vom 27.03.2020 vorübergehend - nach aktuellem Stand noch bis zum 31.08.2022 - Erleichterungen für die Durchführung von virtuellen Versammlungen und Beschlussfassungen bzw. Stimmabgaben außerhalb von Versammlungen vorsieht.

Hannover, im Januar 2022  
Kai Köhn

## **Vorwort zur 1. Auflage**

Die Führung des Betriebs ist Aufgabe der dazu berufenen Geschäftsleiter des Unternehmens. Bei einem Betriebsführungsvertrag überlässt das Unternehmen einem Dritten die Betriebsführung. Die Beweggründe und damit die Anwendungsbereiche für den Abschluss eines Betriebsführungsvertrags sind vielfältig.

Der Betriebsführungsvertrag gewinnt durch seine zunehmende Verbreitung im Wirtschaftsleben an Bedeutung. Namentlich Unternehmen, die Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien betreiben, lassen ihren Betrieb häufig durch eine Betriebsführungsgesellschaft führen. Regelmäßig ist der Betrieb solcher Unternehmen so klein, dass sich eine Fremdbetriebsführung gegenüber dem Aufbau und der Unterhaltung einer eigenen Organisation als wirtschaftlicher darstellt.

Im Vergleich zu anderen alternativen Gestaltungen – namentlich dem Betriebspachtvertrag und dem Unternehmenskaufvertrag – liegt der Charme im Abschluss eines Betriebsführungsvertrags darin, dass der Eigentümer auch nach dem Vertragsschluss am wirtschaftlichen Ergebnis seines Unternehmens partizipiert und Einfluss auf die Geschicke seines Unternehmens nehmen kann.

In der Praxis sind Betriebsführungsverträge bislang kaum Gegenstand von gerichtlichen Entscheidungen gewesen. Hervorzuhebende Ausnahme ist die vielbeachtete „Holiday Inn“-Entscheidung des BGH vom 05. Oktober 1981. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass der

Betriebsführungsvertrag gesetzlich nicht geregelt ist, werden in der Literatur zahlreiche Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Betriebsführungsvertrag kontrovers diskutiert. Dieses gilt namentlich für die gesellschaftsrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen, die bei dem Abschluss des Betriebsführungsvertrags zu beachten sind.

Dieses Formularbuch soll zur rechtswirksamen Gestaltung von Betriebsführungsverträgen beitragen.

Hannover, im Januar 2018  
Kai Köhn

# Inhalt

## A. Allgemeine Erläuterungen zum Betriebsführungsvertrag

### I. Begriff, Erscheinungsformen, Anwendungsbereiche und Verbreitung

1. Begriff
2. Erscheinungsformen
3. Anwendungsbereiche
4. Verbreitung

### II. Rechtliche Qualifikation

#### 1. Rechtsnatur, Handelsgeschäft und Allgemeine Geschäftsbedingungen

- a. Rechtsnatur
- b. Handelsgeschäft
- c. Allgemeine Geschäftsbedingungen

#### 2. Einordnung als Unternehmensvertrag

##### a. Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien

aa) Führung des gesamten Betriebs

bb) Teilbetriebsführungsvertrag

(1) Gegenständliche Beschränkung der Betriebsführung

(2) Inhaltliche Beschränkung der Betriebsführung

- b. Gesellschaften anderer Rechtsform

### III. Abgrenzung zu anderen Verträgen

#### 1. Unternehmensverträge

- a. Beherrschungsvertrag
- b. Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrag
- c. Geschäftsführungsvertrag

#### 2. Verträge außerhalb des Aktienrechts

- a. Managementvertrag
- b. Beratervertrag
- c. Franchisevertrag
- d. Joint-Venture
- e. Lizenzvertrag
- f. Know-how-Vertrag

### IV. Organisationsrechtliche Zulässigkeit

- 1. Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien
- 2. GmbH
- 3. Personengesellschaft
- 4. Eingetragene Genossenschaft

### V. Gesellschaftsrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen

- 1. Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien
  - a. Zustimmungsbeschluss des Eigentümers
  - b. (Kein) Zustimmungsbeschluss des Betriebsführers

- c. Unterrichtung der Aktionäre
- d. Form des Betriebsführungsvertrags
- e. Handelsregistereintragung

## 2. GmbH

- a. Zustimmungsbeschluss des Eigentümers
- b. (Kein) Zustimmungsbeschluss des Betriebsführers
- c. Unterrichtung der Gesellschafter
  - aa) Bericht über den Betriebsführungsvertrag
  - bb) (Keine) Prüfung des Betriebsführungsvertrags
  - cc) Vorbereitung der Gesellschafterversammlung
  - dd) Durchführung der Gesellschafterversammlung
- d. Form des Betriebsführungsvertrags
- e. Handelsregistereintragung

## 3. Personengesellschaft

- a. Zustimmungsbeschluss des Eigentümers
- b. Zustimmungsbeschluss des Betriebsführers
- c. Unterrichtung der Gesellschafter
  - aa) Bericht über den Betriebsführungsvertrag
  - bb) (Keine) Prüfung des Betriebsführungsvertrags
  - cc) Vorbereitung der Gesellschafterversammlung

dd) Durchführung der  
Gesellschafterversammlung

- d. Form des Betriebsführungsvertrags
- e. Handelsregistereintragung

#### 4. Eingetragene Genossenschaft

- a. Zustimmungsbeschluss des Eigentümers
- b. (Kein) Zustimmungsbeschluss des  
Betriebsführers
- c. Unterrichtung der Mitglieder
- d. Form des Betriebsführungsvertrags
- e. Genossenschaftsregistereintragung

#### VI. Kombination mit anderen Unternehmensverträgen

- 1. Beherrschungsvertrag
- 2. Gewinnabführungs- und  
Teilgewinnabführungsvertrag
- 3. Gewinngemeinschaft
- 4. Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrag

#### VII. Steuerliche und bilanzielle Aspekte

- 1. Steuerliche Behandlung
  - a. Einkommenssteuer/Körperschaftsteuer
    - aa) Eigentümer
    - bb) Betriebsführer
    - cc) Besonderheiten im Konzern
  - b. Umsatzsteuer
    - aa) Echter Betriebsführungsvertrag
    - bb) Unechter Betriebsführungsvertrag

## 2. Bilanzielle Behandlung

### a. Echter Betriebsführungsvertrag

aa) Eigentümer

bb) Betriebsführer

### b. Unechter Betriebsführungsvertrag

aa) Eigentümer

bb) Betriebsführer

## B. Formulartexte und -kommentare

### I. Echter Betriebsführungsvertrag (einfaches Formular)

#### 1. Betriebsführungsvertrag

##### a. Formulartext

##### b. Formularkommentare

Vertragseingang

§ 1 Gegenstand und Inhalt der  
Betriebsführung

§ 2 Weisungs- und Auskunftsrecht

§ 3 Vertretung und Vollmacht

§ 4 Vergütung und Aufwendungsersatz

§ 5 Personal und Betriebsmittel

§ 6 Vertragsdauer

§ 7 Wirksamkeit

#### 2. Einladung zur außerordentlichen Hauptversammlung

##### a. Formulartext

##### b. Formularkommentare

3. Bericht über den Betriebsführungsvertrag
  - a. Formulartext
  - b. Formularkommentare
4. Bestellung eines Vertragsprüfers
  - a. Formulartext
  - b. Formularkommentare
5. Prüfungsbericht
  - a. Formulartext
  - b. Formularkommentare
6. Notarielle Beurkundung der Hauptversammlung
  - a. Formulartext
  - b. Formularkommentare
7. Aufhebungsvertrag
  - a. Formulartext
  - b. Formularkommentare

Vertragseingang

§ 1 Vertragsaufhebung

§ 2 Wirksamkeit
8. Anmeldung zum Handelsregister
  - a. Formulartext
  - b. Formularkommentare

## II. Unechter Betriebsführungsvertrag (einfaches Formular)

1. Betriebsführungsvertrag
  - a. Formulartext
  - b. Formularkommentare

Vertragseingang

§ 1 Gegenstand und Inhalt der Betriebsführung

§ 2 Weisungsrecht, Zustimmungsvorbehalt und Informationspflichten

§ 3 Vergütung, Aufwendungsersatz und Abrechnung

§ 4 Arbeitsverhältnisse, Vermögen und Verträge

§ 5 Vertragsdauer

§ 6 Wirksamkeit

2. Notarielle Beurkundung der Gesellschafterversammlung

a. Formulartext

b. Formularkommentare

3. Anmeldung zum Handelsregister

a. Formulartext

b. Formularkommentare

III. Teilbetriebsführungsvertrag Unternehmenssparte (ausführliches Formular)

1. Betriebsführungsvertrag

a. Formulartext

b. Formularkommentare

Vertragseingang

Vorbemerkung

§ 1 Gegenstand der Betriebsführung

§ 2 Inhalt und Umfang der Betriebsführung

§ 3 Vertretung und Vollmacht

§ 4 Weisungs- und Informationsrechte der Auftraggeberin

§ 5 Pflichten der Auftraggeberin

§ 6 Pflichten der Auftragnehmerin

§ 7 Vergütung

§ 8 Aufwendungsersatz

§ 9 Aufrechnung und Leistungsverweigerungsrechte

§ 10 Abtretung und Betriebsführung durch Dritte

§ 11 Versicherungen

§ 12 Haftung der Auftragnehmerin

§ 13 Vertragsdauer

§ 14 Arbeitsverhältnisse

§ 15 Geheimhaltung

§ 16 Datenschutz

§ 17 Beendigung des Vertrags

§ 18 Wirksamkeit

§ 19 Schriftformklausel

§ 20 Salvatorische Klausel

§ 21 Schlussbestimmungen

c. Zustimmungsbeschluss des Betriebsführers

a) Formulartext

## b) Formularkommentare

### IV. Teilbetriebsführungsvertrag Windenergieanlagen (AGB-festes Formular)

#### 1. Betriebsführungsvertrag

##### a. Formulartext

##### b. Formularkommentare

Vertragseingang

Vorbemerkung

§ 1 Gegenstand und Inhalt der  
Betriebsführung

§ 2 Umfang der Betriebsführung

§ 3 Geschäftszeit, Reaktionszeit und  
Verzug

§ 4 Vertretung, Vollmacht und  
Zustimmungsvorbehalt

§ 5 Weisungen, Informationspflichten  
und Dokumentation

§ 6 Pflichten der Auftraggeberin

§ 7 Vergütung, Umsatzsteuer und  
Aufwendungsersatz

§ 8 Zurückbehaltung,  
Leistungsverweigerung, Aufrechnung  
und Abtretung

§ 9 Erfüllungsgehilfen

§ 10 Haftung

§ 11 Vertragsbeginn, Vertragsdauer und  
Vertragsbeendigung

§ 12 Schlussbestimmungen

## 2. Zustimmungsbeschluss des Eigentümers

- a. Formulartext
- b. Formularkommentare

Literatur

Index

# **A. Allgemeine Erläuterungen zum Betriebsführungsvertrag**

## **I. Begriff, Erscheinungsformen, Anwendungsbereiche und Verbreitung**

### **1. Begriff**

Der Betriebsführungsvertrag ist ein Vertrag, durch den ein Unternehmen (Betriebsführer) beauftragt wird, den Betrieb eines anderen Unternehmens (Eigentümer) für Rechnung des anderen Unternehmens zu führen<sup>1</sup>.

Im Regelfall bestimmt der Betriebsführungsvertrag, dass der Betriebsführer im Namen des Eigentümers handelt (sogenannter echter Betriebsführungsvertrag). Möglich ist auch eine vertragliche Gestaltung, nach welcher der Betriebsführer im eigenen Namen handelt (sogenannter unechter Betriebsführungsvertrag)<sup>2</sup>.

### **2. Erscheinungsformen**

Der Betriebsführungsvertrag hat unterschiedliche Erscheinungsformen. Gegenständlich kann er den gesamten Betrieb bzw. alle Betriebe, Unternehmensbereiche (Sparten) oder Einzel- oder Teilbetriebe des Eigentümers erfassen<sup>3</sup>. Inhaltlich kann der Betriebsführungsvertrag sämtliche Aufgaben der Betriebsführung betreffen oder nur Ausschnitte, etwa den Bereich Finanzen, Marketing, Produktion, Vertrieb, Personal oder EDV<sup>4</sup>. Ferner kann er sich auf einfache Maßnahmen der Betriebsführung beschränken

oder vorsehen, dass der Betriebsführer auch für die unternehmerischen Leitungsentscheidungen zuständig ist<sup>5</sup>.

### **3. Anwendungsbereiche**

Die Anwendungsbereiche für den Abschluss eines Betriebsführungsvertrags sind vielfältig: Im Regelfall bedient sich der Eigentümer eines Betriebsführers, weil dieser über eine besondere fachliche Expertise, Branchenkenntnisse, Managementkapazitäten und/oder Goodwill verfügt. Im Konzern kann der Betriebsführungsvertrag der Einordnung des abhängigen Unternehmens in den Konzern des herrschenden Unternehmens dienen, wobei das herrschende Unternehmen sowohl Eigentümer als auch Betriebsführer sein kann. Bei Familiengesellschaften bietet sich der Abschluss eines Betriebsführungsvertrags an, um die Führung der Eigentümergesellschaft unabhängig von den Mitgliedern der Familie zu gestalten oder – im Erbfall – für eine Übergangszeit dem Nachfolger aus den Reihen der Familie zu ermöglichen, sich in die Betriebsführung einzuarbeiten. In der Krise des Eigentümers können durch den Abschluss eines Betriebsführungsvertrags die Interessen der Gläubiger des Eigentümers gesichert werden. Ferner kann der Betrieb eines Unternehmens so klein sein, dass sich die Verwaltung durch ein anderes Unternehmen gegenüber der Unterhaltung einer eigenen Verwaltung als wirtschaftlicher darstellt<sup>6</sup>.

### **4. Verbreitung**

Erste Betriebsführungsverträge wurden in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zwischen Privateisenbahngesellschaften und dem preußischen Staat geschlossen. In den 1970er Jahren gewannen Betriebsführungsverträge in der Lichtspieltheater-Branche zunehmend an Bedeutung. Heute finden

Betriebsführungsverträge in den verschiedensten Wirtschaftszweigen Anwendung, ohne dass sich dafür in den Besonderheiten dieser Wirtschaftszweige eine Ursache finden ließe<sup>7</sup>. Besonders verbreitet sind Betriebsführungsverträge im Bereich der Energie- und Wasserversorgung, im Finanz- und Versicherungswesen sowie in der Hotelbranche<sup>8</sup>.

## **II. Rechtliche Qualifikation**

### **1. Rechtsnatur, Handelsgeschäft und Allgemeine Geschäftsbedingungen**

#### **a) Rechtsnatur**

Der Betriebsführungsvertrag ist gesetzlich nicht geregelt<sup>9</sup>. Erfolgt die Betriebsführung gegen Entgelt, ist der Vertrag über die Betriebsführung nach ganz h. M. als ein Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß § 675 BGB mit Dienstvertragscharakter zu qualifizieren<sup>10</sup>. Bei einer unentgeltlichen Betriebsführung liegt ein Auftrag (§ 662 BGB) vor<sup>11</sup>. Dementsprechend finden auf den Betriebsführungsvertrag – über die Verweisung gemäß § 675 Abs. 1 BGB bzw. unmittelbar – die Vorschriften des Auftragsrechts und bei einer entgeltlichen Betriebsführung ergänzend die dienstvertraglichen Vorschriften Anwendung, soweit der Betriebsführungsvertrag nicht zulässiger Weise von den gesetzlichen Bestimmungen abweicht.

#### **b) Handelsgeschäft**

Bei einem (entgeltlichen) Betriebsführungsvertrag unter Kaufleuten handelt es sich sowohl für den Eigentümer als auch für den Betriebsführer um ein Handelsgeschäft i. S. d. § 343 HGB. Eine abweichende Ansicht ordnet demgegenüber alle Unternehmensverträge, zu denen nach

der h. M. der Betriebsführungsvertrag jedenfalls dann zählt, wenn er gegenständlich und inhaltlich den gesamten Betrieb bzw. alle Betriebe des Eigentümers erfasst<sup>12</sup>, nicht als Handelsgeschäft, sondern als strukturänderndes Organisationsgeschäft ein<sup>13</sup>. § 343 HGB differenziert indes nicht danach, ob das Geschäft einen Einfluss auf die Organisationsverfassung des Kaufmanns hat. Maßgebend für die rechtliche Einordnung eines Geschäfts als Handelsgeschäft ist, ob es zum Betrieb des Handelsgewerbes des Kaufmanns gehört. Das trifft auf alle Geschäfte zu, die dem Interesse des Handelsgewerbes, der Erhaltung seiner Substanz und der Erzielung von Gewinn dienen<sup>14</sup>. Dies lässt sich bei einem (entgeltlichen) Betriebsführungsvertrag sowohl für den Eigentümer als auch für den Betriebsführer bejahen. Nach der Rechtsprechung und in Teilen der Literatur werden daher selbst die Unternehmensverträge des § 291 AktG als Handelsgeschäfte angesehen<sup>15</sup>. Aufgrund seiner Eigenschaft als Handelsgeschäft finden auf den Betriebsführungsvertrag die Vorschriften über Handelsgeschäfte Anwendung.

### **c) Allgemeine Geschäftsbedingungen**

Sind die Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 BGB erfüllt, unterliegen die Regelungen des Betriebsführungsvertrags einer AGB-Klauselkontrolle. Die Bereichsausnahme betreffend Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts gemäß § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB findet nach h. M. keine Anwendung<sup>16</sup>.

## **2. Einordnung als Unternehmensvertrag**

### **a) Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien**

## **aa) Führung des gesamten Betriebs**

Handelt es sich bei dem Eigentümer um eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien und erfasst der Betriebsführungsvertrag (gegenständlich und inhaltlich) den gesamten Betrieb bzw. alle Betriebe des Eigentümerunternehmens, wird unterschiedlich beurteilt, ob es sich bei einem Betriebsführungsvertrag um einen Unternehmensvertrag i. S. d. § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG handelt oder dieser jedenfalls analog § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG zu behandeln ist.

Der Streit ist praktischer Bedeutung, da die Einstufung des Betriebsführungsvertrags als Unternehmensvertrag zur Folge hat, dass die Bestimmungen der §§ 293 ff. AktG zu beachten sind.

Die h. M. hält § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG für (überwiegend entsprechend, vereinzelt auch direkt) anwendbar<sup>17</sup>. Bei einem Betriebsführungsvertrag werde – wie bei Betriebsüberlassungsverträgen – die Führung der Geschäfte einem Dritten überlassen. Dies stelle einen schwerwiegenden Eingriff in die Unternehmensverfassung des Eigentümers dar, der die Zustimmung der Hauptversammlung als unerlässlich erscheinen lasse<sup>18</sup>. Im Hinblick darauf, dass es sich nach der Vorstellung des Gesetzgebers bei den Verträgen des § 292 AktG im Gegensatz zu Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen um „schuldrechtliche Verträge mit Austausch von Leistung und Gegenleistung“ handelt<sup>19</sup>, werden innerhalb der h. M. teilweise nur entgeltliche Vertragsgestaltungen anerkannt<sup>20</sup>, während nach anderer Auffassung das Fehlen einer Vergütungsabrede ohne Belang ist<sup>21</sup>.

Nach der Gegenauffassung ist der Betriebsführungsvertrag nicht mit einem Unternehmensvertrag gemäß § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG vergleichbar, da im Gegensatz zu Betriebspacht- und Überlassungsverträgen der Eigentümer weiterhin das wirtschaftliche Risiko aus der Tätigkeit des Unternehmens trage; im Übrigen sei eine Analogie nicht mit dem numerus clausus der Unternehmensvertragstypen vereinbar<sup>22</sup>.

Teilweise wird die Anwendbarkeit des § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG verneint, sofern die Mutter-AG die Betriebsführung einer Tochtergesellschaft anvertraut (jedenfalls wenn die Satzung der Mutter-AG eine Ermächtigung enthält, das Unternehmen auch über Tochtergesellschaften zu betreiben)<sup>23</sup>, sofern zugunsten des Eigentümers umfassenden Einfluss-, Mitwirkungs- und Informationsrechte vereinbart werden, die dem Eigentümer die unternehmerische Leitungsverantwortlichkeit sichern<sup>24</sup> oder sofern der Betriebsführungsvertrag im Einzelfall aufgrund seines konkreten Inhaltes nicht in die Leitungskompetenz des Vorstands und damit in die Organisationsverfassung der Gesellschaft eingreift<sup>25</sup>.

Für die Praxis sollte aus Gründen einer rechtssicheren Vertragsgestaltung entsprechend der h. M. davon ausgegangen werden, dass jeder Betriebsführungsvertrag (sofern er gegenständlich und inhaltlich den gesamten Betrieb bzw. alle Betriebe des Eigentümers erfasst) als Unternehmensvertrag i. S. d. § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG zu qualifizieren ist und dementsprechend die Wirksamkeitsvoraussetzungen der §§ 293 ff. AktG zum Tragen kommen.

## **bb) Teilbetriebsführungsvertrag**

Hinsichtlich der Einordnung von Teilbetriebsführungsverträgen ist danach zu differenzieren,

ob sich der Betriebsführungsvertrag gegenständlich auf einzelne Unternehmensbereiche (Sparten) oder Einzel- oder Teilbetriebe beschränkt oder inhaltlich auf Ausschnitte der Betriebsführung, etwa den Bereich Finanzen, Marketing, Produktion, Vertrieb, Personal oder EDV.

## **(1) Gegenständliche Beschränkung der Betriebsführung**

Das Gesetz ordnet einen Gewinnabführungsvertrag nicht nur dann als Unternehmensvertrag ein, wenn sich eine Aktiengesellschaft verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen (§ 291 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 AktG). Vielmehr liegt auch dann ein Unternehmensvertrag vor, wenn sich die Gesellschaft verpflichtet, nur einen Teil ihres Gewinns oder den Gewinn einzelner Betriebe ganz oder zum Teil an einen anderen abzuführen (§ 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG). Für den mit dem Betriebsführungsvertrag vergleichbaren Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsvertrag fehlt eine entsprechende Regelung für den Fall, dass nicht sämtliche Betriebe verpachtet bzw. überlassen werden. § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG findet dementsprechend nach h. M. nur Anwendung, wenn der ganze Betrieb Gegenstand der Betriebsüberlassung ist<sup>26</sup>.

Konsequenterweise qualifiziert die ganz h. M. auch den gegenständlich beschränkten Betriebsführungsvertrag nicht als Unternehmensvertrag i. S. d. § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG<sup>27</sup>. Gegen eine Einordnung des gegenständlich beschränkten Betriebsführungsvertrags als Unternehmensvertrag sprechen dieselben Argumente, die gegen eine Einordnung des gegenständlich beschränkten Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsvertrags als Unternehmensvertrag sprechen: Der Wortlaut des § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG setzt voraus, dass die verpflichtete Gesellschaft *den* Betrieb ihres

Unternehmens einem anderen verpachtet oder sonst überlässt. Dass der Gesetzgeber mit dieser Wortwahl nur den gesamten Betrieb und nicht auch Einzelbetriebe oder Betriebsteile gemeint hat, folgt aus der Gesetzessystematik, da für den Betriebspacht- und den Betriebsüberlassungsvertrag eine § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG entsprechende Regelung fehlt. Zwar ist nicht zu verkennen, dass jedenfalls ein typischer gegenständlich beschränkter Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsvertrag eine Verlagerung von Leitungskompetenzen zur Folge hat. Diese bleibt jedoch hinter einem gegenständlich unbeschränkten Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsvertrag zurück. Dieses lässt den Schluss darauf zu, dass der Gesetzgeber solchen Verträgen keine Bedeutung beimisst, die eine Legitimation durch die Hauptversammlung erfordert. Als Beleg für dieses Ergebnis lässt sich § 292 Abs. 2 AktG anführen, nach dem die in dieser Vorschrift genannten Verträge (bei denen es sich ansonsten um Teilgewinnabführungsverträge handeln würde) von einer Qualifizierung als Teilgewinnabführungsvertrag ausgenommen werden<sup>28</sup>.

Die Gegenauffassung verweist auf den Schutzzweck der Norm. Danach könne auch ein gegenständlich beschränkter Betriebsführungsvertrag in die Organisationsverfassung der Gesellschaft eingreifen, was einer Legitimation durch einen Beschluss der Hauptversammlung bedürfe<sup>29</sup>.

Für die Praxis erscheint es vertretbar, entsprechend der h. M. davon auszugehen, dass der gegenständlich beschränkte Betriebsführungsvertrag grundsätzlich nicht als Unternehmensvertrag i. S. d. § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG zu qualifizieren ist und daher die ansonsten einzuhaltenden Wirksamkeitsvoraussetzungen nach § 293 ff. AktG nicht vorliegen müssen.

Wie bei einem Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsvertrag<sup>30</sup> ist der gegenständlich beschränkte Betriebsführungsvertrag allerdings unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung ausnahmsweise dann als Unternehmensvertrag i. S. d. § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG anzusehen, wenn er ohne sachlichen Grund einzelne Betriebe oder Betriebsteile nicht erfasst<sup>31</sup>. Gleiches gilt, wenn sich der Vorstand durch mehrere Betriebsführungsverträge mit unterschiedlichen Betriebsführern ganz oder nahezu vollständig der Leitung sämtlicher Betriebe des Unternehmens begibt<sup>32</sup>

## **(2) Inhaltliche Beschränkung der Betriebsführung**

Bislang kaum beleuchtet worden ist, ob ein inhaltlich beschränkter Betriebsführungsvertrag als Unternehmensvertrag i. S. d. § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG einzuordnen ist. Insofern stehen sich zwei Meinungen gegenüber. Nach einer Ansicht gelten die Ausführungen zum gegenständlich beschränkten Betriebsführungsvertrag gleichermaßen für den inhaltlich beschränkten Betriebsführungsvertrag<sup>33</sup>. Nach der Gegenauffassung ist auch ein Betriebsführungsvertrag, der nur einen Ausschnitt der Leitungskompetenz des Vorstands einer anderen Person überträgt, als Unternehmensvertrag zu qualifizieren<sup>34</sup>. Im Hinblick darauf, dass sich anders als beim gegenständlich beschränkten Betriebsführungsvertrag zu der Einordnung des inhaltlich beschränkten Betriebsführungsvertrags noch keine überwiegende Rechtsauffassung herausgebildet hat, erscheint es für die Gestaltungspraxis ratsam, von einer Einordnung des inhaltlich

beschränkten Betriebsführungsvertrags als Unternehmensvertrag i. S. d. § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG auszugehen.

## **b) Gesellschaften anderer Rechtsform**

Eine Einordnung als Unternehmensvertrag i. S. d. § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG setzt das Vorliegen eines aktienrechtlichen Betriebsführungsvertrags voraus. Ein solcher liegt nur vor, wenn es sich bei dem Eigentümer um eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien handelt. In diesem Fall kommt es auf die Rechtsform des Betriebsführers nicht an.

Nach allgemeiner Meinung ist der Abschluss eines Betriebsführungsvertrages auf Seiten des Eigentümers jedoch nicht auf Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien beschränkt. Vielmehr kann jede Gesellschaft anderer Rechtsform auch auf Seiten des Eigentümers einen Betriebsführungsvertrag schließen<sup>35</sup>.

Schließt eine Gesellschaft anderer Rechtsform als Eigentümer einen Betriebsführungsvertrag, liegt kein Unternehmensvertrag entsprechend § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG vor. Aus diesem Grund ist für jede Gesellschaft anderer Rechtsform als Eigentümer gesondert die Frage zu klären, ob die aktienrechtlichen Vorschriften über den Unternehmensvertrag (doppelt) analog anzuwenden sind und/oder welche Bestimmungen und Grundsätze beim Abschluss und in der Ausgestaltung des Betriebsführungsvertrags sonst zu beachten sind. Von diesen Rechtsträgern werden im Folgenden die GmbH (einschließlich ihrer Rechtsformvariante gemäß § 5a GmbHG, die Unternehmergesellschaft<sup>36</sup>), die Personengesellschaften (Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft) und die eingetragene Genossenschaft betrachtet.

## **III. Abgrenzung zu anderen Verträgen**

# 1. Unternehmensverträge

## a) Beherrschungsvertrag

Bei einem Beherrschungsvertrag unterstellt eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen (§ 291 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 AktG). Besteht ein Beherrschungsvertrag, so ist das herrschende Unternehmen gemäß § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG berechtigt, dem Vorstand der Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Bei einem Betriebsführungsvertrag verhält es sich genau anders herum. Hier unterliegt der Betriebsführer den Weisungen des Eigentümers. Das von § 665 BGB vorausgesetzte Weisungsrecht ist jedoch nach h. M. dispositiv<sup>37</sup>. Wird das Weisungsrecht bei einem Betriebsführungsvertrag zwischen selbständigen Unternehmen etwa durch Erteilung einer unwiderruflichen Generalvollmacht vollständig<sup>38</sup> ausgeschlossen (oder wird vertraglich auf andere Weise die Möglichkeit des Eigentümers eliminiert, die Interessen seiner Gesellschaft gegenüber dem Betriebsführer durchzusetzen), entspricht der Betriebsführungsvertrag in seinen Wirkungen einem Beherrschungsvertrag. Dementsprechend erachtet die ganz h. M. einen solchen Vertrag nur als zulässig, wenn zusätzlich die gesetzlichen Voraussetzungen des Beherrschungsvertrags eingehalten werden<sup>39</sup>.

Unterschiedlich beurteilt wird die Rechtslage, wenn der Betriebsführungsvertrag zwischen einer abhängigen Eigentümergesellschaft und einem herrschenden Unternehmen als Betriebsführer geschlossen wird. Einer Auffassung nach sei ein solcher Betriebsführungsvertrag stets als (verschleierter) Beherrschungsvertrag zu werten, da sich der Eigentümer faktisch durch den Vertrag der Leitung des herrschenden Unternehmens unterstelle<sup>40</sup>.

Nach der h. M. spreche bei einem Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrag § 302 Abs. 2 AktG gegen die Annahme, dass ein Abhängigkeitsverhältnis allein eine Qualifikation als Beherrschungsvertrag begründe. Etwas anderes könne nicht für den Betriebsführungsvertrag gelten. Daher sei im Einzelfall an Hand der konkreten inhaltlichen Ausgestaltung des Betriebsführungsertrags zu prüfen, ob seine Wirkungen rechtlich einem Beherrschungsvertrag entsprechen<sup>41</sup>. Eine dahingehende Vermutung bestehe nicht<sup>42</sup>. Vor faktischen Benachteiligungen durch das herrschende Unternehmen sei das abhängige Eigentümerunternehmen durch die §§ 311 ff. AktG geschützt<sup>43</sup>.

Der jeweils h. M. folgend ist bei der Gestaltung des Betriebsführungsvertrags darauf zu achten, dass entweder das Weisungsrecht in dem Betriebsführungsvertrag nicht ausgeschlossen wird oder aber – bei Ausschluss des Weisungsrechts – zusätzlich die gesetzlichen Voraussetzungen des Beherrschungsvertrags eingehalten werden.

## **b) Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrag**

Der Betriebsführungsvertrag unterscheidet sich vom Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrag (§ 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG) dadurch, dass der Betriebsführer den Betrieb des Eigentümers für fremde Rechnung, nämlich des Eigentümers führt, während beim Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrag die Führung des Betriebs für Rechnung des Pächters bzw. für Rechnung des den Betrieb übernehmenden Unternehmens erfolgt<sup>44</sup>.

## **c) Geschäftsführungsvertrag**

Bei einem Geschäftsführungsvertrag gemäß § 291 Abs. 1 Satz 2 AktG erfolgt ebenfalls eine Betriebsführung für fremde Rechnung, aber in diesem Fall durch den Eigentümer selbst für Rechnung eines Dritten<sup>45</sup>.

## **2. Verträge außerhalb des Aktienrechts**

### **a) Managementvertrag**

Bei einem Managementvertrag verpflichtet sich der Manager ebenso wie beim Betriebsführungsvertrag der Betriebsführer, den Betrieb des Eigentümers für dessen Rechnung im eigenen oder fremden Namen gegen Entgelt zu führen<sup>46</sup>.

Die h. M. differenziert nicht zwischen Managementvertrag und Betriebsführungsvertrag, sondern setzt den Managementvertrag mit dem Betriebsführungsvertrag gleich<sup>47</sup>. Ein Teil des neueren Schrifttums steht demgegenüber auf dem Standpunkt, dass beide Verträge nicht deckungsgleich sind. Bei einem Managementvertrag komme neben der Betriebsführung als weitere wesentliche Vertragspflicht hinzu, dass der Manager das Personal des Eigentümers schule. Ziel der Personalschulung sei ein Know-how-Transfer mit dem langfristigen Ziel, das Personal des Eigentümers in die Lage zu versetzen, die Führung des Unternehmens selbst zu übernehmen<sup>48</sup>. Während danach der Managementvertrag auf eine zeitlich begrenzte Übertragung der Geschäftsführungsbefugnisse ausgerichtet sei, sei der Betriebsführungsvertrag in der Regel zeitlich nicht begrenzt. Dieses gelte insbesondere in den Fällen, in denen der Betriebsführungsvertrag gezielt als Mittel der Konzernpolitik eingesetzt werde<sup>49</sup>.

Für die Praxis kommt einer Differenzierung zwischen Management- und Betriebsführungsvertrag keine

wesentliche Bedeutung zu. Der (entgeltliche) Managementvertrag ist ebenso wie der (entgeltliche) Betriebsführungsvertrag – auch unter Berücksichtigung der Ausbildungsfunktion – als Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. d. § 675 BGB mit dienstvertraglichem Charakter einzuordnen<sup>50</sup>. Da der Managementvertrag alle Merkmale des Betriebsführungsvertrags aufweist, ist er mit der h. M. zur Einordnung des Betriebsführungsvertrags gleichermaßen als Unternehmensvertrag entsprechend § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG zu qualifizieren.

### **b) Beratervertrag**

Der ebenfalls als Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. d. § 675 BGB zu qualifizierende Beraterbzw. Consultingvertrag unterscheidet sich dadurch vom Betriebsführungsvertrag, dass der Berater im Gegensatz zum Betriebsführer die Betriebsführung des Eigentümers nicht übernimmt, sondern den Eigentümer bei der Betriebsführung lediglich anleitet und im Rahmen der Entscheidungsvorbereitung dem Eigentümer sein Fachwissen zugänglich macht<sup>51</sup>.

### **c) Franchisevertrag**

Bei einem Betriebsführungsvertrag führt ein fremdes Unternehmen das Unternehmen des Eigentümers auf fremde Rechnung. Demgegenüber führt bei einem Franchisevertrag der Franchisenehmer selbst sein Unternehmen auf eigene Rechnung. Zudem unterliegt beim Betriebsführungsvertrag der Betriebsführer den Weisungen des Eigentümers. Beim Franchisevertrag verhält es sich genau anders herum, hier ist der Franchisenehmer weisungsgebunden<sup>52</sup>.

### **d) Joint-Venture**