

HAPP

Leseprobe

KONZERN- UND
UMWANDLUNGS-
RECHT

Handbuch – Mustertexte – Kommentar



Carl Heymanns Verlag

Konzern- und Umwandlungsrecht

Handbuch – Mustertexte – Kommentar

Herausgegeben von

Dr. Wilhelm Happ

Bearbeitet von

Dr. Jochen Bahns
Rechtsanwalt und Steuerberater in Bonn

Dr. Sebastian Bednarz
Rechtsanwalt in Hamburg

Dr. Stephan R. Göthel, LL.M.
Rechtsanwalt in Hamburg

Dr. Wolfgang Groß
Rechtsanwalt in Frankfurt/Main

Dr. Wilhelm Happ
Rechtsanwalt in Hamburg

Dr. Rainer Krause
Rechtsanwalt in Düsseldorf

Dr. Thomas Liebscher
Rechtsanwalt in Mannheim

Dr. Marc Löbbe
Rechtsanwalt in Frankfurt/Main

Dr. Frauke Möhrle
Rechtsanwältin in Hamburg

Prof. Dr. Jochem Reichert
Rechtsanwalt in Mannheim

Dr. Stefan Richter
Rechtsanwalt in Berlin

Dr. Peter Schmitz
Notar in Köln

Prof. Dr. Stefan Simon
Rechtsanwalt und Steuerberater in Bonn

Dr. Ralf Stucken
Rechtsanwalt in Hamburg



Carl Heymanns Verlag 2011

Aufteilung der Bearbeitung

Dr. Jochen Bahns Rechtsanwalt und Steuerberater in Bonn	Hinweise zu Steuern mit Ausnahme des 5. Abschnitts
Dr. Sebastian Bednarz Rechtsanwalt in Hamburg	3.01 bis 3.04
Dr. Stephan R. Göthel, LL.M. Rechtsanwalt in Hamburg	11.09 bis 11.14 (gemeinsam mit Dr. Wilhelm Happ)
Dr. Wolfgang Groß Rechtsanwalt in Frankfurt/Main	6.01 bis 6.05; 12.01 bis 12.03
Dr. Wilhelm Happ Rechtsanwalt in Hamburg	4.01 bis 4.03; 11.01 bis 11.04 sowie 11.09 bis 11.14 (letztere gemeinsam mit Dr. Stephan R. Göthel, LL.M.)
Dr. Rainer Krause Rechtsanwalt in Düsseldorf	8.03
Dr. Thomas Liebscher Rechtsanwalt in Mannheim	1.01 bis 1.11; 2.01
Dr. Marc Löbbe Rechtsanwalt in Frankfurt/Main	5.01 bis 5.03 inklusive Hinweise zu Steuern und Kosten
Dr. Frauke Möhrle Rechtsanwältin in Hamburg	13.01 bis 13.10
Prof. Dr. Jochem Reichert Rechtsanwalt in Mannheim	8.01 und 8.02
Dr. Stefan Richter Rechtsanwalt in Berlin	7.01 bis 7.10
Dr. Peter Schmitz Notar in Köln	Hinweise zu Kosten mit Ausnahme des 5. Abschnitts
Prof. Dr. Stefan Simon Rechtsanwalt und Steuerberater in Bonn	9.01 bis 9.03; 10.01 und 10.02
Dr. Ralf Stucken Rechtsanwalt in Hamburg	11.05–11.08; 11.15–11.19

Inhaltsübersicht

Erster Abschnitt: Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge

- 1.01 Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zwischen zwei Aktiengesellschaften mit außenstehenden Aktionären
- 1.02 Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zwischen zwei GmbHs mit außenstehenden Gesellschaftern
- 1.03 Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zwischen zwei Aktiengesellschaften ohne außenstehende Aktionäre
- 1.04 Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zwischen zwei GmbHs ohne außenstehende Gesellschafter
- 1.05 Isolierter Gewinnabführungsvertrag zwischen zwei Aktiengesellschaften mit außenstehenden Aktionären
- 1.06 Teilgewinnabführungsvertrag zwischen einer Kommanditgesellschaft und einer GmbH mit außenstehenden Gesellschaftern der teilgewinnabführenden Gesellschaft
- 1.07 Vertrag über eine Stille Gesellschaft unter Beteiligung von Aktiengesellschaften
- 1.08 Änderung eines Unternehmensvertrages mit einer Aktiengesellschaft mit außenstehenden Aktionären (Eintritt eines Unternehmens in einen bestehenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag)
- 1.09 Änderung eines Unternehmensvertrages mit einer GmbH als beherrschter Gesellschaft
- 1.10 Kündigung eines Unternehmensvertrages mit einer Aktiengesellschaft mit außenstehenden Aktionären als beherrschter Gesellschaft
- 1.11 Aufhebung eines Unternehmensvertrages mit einer Aktiengesellschaft mit außenstehenden Aktionären als beherrschter Gesellschaft

Zweiter Abschnitt: Gleichordnungskonzern

- 2.01 Gleichordnungskonzernvertrag zwischen zwei Aktiengesellschaften mit Gewinngemeinschaft

Dritter Abschnitt: Andere Unternehmensverträge

- 3.01 Betriebspacht- und Beherrschungsvertrag zwischen einer abhängigen Aktiengesellschaft und dem sie beherrschenden Unternehmen (Konzern-Betriebspachtvertrag)
- 3.02 Betriebspachtvertrag zwischen zwei voneinander unabhängigen Aktiengesellschaften
- 3.03 Betriebsüberlassungsvertrag zwischen zwei Aktiengesellschaften
- 3.04 Betriebsführungsvertrag zwischen zwei Aktiengesellschaften

Vierter Abschnitt: Andere gesellschaftsbezogene Verträge und aktienrechtliche Erklärungen

- 4.01 Abhängigkeitsbericht (§§ 312 f. AktG)
- 4.02 Entherrschungsvertrag zwischen Aktionären einer Publikumsgesellschaft und der Gesellschaft zur Widerlegung einer Abhängigkeitsvermutung (§ 17 Abs. 2 AktG)
- 4.03 Entherrschungsvertrag zwischen einer »kleinen AG« mit einem wesentlich beteiligten Unternehmen (§ 17 Abs. 2 AktG)

Fünfter Abschnitt: Aktienpool

- 5.01 Poolvertrag unter Aktionären einer nicht-börsennotierten Aktiengesellschaft
- 5.02 Poolvertrag unter Aktionären einer börsennotierten Aktiengesellschaft
- 5.03 Poolvertrag mit Übertragung des Aktieneigentums auf den Pool

Sechster Abschnitt: Squeeze-out und Eingliederung

- 6.01 Aktienrechtlicher Squeeze-out (§§ 327a–327f AktG)
- 6.02 Übernahmerechtlicher Squeeze-out (§§ 39a, 39b WpÜG)
- 6.03 Eingliederung in die alleinige Aktionärin (§§ 319, 321 ff. AktG)
- 6.04 Eingliederung in die Mehrheitsaktionärin (§§ 320 ff. AktG)
- 6.05 Freigabeverfahren (Verweis)

Siebter Abschnitt: Nationale Verschmelzungen

- 7.01 Verschmelzung einer börsennotierten AG mit einer börsennotierten AG durch Aufnahme
- 7.02 Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften durch Neugründung einer Aktiengesellschaft
- 7.03 Verschmelzung einer GmbH mit außenstehenden Gesellschaftern auf eine börsennotierte AG durch Aufnahme
- 7.04 Verschmelzung einer 100 %-igen Tochter-GmbH auf ihre börsennotierte Mutter-AG durch Aufnahme
- 7.05 Verschmelzung einer GmbH mit ihrer Schwester-GmbH durch Aufnahme
- 7.06 Kettenverschmelzung von drei GmbHs im Konzern
- 7.07 Verschmelzung einer GmbH (Muttersgesellschaft) mit einer GmbH (Tochtergesellschaft) durch Aufnahme (Down-stream-merger)
- 7.08 Verschmelzung einer GmbH mit einer GmbH & Co. KG durch Aufnahme
- 7.09 Verschmelzung einer AG & Co. KG mit einer GmbH durch Aufnahme
- 7.10 Freigabeverfahren (Verweis)

Achter Abschnitt: Nationale Verschmelzungen

- 8.01 Entstehung einer SE durch Verschmelzung zur Aufnahme mit dualistischem System
- 8.02 Entstehung einer SE durch Verschmelzung zur Aufnahme mit monistischem System
- 8.03 Verschmelzung einer französischen S.A. auf eine deutsche AG

Neunter Abschnitt: Ausgliederungen

- 9.01 Ausgliederung zur Aufnahme aus einer Publikums-AG auf eine Tochter-AG
- 9.02 Ausgliederung aus einer GmbH zur Neugründung einer AG
- 9.03 Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmannes zur Neugründung einer GmbH

Zehnter Abschnitt: Spaltungen

- 10.01 Abspaltung aus einer AG zur Aufnahme in einer GmbH unter Verzicht auf Anteilsgewährung
- 10.02 Abspaltung zur Aufnahme aus einer GmbH auf GmbH & Co. KG unter Nichtverhältniswahrung

Elfter Abschnitt: Formwechsel

Erster Unterabschnitt: Formwechsel in die Kapitalgesellschaft

- 11.01 Formwechsel einer Familien-GmbH & Co. KG mit vielen Gesellschaftern in eine AG durch Mehrheitsbeschluss
- 11.02 Formwechsel einer KG in eine GmbH durch einstimmigen Beschluss
- 11.03 Formwechsel einer KG in eine KGaA
- 11.04 Formwechsel einer PartG in eine GmbH

Zweiter Unterabschnitt: Formwechsel in die Personengesellschaft

- 11.05 Formwechsel einer Publikums-AG in eine Publikums-GmbH & Co. KG
- 11.06 Formwechsel einer GmbH in eine GmbH & Co. KG
- 11.07 Formwechsel einer GmbH in eine PartG (mit Hinweisen zur OHG und GbR)
- 11.08 Formwechsel einer KGaA in eine KG

Dritter Unterabschnitt: Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Rechtsform

- 11.09 Formwechsel einer AG (Publikums-AG) in eine GmbH
- 11.10 Formwechsel einer AG in eine GmbH (Konzernumwandlung)
- 11.11 Formwechsel einer GmbH (Familien-GmbH) in eine AG
- 11.12 Formwechsel einer GmbH in eine AG (Konzernumwandlung)
- 11.13 Formwechsel einer Aktiengesellschaft in eine KGaA
- 11.14 Formwechsel einer KGaA in eine AG durch einstimmigen Beschluss

Vierter Unterabschnitt: Formwechsel außerhalb des Umwandlungsgesetzes

- 11.15 Formwechsel einer GbR in eine PartG
- 11.16 Formwechsel einer OHG in eine KG
- 11.17 Formwechsel einer GmbH & Co. KG in eine GmbH durch Übertragung sämtlicher Kommanditanteile auf die Komplementär-GmbH (Erweiterte Anwachsung)
- 11.18 Formwechsel einer GmbH & Co. KG in eine GmbH durch Austritt sämtlicher Kommanditisten (Einfache Anwachsung)
- 11.19 Formwechsel einer KG in ein Einzelunternehmen durch Anwachsung

Zwölfter Abschnitt: Übernahmeangebote

- 12.01 Übernahmeangebot nach dem WpÜG mit Erwerbsangebot (§§ 29 ff. WpÜG)
- 12.02 Übernahmeangebot nach dem WpÜG mit Pflichtangebot (§§ 35 ff. WpÜG)
- 12.03 Übernahmerechtlicher Squeeze-Out (§ 39 a WpÜG) (Verweis)

Dreizehnter Abschnitt: Gerichtliche Verfahren

Erster Unterabschnitt: Anfechtungs- und Nichtigkeitsfeststellungsklage

- 13.01 Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage
- 13.02 Bestätigung eines anfechtbaren Hauptversammlungsbeschlusses
- 13.03 Vergleich zur Erledigung einer Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage

Zweiter Unterabschnitt: Freigabeverfahren

- 13.04 Freigabeverfahren Verschmelzung
- 13.05 Freigabeverfahren Formwechsel
- 13.06 Freigabeverfahren Squeeze-out
- 13.07 Freigabeverfahren Unternehmensvertrag (Verweis)

Dritter Unterabschnitt: Spruchverfahren

- 13.08 Antrag auf Verbesserung des Umtauschverhältnisses
- 13.09 Antrag auf gerichtliche Prüfung der Abfindung
- 13.10 Vergleich zur Erledigung eines Spruchverfahrens

Vierter Abschnitt

Andere gesellschaftsbezogene Verträge und aktienrechtliche Erklärungen

bearbeitet von:
WILHELM HAPP

Inhalt

- 4.01 Abhängigkeitsbericht (§§ 312 f. AktG)
- 4.02 Entherrschungsvertrag zwischen Aktionären einer Publikumsgesellschaft und der Gesellschaft zur Widerlegung einer Abhängigkeitsvermutung (§ 17 Abs. 2 AktG)
- 4.03 Entherrschungsvertrag zwischen einer »kleinen AG« mit einem wesentlich beteiligten Unternehmen (§ 17 Abs. 2 AktG)

Literatur

Barz, Der Abhängigkeitstatbestand bei der Aktiengesellschaft, in: FS Bärmann, 1975, S. 185; *Bert-ram*, Der Abhängigkeitsbericht der KGaA: wer ist eigentlich abhängig und wer berichtet?, WPg 2009, 411; *Bode*, Abhängigkeitsbericht und Kostenlast im einstufigen faktischen Konzern, AG 1995, 261; *Böttcher*, Der Abhängigkeitsbericht im faktischen Konzern: kostspielig, unpraktikabel und wirkungslos?, in: FS Maier-Reimer 2010, S. 29 *Döllerer*, Der Abhängigkeitsbericht und seine Prüfung bei einem Vorstandswechsel, in: FS Semler, 1993, S. 441; *Friedl*, Abhängigkeitsbericht und Nachteilsausgleich zwischen erfolgreicher Übernahme und Abschluss eines Beherrschungsvertrags, NZG 2005; 875; *Geßler*, Probleme des neuen Konzernrechts, DB 1965, 1696; *Götz*, Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht, 1991; *Götz*, Der Abhängigkeitsbericht der 100 %igen Tochtergesellschaft, AG 2000, 498; *Haesen*, Der /Abhängigkeitsbericht im faktischen Konzern, AHW Band 1 – 1970; *Hentzen*, Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht ZHR 157 (1993), 65; *Hommelhoff*, Praktische Erfahrungen mit dem Abhängigkeitsbericht, ZHR 156 (1992), 295; *Hüttemann*, Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht. Zulässiges Gestaltungsinstrument oder Verstoß gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung?, ZHR 156 (1992), 314; *Jäger*, Der Entherrschungsvertrag, DStR 1995; *Klussmann*, Einzelfragen zu Inhalt und Gliederung des Abhängigkeitsberichtes nach § 312 AktG 1965, DB 1967, 1487; *Korsmeier*, Der vertragliche Ausschluß von Abhängigkeit: Entherrschungsvertrag und Aktiengesetz, 2000; *Kropff*, Die Beschlüsse des Aufsichtsrates zum Jahresabschluß und zum Abhängigkeitsbericht, ZGR 1994, 628; *Maul*, Der Abhängigkeitsbericht im künftigen Konzernrecht: ein Vergleich zwischen der Regelung des Vorentwurfs zur 9. EG-Richtlinie und der des geltenden Aktienrechts, DB 1985, 1749; *Mertens*, Abhängigkeitsbericht bei »Unternehmenseinheit« in der Handelsgesellschaft KGaA?, in: FS Claussen, 1997 S. 297; *Möhring*, Vertraglicher Ausschluß von Abhängigkeit und Konzernvermutung; in: FS Westermann, 1974, S. 427; *Petersen/Zwirner/Busch*, Berichterstattungspflichten im Zusammenhang mit natürlichen Personen: nahestehende Personen und Abhängigkeitsbericht, BB 2009, 1854; *Priester*, Abhängigkeitsbericht bei isoliertem Verlustdeckungsvertrag?, in: FS Schaumburg, 2010, S. 1327; *Strieder*, Der aktienrechtliche Abhängigkeitsbericht bei der kapitalistischen Kommanditgesellschaft auf Aktien, DB 2004, 799; *Werner*, Probleme des neuen Konzernrechts, Neue Betriebswirtschaft 1967, 1; *Weigl*, Die Haftung im (qualifizierten) faktischen Konzern insb. eine Analyse der Rechtsprechung und ihrer Übertragbarkeit auf den Schutz der Minderheitsaktionäre einer abhängigen AG bei fehlendem Abhängigkeitsbericht, 1996, *Winkhaus*, Der Bericht des Vorstands einer Aktiengesellschaft über Beziehungen zu verbundenen Unternehmen, 1967.

**Entherrschungsvertrag
zwischen Aktionären einer Publikumsgesellschaft
und der Gesellschaft
zur Widerlegung einer Abhängigkeitsvermutung¹
§ 17 Abs. 2 AktG**

Stimmbindungsvertrag

zwischen

1. Atlas Vermögensverwaltungs GmbH, Köln,

vertreten durch die Geschäftsführer H. Wolters und B. Berling,

– AVV –

2. Heinrich Schneider AG, Frankfurt,

vertreten durch die Vorstandsmitglieder W. Strathmann und A. Fleck,

– HS –

3. Aurora Gesellschaft für Industrieanlagen AG, Stuttgart,

vertreten durch die Vorstandsmitglieder K. Merker und L. Meyer

– die Gesellschaft –²

Vorbemerkung³

- (1) Die Gesellschaft ist vorwiegend auf dem Gebiet der Errichtung von Industrieanlagen im internationalen Geschäft tätig.
- (2) AVV und HS sind Aktionäre der Gesellschaft. An deren Grundkapital, das EUR 50.000.000,- beträgt und das in 500.000 stimmberechtigte Inhaberaktien im anteiligen Betrag des Grundkapitals von je EUR 100,- eingeteilt ist, sind sie direkt und indirekt zurzeit mit je 27,5 % beteiligt. Die restlichen 45 % des Grundkapitals der Gesellschaft befinden sich im Streubesitz. Die Anteile an AVV und HS befinden sich mit unterschiedlicher Beteiligungshöhe im Besitz der Familien Noltmann und Schneider.
- (3) Mit dem Abschluss dieses Vertrages wollen AVV und HS sicherstellen, dass sie auch künftig weder allein noch gemeinschaftlich, noch mit anderen Aktionären einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben und dass diese im Markt als unabhängiges Unternehmen angesehen wird.

Dies vorausgeschickt, schließen die Vertragspartner² mit Wirkung ab 6. Juli 2011, 0:00 Uhr,⁴ folgenden

Vertrag:⁵

§ 1

- (1) AVV und HS verpflichten sich untereinander und gegenüber der Gesellschaft,² bei Beschlussfassungen über die in Abs. 2 genannten Beschlussgegenstände die Stimmrechte aus den ihnen jetzt und in Zukunft insgesamt unmittelbar oder mittelbar oder gemäß § 16 Abs. 4 AktG zuzurechnenden Aktien an der Gesellschaft stets nur in Höhe von insgesamt 45 % der Stimmen der bei der jeweiligen Beschlussfassung ausweislich

des Teilnehmerverzeichnisses vorhandenen Präsenz auszuüben.⁶ Diese Verpflichtung besteht unabhängig davon, ob AVV und HS oder nur eine der beiden Gesellschaften an der betreffenden Beschlussfassung teilnehmen.

AVV und HS verpflichten sich darüber hinaus gegenüber der Gesellschaft, ihre Stellung als deren Aktionär nicht dazu zu benutzen, um im Rahmen von Geschäftsverbindungen zur Gesellschaft für Leistungen und/oder Lieferungen Gegenleistungen der Gesellschaft in Anspruch zu nehmen, die sie mit anderen Geschäftspartnern unter gleichen oder vergleichbaren Bedingungen nicht vereinbaren würden. Sie werden im Rahmen der Geschäftsverbindung auch nicht sonstige von diesem Grundsatz abweichende Vorteile annehmen oder der Gesellschaft angemessene Gegenleistungen vorhalten.

- (2) Die Verpflichtung gemäß Abs. (1) besteht bei Beschlüssen der Hauptversammlung der Gesellschaft über
 - (a) die Wahl und die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern (§§ 101, 103 AktG),
 - (b) die Entlastung der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates (§ 119 Abs. 1 Nr. 3 AktG),
 - (c) die Bestellung des Abschlussprüfers (§ 119 Abs. 3 Nr. 4 AktG),
 - (d) die Verwendung des Bilanzgewinns (§ 174 AktG),
 - (e) Angelegenheiten der Geschäftsführung, falls der Vorstand eine Entscheidung hierüber verlangt (§§ 119 Abs. 2, 111 Abs. 4 S. 3 AktG),
 - (f) die Feststellung des Jahresabschlusses, falls Vorstand und Aufsichtsrat die Feststellung der Hauptversammlung überlassen (§ 173 AktG).
- (3) Aktionäre, deren Anteile zusammen den fünfzigsten Teil des Grundkapitals der Gesellschaft oder einen anteiligen Betrag von EUR 50.000,- erreichen, dürfen die Erfüllung dieser Vereinbarung für deren Laufzeit verlangen. Jedoch bleibt das Recht der Vertragspartner vorbehalten, die Vereinbarung ohne Zustimmung der anderen Aktionäre aufzuheben oder zu ändern.

§ 2

- (1) Die Amtsdauer aller Mitglieder des Aufsichtsrates der Gesellschaft endet mit dem Ablauf der auf den 6. Juli 2011 einberufenen Hauptversammlung der Gesellschaft, wenn diese – wie von der Verwaltung vorgeschlagen – zu Punkt 4 der Tagesordnung über die Entlastung des Aufsichtsrates für das Geschäftsjahr 2010 beschließt.
- (2) AVV und HS sind bereits in der Vergangenheit in dem zurzeit aus insgesamt neun Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrat der Gesellschaft mit nicht mehr als je einem Aufsichtsratsmitglied vertreten gewesen. Sie werden auch künftig zur Wahl in den Aufsichtsrat, solange dieser aus neun Mitgliedern besteht, nicht mehr als je ein Aufsichtsratsmitglied vorschlagen oder vorschlagen lassen. Sollte sich die Zahl der von der Hauptversammlung zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre erhöhen, so werden AVV und HS nicht mehr als je zwei Aufsichtsratsmitglieder vorschlagen oder vorschlagen lassen.⁷
- (3) Die in § 1 Abs. 2 vereinbarte Beschränkung in der Ausübung der Stimmrechte von AVV und HS gilt nicht für die Wahl der Personen, die AVV und HS gemäß § 2 Abs. 1 vorschlagen dürfen.

§ 3

- (1) Jeder Vertragspartner kann diesen Vertrag mit einer Kündigungsfrist von einem Jahr, erstmals zum 31. Dezember 2016, kündigen.⁸ Erfolgt keine Kündigung, so verlängert sich der Vertrag jeweils um fünf weitere Jahre mit der Maßgabe, dass eine Kündigung spätestens vor dem jeweiligen Vertragsablauf von einem der Vertragspartner zu erklären ist.
- (2) Die Möglichkeit einer Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund bleibt unberührt.
- (3) Die Gesellschaft wird jede Kündigung dieses Vertrages unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekanntmachen und hierauf in der Einladung zur nächsten Hauptversammlung hinweisen.

§ 4

- (1) Nebenabreden zu diesem Vertrag haben die Vertragspartner nicht getroffen.
- (2) Änderungen dieses Vertrages und Kündigungen (§ 3) bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.

§ 5

Sollte eine Bestimmung dieses Vertrages unwirksam oder undurchführbar sein oder werden oder sollte sich in diesem Vertrag eine Lücke herausstellen, so soll hierdurch die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen des Vertrages nicht berührt werden. Anstelle der unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmung oder zur Schließung einer Lücke soll eine angemessene Regelung getroffen werden, die, soweit rechtlich möglich, dem am nächsten kommt, was die Vertragspartner bei Abschluss dieses Vertrages gewollt haben oder gewollt hätten, wenn sie diesen Punkt bedacht hätten.

Köln, den 15.06.2011

Frankfurt, den 17.06.2011

Atlas Vermögensverwaltungs GmbH

Heinrich Schneider AG

Wolters

Berling⁹

Strathmann

Fleck

Stuttgart, den 21.06.2011

Aurora Baugesellschaft für Industrieanlagen AG

Merker

Meyer

Anmerkungen

Anm. Gegenstand

1. Grundsätzliches
 - a) Die Widerlegung der Abhängigkeit
 - b) Die Motive für den Abschluss eines Entherrschungsvertrages
 - c) Zur Sicherung der Vertragskonformität
 - d) Die Zustimmungsbefähigung eines Entherrschungsvertrages
2. Vertragspartner
3. Angabe der Motivation des Vertrages
4. Vertragsbeginn
5. Inhalt des Vertrages
6. Relevante Mehrheiten
7. Modifizierte Einschränkung des Stimmrechts
8. Vertragsdauer
9. Form des Vertrages
10. Steuern
11. Kosten

Sachverhalt

Das Muster behandelt einen Vertrag, durch den sich zwei an einer Publikums-Aktiengesellschaft insgesamt mehrheitlich beteiligte Unternehmen diesem gegenüber verpflichten, ihre Stimmenmehrheit bei bestimmten Beschlüssen in der Hauptversammlung zu beschränken, um auf diese Weise die nach § 17 Abs. 2 AktG vermutete Abhängigkeit aufzuheben und dem Unternehmen die Möglichkeit zu geben, im Markt als unabhängiges Unternehmen tätig sein zu können.

1. Grundsätzliches

- 1.1 Verträge, die zum Inhalt haben, die Abhängigkeitsvermutung von § 17 Abs. 2 AktG aufzuheben, sind zulässig. Wie sich aus der Gesetzesgeschichte des AktG 1965 ergibt, wollte der Gesetzgeber die Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung zulassen. Der Ausschussbericht vermerkt dazu, dass der Ausschuss sich der von den Sachverständigen überwiegend ausgesprochenen Empfehlung, eine Widerlegung der Vermutung zuzulassen, angeschlossen habe.¹ Auch das Schrifttum und die Rechtsprechung bejahen überwiegend die grundsätzliche Zulässigkeit von auf die Aufhebung der Abhängigkeitsvermutung gerichteten Vereinbarungen (sogenannte »**Entherrschungsverträge**«).² Ein Entherrschungsvertrag richtet sich nur auf die Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG³ durch den Nachweis, dass trotz des Bestehens einer Mehrheitsbeteiligung die Voraussetzungen der Abhängigkeit im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG nicht vorliegen, ein beherrschender Einfluss also nicht ausgeübt werden kann.⁴

1 Vgl. *Kropff*, AktG 1965, Ausschussbericht, S.28.

2 Für die Zulässigkeit OLG Köln, Urt. v. 24.11.1992–22 U 72/92 – „Winterthur/Nordstern“, AG 1993, 86, 87; LG Mainz, Urt. v. 16.10.1990 – 10 HO 57/89 – „Massa/Asko“, AG 1991, 30, 32; *Götz*, Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht, S. 4 ff.; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 17 Rn. 39; *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 60; *Hüffer*, AktG, § 17 Rn. 21; *Koppensteiner*, in: KK-AktG, § 17 Rn. 89; *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 99; *Krieger*, in: MünchHdbAG, § 68 Rn. 61; *Schall*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 17 Rn. 52; kritisch *Windbichler*, in: GK-AktG, § 17 Rn. 80; insb. wegen Verstoßes gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung die Zulässigkeit verneinend *Hüttemann*, ZHR 156 (1992), 314, 323 f., 329.

3 Siehe *Kropff*, AktG 1965, Ausschussbericht, S. 28.

4 *Möbring*, in: FS Westermann, 1974, S. 427, 430 f.

a) Die Widerlegung der Abhängigkeit

In der Literatur ist umstritten, ob zur Widerlegung der Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG stets ein Entherrschungsvertrag erforderlich ist. Dabei geht es vor allem um Fälle, in denen die Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG aufgrund einer Kapitalmehrheit⁵ besteht, dem beteiligten Unternehmen aber zugleich, etwa aufgrund von stimmrechtslosen Vorzugsaktien, keine Stimmrechtsmehrheit zukommt. Ein Teil der Literatur ist der Ansicht, dass die Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung bereits auf das Fehlen der Stimmenmehrheit gestützt werden kann, da es dem Anteilsinhaber gerade nicht möglich sei, auf der Hauptversammlung die Besetzung des Aufsichtsrates – und damit zumindest mittelbar auch die Besetzung des Vorstandes – allein und entscheidend zu gestalten.⁶ Dies vermag aber nach richtiger Ansicht nicht zu überzeugen. Der Mehrheitsbegriff des § 17 Abs. 2 AktG entspricht dem des § 16 Abs. 1 AktG,⁷ erfasst also auch Fälle der reinen Kapitalmehrheit. Besteht eine (Kapital- oder Stimmen-)Mehrheit, so ist in jedem Fall nachzuweisen, dass aufgrund anderer Umstände des konkreten Falles, insbesondere der fehlenden Einflussnahmemöglichkeit auf die personelle Besetzung des Aufsichtsrates, ein beherrschender Einfluss nicht besteht. Dies entspricht schließlich auch dem Ziel des Entherrschungsvertrages, nämlich darzulegen, dass trotz Mehrheitsbeteiligung gerade keine Abhängigkeit im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG besteht. Die Widerlegung der Abhängigkeit erfordert deshalb eine umfassende Prüfung des Sachverhaltes und der bestehenden Einflussmöglichkeiten der Unternehmen, die aufgrund der gesetzlichen Tatbestände als herrschend vermutet werden.⁸

b) Die Motive für den Abschluss eines Entherrschungsvertrages

Die Motive für den Abschluss eines Entherrschungsvertrages können vielfältig sein. Diesen kommt aber mit Blick auf die Anforderungen des allgemeinen zivilrechtlichen Vertragsrechts eine gesteigerte Bedeutung zu, da ein Entherrschungsvertrag insbesondere nach der Maßgabe des § 117 BGB zu prüfen ist, nach welcher sog. Scheingeschäfte unwirksam sind. In Rechtsprechung und Literatur wird das Bestehen einer vernünftigen und wirtschaftlich nachvollziehbaren Motivation zum Abschluss eines Entherrschungsvertrages gefordert.⁹ In der Regel sollen Entherrschungsverträge nur rechtlich klarstellen, was von den beteiligten Unternehmen ohnehin gewollt ist, nämlich die Unabhängigkeit der Untergesellschaft und der für sie handelnden Organperson zu stärken und damit die Attraktivität des Unternehmens im Markt zu erhöhen. Eine solche Motivation ist zum Abschluss eines Entherrschungsvertrages ausreichend. Mit derartigen Zielsetzungen geht meistens auch die Absicht einher, die Gesellschaft von der Verpflichtung zur Erstellung eines Abhängigkeitsberichtes (dazu Muster 4.01) zu befreien. Oft ist dies allein der Wunsch, auch um die mit der Erstellung des Abhängigkeitsberichtes

5 Dass auch eine bloße Kapitalmehrheit zur Vermutung der Abhängigkeit führt, ist überwiegend anerkannt, vgl. nur BayObLG, Beschl. v. 06.03.2002 – 3Z BR 343/00 – NZG 2002, 579, 582; *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 50; *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 87.

6 So *Koppensteiner*, in: KK-AktG, § 17 Rn. 84; *Schall*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 17 Rn. 50; *Barz*, in: FS Bärmann, 1975, S. 185, 189.

7 *Hüffer*, AktG, § 17 Rn. 17; *Jäger*, DStR 1995, 1113.

8 Siehe wie hier *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 95; *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 53; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 17 Rn. 37; *Hüffer*, AktG, § 17 Rn. 37; wohl auch so zu verstehen, wenn auch nicht ganz eindeutig, ist das BVerfG, Beschl. v. 05.06.1998 – 2 BvL 2/97, BVerfGE 98, 145, 162.

9 Zur Forderung einer wirtschaftlich nachvollziehbaren Motivation vgl. LG Mainz, Urt. v. 16.10.1990 – 10 HO 57/89, ZIP 1991, 583, 588; *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 63; *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 112; *Koppensteiner*, in: KK-AktG, § 17 Rn. 91.

verbundenen Kosten einzusparen. Das ist ebenso zulässig, da auch das Motiv der Vermeldung eines Abhängigkeitsberichtes eine „nachvollziehbare Motivation“ ist.¹⁰

c) Zur Sicherung der Vertragskonformität

- 1.4 Besondere Regelungen des Vertrages, die sicherstellen, dass das Mehrheitsunternehmen sich vertragskonform verhält (z.B. Vertragsstrafe oder Hinterlegung der Aktien beim Notar), sind nicht erforderlich. Derartige Maßnahmen unterstreichen zwar die Ernsthaftigkeit der Vereinbarungen, sie werden aber vom Gesetz nicht gefordert.¹¹

d) Die Zustimmungspflicht eines Entherrschungsvertrages

- 1.5 Noch nicht eindeutig geklärt ist die Frage, ob der Abschluss eines Entherrschungsvertrages auf der Seite der abhängigen Aktiengesellschaft oder auch der Anteilseigner des herrschenden Unternehmens der Zustimmung bedarf.¹² Problematisch ist die Frage weniger für die abhängige Gesellschaft, für die sich der Vertrag als Vorteil darstellt, beseitigt er doch den bestehenden Konzernkonflikt und stellt die Unabhängigkeit der Unternehmensleitung wieder her. Zudem geht mit der Beseitigung der Konzernstruktur für die Anteilsinhaber kein Eingriff in ihre Mitgliedschaftsrechte einher, es kommt also zu keiner Änderung der mitgliedschaftlichen Struktur.¹³ Dagegen bedeutet der Abschluss eines Entherrschungsvertrages für die herrschende Gesellschaft eine Beschränkung ihrer unternehmerischen Tätigkeit, die nur dann zulässig ist, wenn die Satzung hierfür eine ausreichende Grundlage bietet.¹⁴ Mitwirkung der Hauptversammlung wird man nicht verlangen können. Der Abschluss stellt sich vielmehr als eine Geschäftsführungsmaßnahme des Vorstandes dar, der darüber zu entscheiden hat, auf welche Weise er seine Aufgabe zur Unternehmensleitung erfüllt.¹⁵ Anders ist die Situation dann zu beurteilen, wenn eine entsprechende Satzungsgrundlage fehlt. In diesem Fall ist es überzeugend, einen Mehrheitsbeschluss der Hauptversammlung zu fordern, der den Anforderungen der für eine Satzungsänderung erforderlichen Mehrheit genügen muss.¹⁶ Gerechtfertigt erscheint es, Entherrschungsverträge in den Lagebericht aufzunehmen.¹⁷ Da es sich um eine Angelegenheit der Gesellschaft handelt, ist in der Hauptversammlung den Aktionären auch Auskunft zu erteilen.¹⁸

10 *Koppensteiner*, in: KK-AktG, § 17 Rn. 91; wohl so zu verstehen ist auch *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, § 17 Rn. 117; a.A. *Barz*, in: FS Bärmann, 1975, S. 185, 196.

11 *Barz*, in: FS Bärmann, 1975, S. 185, 197 f.; *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 63; *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 105; *Koppensteiner*, in: KK-AktG, § 17 Rn. 92; a.A. *Götz*, Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht, S. 64 ff., der sogar eine Vertragsstrafe für nicht ausreichend hält, sondern die Hinterlegung der Aktien, deren Stimmrechtsausübung beschränkt ist, bei einem Notar fordert.

12 Gegen einen solchen Zustimmungsbeschluss bspw. LG Mainz, Urt. v. 16.10.1990 – 10 HO 57/89, AG 1991, 30, 32; *Barz*, in: FS Bärmann, 1975, S. 185, 199 ff.; *Koppensteiner*, in: KK-AktG, § 17 Rn. 94; *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 64; generell für eine Zustimmungspflicht *Möbring*, in: FS Westermann, 1974, S. 427, 435 f.; differenzierend *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 108; unentschieden *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 17 Rn. 44.

13 *Götz*, Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht, S. 106; *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 108.

14 *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 109 mit Hinweisen in der Fn. 238; so auch *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 64; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 17 Rn. 44; *Koppensteiner*, in: KK-AktG, § 17 Rn. 93.

15 *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 110; *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 64.

16 *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 17 Rn. 44; ähnlich *Krieger*, in: MünchHdbAG, § 68 Rn. 62, der eine Satzungsänderung für erforderlich hält.

17 *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 112 mit Hinweis auf Fn. 222; *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 65.

18 *Barz*, in: FS Bärmann, 1975, S. 185, 201, *Hentzen*; *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 111.

2. Vertragspartner

Der Unterschied zwischen dem auf Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung gerichteten 2.1
Stimmbindungsvertrag zu sonstigen Stimmbindungsverträgen besteht darin, dass dort die
Stimmbindungen gegenüber einem Mitgesellschafter oder Dritten vereinbart werden, hier aber
gegenüber der Gesellschaft.

Vertragspartner eines Entherrschungsvertrages sind in der Regel das herrschende und das 2.2
abhängige Unternehmen. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen eine herrschende Aktionärs-
gruppe unter sich einen Stimmbindungsvertrag abschließt. Da sich die Abhängigkeit maßgeblich
nach der Sicht der abhängigen Gesellschaft richtet,¹⁹ muss ein solcher zwischen mehreren
Aktionären abgeschlossener Stimmbindungsvertrag der Gesellschaft bekannt sein.²⁰ Ohne
Kenntnis der Gesellschaft vom Bestehen eines Stimmbindungsvertrages besteht die Gefahr, dass
die Leitung der Gesellschaft in einer Art „vorausgehendem Gehorsam“²¹ versucht, die Geschäfts-
führung an dem von ihr vermuteten Willen des aus ihrer Sicht herrschenden Anteilnehmers
auszurichten. Dann aber kann nicht von einer Entherrschung gesprochen werden. Die Abschluss-
prüfer müssen in einem solchen Fall auch auf der Erstattung eines Abhängigkeitsberichtes
bestehen (s. dazu Muster 4.01 Anm. 5). Damit ein solcher Vertrag die Wirkungen eines Aus-
schlusses der Abhängigkeitsvermutung entfalten kann, ist allerdings zudem zu fordern, dass er als
echter Vertrag zugunsten Dritter abgeschlossen wird, dem abhängigen Unternehmen also un-
mittelbar eigene Rechte eingeräumt werden und es aus eigenem Recht die Erfüllung des Vertrages
geltend machen kann. Richtigerweise wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass eine ein-
seitige Erklärung des mehrheitlich beteiligten Unternehmens nicht ausreichen kann, um die
Vermutung der Abhängigkeit zu widerlegen.²² Erforderlich ist vielmehr eine bindende, rechtlich
belastbare Absicherung der Gesellschaft gegen die Möglichkeit der Einflussnahme.

Trotz bestehender Stimmrechtsmehrheit kann eine Beherrschung auch ohne Abschluss eines 2.3
Vertrages mit den Aktionären ausgeschlossen werden, wenn in die Satzung Bestimmungen
aufgenommen werden, aus denen sich ergibt, dass sich das herrschende Unternehmen mit seiner
– einfachen – Stimmenmehrheit nicht durchsetzen kann. Das ist z.B. der Fall, wenn die Satzung
Beschlussmehrheiten vorsieht, die höher sind als das Stimmgewicht des Mehrheitsaktionärs.²³

3. Angabe der Motivation des Vertrages

Im Hinblick darauf, dass der Vertrag auf seine Ernsthaftigkeit hin zu prüfen ist (dazu oben 3.1
Anm. 1.3), kann es sachgerecht sein, in der Vorbemerkung die beim Abschluss des Vertrages
zugrunde gelegten Fakten und Motive darzulegen.

4. Vertragsbeginn

Im Muster wird der Entherrschungsvertrag mit Wirkung zu einem Zeitpunkt abgeschlossen, 4.1
der auf den Beginn des Tages fällt, an dem die Hauptversammlung über die Neuwahl der
Aufsichtsratsmitglieder beschließt. Wird der Vertrag zu einem früheren Zeitpunkt abgeschlos-

19 *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 13; *Hüffer*, AktG, § 17 Rn. 4; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 17 Rn. 40.

20 *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 17 Rn. 40; *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 56.

21 *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 13.

22 *Gesßler*, in: Gesßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 17 Rn. 101.

23 *Koppensteiner*, in: KK-AktG, § 17 Rn. 86; *Hüffer*, AktG, § 17 Rn. 21; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien und GmbH-Konzernrecht, § 17 Rn. 39; *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 98; *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 54.

sen und befinden sich im Aufsichtsrat mehrheitlich Vertreter des Mehrheitsaktionärs, kann der Entherrschungsvertrag noch keine Wirksamkeit entfalten.²⁴

5. Inhalt des Vertrages

- 5.1 Der wesentliche Inhalt eines Entherrschungsvertrages²⁵ muss darin bestehen, das/die mehrheitsbeteiligte(n) Unternehmen am Einsatz seiner/ihrer Mehrheit zu hindern. Dazu muss die Vereinbarung Regelungen enthalten, die sicherstellen, dass sich das herrschende Unternehmen bei den in Frage kommenden Beschlüssen (dazu Anm. 6) nicht einseitig gegen sämtliche anderen Aktionäre durchsetzen kann.
- 5.2 Dazu muss der Entherrschungsvertrag nach einhelliger Auffassung in erster Linie darauf gerichtet sein, sicherzustellen, dass die Stimmenmehrheit nicht für die Wahl der Mehrheit der von den Anteilseignern zu wählenden Mitglieder des Aufsichtsrates eingesetzt werden darf. Denn die Rechtsmacht des Aufsichtsrates, die Zusammensetzung des Vorstandes zu bestimmen, ist das entscheidende Beherrschungsmittel. Durch eine Beschränkung, die sich nur auf die Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrates bezieht, werden aber bestehende oder vermutete andere Beherrschungsmöglichkeiten nicht ausgeschlossen. Auch Hauptversammlungsbeschlüsse gemäß §§ 111 Abs. 4 Satz 3 und § 119 Abs. 2 AktG sind wegen ihres möglichen Einflusses auf die Geschäftsführung einzubeziehen. Wenngleich sie als solche keine typischen Beherrschungsmittel sind, sollten auch Abstimmungen über die Feststellung des Jahresabschlusses durch die Hauptversammlung im Falle des § 173 Abs. 1 AktG und über die Gewinnverwendung bei der Stimmrechtsbeschränkung ebenso wenig ausgenommen werden wie Entlastungsbeschlüsse oder die Wahl des Abschlussprüfers.²⁶
- 5.3 Demgegenüber ist es zur Beseitigung einer Abhängigkeitsvermutung nicht erforderlich, dass der herrschende Aktionär auch auf sein Recht verzichtet, bei Beschlüssen über Kapitalerhöhung und gegen Einlagen oder über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln sein ganzes Stimmengewicht zur Geltung zu bringen. Bei solchen Abstimmungen handelt es sich vorrangig um die Wahrnehmung von Vermögensinteressen. Das gilt insbesondere, wenn Veränderungen im Stimmrecht, die sich wegen der Nichtausübung von Bezugsrechten aus einer Kapitalerhöhung ergeben, aufgrund der Stimmrechtsbeschränkung bedeutungslos sind.²⁷

6. Relevante Mehrheiten

- 6.1 Bei der Feststellung der Mehrheit, gegenüber der sich das herrschende Unternehmen mit seinen Stimmrechten zu beschränken hat, ist bei einer Publikumsgesellschaft nicht auf eine absolute prozentuale Mehrheit der insgesamt in der Gesellschaft bestehenden Stimmrechte, sondern auf die in den Gesellschaften bei den konkreten Hauptversammlungsbeschlüssen sich bildenden Mehrheiten (Hauptversammlungsmehrheiten) abzustellen (zu einer derartigen Regelung bei einer

24 J. Vetter, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 62; Hentzen, ZHR 157, 65, 72; weitergehend Götz, Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht, S. 73 ff., der zudem fordert, dass auch der Aufsichtsratsvorsitzende nicht mehr aus den Reihen des mehrheitlich beteiligten Aktionärs stammen darf.

25 Dazu hat der BGH entschieden, dass auch bei einem unter 50 % liegenden Aktienbesitz „in Verbindung mit weiteren verlässlichen Umständen rechtlicher oder tatsächlicher Art“ ein beherrschender Einfluss begründet werden kann (BGHZ 69, 334, Leitsatz).

26 So auch Jäger, DStR 1995, 1113, 1116; Hentzen, ZHR 157, 65, 69; Hüffer, AktG, § 17 Rn. 21, der auf die vom BGH in der »Holzmüller«-Entscheidung festgelegten Grundsätze verweist; a.A.: Götz, Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht, S. 46 f.; einschränkend Barz, in: FS Bärman, 1975, S. 191, der die Entlastungsbeschlüsse sowie die Wahl der Abschlussprüfer aus den relevanten Beschlüssen ausnimmt.

27 Zum notwendigen Vertragsinhalt im Meinungsspektrum von Literatur und Rechtsprechung vgl. die Darstellung bei Götz, Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht, S. 8 ff., jeweils mit weiteren Hinweisen.

»kleinen« AG s. Muster 4.03). Da auch – jedenfalls regelmäßig auftretende – Hauptversamm- lungsmehrheiten abhängigkeitsbegründend sind,²⁸ müssen auch Entherrschungsverträge so ge- staltet sein, dass die eigenen Stimmen des herrschenden Unternehmens beim konkreten Haupt- versammlungsbeschluss nicht eine Hauptversammlungsmehrheit bilden können.²⁹

Die Feststellung, dass eine Beschränkung auf einen geschätzten prozentualen Stimmrechtsanteil im Einzelfall für die Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung nicht ausreichend sein kann, führt zu der Frage, wie denn in der Praxis eine derartige Vereinbarung aussehen muss, die notgedrungen flexibel zu sein hat. Denkbar sind Formulierungen, bei denen die Stimmrechts- beschränkung auf die jeweils letzte Hauptversammlungspräsenz abgestellt wird. Da auf dieser Grundlage eine Prognose aber nie mit ausreichender Sicherheit getroffen werden kann, ins- besondere im Hinblick auf die Abhängigkeit der Präsenz von den angekündigten Beschluss- gegenständen, kann entweder nur auf die konkrete Präsenz oder die jeweils abgegebenen bzw. an der Beschlussfassung teilnehmenden Stimmen abgestellt werden. *Hoffmann-Becking*³⁰ be- schränkt das Stimmrecht auf eine Anzahl, die um „mindestens 2 % hinter der Zahl der von den anderen Aktionären insgesamt abgegebenen Stimmen zurückbleibt“. Eine solche Regelung führt zu dem Problem, dass vor der Beschlussfassung nicht feststeht, wie viele Stimmen abgegeben werden. Das gleiche Problem ergibt sich aus der Formulierung von *Messerschmidt*.³¹ Sie beschränkt die vom herrschenden Unternehmen abzugebenden Stimmen auf die „Hälfte der bei der jeweiligen Beschlussfassung in der Hauptversammlung vertretenen Stimmen der ande- ren Aktionäre abzüglich von 75 Stimmen“. Diese Formulierung, wie die von *Hoffmann-Be- cking*, birgt auch das Risiko, dass sie zu dicht an die Mehrheit herankommt.³²

Das Abstellen auf die abgegebenen bzw. vertretenen Stimmen kann nur dann mit hinreichender Sicherheit zum Ausschluss einer Hauptversammlungsmehrheit führen, wenn die Stimmen ausdrücklich mit der Bedingung abgegeben werden und abgegeben werden dürfen, dass sie insgesamt nur die genannten Prozentsätze der abgegebenen Stimmen darstellen sollen. Eine Bedingung, die sinnvollerweise eine aufschiebende sein sollte, erscheint zulässig. Zwar finden auf den Beschluss als Rechtsgeschäft sui generis die Vorschriften der §§ 119 ff. BGB sowie andere Normen des allgemeinen Teils des BGB keine Anwendung.³³ Jedoch stellen die einzelnen, zum Beschluss führenden Stimmabgaben der Gesellschafter empfangsbedürftige

28 Fallgruppe der sog. *faktischen Hauptversammlungsmehrheit*, die spätestens seit der *VEBA/Gelsenberg*-Entscheidung des BGH anerkannt ist, vgl. z.B. BGH, Urt. v. 13.10.1977 – II ZR 123/76, BGHZ 69, 334, 347; BGH, Beschl. v. 17.03.1997 – II ZB 3/96 – VW, BGHZ 135, 107; BGH, Urt. v. 18.06.2001 – II ZR 212/99 – *MLP*, BGHZ 148, 123, 125 f.; *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 35; *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 12, 20; *Wind- bichler*, in: GK-AktG, § 17 Rn. 24. Dabei kommt es auf eine mehrjährige Betrachtung an, z.B. 80 % Beteiligung bei durchschnittlich 43 % Hauptversammlungspräsenz, BGH, Urt. v. 13.10.1977 – II ZR 123/76 – *VEBA/Gelsenberg*, BGHZ 69, 334, 347. Diese Fallgruppe ist abzugrenzen von einer bloß zufällig auftretenden Hauptversammlungsmehrheit, in der die überzeugende Meinung keine Grundlage der Abhängigkeitsvermutung erblickt, vgl. nur *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 12, 20.

29 LG Mainz, Urt. v. 16.10.1990 – 10 HO 57/89, ZIP 1991583, 589; *Barz*, in: FS Bärmann, 1975, S. 185, 192 f.; *Jäger*, DStR 1995, 1113, 1116; *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 100; *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 61; wohl so zu verstehen sind *Krieger*, in: MünchHdbAG, § 68 Rn. 61; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Kon- zernrecht, § 17 Rn. 43.

30 *Hoffmann-Becking*, in: Münchener Vertragshandbuch, I Gesellschaftsrecht, Form X.9.

31 *Messerschmidt*, in: Lorz/Pfister/Gerber, Beck. Formularbuch Aktienrecht, TV.

32 *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 61, rät aus Vorsichtsgründen von einer „kleinli- chen Begrenzung“ ab.

33 Siehe nur *Volhard*, in: MünchKomm-AktG, § 133 Rn. 4; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 133 Rn. 2.

Willenserklärungen dar, auf die die allgemeinen Regeln des BGB Anwendung finden.³⁴ Die Zulässigkeit der Bedingung einer Stimmabgabe richtet sich daher im Grundsatz nach der allgemeinen Norm des § 158 BGB, wenngleich gesellschaftsrechtliche Besonderheiten zu berücksichtigen sind. Nach überzeugender Auffassung ist die Zulässigkeit einer solchen Bedingung anhand der für einseitige Gestaltungserklärungen entwickelten Maßstäbe zu bestimmen.³⁵ Diese sind im Grundsatz bedingungsfeindlich, da sie die Rechtslage eindeutig klären sollen. Ausnahmsweise kann aber eine bedingt erklärte einseitige Gestaltungserklärung zulässig sein, wenn durch die Bedingung kein für die Beteiligten unzumutbarer Schwebezustand geschaffen wird.³⁶ Dies trifft auf die bedingte Stimmabgabe im hier relevanten Fall aber zu, weil unmittelbar nach der Erfassung der übrigen Stimmen feststeht, für welchen Stimmenanteil die Bedingung eintritt.³⁷ Zum anderen stimmt die Gesellschaft derartigen Bedingungen mit der Unterzeichnung des Vertrages zu. Eine derartige Bedingung kann man noch nicht im Entherrschungsvertrag sehen. Sie muss insbesondere bei Abstimmungsverfahren mit elektronischen Mitteln neben der Stimmrechtsabgabe erklärt werden. Lässt man eine derartig bedingte Stimmabgabe zu, kann sich die Regelung über die Ermittlung der vom herrschenden Unternehmen abgegebenen Stimmen für die Fälle lohnen, in denen die Beteiligten an einer möglichst kleinen Sicherheitsmarge interessiert sind.

- 6.4 Will man die mit dem Abstellen auf die abgegebenen Stimmen verbundenen rechtlichen Risiken vermeiden, bleibt nur der im Muster vorgeschlagene etwas umständliche Weg, auf die Präsenz bei der jeweiligen Beschlussfassung abzustellen, die ja vor dieser feststehen muss. Allerdings ergeben sich auch hierbei Unschärfen, weil die tatsächliche Präsenz mit der Präsenz des Teilnehmerverzeichnisses oft nicht übereinstimmt. Ein Abstellen auf die im Teilnehmerverzeichnis ausgewiesene Präsenz gibt aber ausreichend rechtliche Sicherheit, erfordert allerdings eine Änderung des Abstimmungsverhaltens, wenn sich während des Laufes der Hauptversammlung Änderungen in der Präsenz ergeben und das Teilnehmerverzeichnis geändert wird. Dieses Erfordernis entfällt, wenn der Hauptversammlungsleiter über sämtliche zur Beschlussfassung anstehenden Gegenstände der Tagesordnung einheitlich in einer Blockabstimmung abstimmen lässt. Dann kommt es nur auf die vom Hauptversammlungsleiter vor Beginn der Abstimmung verkündete Präsenz an.

7. Modifizierte Einschränkung des Stimmrechts

- 7.1 Es erscheint sachgerecht und widerspricht auch nicht den an die Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung zu stellenden Anforderungen, wenn der Mehrheitsaktionär – wie dies im Muster der Fall ist – sein Stimmrecht bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern nur modifiziert einschränkt. Bei einem Aufsichtsrat, in dem sechs Anteilseignervertreter gewählt werden, verschaffen zwei von der Mehrheitsaktionärsgruppe gewählte Aufsichtsratsmitglieder noch nicht den bestimmenden Einfluss, der zu einer Abhängigkeitsvermutung führt. Zu berücksichtigen sind dabei nicht nur die Stimmen der vier übrigen Anteilseignervertreter, sondern auch die Stimmen der Arbeitnehmervertreter.³⁸
- 7.2 Die hier vorgeschlagene Regelung ist auch durch das Interesse des Hauptaktionärs gerechtfertigt, in einem wesentlichen, aber nicht bestimmenden Umfang im Aufsichtsrat der Gesellschaft vertreten zu sein. Der Hauptaktionär wird aber bei einer derartigen Vertragsgestaltung zu berücksichtigen haben, dass er tunlichst für die Wahl der übrigen Anteilseigner nicht

34 So die überzeugende und herrschende Meinung, statt vieler *K. Schmidt*, in: *GesR*, § 15 I 2 (S. 437); *Volhard*, in: *MünchKomm-AktG*, § 133 Rn. 3.

35 *H. P. Westermann*, in: *MünchKomm-BGB*, § 158 Rn. 34 a.E.

36 *BGHZ* 97, 264; *H. P. Westermann*, in: *MünchKomm-BGB*, § 158 Rn. 28.

37 Im Recht der Personengesellschaften ist dies anerkannt, vgl. nur *Enzinger*, in: *MünchKomm-HGB*, § 119 Rn. 14; *Fischer*, in: *GK-HGB*, § 119 Rn. 26.

38 *A.A. Barz*, in: *FS Bärman*, 1975, S. 185, 191 mit der Begründung, die Vertreter der Arbeitnehmer würden keine Anteilseignerinteressen wahrnehmen.

ebenfalls eigene Vorschläge macht. Denn wenn von ihm vorgeschlagene Aufsichtsratsmitglieder von der Hauptversammlung mit der reduzierten Stimmenzahl in den Aufsichtsrat gewählt werden, stellen sie trotz des Entherrschungsvertrages dort ein zur Abhängigkeit führendes Beherrschungspotential dar, das nur mit qualifizierter Mehrheit, also nicht gegen die Stimmen des/der Mehrheitsaktionärs/Mehrheitsaktionäre, aufgehoben werden könnte.

8. Vertragsdauer

Der Vertragsdauer kommt für die Beseitigung einer bestehenden oder vermuteten Abhängigkeit wesentliche Bedeutung zu. Die Mindestdauer, für die ein Entherrschungsvertrag abgeschlossen werden muss, ergibt sich aus seinem Zweck. Nach einhelliger Auffassung lässt sich die Beherrschungsmöglichkeit durch den Abschluss eines jederzeit oder unter Einhaltung einer kurzen Kündigungsfrist kündbaren Vertrages nicht ausschließen. Kann der Mehrheitsaktionär seinen beherrschenden Einfluss kurzfristig wiederherstellen, so hat er ihn nicht wirklich aufgegeben. 8.1

Wenn der Vorstand davor gesichert sein soll, nicht durch eine kurzfristige Kündigung des Vertrages wieder in den Zustand der Abhängigkeit zu verfallen, muss der Vertrag zumindest über den Zeitpunkt der nächsten regulären Aufsichtsratswahl hinaus laufen und auch eine vorzeitige ordentliche Kündigung muss ausgeschlossen sein,³⁹ so dass sich unter Bezugnahme auf die höchstzulässige Dauer der Amtsperioden von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern eine Mindestdauer des Vertrages von fünf Jahren ergibt.⁴⁰ Gegen die Aufnahme einer befristeten Kündigungsmöglichkeit sind keine grundsätzlichen Bedenken zu erheben.⁴¹ 8.2

Zu beachten ist, dass zwischen der gewählten Vertragsdauer und der tatsächlichen Widerlegung der Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG nicht zwingend ein zeitlicher Gleichlauf bestehen muss. Die erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums bestehende Möglichkeit, einen beherrschenden Einfluss zu erlangen oder wiederzuerlangen, ist nicht mit der Möglichkeit gleichzusetzen, einen beherrschenden Einfluss tatsächlich ausüben zu können.⁴² Ein Auseinanderfallen kann insbesondere nach der letzten in die Laufzeit des Entherrschungsvertrages fallenden Wahl der Aufsichtsratsmitglieder auftreten. Nach dieser Wahl können die Organmitglieder der Gesellschaft damit rechnen, dass der Aktionär bei der nächsten Besetzung des Bestellungsorgans nicht mehr durch den Entherrschungsvertrag gebunden ist. Faktisch büßt der Vertrag damit seine Wirkung sein.⁴³ 8.3

Nicht ausgeschlossen ist die Beendigung des Entherrschungsvertrages durch Kündigung wegen eines wichtigen Grundes.⁴⁴ Ein in der Literatur unumstrittenes Beispiel für einen solchen wichtigen Grund ist ein andauernder erheblicher Verlust der Gesellschaft.⁴⁵ Derartige Gründe 8.4

39 Bayer, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 102; J. Vetter, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 62.

40 Vgl. hierzu OLG Köln, Urt. v. 24.11.1992 – 22 U 72/92, AG 1993, 86, 87; LG Mainz, Urt. v. 16.10.1990 – 10 HO 57/89, ZIP 1991, 583, 588; Möbring, in: FS Westermann, 1974, S. 433; Barz, in: FS Bärmann, 1975, S. 196 f.; Jäger, DSr 1995, 1113, 1116; Hüffer, AktG, § 17 Rn. 22; Krieger, in: MünchHdbAG, § 17 Rn. 61; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 17 Rn. 43; Schall, in: Spindler/Stilz, AktG, § 17 Rn. 52.

41 Bayer, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 103 mit Fn. 209; J. Vetter, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 62.

42 Götz, Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht, S. 61; Geßler, DB 1965, 1696; Werner, Neue Betriebswirtschaft 1967, 5.

43 Überzeugend dazu Götz, Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht, S. 61; dieser Annahme augenscheinlich folgend Bayer, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 102.

44 Götz, Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht, S. 63 f.; Jäger, DSr 1995, 1113, 1116; Bayer, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 103; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 17 Rn. 43; Koppensteiner, in: KK-AktG, § 17 Rn. 90.

45 Barz, in: FS Bärmann, 1975, S. 185, 197; Götz, Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht, S. 64; Bayer, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 103.

können, müssen aber nicht in den Wortlaut des Vertrages aufgenommen werden.⁴⁶ Die Möglichkeit, aus wichtigem Grund zu kündigen, ergibt sich vielmehr aus der Natur des Vertrages als Schuldgeschäft.⁴⁷

9. Form des Vertrages

- 9.1 Der Entherrschungsvertrag muss nach allgemeiner Ansicht schriftlich abgeschlossen werden.⁴⁸

10. Steuern*

- 10.1 Ein Entherrschungsvertrag zwischen Aktionären einer Publikumsgesellschaft und der Gesellschaft zur Widerlegung einer Abhängigkeitsvermutung (§ 17 Abs. 2 AktG) sollte steuerlich keine Folgen haben. Insbesondere sollte ein Entherrschungsvertrag nicht die für eine steuerliche Organschaft erforderliche finanzielle Eingliederung (vgl. hierzu zu Muster 1.01 Anm. 34.4) in Frage stellen.⁴⁹

11. Kosten**

- 11.1 Der Entherrschungsvertrag bedarf der Schriftform (vgl. oben Anm. 9); es gelten jedoch keine weitergehenden gesetzlichen Formerfordernisse. Dementsprechend fallen mit ihrem Abschluss abgesehen von gegebenenfalls für Rechtsberatung anfallende Aufwendungen keine **Kosten** an.

46 Diesbezüglich zweifelnd *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 103; für empfehlenswert hält die Aufnahme von Gründen *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 17 Rn. 43 unter Bezug auf OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.10.2006 – I-26 W 14/06, AG 2007, 170, 172; Das OLG stellt aber in seinem Beschluss nur fest, dass in den Vertrag aufgenommene Sonderkündigungsrechte, die einen wichtigen Grund darstellen, die Rechtswirkungen des Entherrschungsvertrages nicht beeinträchtigen.

47 So wohl zu verstehen das OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.10.2006 – I-26 W 14/06, AG 2007, 170, 172.

48 *Jäger*, DStR 1995, 1113, 1115; *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 17 Rn. 64; *Bayer*, in: MünchKomm-AktG, § 17 Rn. 106; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 17 Rn. 43; *Hüffer*, AktG, § 17 Rn. 22.

* Bearbeitet von Dr. Jochen Bahns.

49 Vgl. hierzu FG Niedersachsen – VI 626/88, abrufbar bei juris; *Dötsch/Witt*, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, KStG, § 14 Rn. 122 m.w.N.

** Bearbeitet von Dr. Peter Schmitz.