



## Exposé zur DISSERTATION

mit dem vorläufigen Arbeitstitel

# „Der Entherrschungsvertrag im österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht“

Verfasser:

**Mag. iur. Clemens Stegner**

angestrebter akademischer Grad

**Doktor der Rechtswissenschaften**

Wien, 2016

Matrikelnummer: 0908598

Studienkennzahl: A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Unternehmensrecht

Betreuer: Univ.-Prof. Dr. Ulrich Torggler, LL.M.

## Inhaltsverzeichnis

1. PROBLEMSTELLUNG UND FORSCHUNGSFRAGEN.....	3
A. Einleitung .....	3
B. Gang der Untersuchung und Forschungsfragen .....	5
1) Erster Teil: Abhängigkeit und ihre Beseitigung .....	5
a) Überblick.....	5
b) Abhängigkeit iSd § 244 Abs 2 UGB .....	5
c) Weitere zu untersuchende Abhängigkeitstatbestände .....	7
2) Zweiter Teil: Entherrschungsmittel im Allgemeinen, Einordnung und Rechtsnatur des Entherrschungsvertrags .....	8
a) Überblick.....	8
b) Kategorienbildung .....	8
c) Allgemeine Zulässigkeitsschranke: Scheingeschäft? .....	8
d) Einordnung des Entherrschungsvertrags als Unternehmensvertrag .....	9
i. Numerus clausus der Unternehmensverträge? .....	9
ii. Zulässigkeitsschranken.....	10
a. Unzulässiger Verzicht auf konzernrechtliche Schutzbestimmungen?.....	10
b. Verbot uneinheitlicher Stimmabgabe? .....	10
c. Verbot von Höchststimmrechten einzelner Aktionäre?.....	11
e) Einordnung des Entherrschungsvertrags als schuldrechtlicher Vertrag .....	13
i. Unzulässigkeit eines bloß „schuldrechtlichen“ Entherrschungsvertrags? .....	13
ii. Anfechtung entherrschungsvertragswidriger Beschlüsse? .....	14
3) Dritter Teil: Voraussetzungen und Wirkungen des Entherrschungsvertrags.....	15
2. METHODEN.....	16
3. ANHANG.....	17
A. Vorläufige Gliederung.....	17
B. Vorläufiges Literaturverzeichnis .....	20
C. Abkürzungsverzeichnis .....	24

# 1. PROBLEMSTELLUNG UND FORSCHUNGSFRAGEN

## A. Einleitung

Gegenstand der Untersuchung ist der sog „Entherrschungsvertrag“.<sup>1</sup> Darunter versteht die hM einen zwischen (Mehrheits-)Gesellschafter und Gesellschaft geschlossenen Vertrag zur Beseitigung oder Vermeidung der an die Abhängigkeit geknüpften Rechtsfolgen.<sup>2</sup> Der Vertrag zielt darauf ab, die dem Mehrheitsgesellschafter durch seine Beteiligung gegebenen zentralen Einflussmöglichkeiten zu nehmen: Bei der AG wird dafür ganz überwiegend verlangt, der Mehrheitsaktionär müsse va auf Einflussmöglichkeiten bei der Bestellung und Abberufung der AR-Mitglieder, bei der GmbH neben der GF-Bestellung und Abberufung auch auf das Weisungsrecht verzichten.<sup>3</sup>

Der Vertrag ist sowohl im österreichischen als auch im deutschen Recht nicht geregelt, auch eine gesetzliche Erwähnung findet sich nicht. Immerhin wird dem Vertrag in der deutschen Konzernpraxis ein „fester Standort“<sup>4</sup> nachgesagt,<sup>5</sup> während seine Verbreitung in Österreich wohl eher gering sein dürfte.<sup>6</sup> Möglicher Hintergrund: In der deutschen Literatur hat in den vergangenen Jahrzehnten eine relativ umfassende (wenn auch nicht alle Streitfragen beseitigende) Diskussion über diesen Vertrag und seine Wirkungen stattgefunden,<sup>7</sup> während für das österreichische Recht eine vertiefte Auseinandersetzung fehlt. Das hängt auch mit dem gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff zusammen, unterscheidet sich das deutsche vom österreichischen Recht doch va durch eine konsequente Anknüpfung wesentlicher Rechtsfolgen (§§ 311 ff dAktG) an den Abhängigkeitsbegriffs (vgl § 17 dAktG) , die mittels Entherrschungsvertrags beseitigt werden sollen. Das österreichische Recht beschränkt sich dagegen im Wesentlichen auf die Anerkennung des Konzerns in den § 15 Abs 1 AktG, § 115 Abs 1 GmbHG.

Aber auch hierzulande lässt sich ein potentielles Interesse an derartigen Verträgen relativ leicht vermuten, zeigt doch eine Gesamtbetrachtung, dass zur Regelung von Konzernsachverhalten häufig<sup>8</sup> an Konzernvorstufen, nämlich an Abhängigkeitsverhältnisse angeknüpft wird. Der Grund für diese Regelungstechnik ist wohl, dass die Grenzen zwischen der (für Abhängigkeit ausreichenden) bloßen Beherrschungsmöglichkeit und der (den Konzern charakterisierenden) *Realisierung* derselben durch einheitliche Leitung fließend sind und ihr Übertritt kaum zuverlässig überprüfbar ist.<sup>9</sup> Die angestrebten

---

<sup>1</sup> Synonyme sind insb „Stimmrechtsausschlussvertrag“ (so *Reichert/Habarth*, AG 2001, 447) oder „Abhängigkeitsausschlussvertrag“, früher offenbar auch „Beherrschungsausschlussvertrag“ (vgl *Barz* in FS Bärmann [1975] 185 f).

<sup>2</sup> Vgl unlängst *Larenz/Bunz*, Der Entherrschungsvertrag als Mittel der Konzernvermeidung bei faktischen Hauptversammlungsmehrheiten, NZG 2013, 1247; enger insb *Hentzen*, Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht, ZHR 1993, 65.

<sup>3</sup> Zur AG s bspw *Koppensteiner* in KK AktG I<sup>3</sup> § 17 Rz 109, zur GmbH *Emmerich* in *Scholz*, GmbHG<sup>11</sup> Anh § 13 Rz 29a.

<sup>4</sup> So *Jäger*, Der Entherrschungsvertrag, DStR 1995, 1113, 1117; vgl aber auch *K. Schmidt*, Entherrschungsvertrag und faktische Entherrschung im Aktienkonzern, in FS Hommelhoff (2012) 985.

<sup>5</sup> *Richter* (Umgehung der Konzernvorschriften des Mitbestimmungsgesetzes 1976 durch Widerlegung der Abhängigkeits- und/oder Konzernvermutung? AG 1982, 261, 264) geht davon aus, dass bis zu 4% aller AG „entherrscht“ sind. Neuere Untersuchungen zur Verbreitung existieren soweit ersichtlich nicht; immerhin ist die Existenz von Entherrschungsverträgen in einer größeren Zahl von Fällen nachgewiesen (s nur die Praxisbeispiele bei *Bayer/Hoffmann*, Entherrschungsverträge in der Praxis, AG Report 2014, R107).

<sup>6</sup> S aber immerhin den jüngst einvernehmlich beendeten Entherrschungsvertrag zwischen der Immofinanz AG und der Buwog AG, <https://www.buwog.com/de/investor-relations/corporate-governance>, zuletzt abgerufen am 23.12.2016.

<sup>7</sup> S nur die Nachweise bei *K. Schmidt* in FS Hommelhoff (2012) 985 ff.

<sup>8</sup> Und zwar idR alternativ zur einheitlichen Leitung, s nur § 15 AktG, § 115 GmbHG, § 244 UGB, § 22 PSG, § 110 ArbVG.

<sup>9</sup> Vgl *U. Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern (2007) 160 mwN.

Regelungszwecke<sup>10</sup> lassen sich daher am effektivsten verwirklichen, wenn die Rechtsordnung nicht bloß repressiv, sondern präventiv reagiert.<sup>11</sup> Die Abhängigkeit wird so zum „archimedischen Punkt“<sup>12</sup> im Konzernierungsprozess.<sup>13</sup>

Diese vorgelagerte Anknüpfung schafft zwar weitgehend Rechtssicherheit, aber auch Einzelfallungerechtigkeit. Sie nimmt nämlich in Kauf, dass Gesellschafter, die über eine solche Einflussmöglichkeit verfügen, sie aber nicht ausüben, in den Anwendungsbereich miteinbezogen und daher als „Härtefälle“ auf der Strecke bleiben können. Rechtsfolgenseitig kommt es etwa zur Vollkonsolidierungspflicht (§ 244 UGB), der Verpflichtung, ein Pflichtangebot wegen Kontrollerlangung zu legen (vgl § 22 ÜbG), oder zur Pflicht, Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der herrschenden Gesellschaft zu akzeptieren (vgl § 110 ArbVG). Ungeachtet dieser Rechtsfolgen können freilich auch bloß faktische Umstände den Entherrschungswillen begründen, etwa die Nichtidentifikation mit dem Tochterunternehmen im Geschäftsverkehr,<sup>14</sup> das „Festschreiben“ einer dezentralisierten Unternehmenspolitik<sup>15</sup> oder die Forderung eines (künftigen) Managers.<sup>16</sup>

Situationen, in denen ein Wunsch nach Entherrschung – also Beseitigung oder Vermeidung eines Abhängigkeitsverhältnisses – besteht, sind nach dem Gesagten vielfältig vorstellbar: Anwendungsfälle sind va dort zu sehen, wo ein Interesse im dargestellten Sinn besteht. Um dies zu erreichen, kommen insb Strukturmaßnahmen wie stimmrechtslose Anteile (Vorzugsaktien), erhöhte Beschlussquoten oder Höchststimmrechte zumindest iZm den für die Beherrschung wesentlichen Beschlussgegenständen in Betracht. Für das österreichische Recht ungeklärt ist dagegen, ob und wie das gewünschte Ergebnis durch Abschluss eines Entherrschungsvertrags erreicht werden kann.

Das Ziel dieser Dissertation ist es, diese Unklarheiten zu beseitigen: Es fragt sich, ob und – bejahendenfalls – unter welchen Voraussetzungen „Entherrschungsverträge“ wirksam abgeschlossen werden können und welche an Abhängigkeit knüpfenden Rechtsfolgen damit vermieden werden können.

---

<sup>10</sup> Für den Bereich des Gesellschaftsrechts insb die Vermeidung des sog Konzernkonflikts, s dazu und zu weiteren Zwecken bspw *Schall* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup> Vor §§ 15 ff Rz 27 ff.

<sup>11</sup> Vgl *Lutter/Timm*, Konzernrechtlicher Präventivschutz im GmbH-Recht, NJW 1982, 409, 413; *Bayer* in *MüKo AktG*<sup>4</sup> § 17 Rz 2.

<sup>12</sup> Vgl die Nachweise bei *U. Torggler*, Treuepflichten 159.

<sup>13</sup> Das Konzernierungsmodell beschreibt den Prozess von der „normativen Musterlage“ (*Lutter/Timm*, NJW 1982, 409, 412) über die Abhängigkeit und den Konzern bis zur Umgründung. Siehe dazu etwa *U. Torggler*, Treuepflichten 158 ff mwN.

<sup>14</sup> *Koppensteiner* in *KK AktG* I<sup>3</sup> § 17 Rz 112.

<sup>15</sup> Siehe iaZ jüngst die E in der Rechtssache *Media-Saturn* (BGH 12.4.2016, II ZR 275/14).

<sup>16</sup> Vgl *Koppensteiner* in *KK AktG* I<sup>3</sup> § 17 Rz 112.

## B. Gang der Untersuchung und Forschungsfragen

Die Dissertation soll sich mit der Zulässigkeit, den Voraussetzungen und ausgewählten Wirkungen des Entherrschungsvertrags befassen. Dazu empfiehlt sich ein dreigliedriger Aufbau der Arbeit: Der erste Teil soll sich der Ausgangslage widmen, namentlich dem Abhängigkeitsverhältnis im Rahmen ausgewählter Abhängigkeitstatbestände (siehe dazu sogleich). Der zweite Teil untersucht Unterschiede und Gemeinsamkeiten des Entherrschungsvertrags zu bzw mit anderen Entherrschungsmitteln. In einem dritten Teil sind formelle und materielle Voraussetzungen, Wirkungen und Detailfragen – wie die Folgen eines fehlerhaften Entherrschungsvertrags – zu untersuchen.

### 1) **Erster Teil: Abhängigkeit und ihre Beseitigung**

#### a) Überblick

Wenn und soweit mit dem Entherrschungsmittel an Abhängigkeit knüpfende Rechtsfolgen beseitigt (oder von vornherein vermieden) werden sollen, ist als Vorfrage der jeweilige Abhängigkeitstatbestand zu untersuchen. Da jeweils für sich schon monographiefüllend, wird dazu in der Arbeit auf die herrschende Judikatur und Literatur zurückgegriffen.

Beherrschender Einfluss wird vom Gesetz nicht einheitlich geregelt. Zum Teil wird für einen beherrschenden Einfluss direkt auf bestimmte Einflussmittel abgestellt (vgl zB § 244 Abs 2 Z 1 UGB: Mehrheit der Stimmrechte), zum Teil aber auch auf die mit einer Beteiligung verbundenen Einflussmöglichkeiten (etwa § 17 Abs 2 dAktG<sup>17</sup>). In den ersten Fällen fragt sich bloß, ob das Gesetz eine Beschränkung der Ausübbarkeit genügen lässt; jedenfalls reicht in diesen Fällen eine Beschränkung der Stimmrechtsinhabung (etwa durch Höchststimmrechte) aus. Größere Probleme bereitet es dagegen, wenn auf eine Beteiligung (und nur mittelbar auf die daraus folgenden Einflussmöglichkeiten) abgestellt wird. In diesen Fällen ist zu prüfen, ob diese Vermutung widerleglich ausgestaltet ist. So wird bspw für § 29 Abs 1 Z 3 GmbHG (Beherrschung „auf Grund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 Prozent“) vertreten, die Vermutung sei unwiderleglich.<sup>18</sup>

Auf das „Ob“ folgt das „Wie“: Zu untersuchen ist, worauf sich die Entherrschung inhaltlich beziehen muss, welche zeitlichen Anforderungen bestehen und ob das Gesetz besondere Anforderungen an die Durchsetzung des entherrschten Zustands stellt. Diese Überlegungen sollen im Folgenden exemplarisch anhand der Konsolidierungspflicht des § 244 UGB dargestellt werden.

#### b) Abhängigkeit iSd § 244 Abs 2 UGB

Regelungsgegenstand des § 244 UGB ist die Verpflichtung zur Aufstellung eines Konzernabschlusses und -lageberichts (sowie ggf eines konsolidierten Corporate Governance-Berichts [§ 267a UGB] und eines konsolidierten Berichts über Zahlungen an staatliche Stellen [§ 267b UGB]) für (echte und verdeckte<sup>19</sup>) Kapitalgesellschaften. Anders als der Einzelabschluss dienen Konzernabschluss und -lagebericht ausschließlich Informationsinteressen.<sup>20</sup> Die Adressaten sollen ein konsolidiertes Bild über eine am Markt als wirtschaftliche Einheit auftretende Unternehmensgruppe (Konzern) erhalten: Für die Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage wird fingiert, dass die einzelnen

<sup>17</sup> Vgl *Koppensteiner* in KK AktG I<sup>3</sup> § 17 Rz 95.

<sup>18</sup> Vgl *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> (2012) § 15 in Fn 89.

<sup>19</sup> Zum Begriff der verdeckten Kapitalgesellschaft vgl § 189 Abs 1 Z 2 UGB, dazu näher bspw *Hilber* in *U. Torggler*, UGB<sup>2</sup> (2016) § 189 Rz 8 f).

<sup>20</sup> Vgl *Fröhlich/Haberer* in *U. Torggler*, UGB<sup>2</sup> (2016) § 244 Rz 2.

beteiligten Rechtsträger insgesamt zu einer rechtlichen Einheit zusammengefasst sind (vgl § 250 Abs 3 Satz 1 UGB).<sup>21</sup> Dafür sind zunächst die einzelnen Jahresabschlüsse insb hinsichtlich Gliederungs-, Bilanzierungs- und Bewertungsmethoden zu vereinheitlichen, die darin enthaltenen Positionen zusammenzufassen (sog Summenabschluss) und in einem letzten Schritt von konzerninternen Geschäften zu befreien (Kapital- und Schuldenkonsolidierung, Eliminierung von Zwischenergebnissen aus konzerninternen Transaktionen und Aufwands- und Ertragskonsolidierung).<sup>22</sup>

Voraussetzung der Konsolidierungspflicht ist, dass ein Mutterunternehmen (§ 189a Z 6 UGB) über ein (oder mehrere) Tochterunternehmen (§ 189a Z 7 UGB) einheitliche Leitung (§ 244 Abs 1 UGB) oder beherrschenden Einfluss (Abs 2 leg cit) ausübt. Nicht angeknüpft wird damit – von einzelnen Begriffselementen wie der einheitlichen Leitung abgesehen<sup>23</sup> – an die gesellschaftsrechtliche Konzern- und Beherrschungsdefinition der § 15 AktG, § 115 GmbHG. Insb setzt § 244 UGB durch die Anknüpfung an Mutter- und Tochterunternehmen stets ein Unterordnungsverhältnis voraus, wodurch Gleichordnungskonzerne ausgeklammert werden.<sup>24</sup>

Wann beherrschender Einfluss vorliegt, umschreibt § 244 Abs 2 UGB durch die sog „Control-Tatbestände“<sup>25</sup>: Danach ist eine Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland „stets“ zur Aufstellung verpflichtet, wenn ihr bei einem Unternehmen insb die Mehrheit der Stimmrechte der Gesellschafter zusteht (Z 1).<sup>26</sup> Unstrittig ist nach dieser Regelung, dass schon die bloße Möglichkeit zur Ausübung eines beherrschenden Einflusses, also Beherrschbarkeit genügt (arg die Formulierung „die Mehrheit der Stimmrechte [...] zusteht“ bzw „das Recht zusteht“).<sup>27</sup> Strittig ist dagegen, ob damit *freie* Ausübbarkeit gemeint ist, sodass eine Beschränkung derselben (etwa durch Syndikatsvertrag) zum Entfall der Konsolidierungspflicht führt: Die überwiegende Ansicht lässt bloße Stimmrechtsinhaberschaft genügen, nimmt also eine Konsolidierungspflicht unabhängig vom Bestehen schuldvertraglicher Verpflichtungen an.<sup>28</sup> Konsequenz daraus ist, dass grundsätzlich nur eine satzungsmäßige Einschränkung (zB Höchststimmrecht) zum Entfall der Konsolidierungspflicht führen würde. Einzige Ausnahme wäre das Vorliegen eines Einbeziehungswahlrechts nach § 249 Abs 1 UGB, das die Konsolidierungspflicht des § 244 UGB zu einem Konsolidierungswahlrecht umgestalten. Im Zusammenhang mit der Entherrschung ist hier Z 3 leg cit von Bedeutung, der ein Einbeziehungswahlrecht anordnet, „wenn erhebliche und andauernde Beschränkungen die Ausübung der Rechte des Mutterunternehmens [...] nachhaltig beeinträchtigen“ (dazu sogleich). Nach aA kommt es dagegen auf die freie Ausübbarkeit der Stimmrechte an.<sup>29</sup> Danach genügt schon eine schuldrechtliche „Verlagerung“ oder „Verteilung“ der Stimmrechte auf einen (bzw die) Mitgesellschafter mittels eines Syndikatsvertrags, um schon den Control-Tb auszuschließen (und nicht erst eine Befreiungsmöglichkeit).

Im Rahmen des Einbeziehungswahlrechts nach § 249 Abs 1 Z 3 UGB geht die hM von einer erheblichen Beschränkung dann aus, wenn die uneingeschränkte Führung im Sinne der Konzernpolitik nicht mehr ermöglicht ist.<sup>30</sup> Aus dem Blickwinkel des § 244 Abs 2 müsse die Beschränkung dazu führen, dass die Control-Rechte des § 244 Abs 2 nicht mehr ausgeübt werden können,<sup>31</sup> also ein

---

<sup>21</sup> Vgl Fröhlich/Haberer in U. Torggler, UGB<sup>2</sup> (2016) § 244 Rz 2 und 5.

<sup>22</sup> S im Detail bspw Fröhlich/Haberer in U. Torggler, UGB<sup>2</sup> (2016) § 244 Rz 8 mwN.

<sup>23</sup> Vgl Fröhlich/Haberer in U. Torggler, UGB<sup>2</sup> (2016) § 244 Rz 7.

<sup>24</sup> Vgl Fröhlich/Haberer in U. Torggler, UGB<sup>2</sup> (2016) § 244 Rz 7.

<sup>25</sup> Fröhlich/Haberer in U. Torggler, UGB<sup>2</sup> (2016) § 244 Rz 26.

<sup>26</sup> Zu den anderen Fällen siehe § 244 Abs 2 UGB.

<sup>27</sup> Vgl Fröhlich/Haberer in U. Torggler, UGB<sup>2</sup> (2016) § 244 Rz 26.

<sup>28</sup> Etwa Grottel/Kreher in Beck'scher Bilanz-Kommentar<sup>10</sup> § 290 HGB Rz 48 mwN.

<sup>29</sup> So Pfaff in MüKo HGB<sup>3</sup> § 296 HGB Rz 21.

<sup>30</sup> Müller/Ruzicka in U. Torggler, UGB<sup>2</sup> (2016) § 249 Rz 11.

<sup>31</sup> Statt vieler Deutsch-Goldoni in Straube/Ratka/Rauter, UGB II/RLG<sup>3</sup> § 249 Rz 6.

Zustand eintreten, in der das Mutterunternehmen „weitgehend in die Rolle nur eines Halters von Anteilen gedrängt ist“.<sup>32</sup> Bei der AG wird dies wohl dann anzunehmen sein, wenn die (ohnehin schon geringen) Kompetenzen der HV in Geschäftsführungsfragen derart beschränkt sind, dass der Mehrheitsgesellschafter (alleine) keine Beschlüsse in Geschäftsführungsangelegenheiten (vgl § 103 Abs 2 AktG) und iZm Aufsichtsratswahlen und -abberufungen herbeiführen kann.<sup>33</sup> Für die Umsetzung dieser Beschränkung werden insb Einstimmigkeits- oder Vetoklauseln,<sup>34</sup> aber auch Stimmbindungsverträge für ausreichend gehalten.<sup>35</sup>

Strittig ist, was unter einer andauernden und nachhaltigen Beschränkung zu verstehen ist. Die wohl hM verlangt nicht nur eine solche während des Geschäftsjahrs, sondern über den Zeitpunkt der Aufstellung des Konzernabschlusses bestehende Beeinträchtigung: Bei einer „zukunftsgerichteten Betrachtung“ dürfe mit einer Aufhebung der bestehenden Beschränkung auf „absehbare Zeit“ nicht zu rechnen sein.<sup>36</sup> Eine im abgelaufenen Jahr zufällig eingetretene oder vorübergehende Beschränkung genüge nicht.<sup>37</sup> Ausreichend sei dagegen, dass in „mittelbarer Zukunft“ (grundsätzlich bis zum nächsten Konzernbilanzstichtag) nicht mit einer Aufhebung der Beschränkung zu rechnen ist.<sup>38</sup>

c) Weitere zu untersuchende Abhängigkeitstatbestände

Angesichts der uneinheitlichen Anknüpfung muss sich die Arbeit auf ausgewählte Konzerntatbestände beschränken. Neben dem bereits näher behandelten rechnungslegungsrechtlichen Konzernbegriff, sollen insb die übernahmerechtlichen Konzernbegriffe (vgl § 22 Abs 1 ÜbG, aber auch Abs 3 leg cit) und der mitbestimmungsrechtliche Konzerntatbestand (vgl § 110 ArbVG) untersucht werden.

---

<sup>32</sup> Busse von Colbe/Ordeltz/Geberdt/Pellens, Konzernabschlüsse<sup>9</sup> (2009) 2. Kap III. 4.2.1, zit nach Pfaff in MüKo HGB<sup>3</sup> § 296 Rz 20.

<sup>33</sup> Vgl Winkeljohann/Deubert, Beck'scher Bilanzkommentar<sup>10</sup> § 296 Rz 11.

<sup>34</sup> Müller/Ruzicka in U. Torggler, UGB<sup>2</sup> (2016) § 249 Rz 11; Morck in Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB<sup>8</sup> (2015) § 296 Rz 2.

<sup>35</sup> Vgl Winkeljohann/Deubert, Beck'scher Bilanzkommentar<sup>10</sup> § 296 Rz 11.

<sup>36</sup> Kindler in GK HGB<sup>5</sup> §§ 295, 296 HGB Rz 8; Böcking/Gros/Schurbohm-Ebneth in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB<sup>3</sup> (2014) § 296 Rz 14; Müller/Ruzicka in U. Torggler, UGB<sup>2</sup> (2016) § 249 Rz 11 mwN; Deutsch-Goldoni in Straube/Ratka/Rauter, UGB II/RLG<sup>3</sup> § 249 Rz 12.

<sup>37</sup> Böcking/Gros/Schurbohm-Ebneth in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB<sup>3</sup> (2014) § 296 Rz 14.

<sup>38</sup> Vgl Kindler in GK HGB<sup>5</sup> §§ 295, 296 HGB Rz 8.

## 2) Zweiter Teil: Entherrschungsmittel im Allgemeinen, Einordnung und Rechtsnatur des Entherrschungsvertrags

### a) Überblick

Der zweite Teil dieser Arbeit behandelt Fragen iZm der Eingliederung des Entherrschungsvertrags in das (literarisch bereits aufgearbeitete) Entherrschungsinstrumentarium: In einem ersten Schritt sollen die einzelnen Entherrschungsmittel dargestellt, miteinander verglichen und Unterschiede zwischen GmbH und AG herausgearbeitet werden.

Danach soll untersucht werden, ob der Entherrschungsvertrag als Unternehmensvertrag zu qualifizieren ist oder bloß schuldrechtliche Verpflichtungen schafft.

### b) Kategorienbildung

Für die Entherrschung der Gesellschafter-Gesellschafts-Beziehung wird allgemein eine Verbindlichkeit verlangt, weshalb einseitige (Enthaltungs-)Erklärungen ganz herrschend für nicht ausreichend erachtet werden.<sup>39</sup> Nach Grundlage und Auswirkungen der Verletzung der eingegangenen Verpflichtung<sup>40</sup> kann die auf Organisationsvertrag basierende Entherrschung von der bloß auf schuldrechtlicher Grundlage erfolgenden Entherrschung unterschieden werden. Zur ersten Kategorie zählen all jene Regelungen, die auf organisationsvertraglicher Grundlage die Stimmkraft abweichend von der Kapitalbeteiligung gestalten, was bei GmbH und AG in unterschiedlichem Umfang zulässig ist: Nach allgM können bei der GmbH etwa erhöhte Beschlussquoten, eine Abstimmung nach Köpfen, Mehrstimmrechte anderer oder Höchststimmrechte vorgesehen sein, nicht aber stimmrechtslose Anteile (vgl § 39 Abs 2 S 2 GmbHG). Zum Teil Abweichendes gilt dagegen für die AG, bei der etwa Mehrstimmrechtsaktien unzulässig sind (§ 12 Abs 3 AktG), nicht aber stimmrechtslose Anteile (vgl § 12a AktG).

Ein entherrschtes Verhältnis kann aber grundsätzlich auch auf schuldrechtlichem Weg erreicht werden. Syndikatsverträge sind zwischen den Gesellschaftern außerhalb der Satzung getroffene Vereinbarungen, die, wenn sie (auch) eine Bindung des Stimmrechts enthalten, faktisch entherrschend wirken können, weil der durch sie verpflichtete Gesellschafter nicht mehr nach eigenem Gutdünken abstimmen kann, sondern schuldrechtlich zu bestimmten Stimmverhalten verpflichtet ist.<sup>41</sup>

Eine andere Frage, nämlich eine des jeweiligen Abhängigkeitstatbestands, ist, ob die so erreichte Entherrschung zur Beseitigung der Abhängigkeit im jeweiligen Zusammenhang ausreichend ist. So entfällt die Angebotspflicht nach § 22 ÜbG, wenn „die Ausübung der Stimmrechte aufgrund eines satzungsmäßigen Höchststimmrechts [...] auf höchstens 30 vom Hundert beschränkt ist“ (§ 24 Abs 2 Z 2 ÜbG).

### c) Allgemeine Zulässigkeitschranke: Scheingeschäft?

In diese Kategorisierung soll der Entherrschungsvertrag eingeordnet werden. Zuvor drängt sich aber der Einwand des Scheingeschäfts (vgl § 916 Abs 1 Satz 1 ABGB) als allgemeine Zulässigkeitschranke auf. Tatsächlich wird ob der teils einschneidenden Folgen der Abhängigkeit ein solcher Einwand naheliegen und der Abschluss des Entherrschungsvertrags geradezu als Folge des beherrschenden Einflusses erscheinen. Die wohl überwiegende Ansicht vertritt deshalb auch, der

---

<sup>39</sup> Vgl nur *Schall* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup> § 17 Rz 51.

<sup>40</sup> S zu einzelnen Entherrschungsmitteln allgemein *Bayer* in *MüKo AktG*<sup>4</sup> § 17 Rz 97 – 113.

<sup>41</sup> *Tichy*, Syndikatsverträge (2000) 31.



Vertragsabschluss müsse von besonderen Motiven getragen oder „wirtschaftlich vernünftig“<sup>42</sup> sein.<sup>43</sup> Eine verbreitete Ansicht lehnt hingegen die Notwendigkeit einer solchen, über die Beseitigung der Abhängigkeit hinausgehenden Motivation ab:<sup>44</sup> Dem Zivilrecht sei keine Wertung zu entnehmen, nach der ein bestimmter Vertrag unter dem Generalverdacht des Scheinvertrags stehe; vielmehr obliege der Beweis demjenigen, der eine derartige Behauptung aufstellt.<sup>45</sup> Nach *K. Schmidt* gehe es dabei weniger um die Frage des Scheingeschäfts, als darum, einen „Blick auf die Fakten“ zu werfen und zu prüfen, ob die mit dem Entherrschungsvertrag angestrebte faktische Entherrschung auch tatsächlich Bestand hat.<sup>46</sup>

d) Einordnung des Entherrschungsvertrags als Unternehmensvertrag

Die heute hM in Deutschland qualifiziert den Entherrschungsvertrag als schuldrechtlichen Vertrag ohne korporative Wirkung.<sup>47</sup> Stellungnahmen von Vertretern des österreichischen Rechts fehlen hingegen. Für das österreichische Recht ist daher zu untersuchen, ob es durch Abschluss des Entherrschungsvertrags zu einer materiellen Satzungsänderung kommt, der Vertrag also als Organisationsvertrag zu qualifizieren ist. Angesprochen ist damit das Spannungsfeld zwischen Vertragsautonomie und gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeitschranken, die einer entsprechenden Satzungsregelung – und damit wohl auch einer außerhalb der Satzung erfolgenden materiellen Satzungsänderung durch satzungsüberlagernden Entherrschungsvertrag – im Weg stehen. Zum Teil muss außerdem nach GmbH und AG differenziert werden: Für die beherrschte Gesellschaft sind die Wertungen insb aus dem Verbot uneinheitlicher Stimmabgabe (vgl § 39 Abs 2 GmbHG, aber auch § 12 Abs 1 Satz 3 AktG) und dem Verbot von (nach hM auch: bloß funktionalen) Mehrstimmrechtsaktien (vgl § 12 Abs 3 AktG) zu untersuchen. Mit anderen Worten: Lässt sich diesen Prinzipien und Regelungen ein dem Entherrschungsvertrag entgegenstehender Rechtsgedanke entnehmen, weil auch eine Regelung in der Satzung selbst unzulässig wäre? Bejahendenfalls, steht dieser auch einer bloß schuldrechtlichen Vereinbarung entgegen?

i. Numerus clausus der Unternehmensverträge?

Weiters könnte dem Entherrschungsvertrag, sofern man ihn unter die Unternehmensverträge einordnet, ein allfälliger numerus clausus der Unternehmensverträge entgegenstehen. Die Frage, ob ein solcher besteht, wirft angesichts der rückständigen Regelung des österreichischen Vertragskonzernrechts Schwierigkeiten auf.<sup>48</sup> Es bietet sich daher ein anderer Zugang an: Sie kann nämlich unbeantwortet bleiben, wenn jene Regelungen, die im Entherrschungsvertrag erfolgen sollen, schon in der Satzung unzulässig wären. Der Entherrschungsvertrag zielt auf eine Beschränkung der Stimmmacht in einem Ausmaß, das dem Mehrheitsgesellschafter die Mehrheit in bestimmten Beschlussangelegenheiten nimmt. Nachfolgend soll daher ein Überblick samt Meinungsstand über möglicherweise entgegenstehende Prinzipien gegeben werden.

---

<sup>42</sup> So *Möhring*, Vertraglicher Ausschluss von Abhängigkeit und Konzernvermutung, in FS Westermann (1974) 427, 434.

<sup>43</sup> *Windbichler* in GK AktG I<sup>4</sup> § 17 Rz 81, der sich aber der Gegenauffassung anschließt; vgl auch *Koppensteiner* in KK AktG I<sup>3</sup> § 17 Rz 112 mwN.

<sup>44</sup> *Windbichler* in GK AktG I<sup>4</sup> § 17 Rz 81; *Koppensteiner* in KK AktG I<sup>3</sup> § 17 Rz 112.

<sup>45</sup> Vgl *Koppensteiner* in KK AktG I<sup>3</sup> § 17 Rz 112 mwN.

<sup>46</sup> *K. Schmidt* in FS Hommelhoff (2012) 998.

<sup>47</sup> *Bayer* in MüKo AktG<sup>4</sup> § 17 Rz 105 mwN.

<sup>48</sup> Vgl zum deutschen Recht *Veil*, Unternehmensverträge (2003).

## ii. Zulässigkeitsschranken

### a. Unzulässiger Verzicht auf konzernrechtliche Schutzbestimmungen?

Eine ältere Ansicht sah in Entherrschungsverträgen einen unzulässigen Verzicht auf den konzernrechtlichen Schutz der §§ 311 ff dAktG.<sup>49</sup> Für das österreichische Recht würde sich die Frage zunächst anders stellen: Zu untersuchen wäre, ob überhaupt ein dem § 311 dAktG vergleichbarer Schutz besteht, namentlich eine Nachteilsausgleichspflicht analog § 9 EKEG.<sup>50</sup>

Die heute dhM hält diesen Bedenken entgegen, dass durch die Entherrschung nicht der Schutz als solcher entzogen wird, sondern schon die Voraussetzungen der Schutzbestimmung nicht eintreten.<sup>51</sup> Mit anderen Worten: Nicht die Rechtsfolge wird zulasten Dritter beseitigt, sondern der Tatbestand. Die Rechtsfolgen treten bei wirksamer Entherrschung erst gar nicht ein.

### b. Verbot uneinheitlicher Stimmabgabe?

Der Aktionär einer AG darf gem § 12 Abs 1 Satz 3 AktG sein Stimmrecht auch uneinheitlich ausüben, also etwa von seinem Stimmrecht nur teilweise Gebrauch machen oder gleichzeitig für und gegen einen Beschlussantrag stimmen. Anderes gilt nach hM<sup>52</sup> grundsätzlich für Gesellschafter der GmbH: So soll zumindest für die Stimmrechte aus einem Geschäftsanteil ein Verbot uneinheitlicher Stimmabgabe gelten, während nach wohl überwiegender Ansicht im Falle der Ausübung des Stimmrechts aus mehreren Geschäftsanteilen auch uneinheitlich abgestimmt werden darf, sofern nur die dem jeweiligen Geschäftsanteil zuzurechnende Stimmkraft einheitlich ausgeübt wird.<sup>53</sup> Als uneinheitliche Stimmabgabe gilt dabei nicht nur das gleichzeitige Abstimmen gegen und für den Beschlussantrag, sondern auch eine teilweise Enthaltung, also das Kombinieren von „Ja“- bzw „Nein“-Stimmen mit einer Enthaltung.<sup>54</sup> Ausnahmen werden für Fälle eines „berechtigten Interesses“<sup>55</sup> und bei ausdrücklicher Erlaubnis durch die Satzung gemacht.<sup>56</sup>

Im vorliegenden Zusammenhang fragt sich, ob das Verbot uneinheitlicher Stimmabgabe dem Entherrschungsvertrag entgegensteht, läuft doch der Verzicht auf eine teilweise Enthaltung hinaus. Zur Begründung des Verbots der uneinheitlichen Stimmabgabe aus einem Geschäftsanteil stützt sich die hM im Wesentlichen auf § 80 Abs 1 GmbHG (gleichlautend § 18 Abs 1 dGmbHG), mitunter auch auf die Treuepflicht und die „größere Verantwortungsnähe“ der Gesellschafter einer GmbH im Vergleich

<sup>49</sup> Nw bei Jäger, DStR 1995, 1114.

<sup>50</sup> Str, dafür insb Koppensteiner, wbl 2008, 53; ders, Grenzen der Leitung abhängiger Kapitalgesellschaften, in Kalss/Torggler (Hrsg), Einlagenrückgewähr (2014) 59; ders, Gibt es in Österreich einen Nachteilsausgleich? RdW 2015, 755; dagegen insb Rüffler, Gibt es in Österreich einen Nachteilsausgleich? in FS Nowotny (2015) 405.

<sup>51</sup> S dazu im Detail Hüttemann, Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht, ZHR 1992, 314, 318 f mwN.

<sup>52</sup> Vgl die Nw bei Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 39 Rz 14; zur dhM vgl Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>21</sup> § 47 Rz 20.

<sup>53</sup> Als Fälle genannt werden das treuhänderische Halten von Geschäftsanteilen und die vertretungsweise aus verschiedenen Geschäftsanteilen ausgeübte Stimmabgabe, vgl Roth in Roth/Altmeyen, GmbHG<sup>8</sup> § 47 Rz 29 mwN. Differenzierend Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 39 Rz 16 (keine uneinheitliche Stimmabgabe bei mehreren treuhänderisch gehaltenen Anteilen wegen § 80 Abs 1); vgl auch Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 39 Rz 14, die die hM für „überprüfungsbedürftig“ halten. Siehe auch jeweils dort zu wN.

<sup>54</sup> Str, vgl Drescher in MüKo GmbHG<sup>2</sup> § 47 Rz 38, Römermann in Michalski, GmbHG<sup>2</sup> § 47 Rz 463, jeweils mN auch zur Gegenansicht.

<sup>55</sup> Römermann in Michalski, GmbHG<sup>2</sup> § 47 Rz 465.

<sup>56</sup> Vgl nur Roth in Roth/Altmeyen, GmbHG<sup>8</sup> § 47 Rz 29 mwN.

zu den Aktionären einer AG.<sup>57</sup> Der Regelung des § 80 Abs 1 GmbHG, nach der die Rechte aus einem mehreren Mitberechtigten zustehenden Geschäftsanteil nur gemeinschaftlich ausgeübt werden können, sei die Wertung zu entnehmen, dass auch einem einzelnen Gesellschafter keine uneinheitliche Stimmabgabe möglich sei.<sup>58</sup>

Eine im Vordringen befindliche Ansicht hat dagegen in jüngerer Zeit Bedenken angemeldet.<sup>59</sup> Sie verweist darauf, dass sich weder ein gesetzliches Verbot uneinheitlicher Stimmabgabe finde, noch § 80 Abs 1 GmbHG (§ 18 Abs 1 dGmbHG) eine anders lautende Wertung entnommen werden könne. Telos dieser Bestimmung sei es bloß, die Gesellschaft vor Unklarheiten bei uneinheitlicher Rechtsausübung der Mitberechtigten zu schützen, die andernfalls als Folge unbekannter und ungleichmäßiger Beteiligungsverhältnisse an diesem Geschäftsanteil entstehen könnten.<sup>60</sup> Gerade diese Gefahrenlage bestünde aber bei uneinheitlicher Stimmabgabe durch einen einzelnen Gesellschafter nicht. Dem Verweis auf die Treuepflicht wird entgegengehalten, dieser verpflichte nur in Ausnahmefällen zu einem bestimmten Stimmverhalten: Der Regelfall der Beschlussfassung, also abseits der „im Gesellschaftsinteresse dringend gebotenen und dem Gesellschafter auch zumutbaren“<sup>61</sup> Maßnahmen, stehe die Treuepflicht einer uneinheitlichen Stimmabgabe dagegen nicht im Wege.<sup>62</sup> Immerhin sprächen auch praktische Bedürfnisse, bspw wenn der Gesellschafter für einen Teil seiner Stimmen eine Stimmbindung eingegangen ist,<sup>63</sup> und der Wortlaut<sup>64</sup> des § 39 Abs 2 S 2 GmbHG (§ 47 Abs 2 dGmbHG) dagegen. Auch ließe sich einwenden, eine vollständige Stimmenthaltung liefere faktisch immer dann auf eine im Ergebnis gleichmäßige Verteilung der Stimmkraft auf Ja- und Nein-Stimmen hinaus, wenn – wie es der Regelfall im Kapitalgesellschaftsrecht ist – sich die Mehrheit nach den abgegebenen Stimmen ohne gleichzeitiges Abstellen auf eine Kapitalmehrheit errechnet. In beiden Fällen wirkt das Stimmverhalten neutral.<sup>65</sup> Auch das Argument mit der Treuepflicht und der „größeren Verantwortungsnähe“ ist nicht zwingend, im Gegenteil: Gerade aus Sicht des Mehrheitsgesellschafters bei der GmbH erscheint es legitim, von seiner Stimmkraft nur anteilig Gebrauch zu machen und dadurch eine gemeinschaftliche Entscheidungsfindung – und damit Entscheidungsrelevanz der übrigen Stimmen – überhaupt erst herzustellen. Dies entspricht der Entscheidungssituation der „normativen Musterlage“<sup>66</sup> einer Kapitalgesellschaft, bei der Beschlüsse nach dem Prinzip der Mehrheit frei von dominierenden Gesellschaftern getroffen werden. Aus diesem Blickwinkel sprechen für dieses Ergebnis auch die intensiveren Treubindungen zwischen den Gesellschaftern einer GmbH.

### c. Verbot von Höchststimmrechten einzelner Aktionäre?

Während das Stimmgewicht bei der GmbH weitestgehend disponibel ist,<sup>67</sup> kann bei der AG eine Zulässigkeitschranke auch im Verbot von Höchststimmrechten einzelner Aktionäre gesehen werden.<sup>68</sup> Nach der *lex lata* „kann die Satzung das Stimmrecht durch Festsetzung eines Höchstbetrags

<sup>57</sup> Zöllner in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>21</sup> § 47 Rz 20; vgl auch die Nachweise bei *Römermann in Michalski*, GmbHG<sup>2</sup> § 47 Rz 460.

<sup>58</sup> K. Schmidt in *Scholz*, GmbHG II<sup>11</sup> § 47 Rn 69 („Erst-recht-Schluss aus § 18 Abs 1“).

<sup>59</sup> Drescher in *MüKo GmbHG<sup>2</sup>* § 47 Rz 41; *Römermann in Michalski*, GmbHG<sup>2</sup> § 47 Rz 463.

<sup>60</sup> Vgl *Römermann in Michalski*, GmbHG<sup>2</sup> § 47 Rz 463; *Drescher in MüKo GmbHG<sup>2</sup>* § 47 Rz 41.

<sup>61</sup> Nw bei *Hillmann in Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht<sup>3</sup> § 47 GmbHG Rz 28.

<sup>62</sup> *Drescher in MüKo GmbHG<sup>2</sup>* § 47 Rz 41.

<sup>63</sup> *Drescher in MüKo GmbHG<sup>2</sup>* § 47 Rz 41.

<sup>64</sup> So *Römermann in Michalski*, GmbHG<sup>2</sup> § 47 Rz 463 mwN.

<sup>65</sup> Freilich führt eine Stimmaufteilung anders als die Enthaltung zu einer anderen Mehrheit, uzw bei sonst mehrheitlich positiver Abstimmung zu einer geringeren Mehrheit, bei sonst mehrheitlich negativer Abstimmung zu einer erhöhten Mehrheit, kann allerdings – und insofern gilt nichts anderes als für die Stimmenthaltung. – nicht das Stimmergebnis umkehren.

<sup>66</sup> *Lutter/Timm*, NJW 1982, 409, 412.

<sup>67</sup> S *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 12.

<sup>68</sup> S dazu zB *Hüttemann*, ZHR 1992, 319 ff.

oder von Abstufungen beschränken“ (§ 12 Abs 2 AktG, vgl auch § 133 Abs 1 Satz 2 dAktG, der aber zwischen börsennotierten und nicht-börsennotierten AG unterscheidet). Die Regelung des § 12 AktG sieht in Abs 1 den Grundsatz der Kongruenz von Stimmkraft und Kapitaleinsatz, regelt in Abs 2 sogleich eine Ausnahme und in Abs 3 – aus dem Blickwinkel der sogleich zu besprechenden hM – eine Gegenausnahme.

Höchststimmrechte – vorausgesetzt zumindest ein Aktionär überschreitet die in ihnen angeordnete „Deckelung“ der Stimmkraft – begünstigen nicht betroffene Mitglieder durch eine aliquote Erhöhung ihres Stimmgewichts. Dem scheint zugleich § 12 Abs 3 AktG zu widersprechen, welcher Mehrstimmrechtsaktien verbietet, weil dadurch dem Aktionär eine über das Verhältnis des Nennwerts der Aktien zum gesamten Nennkapital hinausgehende Stimmkraft zugewiesen werden würde. Der entscheidende Unterschied wird von der hM in der gesicherten Position des (der) begünstigten Aktionäre gesehen, die beim Höchststimmrecht eben nicht vorliegt.<sup>69</sup>

Nach hM darf der persönliche Anwendungsbereich<sup>70</sup> der Höchststimmrechtsklausel nicht auf einen einzelnen Aktionär beschränkt sein, andernfalls – selbst bei Zustimmung des betroffenen Aktionärs<sup>71</sup> – die Bestimmung nichtig sei.<sup>72</sup> Anders als in Deutschland, wo § 134 Abs 1 S 5 dAktG dies ausdrücklich anordnet, leitet die österreichische hM dieses Ergebnis einerseits aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz, andererseits aber va aus dem Verbot der Mehrstimmrechtsaktien her.<sup>73</sup> Ein Verstoß gegen § 12 Abs 3 AktG wird darin gesehen, dass die Aktien jener Aktionäre, an die sich das Höchststimmrecht nicht richtet, „funktional den verbotenen Mehrstimmrechtsaktien gleichzusetzen“<sup>74</sup> sei. Zumindest die Begründung wirft mE Zweifel hervor, wird doch der Unterschied zwischen den durch Höchststimmrechte begünstigten Aktien und Mehrstimmrechtsaktien in der gesicherten Position des Begünstigten gesehen (soeben oben). Gerade die als Unterscheidungsmerkmal herausgearbeitete „gesicherte Position“ fehlt hier: Trifft das Höchststimmrecht schon dem persönlichen Anwendungsbereich nach nur einen Aktionär (faktisch wird das Höchststimmrecht bei höher liegender Schwelle ohnehin regelmäßig nur einzelne Aktionäre treffen), erhalten die anderen Aktionäre dadurch keine gesicherte Position. Verkauft der betroffene Aktionär etwa Anteile im Ausmaß der Überschreitung, „normalisiert“ sich das erhöhte Stimmgewicht der übrigen Aktionäre aliquot. Auch die Erläuterungen im Anhang des ÖCGK deuten dieses Ergebnis an.<sup>75</sup> Anderes gilt freilich dann, wenn die „gesicherte Position“ hier im Umstand gesehen wird, dass die begünstigten Aktionäre unabhängig von der Höhe ihres Anteils vom Höchststimmrecht jedenfalls nicht erfasst sein können.<sup>76</sup>

---

<sup>69</sup> *Thiery*, Höchststimmrechte für Aktionäre, NZ 1989, 81 unter II.; *Kalss*, Höchststimmrecht als Garant für Aktionäreseinfluß? GesRZ 1992, 25, 28 mwN.

<sup>70</sup> Umgekehrt verbietet die Bestimmung aber ein de facto, dh lediglich im Ergebnis, nur einen Aktionär treffendes Höchststimmrecht freilich nicht.

<sup>71</sup> *Schopper* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I<sup>5</sup> § 12 AktG Rz 39 (Stand 1.9.2011, rdb.at).

<sup>72</sup> *Kalss*, Höchststimmrecht 60; *H. Torggler*, Vertragliche Gestaltungen zur Wahrung des Gesellschaftereinflusses, GesRZ 186, 188; vgl dazu auch *Schopper* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I<sup>5</sup> § 12 AktG Rz 39 (Stand 1.9.2011, rdb.at).

<sup>73</sup> *Schopper* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I<sup>5</sup> § 12 AktG Rz 39 (Stand 1.9.2011, rdb.at) mwN.

<sup>74</sup> *Thiery*, NZ 1989, 81 unter II. aE.

<sup>75</sup> ÖCGK, Fassung vom 01/2015, Anh 4 („Weiters kann die Satzung Höchststimmrechte vorsehen, wonach ein Aktionär unabhängig von der Höhe seines Aktienbesitzes mit seinem Stimmrecht auf einen bestimmten in der Satzung festgelegten Prozentsatz begrenzt ist“).

<sup>76</sup> So *Kalss*, GesRZ 1992, 25, 28.

e) Einordnung des Entherrschungsvertrags als schuldrechtlicher Vertrag

i. Unzulässigkeit eines bloß „schuldrechtlichen“ Entherrschungsvertrags?

Ob aus diesen Überlegungen eine Unzulässigkeit eines satzungsüberlagernden Entherrschungsvertrags folgt, kann für die hiesigen Zwecke offen bleiben. Eine andere Frage ist, ob Wertungen (auch) bloß schuldrechtlichen, also gleich einem Syndikatsvertrag wirkenden Stimmbindungen zwischen Gesellschafter und Gesellschaft entgegenstehen. Das deutsche Recht enthält mit § 136 Abs 2 dAktG eine ausdrückliche, aber recht kasuistisch geratene<sup>77</sup> Regelung, deren Rechtsgedanke auch dem bloß schuldrechtlichen Entherrschungsvertrag entgegenstehen könnte. Angesprochen ist das sog Verbot der Verwaltungsherrschaft.

Aus deutscher Sicht wurden Bedenken gegen eine Stimmbindung zugunsten der Gesellschaft aus dem (vgl § 136 Abs 2 dAktG, sog Verbot der Verwaltungsherrschaft) abgeleitet.<sup>78</sup> Nach dieser Bestimmung ist ein Vertrag nichtig, „durch den sich ein Aktionär verpflichtet, nach Weisung der Gesellschaft, des Vorstands oder des Aufsichtsrats der Gesellschaft oder nach Weisung eines abhängigen Unternehmens das Stimmrecht auszuüben“ oder „für die jeweiligen Vorschläge des Vorstands oder des Aufsichtsrats der Gesellschaft zu stimmen“. Aus dieser Regelung wird ein Verbot von Veränderungen der innergesellschaftlichen Machtbalance zugunsten der Verwaltung abgeleitet.<sup>79</sup> Interessen der Verwaltung(smitglieder) sollen nicht in die Beschlussfassung der HV Eingang finden.<sup>80</sup> Trotz Fehlens einer ausdrücklichen Regelung nimmt die hM auch hierzulande – gestützt auf die Regelungen über den Erwerb eigener Anteile – ein Verbot der Verwaltungsherrschaft mit iW gleichem Inhalt an.<sup>81</sup>

Dem Wortlaut nach erfasst § 136 Abs 2 dAktG Entherrschungsverträge nicht, verzichtet in diesen der Mehrheitsgesellschafter ja bloß auf die Stimmrechtsausübung in einem bestimmten Ausmaß. Aber auch eine analoge Anwendung der Vorschrift (bzw – aus österreichischer Sicht – des aus den Regelungen über den Erwerb eigener Anteile folgenden Rechtgedankens) scheidet nach hM aus, weil nur Fälle „aktiver Stimmrechtsausübung“<sup>82</sup> und nicht eine bloße mit der Entherrschung einhergehende Andersverteilung der Stimmkraft unter den Aktionären erfasst seien.<sup>83</sup>

In Österreich könnte sich die Frage angesichts der Entstehungsgeschichte des österreichischen AktG anders stellen. Ausgangspunkt der Betrachtung ist die Not-VO 1931.<sup>84</sup> Deren § 260a Abs 3 Z 3 sah vor, dass „gebundene Aktien“ im Geschäftsbericht des Vorstandes anzugeben, und daher zulässig waren. Unter „gebundenen Aktien“ wurden dabei solche Aktien verstanden, bei denen „der Aktionär durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung zugunsten der Gesellschaft, einer abhängigen Gesellschaft oder einer Konzerngesellschaft in der Ausübung der Aktienrechte oder in der Veräußerung oder sonstigen Verfügung über die Aktie gebunden ist“.<sup>85</sup> Während noch der Entwurf

---

<sup>77</sup> Schröer in MüKo AktG<sup>3</sup> § 136 Rz 74.

<sup>78</sup> Nw bei K. Schmidt in FS Hommelhoff 994 in Fn 65.

<sup>79</sup> Vgl Koch in Hüffer, AktG<sup>12</sup> § 136 Rz 25.

<sup>80</sup> Vgl Koch in Hüffer, AktG<sup>12</sup> § 136 Rz 2.

<sup>81</sup> Vgl nur Dregger/Tichy in MüKo AktG<sup>3</sup> § 136 Rz 126; Tichy, Syndikatsverträge 119; vgl aber auch die Darstellung des Meinungsstands zum AktG 1937 bei Boesebeck, Abstimmungsvereinbarungen mit Aktionären, NJW 1960, 7, 9 f.

<sup>82</sup> Reichert/Habarth, Stimmrechtsvollmacht, Legitimationszession und Stimmrechtsausschlußvertrag, AG 2001, 447, 454.

<sup>83</sup> Vgl Hüttemann, ZHR 1992, 321 ff; Barz in FS Bärmann 195 f; Hentzen, ZHR 1993, 66 f; Jäger, DSStR 1995, 1113, 1114 f; Reichert/Habarth, AG 2001, 447, 454; Koppensteiner in KK AktG I<sup>3</sup> § 17 Rz 109; K. Schmidt in FS Hommelhoff (2012) 994.

<sup>84</sup> Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über eine Steueramnestie, dRGBI I 1931/63.

<sup>85</sup> § 260a Abs 3 Z 3 Not-VO 1931.

eines Aktiengesetzes des Reichsjustizministeriums von 1931 – unter iW wortgleicher Übernahme der Legaldefinition aus der Not-VO – in seinem § 95 Abs 5 vorsah, dass (bloß) das Stimmrecht der gebundenen Aktien ausgeschlossen sei, sofern kein „überwiegendes Interesse der Gesellschaft oder Allgemeinheit“ die Stimmrechtsausübung des Aktionärs rechtfertige,<sup>86</sup> übernahm das AktG 1937 diese Einschränkungen nicht. Vielmehr wurde darüber hinaus sogar die verpflichtende Erwähnung der gebundenen Aktien im Geschäftsbericht gestrichen: Die Materialien führen dazu aus, dass „derartige Bindungen wirtschaftlich durchaus gerechtfertigt sein könnten“.<sup>87</sup> Soweit ersichtlich kam es auch im Zuge der „kleinen Reform“ des AktG 1965 diesbezüglich zu keinen Änderungen, während in D mit dem AktG 1965 und § 136 Abs 2 AktG eine dem Aktienrecht „neue“<sup>88</sup> Bestimmung geschaffen wurde. Zusammenfassend: Irrelevant ist an dieser Stelle, ob damit dem von der österreichischen hM angenommenen, gesetzlich aber im Unterschied zu D nicht ausdrücklich geregelten Verbot der Verwaltungsherrschaft (siehe dazu oben) der Boden entzogen ist. Der gesetzlichen Regelung immanent dürfte aber eine grundsätzliche Zulässigkeit von (zumindest: sonstigen) Verträgen mit der Gesellschaft sein, die sich auf Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre beziehen.

## ii. Anfechtung entherrschungsvertragswidriger Beschlüsse?

Aus der Einordnung als rein schuldrechtlicher Vertrag schließt die deutlich überwiegende Meinung in Deutschland, dass eine entherrschungsvertragswidrig abgegebene Stimme den Beschluss nicht anfechtbar mache.<sup>89</sup> Es gelte nichts anderes, als für (zumindest nicht-omnilaterale) Syndikatsverträge ganz herrschend vertreten wird. Fraglich ist allerdings, ob nicht aus der „vertikalen“ Ausrichtung des Entherrschungsvertrags, die ihn von der „horizontalen“ Beziehung zwischen Syndikatsvertragspartnern unterscheidet, anderes folgt. In diesem Sinne argumentiert auch eine Mindermeinung, dass eine Anfechtung aufgrund entherrschungsvertragswidriger Stimmabgabe „jedenfalls auf das Rechtsmissbrauchsverbot“, wenn nicht schon „auf die Unbeachtlichkeit vertragswidriger Erklärungen inter partes“ gestützt werden könne.<sup>90</sup>

Damit drängt sich die Frage auf, ob und wie die Überlegungen zur Beschlussanfechtung wegen Verstoßes gegen einen omnilateralen Syndikatsvertrag auch auf den Entherrschungsvertrag zu übertragen sind. Erstmals sprach der BGH in der Kerbnägel-E<sup>91</sup> aus, dass Gesellschaftsbeschlüsse aufgrund Verstoßes gegen schuldrechtliche Nebenabreden angefochten werden können: Haben alle Gesellschafter eine gesellschaftliche Angelegenheit einvernehmlich außerhalb der Satzung geregelt, so sei diese zwar nicht Satzungsbestandteil, aber wie eine solche zu behandeln, „zumindest so lange“ ihr nur aus der Abrede Verpflichtete als Gesellschafter angehörten. Begründet wurde diese Ansicht mit dem prozessökonomischen Argument, dem vertragswidrig überstimmten Gesellschafter solle der umständliche Weg einer Klage gegen die Mitgesellschafter erspart bleiben, er also nicht auf den Weg der Leistungsklage verwiesen werden, um durch eine Verurteilung eine gegenteilige Stimmabgabe zu erreichen und damit den Beschluss aus der Welt zu schaffen. Der OGH<sup>92</sup> schloss sich dem im Ergebnis an, begründete dies aber mit der „ausgeprägten personalistischen Struktur der Gesellschaft“: Aufgrund der geringen Zahl und der daraus folgenden Bedeutung jedes einzelnen Gesellschafters könne die Gesellschaft nicht losgelöst von ihren Gesellschaftern betrachtet werden, weshalb der außerhalb der

<sup>86</sup> Erläuternde Bemerkungen des Reichsjustizministeriums zum Entwurf von 1931, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht (1985) 907, 924 f.

<sup>87</sup> *Hefermehl*, Die Rechnungslegung im neuen Aktiengesetz, JW 1937, 503, 505.

<sup>88</sup> Vgl die Erläuternden Bemerkungen des Regierungsentwurfs zu § 130 Abs 3 (heutiger § 136 Abs 2 dAktG), Drucksache IV/171, 160.

<sup>89</sup> Statt vieler *Larisch/Bunz*, NZG 2013, 1250.

<sup>90</sup> *Koppensteiner* in KK AktG I<sup>3</sup> § 17 Rz 113. AA insb auch *Korsmeier*, Der vertragliche Ausschluss von Abhängigkeit (2000), freilich mit anderer Begründung (Organisationsvertrag).

<sup>91</sup> BGH II ZR 243/81 NJW 1983, 1910, bestätigt durch BGH II ZR 240/85 NJW 1987, 1890.

<sup>92</sup> OGH 2 Ob 46/97x RdW 1999, 721; offen lassend OGH 6 Ob 202/10i GesRZ 2012, 259, 262 f.

Satzung zum Ausdruck kommende einheitliche Wille der Gesellschafter auch bei Entscheidungen der Gesellschaft selbst berücksichtigt werden müsse. Das gelte insb für Stimmbindungsverträge, in denen sich das personalistische Element manifestiert, „da sich mit dem Grad der personalistischen Ausrichtung der Gesellschaft auch die Intensität der einzuhaltenden Treuepflichten steigert, deren Verletzung auch schon nach der bisherigen Rechtsprechung die Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen nach sich zog.“

In der Lehre sind diese Entscheidungen sehr kontrovers diskutiert worden.<sup>93</sup> Die zustimmenden Stellungnahmen weisen in ihrer Begründung recht große Unterschiede auf: Bisweilen wird das Argument der Prozessökonomie als einzig tragfähiges Argument umschrieben, dem BGH also auch in der Begründung zugestimmt.<sup>94</sup> Der Großteil kritisiert dagegen nach wie vor die prozessökonomische Argumentation, stimmt aber immerhin *im Ergebnis* weitgehend (zT einschränkend, zT erweiternd) zu.<sup>95</sup> Inwieweit die dort angeführten Argumente auch für den Entherrschungsvertrag nutzbar gemacht werden können, wird in der Arbeit zu untersuchen sein.

Eine nähere Betrachtung verdient dabei aus der Sicht des Entherrschungsvertrags vor allem die Aussage des BGH, die Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern sei wie „eine solche der Gesellschaft zu behandeln“: Denn diese im Vergleich zur Prozessökonomie eher außer Acht gelassene Begründung<sup>96</sup> müsste erst recht für den Entherrschungsvertrag gelten, bräuchte dort ja eine „Einbeziehung“ der Gesellschaft erst gar nicht fingiert werden.

### 3) Dritter Teil: Voraussetzungen und Wirkungen des Entherrschungsvertrags

Stehen dem Entherrschungsvertrag – zumindest in seiner Qualifikation als schuldrechtlicher Vertrag – keine Bedenken entgegen, sollen in einem nächsten Schritt die formellen und materiellen Voraussetzungen und die Wirkung des Entherrschungsvertrags auf die im ersten Teil untersuchten Abhängigkeitstatbestände untersucht werden.

Nach einer Analyse des Zwecks und der Motive für den Abschluss soll der Entherrschungsvertrag nach bürgerlich-rechtlichen Charakteristika eingeordnet werden: So ist etwa zur Anwendbarkeit des Leistungsstörungsrechts (§§ 918 ff, §§ 932 ff ABGB) zu untersuchen, ob der Entherrschungsvertrag entgeltlich, unentgeltlich oder entgeltfremd ist.<sup>97</sup> Auch soll hier einer etwaigen Formpflicht nachgegangen werden.<sup>98</sup>

Von ganz zentraler Bedeutung wird dabei die im vorherigen Teil untersuchte Einordnung des Entherrschungsvertrags als bloß schuldrechtlicher Vertrag oder Organisationsvertrag sein. Im ersten Fall würde der Vertrag „neben“ den Gesellschaftsvertrag treten, ohne diesen zu überlagern, bei

---

<sup>93</sup> Aus dem österreichischen Schrifttum etwa *Tichy*, Syndikatsverträge 150 ff; *ders*, *ecolex* 2000, 204 ff; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG § 41 Rz 53 (Stand 1.8.2013, rdb.at); *Nowotny*, Durchsetzung von Syndikatsverträgen? RdW 1989, 299; *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht Rz 157 (sofern Stimmbindung im Wege der Auslegung Bestandteil der Satzung geworden ist); abl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 39 Rz 21; *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG §§ 41, 42 Rz 153 f; aus deutscher Sicht *Drescher* in MüKo GmbHG<sup>2</sup> § 47 Rz 250; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>21</sup> § 47 Rz 118; *Roth* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG<sup>8</sup> § 47 Rz 39b; *Hillmann* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht<sup>3</sup> § 47 GmbHG Rz 92; aA bspw *Schindler* in Beck'scher OK GmbH<sup>29</sup> § 47 Rz 72 (Stand 01.08.2016). Siehe auch die weiteren Nw bei Walch, Verstoß gegen einen omnilateralen Syndikatsvertrag als Anfechtungsgrund eines Gesellschafterbeschlusses, GES 2015, 159, 161 ff.

<sup>94</sup> So insb *Drescher* in MüKo GmbHG<sup>2</sup> § 47 Rz 250.

<sup>95</sup> Siehe den Überblick über den Meinungsstand bei *Tichy*, Syndikatsverträge 157 ff.

<sup>96</sup> Vgl aber *Tichy*, Syndikatsverträge 155.

<sup>97</sup> Siehe dazu allgemein *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht Rz 90 mwN.

<sup>98</sup> Die hM in D verlangt Schriftlichkeit; vgl nur *Koppensteiner* in KK AktG I<sup>3</sup> § 17 Rz 116.

Qualifikation als Organisationsvertrag dagegen als materielle Satzungsänderung den Gesellschaftsvertrag überlagern. Die Beantwortung dieser Frage wird richtungsweisend für weitere zentrale Punkte dieser Arbeit sein: So entscheidet sich danach insb, welchem Organ die Kompetenz zum Abschluss des Entherrschungsvertrags zukommt. Konkret stellt sich – getrennt nach Ober- und Untergesellschaft – die Frage, ob für den Abschluss eines Entherrschungsvertrags das Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan (Geschäftsführer bzw Vorstand) oder die Mitgliederversammlung (Generalversammlung bzw Hauptversammlung) zuständig ist. Weichenstellend ist diese Qualifikation weiters nicht nur für allfällige Anforderungen an die Publizität,<sup>99</sup> sondern besonders auch für die Durchsetzungsmöglichkeiten und Rechtsfolgen einer Verletzung des Entherrschungsvertrags.

In einem Abschnitt über die inhaltlichen Anforderungen wird untersucht werden, worauf die Entherrschung gerichtet sein muss. Auch stellt sich (insb bei börsennotierten Gesellschaften) die Frage, wie die Beschränkung der Stimmrechtsmacht angesichts volatiler (Haupt-)Versammlungspräsenzen ausgestaltet sein muss, ob alle oder einzelne Beschlussgegenstände erfasst sein müssen, welche Anforderungen an die Nachhaltigkeit zu stellen sind und ob die Vertragserfüllung, etwa durch Vertragsstrafen oder Hinterlegung bei einem Notar,<sup>100</sup> gesichert sein muss.

Ausgehend von der Qualifikation des Entherrschungsvertrags als Dauerschuldverhältnis werden die Beendigungsmöglichkeiten des Entherrschungsvertrags untersucht. Hier stellen sich va Fragen iZm Befristung, ordentlicher und außerordentlicher Kündigung sowie einvernehmlicher Beendigung und des zur Beendigung berufenen Organs. Nach dhM muss der Entherrschungsvertrag bei der AG für eine Dauer von zumindest 5 Jahren (genauer: bis über den Zeitpunkt der nächsten AR-Wahl hinaus) abgeschlossen werden.<sup>101</sup> Eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit darf nicht bestehen.<sup>102</sup>

Zuletzt gilt es die Reichweite und Grenzen der entherrschenden Wirkung des Vertrags zu untersuchen: Dazu werden die im zweiten Teil gewonnen Erkenntnisse auf Erfüllung der im ersten Teil herausgearbeiteten Anforderungen überprüft.

## 2. METHODEN

Bei den zu untersuchenden Konzerntatbeständen soll mittels der anerkannten und in §§ 6 f ABGB positivierten rechtswissenschaftlichen Methoden der Wortinterpretation, systematischen, historischen und teleologischen Interpretation sowie der Lückenfüllung unter eingehender Analyse von Literatur und Judikatur das diesen Tatbeständen zugrunde liegende Abhängigkeitsverständnis erarbeitet werden. Insbesondere bei offenen Fragen wird dabei auch ein Blick auf ausländisches, va deutsches Recht geworfen, was nicht nur aufgrund teilweise harmonisierten Rechts, sondern gerade auch aufgrund historischer Gemeinsamkeiten erfolgsversprechend erscheint. Die auf diese Art gewonnenen Erkenntnisse sollen daran anschließend konzeptionell miteinander verglichen und systematisch aufbereitet werden. Im Rahmen der Untersuchung des Entherrschungsvertrags soll der Einordnung des Vertrags als Organisationsvertrag oder bloß schuldrechtlicher Vertrag besondere Bedeutung geschenkt werden. Darauf aufbauend soll der Entherrschungsvertrag auf seine formellen und materiellen Voraussetzungen und Wirkungen untersucht werden.

---

<sup>99</sup> Nach hM in D besteht kein Eintragungserfordernis, vgl nur *K. Schmidt* in FS Hommelhoff (2012) 991 mN zur (älteren) Geganansicht.

<sup>100</sup> Vgl zB *Barz* in FS Bärman 196; *Möhring* in FS Westermann 434.

<sup>101</sup> *Bayer* in MüKo AktG<sup>4</sup> § 17 Rz 102 mwN.

<sup>102</sup> *Koch* in *Hüffer/Koch*, AktG<sup>12</sup> § 17 Rz 22.



### 3. ANHANG

#### A. Vorläufige Gliederung

1. Einleitung
  - 1.1. Allgemeines
  - 1.2. Problemstellung und Forschungsfragen
  - 1.3. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands
  - 1.4. Gang der Untersuchung
  - 1.5. Begriffsdefinitionen
2. Erster Teil: Beherrschung im österreichischen Konzernrecht
  - 2.1. Allgemeines
  - 2.2. Die Abhängigkeit als „archimedischer Punkt“
  - 2.3. Gesetzlich geregelte Tatbestände
  - 2.4. Der übernahmerechtliche Konzerntatbestand
    - 2.4.1. Überblick
    - 2.4.2. Zum maßgeblichen Abhängigkeitsbegriff
    - 2.4.3. Ergebnis: Anforderungen an die Entherrschung
  - 2.5. Der mitbestimmungsrechtliche Konzerntatbestand
    - 2.5.1. Überblick
    - 2.5.2. Zum maßgeblichen Abhängigkeitsbegriff
    - 2.5.3. Ergebnis: Anforderungen an die Entherrschung
  - 2.6. Der rechnungslegungsrechtliche Konzerntatbestand
    - 2.6.1. Überblick
    - 2.6.2. Zum maßgeblichen Abhängigkeitsbegriff
    - 2.6.3. Ergebnis: Anforderungen an die Entherrschung
  - 2.7. Vergleichende Darstellung
  - 2.8. Zwischenergebnis
3. Zweiter Teil: Entherrschungsmittel im Allgemeinen
  - 3.1. Überblick
  - 3.2. Entherrschung auf schuldrechtlicher Grundlage
    - 3.2.1. Einseitige Erklärungen
    - 3.2.2. Stimmbindungsverträge
  - 3.3. Entherrschung auf organisationsvertraglicher Grundlage
    - 3.3.1. Satzungsbestimmungen
    - 3.3.2. Unternehmensverträge
  - 3.4. Zur Einordnung des Entherrschungsvertrags
    - 3.4.1. Scheingeschäft?

- 3.4.2. Einordnung als Unternehmensvertrag
  - 3.4.2.1. Numerus clausus?
  - 3.4.2.2. Zulässigkeitsschranken
    - 3.4.2.2.1. Verzicht auf konzernrechtliche Schutzbestimmungen?
    - 3.4.2.2.2. Verbot uneinheitlicher Stimmabgabe?
    - 3.4.2.2.3. Verbot von Höchststimmrechten?
  - 3.4.2.3. Zwischenergebnis
- 3.4.3. Einordnung als schuldrechtlicher Vertrag
  - 3.4.3.1. Zulässigkeit schuldrechtlicher Verträge über Mitgliedsrechte mit der Gesellschaft?
  - 3.4.3.2. Anfechtung entherrschungsvertragswidriger Beschlüsse?
  - 3.4.3.3. Zwischenergebnis
- 4. Dritter Teil: Der Entherrschungsvertrag
  - 4.1. Einleitung und Überblick über Entherrschungsmittel
  - 4.2. Der Entherrschungsvertrag
    - 4.2.1. Überblick über den Meinungsstand
      - 4.2.1.1. Literatur
      - 4.2.1.2. Judikatur
    - 4.2.2. Zweck und Motive des Entherrschungsvertrags
    - 4.2.3. Zur bürgerlich-rechtlichen Einordnung des Entherrschungsvertrags
      - 4.2.3.1. Typischer oder atypischer Vertrag?
      - 4.2.3.2. Entgeltlicher, unentgeltlicher oder entgeltfremder Vertrag?
      - 4.2.3.3. Ziel- oder Dauerschuldverhältnis?
      - 4.2.3.4. Formzwang oder Formfreiheit?
    - 4.2.4. Abschlusskompetenz
      - 4.2.4.1. Zur Kompetenzordnung allgemein
      - 4.2.4.2. Abschlusskompetenz auf Seiten der abhängigen Gesellschaft
      - 4.2.4.3. Abschlusskompetenz auf Seiten des beherrschenden Gesellschafters
    - 4.2.5. Anforderungen an die Publizität
      - 4.2.5.1. Zur Publizität von Satzungsänderungen und Unternehmensverträgen
      - 4.2.5.2. Publizität des Entherrschungsvertrags?
        - 4.2.5.2.1. Auf Seiten der abhängigen Gesellschaft
        - 4.2.5.2.2. Auf Seiten des beherrschenden Gesellschafters
    - 4.2.6. Anforderungen an den Inhalt
      - 4.2.6.1. Stimmrechtsbeschränkung
        - 4.2.6.1.1. Betroffene Beschlussgegenstände
        - 4.2.6.1.2. Umfang der Stimmrechtsbeschränkung

- 4.2.6.2. Mindestvertragsdauer
  - 4.2.6.3. Ausschluss der Kündigungsrechte
  - 4.2.6.4. Sicherungsmittel: Vertragsstrafe, Hinterlegung bei Notar?
  - 4.2.7. Zur Durchsetzung des Entherrschungsvertrags
    - 4.2.7.1. Verletzungen vor Beschlussfassung
    - 4.2.7.2. Verletzungen nach Beschlussfassung
  - 4.2.8. Wirkungen des Entherrschungsvertrags
5. Fazit und Zusammenfassung der Thesen

## B. Vorläufiges Literaturverzeichnis

### **Kommentare, Handbücher**

- Arnold*, Privatstiftungsgesetz - Kommentar<sup>3</sup> (2013)
- Arnold/Ludwig* (Hrsg), Stiftungshandbuch<sup>2</sup> (2013)
- Baumbach/Hopt*, Hangelsgesetzbuch<sup>36</sup> (2016)
- Bertl/Mandl* (Hrsg), Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz, 19. Lfg (Nov 2015)
- Bork/Schäfer* (Hrsg), GmbHG<sup>2</sup> (2012)
- Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG<sup>2</sup> (2012)
- Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn* (Hrsg), HGB<sup>3</sup> (2014)
- Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht<sup>8</sup> (2016)
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>17</sup> (2017)
- Grottel/Schmidt/Schubert/Winkeljohann*, Beck'scher Bilanz-Kommentar<sup>10</sup> (2016)
- Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG (2014)
- Haberer/Krejci* (Hrsg), Konzernrecht (2016)
- Happ*, Konzern- und Umwandlungsrecht (2012)
- Hausmaniger/Gratzl/Justich* (Hrsg), Handbuch zur Aktiengesellschaft (2012)
- Hirte/Möllers* (Hrsg), Kölner Kommentar zum WpHG<sup>2</sup> (2014)
- Hirte/von Bülow* (Hrsg), Kölner Kommentar zum WpÜG<sup>2</sup> (2010)
- Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), GWB<sup>4</sup> (2007)
- Jabornegg/Resch* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz, 41. Lfg (März 2016)
- K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> (2002)
- Kalss/Burger/Eckert* (Hrsg), Entwicklung des Aktienrechts (2002)
- Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2016)
- Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008)
- Kalss/Rüffler* (Hrsg), GmbH-Konzernrecht (2003)
- Koller/Kindler/Roth/Morck* (Hrsg), HGB<sup>8</sup> (2015)
- Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz<sup>3</sup> (2007)
- Kropff*, Aktiengesetz: Textausgabe des AktG 1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs (1965)
- Mestmäcker*, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt (1978)
- Münchener Kommentar zum Bilanzrecht IV (2013)
- Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht IV<sup>4</sup> (2015)
- Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung<sup>2</sup> (1996)
- Scholz* (Hrsg), GmbHG<sup>10</sup> (2010)

*Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch, 45. Lfg (Sept 2016)  
*Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch, 88. Lfg (Okt 2016)  
*U. Torggler* (Hrsg), GmbH-Gesetz (2014)  
*U. Torggler* (Hrsg), UGB Kommentar<sup>2</sup> (2016)  
*Vavrovsky* (Hrsg), Handbuch Konzernhaftung (2008)  
*Zöllner/Noak* (Hrsg), Kölner Kommentar zum AktG<sup>3</sup> (2012)

## **Monographien**

*Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel, Band 1: Entwicklung des Aktienrechts (2007)  
*Berger*, Konzernausgangsschutz (2016)  
*Detting*, Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965 (1997)  
*Doralt/Hommelhoff*, Konzernrecht und Kapitalmarktrecht (2001)  
*Guggenbühl*, Die gesetzlichen Vermutungen des Privatrechts und ihre Wirkungen im Zivilprozess (1990)  
*Haar*, Die Personengesellschaft im Konzern: Privatautonomie zwischen Vertrag und Organisation (2006)  
*Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht (1982)  
*Kalss*, Das Höchststimmrecht als Instrument zur Wahrung des Aktionärsinflusses (1991)  
*Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004)  
*Koppensteiner*, Bankenaufsicht und Unternehmensverbindung (1991)  
*Korsmeier*, Der vertragliche Ausschluß von Abhängigkeit (2000)  
*Kreil*, Mitbestimmung im Konzern (1993)  
*Krejci*, Gesellschaftsrecht I (2005)  
*Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern (1988)  
*Mestmäcker*, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt (1978)  
*Pesch*, Der aktienrechtliche Entherrschungsvertrag (2012)  
*Seydel*, Konzernbildungskontrolle bei der Aktiengesellschaft (1995)  
*Tichy*, Syndikatsverträge (2000)  
*U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften (2013)  
*U. Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern (2007)  
*Vanis*, Beherrschung von Kapitalgesellschaften: Die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit von Organschaftsverhältnissen und Beherrschungsverträgen (1991)  
*W. Jud*, Der Konzernratbestand im österreichischen und deutschen Aktienrecht (1968)  
*Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht (1988)

*Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963)

### **Artikel und Beiträge**

*Adams*, Höchststimmrechte, Mehrfachstimmrechte und sonstige wundersame Hindernisse auf dem Markt für Unternehmenskontrolle, AG 1990, 63

*Barz*, Abhängigkeitsausschlussvertrag bei der Aktiengesellschaft, in FS Bärmann (1975) 185

*Bayer/Hoffmann*, Entherrschungsverträge in der Praxis, AG Report 2014, R107

*Brellocks*, Konzernrechtliche Beherrschung und übernahmerechtliche Kontrolle, NZG 2012, 1010

*Hentzen*, Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht, ZHR 1993, 65

*Hirtzberger*, Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates und Mitbestimmungsrecht der Belegschaft im Aufsichtsrat, RdW 2002, 400

*Hüttemann*, Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht, ZHR 1992, 314

*Immenga*, Schutz abhängiger Gesellschaften durch Bindung oder Unterbindung beherrschenden Einflusses? ZGR 1968, 269

*Jäger*, Der Entherrschungsvertrag, DStR 1995, 1113

*Jud*, Die Inkompatibilität zwischen Aufsichtsratsmandat und anderer Organfunktion im Konzern, GesRZ 1982, 111

*K. Schmidt*, Entherrschungsvertrag und faktische Entherrschung im Aktienkonzern, in FS Hommelhoff (2012), 985

*Kalss*, Zur Aufsichtsratspflicht in der Privatstiftung, RdW 2006, 3

*Koppensteiner*, Über wirtschaftliche Abhängigkeit, in FS Stimpel (1982) 811

*Krause*, Das deutsche Übernahmegesetz vor dem Hintergrund der EU-Richtlinie, ZGR 2002, 500

*Larisch/Bunz*, Der Entherrschungsvertrag als Mittel der Konzernvermeidung bei faktischem Hauptversammlungsmehrheiten, NZG 2013, 1247

*Lutter/Timm*, Konzernrechtlicher Präventivschutz im GmbH-Recht, NJW 1982, 409

*Mayr*, Die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat einer „Holding“ gem § 110 Abs 6a ArbG, DRdA 2002, 531

*Möhring*, Vertraglicher Ausschluss von Abhängigkeit und Konzernvermutung, in FS Westermann (1974) 427

*Reichert/Habarth*, Stimmrechtsvollmacht, Legitimationszession und Stimmrechtsausschlußvertrag in der AG, AG 2001, 447

*Richter*, Umgehung der Konzernvorschriften des Mitbestimmungsgesetzes 1976 durch Widerlegung der Abhängigkeits- und/oder Konzernvermutung? AG 1982, 261

*Roth*, ÖIAG: Politischer Einfluß und konzernrechtliche Herrschaft, RdW 1986, 67

*Schima*, Arbeitskräfteüberlassung und Konzernprivileg, RdW 1992, 114

*Soudry/Löb*, Der Begriff des abhängigen Unternehmens im Sinne des § 17 AktG – Zur Einbeziehung rein wirtschaftlich vermittelter Abhängigkeiten in den Anwendungsbereich des Konzernrechts, GWR 2011, 127

### **Sonstiges**

*Heidenhain* (Hrsg), Münchner Vertragshandbuch I<sup>7</sup> (2011)

*Lorz/Pfisterer/Gerber* (Hrsg), Beck'sches Formularbuch Aktienrecht<sup>2</sup> (2017)

## C. Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
Abs	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
allgM	allgemeine Meinung
AR	Aufsichtsrat
BGH	deutscher Bundesgerichtshof
bspw	beispielsweise
bzw	beziehungsweise
ders	derselbe
dies	dieselbe, dieselben
E	Entscheidung
etc	et cetera
f	fortfolgend
ff	fortfolgende
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
gem	gemäß
ggf	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
HV	Hauptversammlung
iaZ	in anderem Zusammenhang
idS	in diesem Sinn
insb	insbesondere
iwS	im weiteren Sinn
iZm	im Zusammenhang mit
leg cit	legis citatae
mE	meines Erachtens
OGH	Oberster Gerichtshof
Rz	Randziffer
s	siehe
str	strittig
va	vor allem
vgl	vergleiche
Vor	Vorbemerkungen
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
zT	zum Teil