

Schriften zum Wirtschaftsrecht

---

Band 299

# Der Entherrschungsvertrag im Konzern- und Fusionskontrollrecht

Von

Sebastian Gräler



Duncker & Humblot · Berlin

SEBASTIAN GRÄLER

Der Entherrschungsvertrag im Konzern-  
und Fusionskontrollrecht

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 299

# Der Entherrschungsvertrag im Konzern- und Fusionskontrollrecht

Von

Sebastian Gräler



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster hat diese Arbeit  
im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

D6

Alle Rechte vorbehalten

© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+pp GmbH, Ochsenfurt-Hohestadt

Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 978-3-428-15475-3 (Print)

ISBN 978-3-428-55475-1 (E-Book)

ISBN 978-3-428-85475-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

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

*Für Sandra und  
meine Eltern Petra und Frank*



## **Vorwort**

Die Abhandlung beruht auf einer Dissertation, die im Dezember 2016 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster vorgelegten hat. Literatur, die nach diesem Zeitpunkt veröffentlicht wurde, konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

Meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Gerald Mäsch möchte ich für das Interesse, das er der Arbeit entgegengebracht hat, und die Unterstützung danken. Frau Prof. Dr. Petra Pohlmann danke ich für die sorgfältige und zügige Zweitbegutachtung der Arbeit.

Mein Dank gilt insbesondere meiner Frau und meinen Eltern für ihre Zuversicht, Geduld und Unterstützung.

Haltern am See, im April 2018

*Sebastian Gräler*



# **Inhaltsübersicht**

<i>Erster Teil</i>	
<b>Einleitung</b>	21
§ 1 Problemstellung .....	21
A. Der Entherrschungsvertrag .....	21
B. Gang der Untersuchung .....	23
§ 2 Begriffsklärung .....	23
<i>Zweiter Teil</i>	
<b>Aktienkonzernrecht</b>	25
§ 3 Aktienkonzernrechtlicher Hintergrund .....	25
A. Die Bedeutung des Abhängigkeitsbegriffes gemäß § 17 AktG .....	25
B. Einheitlicher Abhängigkeitsbegriff .....	26
C. Abhängigkeit gemäß § 17 Abs. 1 AktG .....	27
D. Abhängigkeitsvermutung gemäß § 17 Abs. 2 AktG .....	32
§ 4 Der Entherrschungsvertrag im Aktienkonzernrecht .....	36
A. Motive für den Abschluss eines Entherrschungsvertrages .....	36
B. Überblick: Inhalt und Rechtsfolgen des Entherrschungsvertrages .....	37
C. Die rechtliche Einordnung des Entherrschungsvertrages .....	38
D. Die aktienkonzernrechtliche Zulässigkeit des Entherrschungsvertrages .....	54
E. Wirksamkeitsvoraussetzungen des Entherrschungsvertrages .....	58
F. Durchsetzbarkeit des Entherrschungsvertrages .....	79
G. Die Bedeutung des Entherrschungsvertrages im Rahmen von § 17 AktG .....	99

H. Die Aufhebung des Entherrschungsvertrages .....	113
§ 5 Ergebnisse des zweiten Teils .....	114

*Dritter Teil*

<b>Der Entherrschungsvertrag bei weiteren Gesellschaftsformen</b>	115
§ 6 Der Entherrschungsvertrag im GmbH-Konzernrecht .....	115
A. Konzernrecht der GmbH .....	115
B. Der Entherrschungsvertrag im Recht der GmbH .....	116
§ 7 Der Entherrschungsvertrag im Konzernrecht der Personengesellschaften .....	125
A. Konzernrecht der Personengesellschaften .....	125
B. Der Entherrschungsvertrag im Recht der Personengesellschaften .....	126
§ 8 Ergebnisse des dritten Teils .....	130

*Vierter Teil*

<b>Deutsches Fusionskontrollrecht</b>	131
§ 9 Der Entherrschungsvertrag im Rahmen von § 36 Abs. 2 GWB .....	131
A. Die Fusionskontrolle .....	131
B. Die Verbundklausel und der kartellrechtliche Abhängigkeitsbegriff .....	132
C. Der Entherrschungsvertrag im Rahmen der Verbundklausel .....	143
D. Ergebnis .....	149
§ 10 Der Entherrschungsvertrag im Rahmen von § 37 GWB .....	149
A. Der Zusammenschlussbegriff nach § 37 GWB .....	149
B. Der Entherrschungsvertrag im Rahmen von § 37 GWB .....	153
§ 11 Ergebnisse des vierten Teils .....	165

<i>Fünfter Teil</i>	
<b>Europäisches Fusionskontrollrecht</b>	166
§ 12 Der Entherrschungsvertrag im Rahmen von Art. 3 FKVO .....	166
A. Der Kontrollbegriff des europäischen Fusionskontrollrechts .....	167
B. Die Bedeutung des Entherrschungsvertrages im Rahmen von Art. 3 FKVO ..	169
§ 13 Der Entherrschungsvertrag im Rahmen von Art. 5 Abs. 4 FKVO .....	172
A. Die Verbundklausel des europäischen Kartellrechts .....	172
B. Die Bedeutung des Entherrschungsvertrages im Rahmen des Art. 5 Abs. 4 FKVO .....	174
§ 14 Ergebnisse des fünften Teils .....	176
<i>Sechster Teil</i>	
<b>Zusammenfassung der Ergebnisse</b>	177
§ 15 Ergebnisse .....	177
<b>Literaturverzeichnis</b>	183
<b>Stichwortverzeichnis</b>	191



# Inhaltsverzeichnis

<i>Erster Teil</i>	
<b>Einleitung</b>	21
§ 1 Problemstellung .....	21
A. Der Entherrschungsvertrag .....	21
B. Gang der Untersuchung .....	23
§ 2 Begriffsklärung .....	23
<i>Zweiter Teil</i>	
<b>Aktienkonzernrecht</b>	25
§ 3 Aktienkonzernrechtlicher Hintergrund .....	25
A. Die Bedeutung des Abhängigkeitsbegriffes gemäß § 17 AktG .....	25
B. Einheitlicher Abhängigkeitsbegriff .....	26
C. Abhängigkeit gemäß § 17 Abs. 1 AktG .....	27
I. Möglichkeit beherrschenden Einfluss auszuüben .....	27
II. Gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeit .....	29
III. Verlässliche Einflussmöglichkeit .....	30
IV. Umfassende Herrschaft .....	31
V. Taugliche Herrschaftsmittel .....	31
D. Abhängigkeitsvermutung gemäß § 17 Abs. 2 AktG .....	32
I. Sinn und Zweck des § 17 Abs. 2 AktG .....	32
II. Anforderungen an die Widerlegung .....	33
1. Keine Herrschaftsmöglichkeit aus dem Gesamtbild der Beziehungen ..	33
2. Keine Herrschaftsmöglichkeit bei fehlender Personalkompetenz ..	34
3. Eigene Einschätzung .....	35
§ 4 Der Entherrschungsvertrag im Aktienkonzernrecht .....	36
A. Motive für den Abschluss eines Entherrschungsvertrages .....	36
B. Überblick: Inhalt und Rechtsfolgen des Entherrschungsvertrages .....	37

C. Die rechtliche Einordnung des Entherrschungsvertrages .....	38
I. Einordnung im materiellen Recht .....	38
1. Organisationsvertrag, Unternehmensvertrag oder schuldrechtlicher Vertrag .....	38
a) Die Ansicht von Korsmeier .....	39
b) Die Ansicht von Bayreuther .....	40
c) Die Ansicht von Pesch .....	40
d) Eigene Einschätzung .....	41
aa) Der Entherrschungsvertrag als Organisationsvertrag .....	41
bb) Der Entherrschungsvertrag als Unternehmensvertrag .....	45
cc) Ergebnis .....	45
2. Der Entherrschungsvertrag als Vertrag sui generis .....	46
3. Der Entherrschungsvertrag als Vertrag zu Gunsten Dritter .....	46
4. Ergebnisse zur Einordnung des Vertrages im materiellen Recht .....	47
II. Einordnung im Kollisionsrecht .....	47
1. Die Ansicht von Becker .....	47
2. Eigene Einschätzung .....	48
a) Kollisionsrechtliche Beurteilung von Stimmbindungsverträgen .....	49
b) Kollisionsrechtliche Beurteilung des Entherrschungsvertrages .....	51
3. Ergebnis .....	54
D. Die aktienkonzernrechtliche Zulässigkeit des Entherrschungsvertrages .....	54
I. Verzicht auf konzernrechtliche Schutzbestimmungen .....	55
II. Verstoß gegen § 134 Abs. 1 S. 5 AktG .....	55
III. Verstoß gegen § 136 Abs. 2 AktG .....	55
IV. Verletzung der aktienrechtlichen Kompetenzordnung .....	56
1. Die Ansicht von Hüttemann .....	56
2. Eigene Einschätzung .....	57
V. Ergebnis .....	57
E. Wirksamkeitsvoraussetzungen des Entherrschungsvertrages .....	58
I. Allgemeine Voraussetzungen .....	58
1. Der Abschluss des Vertrages .....	58
a) Herrschendes Unternehmen .....	58
aa) Erfordernis einer Satzungsbestimmung .....	59
(1) Satzungsbestimmung notwendig .....	59
(2) Keine Satzungsbestimmung notwendig .....	60
(3) Eigene Einschätzung .....	60
(4) Ergebnis .....	63
bb) Erfordernis eines Zustimmungsbeschlusses der Hauptversammlung .....	63
(1) Die Ansicht von Möhring .....	63
(2) Die Ansicht von Hommelhoff .....	64

(3) Die Ansicht von Jäger .....	65
(4) Übertragung der „Holzmüller-Rechtsprechung“ .....	65
(5) Ergebnis .....	67
b) Abhängige Gesellschaft .....	67
c) Ergebnis .....	68
2. Beteiligung des Aufsichtsrates .....	68
a) Information des Aufsichtsrates .....	68
b) Mitwirkung des Aufsichtsrates .....	69
3. Abgrenzung zum Scheingeschäft nach § 117 Abs. 1 BGB .....	69
II. Inhaltliche Voraussetzungen .....	71
1. Beschränkung des Stimmrechts .....	71
a) Gegenständliche Reichweite der Stimmrechtsbeschränkung .....	71
aa) Ausschluss der Teilnahme an der Bestellung und Abberufung des Aufsichtsrates .....	71
bb) Weitergehender Ausschluss .....	72
(1) Meinungsstand .....	72
(2) Eigene Einschätzung .....	73
b) Reichweite der Herabsetzung .....	74
aa) Abstellen auf Hauptversammlungsmehrheit .....	74
bb) Konkrete Ausgestaltung der „Minus-Eins-Regelung“ .....	75
cc) Kein weitergehender Verzicht erforderlich .....	76
dd) Ergebnis .....	76
2. Mindestdauer .....	76
3. Ausschluss der ordentlichen Kündigung .....	77
III. Sonstige Wirksamkeitsvoraussetzungen .....	78
1. Schriftform .....	78
2. Eintragung in das Handelsregister .....	78
3. Information der Aktionäre und Gläubiger der enttherrschten Gesellschaft	79
F. Durchsetzbarkeit des Enttherrschungsvertrages .....	79
I. Durchsetzung mittels Anfechtungsklage .....	80
1. Beschluss anfechtbar .....	80
a) Die Ansicht von Barz .....	80
b) Ansichten in der neueren Literatur .....	81
c) Die Ansicht von Korsmeier .....	81
2. Beschluss nicht anfechtbar .....	82
3. Analyse der möglichen Anfechtungsgründe .....	83
a) Gegen Barz .....	83
b) Gegen Korsmeier .....	84

c) Analyse möglicher Anfechtungsgründe .....	84
aa) Die Anfechtbarkeit schuldrechtlicher Nebenbestimmungen nach dem BGH .....	84
bb) Einvernehmliche Satzungsauslegung .....	86
cc) Verstoß gegen allgemeine Rechtsgrundsätze .....	86
(1) Rechtslage bei Stimmbindungsvereinbarungen .....	87
(2) Rechtslage beim Entherrschungsvertrag .....	88
(3) Eigene Einschätzung .....	88
(a) Venire contra factum proprium .....	90
(b) Rechtsmissbrauch und Treuepflichtverletzung .....	93
(c) Ergebnis .....	94
dd) Ergänzende Vertragsauslegung des Entherrschungsvertrages .....	94
d) Ergebnis .....	96
II. Durchsetzung mittels Leistungsklage und einstweiliger Verfügung .....	96
III. Ergebnis .....	98
G. Die Bedeutung des Entherrschungsvertrages im Rahmen von § 17 AktG .....	99
I. Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung gemäß § 17 Abs. 2 AktG .....	99
II. Ausschluss des Abhängigkeitstatbestandes gemäß § 17 Abs. 1 AktG .....	100
1. Der Ausschluss von Abhängigkeit durch den Entherrschungsvertrag .....	100
a) Die herrschende Ansicht .....	101
b) Die Ansicht von Ernst Geßler .....	102
c) Die Ansichten von Haesen und Timm .....	102
d) Die Ansicht von Götz .....	102
e) Die Ansicht von Korsmeier .....	103
f) Die Ansicht von Pesch .....	103
g) Die Ansicht von K. Schmidt .....	105
h) Eigene Einschätzung .....	105
aa) Ausschluss von Abhängigkeit .....	105
bb) Absicherung der Vertragserfüllung .....	111
cc) Ergebnis .....	113
2. Ausschluss weiterer abhängigkeitsbegründender Umstände .....	113
H. Die Aufhebung des Entherrschungsvertrages .....	113
§ 5 Ergebnisse des zweiten Teils .....	114

### *Dritter Teil*

<b>Der Entherrschungsvertrag bei weiteren Gesellschaftsformen</b>	115
§ 6 Der Entherrschungsvertrag im GmbH-Konzernrecht .....	115
A. Konzernrecht der GmbH .....	115

B. Der Entherrschungsvertrag im Recht der GmbH .....	116
I. Zulässigkeit des Entherrschungsvertrages in der GmbH .....	117
II. Abschluss und Aufhebung des Entherrschungsvertrages in der GmbH .....	117
1. Abschluss des Entherrschungsvertrages durch eine herrschende GmbH .....	118
2. Abschluss des Entherrschungsvertrages durch eine abhängige GmbH .....	119
3. Aufhebung des Entherrschungsvertrages in der GmbH .....	119
4. Ergebnis .....	120
III. Inhalt und Rechtsfolgen des Entherrschungsvertrages in der GmbH .....	120
1. Umfang der Stimmrechtsbeschränkung .....	120
2. Vertragslaufzeit des Entherrschungsvertrages .....	121
3. Aufgabe der Geschäftsführerposition .....	123
4. Wirkung des Entherrschungsvertrages in der GmbH .....	124
IV. Ergebnis .....	125
§ 7 Der Entherrschungsvertrag im Konzernrecht der Personengesellschaften .....	125
A. Konzernrecht der Personengesellschaften .....	125
B. Der Entherrschungsvertrag im Recht der Personengesellschaften .....	126
I. Zulässigkeit .....	126
II. Abschluss und Aufhebung des Entherrschungsvertrages bei den Personengesellschaften .....	127
1. Anwendung der allgemeinen Vertretungsregelungen .....	127
2. Kein Grundlagengeschäft .....	127
3. Außergewöhnliches Geschäft gemäß § 116 Abs. 2 HGB .....	128
4. Folgerungen .....	129
III. Inhalt und Rechtsfolgen des Entherrschungsvertrages bei den Personengesellschaften .....	129
IV. Ergebnis .....	130
§ 8 Ergebnisse des dritten Teils .....	130

*Vierter Teil***Deutsches Fusionskontrollrecht** 131

§ 9 Der Entherrschungsvertrag im Rahmen von § 36 Abs. 2 GWB .....	131
A. Die Fusionskontrolle .....	131
B. Die Verbundklausel und der kartellrechtliche Abhängigkeitsbegriff .....	132
I. Anwendungsbereich der Verbundklausel .....	132
II. Abhängigkeitsvermutung gemäß § 17 Abs. 2 AktG .....	133

III. Abhängigkeit gemäß § 17 Abs. 1 AktG .....	134
1. Der Abhängigkeitsbegriff in der kartellrechtlichen Diskussion .....	135
a) Weitergehender Verbundbegriff .....	135
b) Konzernrechtlicher Abhängigkeitsbegriff .....	137
c) Die Rechtsprechung .....	138
2. Eigene Einschätzung .....	139
a) Auslegung des Wortlautes von § 36 Abs. 2 GWB .....	139
b) Historische Auslegung .....	140
c) Systematische Auslegung .....	141
d) Telos .....	142
e) Folgerungen .....	143
C. Der Entherrschungsvertrag im Rahmen der Verbundklausel .....	143
I. Entscheidung des Bundeskartellamtes .....	144
II. Der Stand der herrschenden Lehre .....	144
III. Abweichende Auffassungen .....	146
IV. Eigene Einschätzung .....	146
D. Ergebnis .....	149
§ 10 Der Entherrschungsvertrag im Rahmen von § 37 GWB .....	149
A. Der Zusammenschlussbegriff nach § 37 GWB .....	149
I. Vermögenserwerb .....	149
II. Kontrollerwerb .....	149
III. Anteilserwerb .....	151
IV. Wettbewerblich erheblicher Einfluss .....	151
V. Zwischenergebnis .....	153
B. Der Entherrschungsvertrag im Rahmen von § 37 GWB .....	153
I. Beispiele für den Anwendungsbereich des Entherrschungsvertrages .....	153
II. Der Entherrschungsvertrag im Rahmen von § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB .....	154
1. Stand der Lehre .....	154
a) Die Ansicht von Pohlmann .....	154
b) Weitere Ansichten .....	155
2. Eigene Einschätzung .....	156
a) Grundsätzliche Eignung eines Vertrages zum Ausschluss von Kontrolle .....	157
b) Konkrete Ausgestaltung des Entherrschungsvertrages .....	158
aa) Anerkennung negativer Kontrolle in § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB .....	159
bb) Inhaltliche Gestaltung des Entherrschungsvertrages .....	160
(1) Gegenständliche Reichweite des Stimmrechtsverzichts .....	160
(2) Reichweite der Herabsetzung .....	162
(3) Laufzeit und weitere Voraussetzungen .....	162
(4) Sonstige Gesellschaftsformen .....	163

(5) Ergebnis .....	163
c) Ergebnis .....	163
III. Der Entherrschungsvertrag im Rahmen von § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB .....	164
IV. Wirkungen bei Beendigung des Entherrschungsvertrages .....	165
§ 11 Ergebnisse des vierten Teils .....	165
<i>Fünfter Teil</i>	
<b>Europäisches Fusionskontrollrecht</b>	166
§ 12 Der Entherrschungsvertrag im Rahmen von Art. 3 FKVO .....	166
A. Der Kontrollbegriff des europäischen Fusionskontrollrechts .....	167
B. Die Bedeutung des Entherrschungsvertrages im Rahmen von Art. 3 FKVO .....	169
I. Anwendungsbereich des Entherrschungsvertrages .....	169
II. Stand der Lehre .....	170
III. Eigene Einschätzung .....	170
IV. Ergebnis .....	172
§ 13 Der Entherrschungsvertrag im Rahmen von Art. 5 Abs. 4 FKVO .....	172
A. Die Verbundklausel des europäischen Kartellrechts .....	172
B. Die Bedeutung des Entherrschungsvertrages im Rahmen des Art. 5 Abs. 4 FKVO .....	174
I. Eignung eines Vertrages zum Ausschluss der Verbundklausel .....	174
II. Ergebnis .....	176
§ 14 Ergebnisse des fünften Teils .....	176
<i>Sechster Teil</i>	
<b>Zusammenfassung der Ergebnisse</b>	177
§ 15 Ergebnisse .....	177
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	183
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	191



## *Erster Teil*

### **Einleitung**

#### **§ 1 Problemstellung**

##### **A. Der Entherrschungsvertrag**

§ 17 Abs. 1 AktG enthält mit der Definition des abhängigen Unternehmens den Zentralbegriff des Konzernrechts<sup>1</sup>:

„Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.“

Flankiert wird die Vorschrift von einer Abhängigkeitsvermutung in § 17 Abs. 2 AktG:

„Von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen wird vermutet, daß es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist.“

Zahlreiche Regelungen knüpfen an den Begriff der Abhängigkeit an und statuieren Verpflichtungen für herrschende und abhängige Unternehmen. Es verwundert daher nicht, dass sich Praxis und Lehre mit Verträgen als Gestaltungsmitteln zum Ausschluss von Abhängigkeit beschäftigt haben. Denn für Unternehmen ist ein zum Ausschluss von Abhängigkeit führender Vertrag ein einfaches und praktikables Mittel, den an § 17 AktG anknüpfenden Rechtsfolgen zu entgehen. Entstanden ist der Entherrschungsvertrag: In diesem verpflichtet sich ein herrschendes Unternehmen gegenüber der abhängigen Gesellschaft, auf die Ausübung eines Teils seiner Stimmrechte zu verzichten, um die Abhängigkeitsvermutung nach § 17 Abs. 2 AktG zu widerlegen und Abhängigkeit nach § 17 Abs. 1AktG auszuschließen.<sup>2</sup>

Die Bedeutung eines solchen Vertrages darf nicht unterschätzt werden. Genau wie § 17 AktG ist der Entherrschungsvertrag nicht nur im Aktiengesetz, sondern rechtsgebietsübergreifend von besonderer Relevanz. So konstatierte die Monopolkommission bereits in ihrem ersten Hauptgutachten:

---

<sup>1</sup> *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, § 17 Rn. 2; *Hirschmann*, in: Hölters, § 17 Rn. 1; *Hüffer/Koch*, § 17 Rn. 2; *Schall*, in: Spindler/Stilz, § 17 Rn. 1; *Jäger*, DStR 1995, 1113; *Möhring*, FS Westermann, S. 427.

<sup>2</sup> *Bayer*, in: MüKo/AktG, § 17 Rn. 99; *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, § 17 Rn. 60 ff.; *Götz*, S. 1 ff.; *Hentzen*, ZHR 157 (1993), 65; *Hüttemann*, ZHR 156 (1992), 314; *Jäger*, DStR 1995, 1113; *Korsmeier*, S. 1 ff.; *Pesch*, S. 1 ff.

„Bei der Beurteilung von Abhängigkeitsverhältnissen i.S.v. § 17 AktG ist wiederholt die Frage erheblich geworden (§ 23 Abs. 1 S. 2 GWB), unter welchen Voraussetzungen die Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG widerlegt werden kann, daß ein im Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen von dem an ihm mit der Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig sei. Die beteiligten Unternehmen haben sich wiederholt auf Entherrschungs- oder Entflechtungsverträge berufen, um darzutun, daß trotz Mehrheitsbeteiligung ein Abhängigkeitsverhältnis nicht besteht“.<sup>3</sup>

Obwohl Entherrschungsverträge damit rechtsgebietsübergreifend in Erscheinung treten, sind sie nicht „täglich Brot“<sup>4</sup> von Unternehmensrechtlern und erfahren in den verschiedenen Gebieten eine unterschiedliche Behandlung: Im Aktienkonzernrecht ist der Entherrschungsvertrag als taugliches Mittel zum Ausschluss von Abhängigkeit seit längerem überwiegend anerkannt.<sup>5</sup> Demgegenüber bezweifelt die herrschende Lehre im deutschen Kartellrecht die Relevanz von Entherrschungsverträgen<sup>6</sup> und im europäischen Kartellrecht sind diese kaum untersucht.

Ausgehend von diesem Befund hat sich die vorliegende Arbeit zum Ziel gesetzt, den Widerspruch zwischen aktienrechtlicher Akzeptanz und kartellrechtlicher Ablehnung zu untersuchen und zu hinterfragen, ob dieser zu rechtfertigen ist. Dabei wird sich die Arbeit auch mit den zahlreichen Problemen des bislang nicht abschließend diskutierten<sup>7</sup> Entherrschungsvertrages beschäftigen, wie Fragen nach der Qualifikation des Entherrschungsvertrages im materiellen Recht und internationalen Privatrecht, sowie nach seinem genauen Inhalt, seiner Wirkung und Durchsetzbarkeit.

Neben dem Widerspruch in der rechtsgebietsübergreifenden Behandlung ist auch augenfällig, dass eine rechtsformübergreifende Betrachtung des Entherrschungsvertrages kaum stattfindet. Der Entherrschungsvertrag wird bislang vor allem für die Aktiengesellschaft untersucht.<sup>8</sup> Entscheidungen oder Kommentierungen zu weiteren Gesellschaftsformen verweisen oftmals nur auf aktienkonzernrechtliche Ausführungen, ohne den existierenden Besonderheiten und Unterschieden zwischen den verschiedenen Gesellschaftsformen Rechnung zu tragen. Inwieweit eine Übertra-

<sup>3</sup> Monopolkommission, Hauptgutachten I, S. 482.

<sup>4</sup> K. Schmidt, FS Hommelhoff, S. 985.

<sup>5</sup> Emmerich, in: Emmerich/Habersack, § 17 Rn. 42; Hüffer/Koch, § 17 Rn. 22; Koppensteiner, in: Kölner Kommentar z. AktG, § 17 Rn. 109; Bayer, in: MüKo/AktG, § 17 Rn. 99; Schall, in: Spindler/Stilz, § 17 Rn. 52; Barz, FS Bärmann, S. 185 ff.; Götz, S. 4–8; Hommelhoff, S. 80 ff.; Möhring, FS Westermann, S. 427; a.A. Geßler, in: Geßler/Hefermehl, § 17 Rn. 106; Hüttemann, ZHR 156 (1992), 314 ff.

<sup>6</sup> BMWi WuW 79, 499 – „Veba-BP“; Monopolkommission, Hauptgutachten I, S. 482, 483; Windbichler, in: Großkomm. z. AktG, § 17 Rn. 88; Ruppelt, in: Langen/Bunte, § 36 GWB Rn. 62; Schulte, in: Schulte/Just, § 36 GWB Rn. 132; Emmerich, AG 1978, 85 (94); Fischer, S. 71; Mestmäcker, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt, S. 62 f.; Möschel, Pressekonzentration, S. 200; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, § 11 Rn. 810; Pesch, S. 180 f.; Steindorff, Wettbewerbliche Einheit, S. 29; Veelken, WRP 2003, 692 (707).

<sup>7</sup> Becker, FS Möschel, S. 1119; Larisch/Bunz, NZG 2013, 1247.

<sup>8</sup> Siehe beispielsweise die Werke von Götz, S. 1 ff.; Pesch, S. 1 ff.; Korsmeier, S. 1 ff.

gung auf andere Gesellschaftsformen zulässig, möglich und welche besonderen Erfordernisse hierbei zu beachten sind, wird ebenfalls Gegenstand der Bearbeitung sein.

## B. Gang der Untersuchung

Ausgangspunkt der Untersuchung ist das Aktienkonzernrecht (zweiter Teil). Für das Verständnis des Entherrschungsvertrages ist eine Erörterung des § 17 AktG unumgänglich (zweiter Teil, § 3). Anschließend werden Zulässigkeit, Voraussetzungen, Durchsetzung und Eignung des Entherrschungsvertrages zum Ausschluss von Abhängigkeit geprüft (zweiter Teil, § 4). Diese konzernrechtlichen Betrachtungen werden durch eine Untersuchung der Bedeutung des Entherrschungsvertrages jenseits der Aktiengesellschaft (dritter Teil), nämlich in der GmbH (dritter Teil, § 6) und im Recht der Personengesellschaften (dritter Teil, § 7), abgerundet. Über das Konzernrecht hinaus wird die Bedeutung des Entherrschungsvertrages im Kartellrecht untersucht. Differenziert wird zwischen deutschem (vierter Teil) und europäischem Kartellrecht (fünfter Teil). Abschließend werden die herausgearbeiteten Ergebnisse zusammengefasst (sechster Teil).

## § 2 Begriffsklärung

Im Sinne einer einheitlichen Darstellung sollen vorab einige Begrifflichkeiten festgelegt werden, denn Verträge zum Ausschluss von Abhängigkeit in § 17 AktG haben bereits die verschiedensten Namen getragen: Ausschlussvertrag<sup>9</sup>, Abhängigkeitsausschlussvertrag<sup>10</sup>, Beherrschungsausschlussvertrag<sup>11</sup>, Entflechtungsvertrag<sup>12</sup> oder Entherrschungsvertrag<sup>13</sup>. Mittlerweile hat sich der zuletzt genannte Begriff durchgesetzt und soll daher auch dieser Arbeit zugrunde gelegt werden.

Der Begriff des Entherrschungsvertrages wird allerdings nicht mehr ausschließlich für einen Vertrag zwischen herrschendem und abhängigem Unternehmen verwendet, sondern auch für Verträge des herrschenden Unternehmens mit Dritten, seien es Außenstehende oder weitere Gesellschafter.<sup>14</sup> Dieser Begriffsbestimmung soll jedoch nicht gefolgt werden. Unter den Begriff des Entherrschungsvertrages fällt

---

<sup>9</sup> So ursprünglich Möhring, FS Westermann, S. 427 ff.

<sup>10</sup> Barz, FS Bärmann, S. 185 ff.; Jäger, DStR 1995, 1113 (1114).

<sup>11</sup> Barz, FS Bärmann, S. 185 (186): Diese in der Praxis verwendete Bezeichnung sei ungenau.

<sup>12</sup> Vgl. etwa Monopolkommission, Hauptgutachten, I S. 482; Mestmäcker, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt, S. 62.

<sup>13</sup> Hommelhoff, S. 80.

<sup>14</sup> OLG Düsseldorf NJW-RR 2007, 330 (331); Schall, in: Spindler/Stilz § 17 Rn. 52.