

sichtsrates steht.³³⁵ Eine höchstgerichtliche Bestätigung dieser Ansicht in der Literatur gibt es allerdings nicht.³³⁶

- 1.302** Auch bei der GmbH kann durch **Gesellschafterbeschluss** von einem Wettbewerbsverbot dispensiert werden,³³⁷ wobei zwei Einschränkungen zu beachten sind: Der betroffene Gesellschafter unterliegt einem **Stimmverbot** gem § 39 Abs 4 GmbHG, da er ja von einer Verpflichtung befreit wird,³³⁸ und der Beschluss unterliegt wohl einer **Prüfung seiner sachlichen Rechtfertigung** im Sinne einer **Verhältnismäßigkeitskontrolle**.³³⁹

3. Gesellschaftsvertraglicher Schutz

- 1.303** Angesichts der Lückenhaftigkeit des gesetzlichen Schutzsystems bietet sich eine privat-autonome Vorsorge insb im Gesellschaftsvertrag an. Dies kann etwa durch **Vinkulierungsklauseln** geschehen, die bei der GmbH (§ 76 Abs 2, 77 GmbHG) und auch bei der AG (§ 62 AktG) nach einhelliger Meinung zulässig sind.³⁴⁰ Die Zustimmung kann nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut nur aus wichtigem Grund verweigert werden, wozu wohl auch die Sicherung der Unabhängigkeit der Gesellschaft gehört.³⁴¹
- 1.304** Problematisch ist allerdings, dass der betroffene Gesellschafter selbst **keinem Stimmverbot** unterliegt, wenn der Beschluss über die Veräußerung seiner Beteiligung gefasst wird. Im Falle einer Veräußerung durch den Mehrheitsgesellschafter bietet eine Vinkulierungsklausel, die lediglich an die einfache Mehrheit anknüpft, daher keinen verlässlichen Schutz. Zwar kann ein Stimmverbot des veräußerungswilligen Gesellschafters uE im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden,³⁴² dies passiert aber in der Praxis nur selten.
- 1.305** Die **nachträgliche Einföhrung** einer Vinkulierungsklausel bedarf der **Einstimmigkeit**, da es zu einer Vermehrung der Verpflichtungen aller betroffenen Gesellschafter im Sinne von § 50 Abs 4 GmbHG kommt. Dies hat der OGH erst jüngst klargestellt.³⁴³ Das Erfordernis einstimmiger Beschlussfassung ergibt sich auch aus der mit dem GesRÄG 1996 eingefügten Bestimmung des §§ 99 Abs 4 GmbHG (ähnlich 10 Abs 3 SpaltG), die bei einer Verschmelzung abweichend von der üblichen Dreiviertelmehrheit die einstimmige Beschlussfassung in der übertragenden Gesellschaft vorsieht, wenn die (als Gegenleistung ausgebenen) Anteile in der übernehmenden Gesellschaft vinkuliert sind.³⁴⁴

335 Doralt/Diregger in MünchKomm AktG⁴ Ö-Konzernrecht Rz 143.

336 U. Torggler, GesRZ 2013, 11 (12).

337 Vgl U. Torggler, GesRZ 1995, 233.

338 Dazu OGH 6 Ob 139/06 v GesRZ 2007, 54; Wünsch, GesRZ 1982, 273; Wünsch, GmbHG § 24 Rz 33; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht² Rz 2/293; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 24 Rz 10.

339 BGH II ZR 168/79 BGHZ 80, 69 Süssen; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 4/556; U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 115 Rz 19; U. Torggler, GesRZ 2013, 11 (12); Rüffler, Lücken 417 ff.

340 Ausf Haberer/Zehetner in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 62 Rz 36 ff; siehe auch Doralt, Referat 10. ÖJT 1 (14); vgl ferner Jud/Hauser, NZ 1995, 121.

341 Zum Ganzen Zib in FS Straube 249.

342 Dazu Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 521 ff.

343 OGH 6 Ob 4/15 d GesRZ 2015, 259 (Walch).

344 Überzeugend bereits Tichy, RdW 1998, 55.

Andere gesellschaftsvertragliche Vorkehrungen wie **Vorkaufs- und Aufgriffsrechte** bieten uU mehr Schutz. Die Zulässigkeit derartiger Rechte auch für die (nicht börsennotierte) AG hat der OGH in jüngerer Zeit anerkannt.³⁴⁵ Solche Konstruktionen setzen aber voraus, dass sich der Berechtigte den Erwerb der frei werdenden Anteile leisten kann. **1.306**

4. Materielle Beschlusskontrolle

Wenn die Begründung der Abhängigkeit im Rahmen einer Kapitalmaßnahme, insb einer ordentlichen Kapitalerhöhung erfolgt, kommt nach der Rechtsprechung das Instrument der materiellen Beschlusskontrolle zur Anwendung.³⁴⁶ Diese verlangt eine Kontrolle nach den Kriterien der **Erforderlichkeit** und **Verhältnismäßigkeit** im Interesse der Gesellschaft. Wenn das Ziel aber auf eine andere Weise erreicht wird, insb durch eine Umgründung (Verschmelzung), kommt es nach der herrschenden Meinung zu keiner Prüfung der sachlichen Rechtfertigung, sondern lediglich zu einer **Missbrauchskontrolle**.³⁴⁷ Der OGH hat nämlich die differenzierte materielle Beschlusskontrolle nur in Fällen der Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss anerkannt.³⁴⁸ Rechtspolitisch wurde eine Angleichung dieser divergierenden Intensität der richterlichen Nachprüfung in allen gleich gelagerten Fällen gefordert.³⁴⁹ **1.307**

5. Sonstige Schutzmechanismen

Zumindest die Bildung eines qualifizierten faktischen Konzerns bedarf nach der hier vertretenen Ansicht einer **Änderung des Unternehmensgegenstands** auf der Ebene der abhängigen Gesellschaft mit den dafür erforderlichen Mehrheiten (insb Einstimmigkeit gem § 50 Abs 3 GmbHG). **1.308**

Mitunter kommt auch ein **Austrittsrecht der Minderheit** in Betracht, das in der Lehre mit Unterschieden im Detail mit der **unabdingbaren Auflösbarkeit von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund** (Unzumutbarkeit der Fortführung; allgemein anerkannter zivilrechtlicher Grundsatz) oder mit einer **Analogie zu spaltungsrechtlichen Regeln** (§§ 9, 11 SpaltG) begründet wird.³⁵⁰ Der OGH lehnt Ausschlussrechte ohne gesellschaftsvertragliche Grundlage freilich in ständiger Rechtsprechung mangels planwidriger Lücke im GmbHG ab.³⁵¹ Es ist daher damit zu rechnen, dass er auch ein Austrittsrecht nicht anerkennen würde. Es sollte jedoch angesichts des allgemeinen Grundsatzes, dass **1.309**

345 OGH 6 Ob 28/13f GesRZ 2013, 212 (Schopper); dazu Gruber/Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2014, 73; Nicolussi in Nueber/Przeszłowska/Zwirschmayr, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 21 (24ff); ausf zum Thema Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 255 ff.

346 OGH 5 Ob 649/80 SZ 53/172; 5 Ob 526/84 GesRZ 1986, 36.

347 Kals, Verschmelzung/Spaltung/Umwandlung² § 221 AktG Rz 23; Winner in Doralt/Nowotny/Kals, AktG² § 150 Rz 70; Nowotny in Koppensteiner, Wirtschaftsprivatrecht 418 ff; Stern, RdW 1997, 55 (56); Koch in Hüffer, AktG¹¹ § 243 Rz 26 f.

348 Doralt/Diregger in Münchner Kommentar AktG⁴ Ö-Konzernrecht Rz 141.

349 Kals, GA 16. ÖJT 573 ff.

350 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Anh § 71 Rz 25; Rüffler in Kals/Rüffler, GmbH-Konzernrecht 107 (116ff); Rüffler, Lücken 416f; Enzinger in Straube/Aicher, Handbuch zur Europäischen Aktiengesellschaft 253 (260); Doralt, Referat 10. ÖJT 1 (18) aA U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 115 Rz 23 (für Auflösungsklage analog § 133 UGB).

351 Zuletzt OGH 6 Ob 80/11z GesRZ 2012, 129 (Artmann).

einem Vertragspartner kein Dauerschuldverhältnis aufgezwungen bleiben darf, wenn ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung (Austritt oder Ausschluss) vorliegt, eine derartige einseitige Kündigungsmöglichkeit auch bei der GmbH anerkannt werden, auch wenn die damit verbundenen Schwierigkeiten im Hinblick auf die vermögensrechtliche Abwicklung des Gesellschaftsverhältnisses evident sind.

B. Aus der Sicht der herrschenden Gesellschaft

- 1.310** Auf der Ebene der herrschenden Gesellschaft wird durch die Konzernbildung idR kein Eingriff in Gläubigerinteressen erfolgen, da ja auch die Beteiligung an der Tochter zum Vermögen der Muttergesellschaft gehört.³⁵² Allerdings ist mit einer Verlagerung von Vermögen in eine Tochtergesellschaft eine Schwächung der direkten Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter, insb der Minderheitsgesellschafter, auf die nunmehr ausgegliederten Vermögenswerte verbunden. Dieser sog **Mediatisierungseffekt** ist nach der Judikatur des BGH Anlass für eine **ungeschriebene Hauptversammlungskompetenz** in der AG nach den bekannten Entscheidungen *Holz Müller* und *Gelatine*.³⁵³ Auch in Österreich geht die mittlerweile hM von einer Übernahme der deutschen Judikatur-Grundsätze aus,³⁵⁴ und auch die österreichische Judikatur scheint sich dem anzuschließen, wenn sie auch eine genaue Festlegung weiterhin³⁵⁵ vermeidet.³⁵⁶ Zur näheren Erörterung wird auf den Beitrag von *Wenger* verwiesen.

XIII. Konzernleitungskontrolle

A. Allgemeines

- 1.311 Konzernverträge** bieten genügend Raum zur Gestaltung einer laufenden Konzernleitungskontrolle. Die Vertragsparteien sind berufen, dies zu nutzen. Im faktischen Konzern gründet sich die einheitliche Leitung gerade nicht auf eine vertragliche Vereinbarung, sondern auf andere Umstände, insb auf das Halten einer Mehrheitsbeteiligung, auf Personalunionen³⁵⁷ und dergleichen. Diese Umstände knüpfen freilich gleichfalls in erheblichem Maße an Rechtsgestaltungen an, aber nicht an speziellen Konzernverträgen.
- 1.312** Ist der Konzern einmal gebildet, gelten in Ermangelung spezifischer konzernrechtlicher Regelungen die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätze. Das gilt insb für die

352 *U. Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 115 Rz 33; *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften Rz 334.

353 BGH II ZR 174/80 BGHZ 83, 123, *Holz Müller*; BGH II ZR 154/02 ZIP 2004, 1001, *Gelatine I*; II ZR 155/02 BGHZ 159, 30, *Gelatine II*.

354 *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 103 Rz 28 ff; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/176 f; *Nowotny*, DRdA 1989, 93 (94); *Schärf*, RdW 1997, 121; *Rüffler*, Lücken 428 ff; *Cach*, GesRZ 2015, 136 (138); *Feltl* in *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung² Rz 9/232 ff.

355 So bereits OGH 1 Ob 566/95 *ecolex* 1996, 865 (*Elsner*).

356 Jüngst OGH 6 Ob 77/14 p GesRZ 2015, 136 (*Cach*).

357 Zu Fragen der Personalunion vgl *Krejci* in FS Nowotny 383.

liche Weisungsfreistellung wäre allerdings gesellschaftsvertraglich möglich.³⁷⁵ Überdies können die Geschäftsführer von der Generalversammlung direkt bestellt und auch wieder abberufen werden, wobei mangels abweichender gesellschaftsvertraglicher Regelungen³⁷⁶ eine einfache Mehrheit ausreichend ist und das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht geboten ist. Überdies ist das GmbH-Recht in weitaus größerem Maße als das Aktienrecht **dispositiv**.³⁷⁷ Auch in der Satzung kann innerhalb der oben bereits erörterten Grenzen eine Ausrichtung am Konzerninteresse vorgesehen werden.³⁷⁸

Das Gesellschaftskonzept der GmbH ist somit erheblich „**konzernfreundlicher**“. Die Geschäftsführung obliegt zwar auch bei der GmbH einem eigenen Organ: den Geschäftsführern (bzw dem Vorstand³⁷⁹). Ihnen kann aber die Generalversammlung bindende Weisungen erteilen; iZm Kontrollaufgaben und auf Grund gesellschaftsvertraglicher Ermächtigung auch (so vorhanden) der Aufsichtsrat (§ 20 GmbHG). Soweit ein Gesellschafter in der Lage ist, die Generalversammlung zu dominieren, ist es ihm also auch möglich, auf die Geschäftsführung entsprechend einzuwirken. Insb können die Gesellschafter **jede Geschäftsführungsangelegenheit initiativ aufgreifen**.³⁸⁰ Der Geschäftsführung kommt also kein Verwaltungsmonopol zu, wie es der Vorstand der AG hat, sondern eine wesentlich schwächere Position.³⁸¹ Was bleibt, ist das Vertretungsrecht der Geschäftsführer, dh das Handeln für die Gesellschaft im Außenverhältnis, mag es auch fremdbestimmt sein.

1.325

Beherrschungsverträge zwischen der GmbH und dem Rechtsträger des herrschenden Unternehmens erübrigen sich demnach insofern, als es möglich ist, die Geschäftsführung direkt über die Generalversammlung zu steuern. Dominiert der herrschende Unternehmer auf Grund entsprechender Beteiligung als Mehrheitsgesellschafter die Generalversammlung, dirigiert er die Geschäftsführung der beherrschten GmbH über **Weisungen der Generalversammlung** und braucht kein gesondertes beherrschungsvertragliches Weisungsrecht.³⁸²

1.326

Damit ist allerdings nicht gesagt, dass der Mehrheitsgesellschafter der GmbH eine schrankenlose Konzernherrschaft etablieren kann. Denn der Mehrheitsgesellschafter muss wie andere auch den gesetzlich gebotenen **Bestands-, Minderheiten- und Gläubigerschutz** beachten. Darauf muss hier nicht nochmals eingegangen werden. Gesetz-, sit-

1.327

375 OGH 4 Ob 544/90 RdW 1991, 76; RIS-Justiz RS0059980; U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 20 Rz 21; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 20 Rz 9; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 20 Rz 31 ff; Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG § 20 Rz 25 ff; Kalss, ZVglRWiss 2014, 291 (303).

376 Beschränkung der Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers auf wichtige Gründe; Sonderrecht auf Geschäftsführung; erhöhte Beschlussquoten.

377 Ausf Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 250 ff.

378 Kalss, ZVglRWiss 2014, 291 (303 f); Kalss/Probst, Familienunternehmen Rz 8/47; U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 115 Rz 25.

379 Vgl Überschrift zu § 15 ff GmbHG.

380 OGH 18. 12. 2003, 6 Ob 291/03 t; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 20 Rz 9; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 20 Rz 30; Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG § 20 Rz 25.

381 Krejci, GA 10. ÖJT 384.

382 Krejci, GA 10. ÖJT 384.

Treupflicht, die auch den Mehrheitsgesellschafter trifft.³⁵⁸ Für deren Ausmaß ist es von entscheidender Bedeutung, ob eine Fixierung auf die Förderung von Konzerninteressen in der Satzung der abhängigen Gesellschaft verankert wurde. Weiters kommt dem allgemeinen gesellschaftsrechtlichen **Gleichbehandlungsgebot**,³⁵⁹ welches insb im UGB, AktG und VerG ausdrücklich verankert ist, tragende Bedeutung zu.

Zur näheren Erörterung der Leitung und Überwachung im (insb faktischen) Konzern und zum im Detail komplexen Zusammenwirken der Organe von herrschenden und abhängigen Gesellschaften wird auf den umfassenden Beitrag von *Schima/Arlt* verwiesen. Zu speziellen **Haftungsfragen** im Konzern, insb den Voraussetzungen einer ausnahmsweisen **Durchgriffshaftung** oder einer sog **Konzernvertrauenshaftung**, vgl den Beitrag von *Eckert/U. Schmidt*. Zu besonderen Pflichten in der Krise der Gesellschaft verweisen wir auf den Beitrag von *Schopper*.

1.313

B. Aus der Sicht der abhängigen Aktiengesellschaft

Der Gesetzgeber geht bekanntlich vom Leitbild der unabhängigen Publikumsgesellschaft mit hohem Streubesitz aus, mag dieser auch idR keineswegs der Realität entsprechen. Konsequenz ist die bereits im Aktiengesetz 1937 vollzogene weitgehende Entmachtung der Hauptversammlung und die **Machtkonzentration beim Vorstand**.³⁶⁰ Dieser ist, wie nach einhelliger Meinung aus § 70 AktG abgeleitet wird, weisungsfrei und unabhängig³⁶¹ und dabei vorrangig dem **Unternehmenswohl** (Unternehmensinteresse) verpflichtet, das keineswegs mit dem Konzerninteresse ident ist. Weder die Hauptversammlung noch der Aufsichtsrat kann dem Vorstand der AG bindende Weisungen erteilen. Auch die Zustimmungsrechte des Aufsichtsrats gem § 95 Abs 5 AktG sind kein Ersatz für Weisungen, da sie lediglich eine Verhinderungs-, aber keine positive Durchsetzungsmöglichkeit einräumen. Allerdings ist zu beachten, dass dem Aufsichtsrat zumindest die Kompetenz-Kompetenz zukommt, dh er hat die Möglichkeit, den Kreis der zustimmungspflichtigen Geschäfte zu erweitern. Dies ergibt sich aus § 95 Abs 5 letzter Satz AktG, wonach der Aufsichtsrat selbst anordnen kann, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zu-

1.314

358 Monographisch *U. Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern; zur AG *Doralt/Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 47 a Rz 26 ff; *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 102 Rz 20; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/135 ff.

359 *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften Rz 255 f; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 202 ff; ausf *Verse*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften.

360 Die Einführung dieses gesellschaftsrechtlichen „Führerprinzips“ hatte 1937 allerdings auch politische Gründe; das beim Vorstand konzentrierte Geschäftsführungsmonopol nahm den Organwaltern die Möglichkeit, sich gegenüber politischem Druck mit dem Hinweis zur Wehr zu setzen, der Vorstand habe sich am Willen der Aktionäre zu orientieren. Dessen ungeachtet hat das auch nach dem Ende des 2. Weltkrieges beibehaltene Geschäftsführungsmonopol des AG-Vorstands den Vorteil höherer Effizienz vor allem bei Publikumsgesellschaften mit einer eher behäbigen Hauptversammlungorganisation.

361 *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 AktG Rz 10; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 70 Rz 6; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/317; *dieselbe* in *MünchKomm AktG*⁴ § 76 Rz 123; *Kalss*, ZVglRWiss 2014, 291 (294, 298); *Doralt/Diregger* in *MünchKomm AktG*⁴ Ö-Konzernrecht Rz 45; OGH 2 Ob 356/74 SZ 48/79; 24. 4. 1996, 9 ObA 2003/96 s SZ 69/103; 28. 9. 2007, 9 ObA 28/07 v.