

ULRICH NOACK

Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften

Tübinger

Rechtswissenschaftliche Abhandlungen

78

Mohr Siebeck

TÜBINGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

Herausgegeben von
Mitgliedern der Juristischen Fakultät
der Universität Tübingen

Band 78

Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften

von

Ulrich Noack



J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

Die Deutsche Bibliothek - CIP-Einheitsaufnahme

Noack, Ulrich:

Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften / von Ulrich Noack. –
Tübingen: Mohr, 1994

(Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen; Bd. 78)

ISBN 3-16-146323-4

NE: GT

eISBN 978-3-16-169373-1 unveränderte eBook-Ausgabe 2025

© 1994 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Typographic in Tübingen aus der Bembo belichtet, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0082-6731

Vorwort

Die Arbeit beschäftigt sich mit der Erforschung einer terra incognita im Verbandsrecht. Dort bildet die Satzung für die Aktiengesellschaft und für die GmbH ein festes Fundament. Aber die Mitglieder dieser Gesellschaften haben noch weitere Interessen, deren verbindliche Festlegung in der Satzung von Rechts wegen nicht möglich oder den Betroffenen nicht opportun erscheint. Daher weichen sie auf sog. Nebenverträge aus, die insbesondere die Ausübung der Stimmrechte oder Leistungen an die Gesellschaft sowie Abmachungen über die Zusammensetzung des Mitgliederkreises enthalten. Das Zusammenspiel dieser Abreden mit der gesetzlichen und statutarischen Verbandsordnung ist das Thema der hier vorliegenden Untersuchung. Sie wurde im Sommersemester 1993 der Juristischen Fakultät an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen als Habilitationsschrift eingereicht und befindet sich jetzt auf dem Stand vom März 1994.

Mein herzlicher Dank gilt meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Wolfgang Zöllner, der mahnend zur Konzentration auf das Wesentliche das Gelingen des Werkes entscheidend gefördert hat. Herrn Professor Dr. Harm Peter Westermann bin ich sehr verbunden für die Hinweise in seinem Zweitvotum zu dieser Arbeit.

Tübingen/Düsseldorf, im Mai 1994

Ulrich Noack

Inhaltsübersicht

§ 1	Einleitende Vorbemerkungen	1
-----	----------------------------------	---

Teil 1

Rechtspraxis der Gesellschaftervereinbarungen

§ 2	Regelungsgegenstände und Funktionen von Gesellschaftervereinbarungen	13
§ 3	Arten und Erscheinungsformen von Gesellschaftervereinbarungen	32
§ 4	Rechtsformen von Gesellschaftervereinbarungen	47

Teil 2

Gesellschaftervereinbarungen und Verbandsordnung

1. Abschnitt: Einheit und Hierarchie der Regelungsebenen im Verband	61
§ 5 Trennung und Verbindung der Regelungsebenen	61
§ 6 Horizontale Verbandsordnung durch Satzung und Gesellschaftervereinbarungen	101
§ 7 Verhältnis der Regelungsebenen	119
§ 8 Stimmbindung und Beschlußmängel	144
§ 9 Rechtsnachfolge bei Gesellschaftervereinbarungen	170
2. Abschnitt: Organisierte Gesellschafterverbindungen	191
§ 10 Struktur und Innenverhältnis des Gesellschafterkonsortiums	191
§ 11 Konsortium und Hauptgesellschaft	240
3. Abschnitt: Probleme typischer Regelungsgegenstände	271
§ 12 Wahlen in Gesellschaftsorgane	271
§ 13 Erwerbsvorrechte an Gesellschaftsanteilen	281
§ 14 Vereinbarungen aus Anlaß der Gründung und der Auflösung der Gesellschaft	298
§ 15 Finanzierung; Gewinnverteilung; Wettbewerb; Geschäftspolitik ...	311

Inhaltsverzeichnis

§ 1	<i>Einleitende Vorbemerkungen</i>	1
	I. Forschungsstand	4
	II. Untersuchungsaufgabe und Untersuchungsgegenstand	5

Teil 1

Rechtspraxis der Gesellschaftervereinbarungen

§ 2	<i>Regelungsgegenstände und Funktionen von Gesellschaftervereinbarungen</i>	13
A.	Regelungsgegenstände in Gesellschaftervereinbarungen	13
	I. Ausübung von Mitgliedschaftsrechten	13
	1. Verwaltungsrechte	13
	2. Vermögensrechte	14
	II. Vereinbarungen über die Mitgliedschaft	15
	1. Arten	15
	2. Verfahren	16
	III. Abreden über Beziehungen zu der Gesellschaft	17
	1. Finanzierung	17
	2. Geschäftspolitik	18
B.	Zweck und Einsatzbereiche von Gesellschaftervereinbarungen	18
	I. Einflußnahme auf die Gesellschaft	19
	1. Einflußnehmende Gesellschaftervereinbarung	19
	2. Einflußwahrende Gesellschaftervereinbarungen	21
	3. Besondere Lagen für Gesellschaftervereinbarungen	21
	a) Machterhalt trotz Öffnung	21
	b) Take over	22
	c) Aufnahme eines starken Partners	23
	d) Mittelbare Unternehmensbeteiligung	24
	II. Organisation des Gesellschafterkreises	24
	1. Zusammensetzung	24
	2. Strukturierung	25

III. Ordnung der Gesellschaftsstrukturen und -beziehungen	27
1. Förderung des Unternehmens	27
2. Aufrechterhaltung der Binnenordnung bei Umstrukturierung von Unternehmen	27
3. Konzernverbindungen	28
4. Unternehmerische Verbindungen	30
a) GmbH & Co KG	31
b) Betriebsaufspaltung	31
 § 3 Arten und Erscheinungsformen von Gesellschaftervereinbarungen ...	32
A. Einteilung der Gesellschaftervereinbarungen	32
I. Zuordnung der Anteile	32
II. Beteiligte Personen	33
1. Omnilaterale Vereinbarungen	33
2. Gesellschafterfraktion	33
3. Dritte	33
III. Intensität der Bindung	34
1. Umfang	34
2. Dauer	35
3. Rechtliche Verbindlichkeit	35
B. Vorkommen und Erscheinungsformen von Gesellschafter- vereinbarungen	37
I. Vorkommen bei den einzelnen Verbandsformen	37
1. Aktiengesellschaft	37
2. GmbH	38
3. Personengesellschaften	39
4. Verein und Genossenschaft	40
II. Besondere Erscheinungsformen	40
1. Schutzgemeinschaften	41
2. Joint Ventures, Gemeinschaftsunternehmen, Projektgesellschaften; Doppelgesellschaften	41
3. Aktionärsvereinigungen	43
4. Verwaltungskonsortien	44
5. Strategische Allianzen; Verbindungen institutioneller Anleger	45

§ 4 Rechtsformen von Gesellschaftervereinbarungen	47
A. Gesellschaftsrechtliche Abreden	47
I. Personengesellschaften	47
1. BGB-Gesellschaft	47
a) Gemeinsamer Zweck	48
b) Besonderer Gesellschaftstyp des Konsortiums?	49
2. Personenhandelsgesellschaften	51
II. GmbH	52
1. Praxis	52
2. Konsortialbindung als Nebenleistungspflicht	53
III. Verein	54
1. Praxis	54
a) Konsortialvereine	54
b) Holding- und Anlegervereine	55
2. Holdingvereine als wirtschaftliche Vereine?	56
IV. Aktiengesellschaft	57
B. Individualrechtliche Abreden.....	58

Teil 2

Gesellschaftervereinbarungen und Verbandsordnung

1. Abschnitt: Einheit und Hierarchie der Regelungsebenen im Verband	61
§ 5 Trennung und Verbindung der Regelungsebenen	61
A. Korporative und andere Rechtsverhältnisse im Verband	61
I. Unterschiede zwischen Satzung und Gesellschaftervereinbarung	61
II. Ebenentrennung in der Satzung	63
III. Gründe für die Trennung	64
B. Vereinbarungen über die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten	65
I. Rechtsgrund und Einteilung der Mitgliedschaftsrechte	65
II. Stimmbindungsvereinbarungen	66
1. Zulässigkeit	66
2. Erzwingbarkeit durch Leistungsklage und Vollstreckung	68
a) Entwicklung und Stand der Rechtsprechung	68
b) Pro und contra Vollstreckbarkeit	71
c) Vollstreckungswege	73
3. Bedeutung der Rechtsentwicklung	74

C.	Verbindungen aufgrund der Satzung	75
I.	Vertreterklausel	75
1.	Zweck und Zulässigkeit	75
2.	Rechtsverhältnis der vertretenen Gesellschafter	75
II.	Nebenleistungen	78
1.	Bestimmtheit der statutarischen Anordnung	78
2.	Verweis auf Gesellschafterabreden	79
D.	Auslegung von Gesellschaftervereinbarungen und Satzungen	80
I.	Gesellschaftervereinbarung beeinflusst Satzung	80
1.	Praxis der Rechtsprechung	80
2.	Gründe und Reichweite der objektiven Auslegung	82
a)	Normenauslegung als Maßstab?	82
b)	Interessenschutz	83
c)	Form	83
3.	Fazit	84
II.	Auslegung der Gesellschaftervereinbarungen	84
1.	Geltung der allgemeinen Regeln	84
2.	Einfluß der statutarischen Ordnung	85
III.	Bedeutung der Auslegung für die Verbindung von Satzung und Gesellschaftervereinbarung	87
E.	Gesellschaftervereinbarungen und konzernrechtlicher Abhängigkeitstatbestand	87
I.	Begründung von Abhängigkeit	88
1.	Erwerbsvorrechte	88
a)	Vermutung der Abhängigkeit durch Zuordnung gem. § 16 I, IV AktG?	88
b)	Abhängigkeitsauslösende Vorwirkung der Erwerbsvorrechte? ...	89
2.	Stimmrechte	91
a)	Anwendung von § 16 AktG	91
b)	Abhängigkeit gem. § 17 I AktG	92
II.	Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung	95
III.	Resümee	97
F.	Verstoß gegen Gesellschaftervereinbarung bei Entscheidungen auf korporativer Ebene	97

§ 6 <i>Horizontale Verbandsordnung durch Satzung und Gesellschaftervereinbarungen</i>	101
A. Satzung als Grundlage der Verbandsordnung	102
I. Regelungsbereiche der Satzung	102
1. Organisationsgrundlagen	102
2. Gestaltung der Mitgliedschaft	103
3. Regelung des Rechtsverhältnisses unter den Gesellschaftern ..	104
II. Satzung als besondere Gesellschaftervereinbarung	105
III. Rechtsnatur	106
B. Verbandsordnung im weiteren Sinne	107
I. Korporative Regelungselemente im Verband	107
1. Beschluß und Nebenordnung	108
2. Unternehmensvertrag	110
3. Zwischenresultat und Abgrenzung	111
II. Gesellschaftervereinbarungen als Bestandteil der horizontalen Verbandsordnung	113
1. Grundsätzliche Zulässigkeit und Bewertung von Gesellschaftervereinbarungen	113
2. Einordnung	116
§ 7 <i>Verhältnis der Regelungsebenen</i>	119
A. Inbezugnahme von Gesellschaftervereinbarungen durch die Satzung	119
B. Verdrängende Konkurrenz: Abweichung in Gesellschaftervereinbarungen von Regelungen in Gesetz und Satzung	122
I. Abweichung von zwingenden Normen	123
1. Untersagung jeglicher Abweichung	123
2. Untersagung statutarischer Abweichung	124
a) Abreden über Nichtausübung unentziehbarer Mitgliedschaftsrechte	125
b) Zusatzpflichten für Aktionäre	127
II. Abweichung von dispositiven Gesetzesbestimmungen	128
1. Verbot anderweitiger Regelung; Formwidrigkeit	128
2. Exklusive Regelung »im Gesellschaftsvertrag«?	129
III. Abweichungen von der Satzung	132
1. Fraktionsabsprachen über Mitgliedschaftsverhältnis	133
a) Höchststimmrechtsbeschränkungen und Stimmbindung	133
b) Vinkulierungsklauseln und Stimmbindung	136

2. Gesellschaftsorganisation	139
a) Korporative Verbindlichkeit als satzungsdurchbrechender Beschluß	140
b) Innergesellschaftliche Bindung	142
 § 8 <i>Stimmbindung und Beschlußmängel</i>	144
A. Schranken der Stimmbindung	144
I. Nichtigkeit aufgrund bürgerlich-rechtlicher Tatbestände	144
II. Nichtigkeit wegen Verstoß gegen die korporative Regelungsebene?	146
III. Abspaltungsverbot	149
B. Folgen unwirksamer Stimmbindung	151
I. Nichtigkeit der Stimmrechtsausübung auf Grund unwirksamer Vereinbarung?	152
1. Meinungsstand	152
2. Unterscheidung nach dem Nichtigkeitsgrund	153
3. Nichtigkeit auf Grund Anfechtung der Stimmabgabe	155
II. Haftung bei gebundener Stimmrechtsausübung	155
C. Direktwirkung bei Beschlüssen	156
I. Kritik an der BGH-Rechtsprechung	157
1. Prozeßökonomie	157
2. Unzulässige Vermengung von Satzungs- und Schuldrecht? ...	158
3. Diskrepanz zur Rechtsentwicklung im GmbH-Konzern- recht?	158
4. Auslegung	159
5. Satzungsdurchbrechung	159
II. Partielle Zustimmung in der Literatur	160
1. Anfechtungsdurchgriff im Einzelfall	160
2. Satzungsauslegung und Treupflicht	161
III. Stellungnahme	162
1. Lücke im GmbH-Gesetz	162
2. Verbindlichkeit von omnilateralen Gesellschafterabreden ...	163
3. Nicht omnilaterale Vereinbarungen	167
4. Geltung auch für Aktiengesellschaft?	168

§ 9 Rechtsnachfolge bei Gesellschaftervereinbarungen	170
A. Einzelrechtsnachfolge bei der Hauptgesellschaft und Auswirkung auf Gesellschaftervereinbarungen	170
I. Übergang der Bindungen aus einer Gesellschaftervereinbarung	171
1. Kein anteilsakzessorischer Übergang	171
2. Möglichkeiten rechtsgeschäftlicher Überleitung	172
a) Schuldübernahme und Schuldbeitritt	173
b) Vertragsübernahme	174
3. Vertragliche Gestaltung der Nachfolgefrage	174
a) „Eintrittsklauseln“ in der Gesellschaftervereinbarung	174
b) Statutarisches Genehmigungserfordernis	175
c) Akzessorietät durch Satzungsanordnung	175
4. Übergang unechter Satzungsbestandteile	176
5. Folgen unterbliebener Weitergabe der Bindung aus der Gesellschaftervereinbarung	177
II. Nachfolge bei gesellschaftsrechtlich organisierten Verbindungen	180
1. BGB-Gesellschaften ohne Gesamthandsvermögen	180
a) Übertragung der Gesellschafterstellung	181
b) Folgen des Ausscheidens aus der Hauptgesellschaft für die Mitgliedschaft in der Konsortialgesellschaft	181
2. Konsortial-GmbH; Verein	182
3. Beteiligungsgesellschaften	184
B. Vererbung der Anteile an der Hauptgesellschaft	184
I. BGB-Innengesellschaft	184
1. Fortsetzungs- und Nachfolgeklauseln	184
2. Mehrere Erben	185
3. Konsortialbindung auch der »freien« Aktien ?	187
II. BGB-Gesellschaft als Beteiligungsgesellschaft	188
III. Konsortial-GmbH	188
IV. Gesellschafts- und erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten	190
 2. Abschnitt: Organisierte Gesellschafterverbindungen	191
§ 10 Struktur und Innenverhältnis des Gesellschafterkonsortiums	191
A. Beteiligungsgesellschaften	192
I. Struktur und Funktion	192

II.	BGB-Gesellschaft als Rechtsform einer Beteiligungs-	
	gesellschaft	193
1.	Beteiligungsfähigkeit	193
2.	Haftung	194
3.	Einzelheiten der Anteilsübertragung	195
a)	Aktien	195
b)	GmbH-Geschäftsanteile	196
B.	Probleme des Zustandekommens und der Wirksamkeit von	
	Konsortialverträgen	197
I.	Formerfordernisse	197
II.	Nichtigkeit einzelner Bestimmungen in Konsortialverträgen ...	200
1.	Grundsätzlich keine Gesamtnichtigkeit	200
2.	Konsortium und Grundsätze über die fehlerhafte	
	Gesellschaft	201
III.	Nichtigkeit wegen unzulässiger Beteiligung von Vorstands-	
	oder Aufsichtsratsmitgliedern	202
1.	Weisung durch Beschluß	202
2.	Art der Beteiligung	203
3.	Sonderfall: Auflösung von Patt-Situationen	204
C.	Entscheidungsfindung und Vertragsänderung bei Konsortial-	
	gesellschaften	205
I.	Verfahren der Beschlußfassung im Konsortium	206
1.	Mehrheitsentscheidungen im Konsortium	206
2.	Gleiche Abstimmungsquoten wie in der Hauptgesellschaft? .	207
II.	Materielle Wirksamkeit von Konsortialbeschlüssen	209
III.	Anpassung des Konsortialvertrags wegen veränderter	
	Umstände	211
D.	Verhältnis gebundene und freie Anteile	213
I.	Vertragsgestaltung	213
II.	Auswirkung auf Stimmquoten	214
III.	Treupflicht zur Abstimmung mit freien Anteilen	
	entsprechend den Konsortialentscheidungen?	215
E.	Sicherung bindungsgemäßen Verhaltens	216
I.	Hinterlegung	216
1.	Aktien	216
2.	GmbH-Geschäftsanteile	218

II. Vertragsstrafe	219
1. Vorkommen und Problematik der Vertragsstrafe	219
2. Einzelfragen	220
III. Vereinsstrafe	222
IV. Unwiderrufliche Bevollmächtigung der Konsortialführung?	222
V. Auslösung eines Erwerbsrechts	223
F. Vereinbarung eines Schiedsgerichts	223
I. Bedeutung von Schiedsgerichtsvereinbarungen	223
II. Vereinbarung von Schiedsklauseln in Konsortialverträgen	224
1. Personengesellschaftsverträge	224
2. GmbH-Gesellschaftsvertrag; AG- und Vereinssatzung	225
III. Schiedsfähigkeit von Beschlußmängelklagen	225
1. Personengesellschaft; Aktiengesellschaft	225
2. GmbH	226
a) Neuorientierung im Beschlußmängelrecht und Konsequenzen ..	226
b) Rechtsgrundlage einer Schiedsgerichtsvereinbarung	228
G. Beendigung des Konsortiums	228
I. Vereinbarungen über die Dauer des Konsortiums	229
II. Kündigung und Austritt aus dem Konsortium	230
1. Ausschluß der ordentlichen Kündigung bei befristeten Gesellschaften	230
a) Gesellschaft auf bestimmte Zeit	230
b) Gesellschaft mit »überlanger« Vertragsdauer	233
2. Gesellschaft auf unbestimmte Zeit und befristeter Ausschluß der ordentlichen Kündigung	234
3. Kündigung aus wichtigem Grund	234
4. Abfindung	235
5. Folgen des Ausscheidens für die Mitgliedschaft in der Hauptgesellschaft	236
III. Auflösung wegen Unmöglichwerden des Gesellschaftszwecks ..	238
 § 11 Konsortium und Hauptgesellschaft	240
A. Konsortialbildung und nichtbeteiligte Personen	240
I. Schutz der nichtbeteiligten Gesellschafter	242
1. Gesellschaftsrechtliche Hindernisse für organisierte Gesellschafterverbindungen	243

2. Rechtsbehelfe bei unzulässiger Konsortialbildung	245
a) Feststellungsklage	245
b) Anfechtungs- und Beschlußmängelklage	247
c) Austritt; Ausschluß	247
d) Partizipation	248
II. Publizität	249
1. Gesellschaftsrechtliche Auskunftsansprüche	250
a) Ansprüche der Gesellschaft	250
b) Ansprüche der Gesellschafter	251
2. Konzernrechtliche Mitteilungspflichten	252
a) Mitteilungspflicht des Konsortiums	252
b) Mitteilungspflichten der Konsorten	252
c) Bestehen von Übertragungsansprüchen	253
B. Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch das Konsortium bzw. durch die Konsorten	254
I. Vertretung bei der Ausübung des Stimmrechts	255
1. Konsortien ohne Gesamthandsvermögen an den Anteilen ...	255
2. Beteiligungsgesellschaft	256
a) Beteiligung an einer Aktiengesellschaft	256
b) Beteiligung an einer GmbH	257
c) Teilnahme mehrerer Vertreter an Versammlung der Hauptgesellschaft	257
II. Stimmverbot	257
III. Uneinheitliche Stimmabgabe bei Stimmbindung	259
1. Mehrere Geschäftsanteile	259
2. Ein Geschäftsanteil	260
C. Konsortium und vinkulierte Anteile bei der Hauptgesellschaft	261
D. Konzernrechtliche Fragen	262
I. Konsortium als Unternehmen	262
1. Unternehmensbegriff im Konzernrecht	262
2. Unternehmensfähigkeit des BGB-Gesellschafts- Konsortiums	264
3. Konsortium ohne Anteilsinhaberschaft	264
4. Konsortium mit Anteilsinhaberschaft	265
a) Beteiligung an einer Gesellschaft	265
b) Beteiligung an mehreren Gesellschaften	266
5. Unternehmenseigenschaft der Privatgesellschafter durch Beteiligung an einem unternehmerischen Konsortium?	267
II. Unternehmensverträge mit Konsortien	267

<i>3. Abschnitt: Probleme typischer Regelungsgegenstände in Gesellschaftervereinbarungen</i>	271
<i>§ 12 Wahlen in Gesellschaftsorgane</i>	271
A. Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern bei der GmbH ..	272
I. Gesellschaftsvertragliche Regelungen	272
II. Allgemeine Gesellschaftervereinbarungen	275
B. Aktionärsvereinbarungen über Wahl und Einwirkung auf den Aufsichtsrat	275
I. Regelung in der Satzung der AG	278
II. Vereinbarung über Wahl der Aufsichtsräte	278
III. Vereinbarungen über Einwirkung auf Aufsichtsräte	279
<i>§ 13 Erwerbsvorrechte an Gesellschaftsanteilen</i>	281
A. Statutarische und nichtstatutarische Erwerbsregelungen	282
I. Erwerbsvorrechte an Aktien	282
1. Regelung in der AG-Satzung	282
2. Erwerbsvorrechte in Aktionärsvereinbarungen	283
II. Erwerbsvorrechte an GmbH-Geschäftsanteilen	284
1. Regelung im Gesellschaftsvertrag	284
2. Erwerbsvorrechte in Gesellschaftervereinbarungen bei der GmbH	286
a) Form	286
b) Vertrag zugunsten der Gesellschaft	289
c) Geteilter Erwerb mehrerer Gesellschafter	290
d) Verbindung von Vinkulierung und Vorkaufsrechten	290
B. Vorkaufsrecht und Konsortialbindung	291
I. Privilegierung der gesetzlichen Erben	292
II. Vorkaufsfall bei fehlender Weiterleitung der Konsortialbindungen?	293
III. Kein Vorkaufsfall bei weitergegebener Vorkaufsverpflichtung ..	296

§ 14 Vereinbarungen aus Anlaß der Gründung und der Auflösung der Gesellschaft	298
A. Gründervereinbarungen und Errichtung der Gesellschaft	298
I. Rechtsnatur	299
II. Formproblematik	299
1. Formbedürftigkeit der Abreden, die auf die Gründung ausgerichtet sind	299
2. Formfreie Abreden anläßlich der Gründung	300
III. Gründervereinbarungen und Vorgründungsgesellschaft	301
1. Errichtung der (Vor)gesellschaft und Weiterwirken der Gründervereinbarungen	301
2. Gescheiterte Gründung der Kapitalgesellschaft	302
IV. Vereinbarungen über Sachleistungen	303
1. Rechtsnatur der Sacheinlagevereinbarungen	303
2. Sachleistungsvereinbarung in Gründerabrede	304
3. Gesellschaftsrechtliche Rechtslage nach Eintragung der Gesellschaft	304
4. Rechtslage vor Eintragung der Gesellschaft	305
a) Anpassungspflicht der Gründungsgesellschafter	305
b) Nichtaufnahme der Sachleistungsabrede in das Statut	306
5. Reparaturmöglichkeiten bei verdeckter Sacheinlage	306
a) Nachträgliche entgeltliche Erbringung der Sachleistung	307
b) Sachleistung ohne Entgelt der Gesellschaft	309
B. Liquidation	309
§ 15 Finanzierung; Gewinnverteilung; Wettbewerb; Geschäftspolitik	311
A. Finanzierung	311
I. Statutarische Finanzierungsbestimmungen	311
1. Nebenleistung	311
2. Nachschuß; Verlustausgleich bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen	313
II. Außerstatutarische Finanzierungsabreden	313
1. Abgrenzung zu korporativen Nebenleistungen bei GmbH ..	313
2. Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen	314
III. Gesellschafterregelungen über Verlusttragung	316
1. Zulässigkeit außergesellschaftsvertraglicher Verlustausgleichsabreden	316
2. Auslegung von Abreden über Verlusttragung	317
3. Abgrenzung zu korporativen Nachschußpflichten	318

IV. Abreden bei Kapitalerhöhung und -herabsetzung	319
1. Vereinbarung künftiger Kapitalerhöhungen	319
2. Unterlassung von Kapitalerhöhungen	321
3. Formbedürftigkeit von Übernahmeverpflichtungen und der Zusage weiterer Leistungen des Übernehmers anlässlich der Kapitalerhöhung	321
4. Sanierende Kapitalherabsetzung	323
B. Gewinnverteilung	324
I. Statutarische Regelungen	324
II. Gesellschafterabreden	324
1. Zulässigkeit und Wirkung	324
2. Probleme der Abtretung des Gewinnauszahlungsanspruchs ..	325
C. Unterlassung von Wettbewerb	326
I. Wettbewerbsverbote in Gesellschaftsverträgen und aufgrund Treubindung bei GmbH	326
II. Wettbewerbsverbote in Gesellschafterabreden	328
III. Weiterwirkung eines Wettbewerbsverbots nach Ausscheiden aus der Gesellschaft	328
IV. Wettbewerbsverbote im Aktienrecht	329
D. Abreden über Geschäftspolitik	330
I. Absprachen bei AG	330
II. Absprachen bei der GmbH	331
Anhang	333
Literaturverzeichnis	349
Sachregister	372

§ 1

Einleitende Vorbemerkungen

Die Untersuchung befaßt sich mit Vereinbarungen, die Gesellschafter von Kapitalgesellschaften mit Bezug auf ihren Verband treffen und fragt nach dem Verhältnis dieser Abreden zu der gesetzlichen und statutarischen Verbandsordnung. In der Praxis der Kapitalgesellschaften sind solche Verabredungen häufig anzutreffen. Sie betreffen die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte und die Gesellschaftsstruktur. Das in der Satzung Geregelte wird ergänzt oder modifiziert. Die folgenden der Wirtschaftspraxis entnommenen Beispiele illustrieren typische Sachverhalte.

Fall 1: »Dinkelacker«

Die beiden Großaktionäre der *Dinkelacker-Brauerei-AG* in Stuttgart schlossen im Jahr 1971 einen sogenannten *Pool-Vertrag*. Danach haben sich die Parteien auf die gemeinsame Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung zu einigen, notfalls unter Einschaltung einer Vermittlungskommission; neuer Aktienbesitz ist zu gleichen Teilen zu erwerben; für den Fall des Aktienverkaufs an Dritte ist ein Vorkaufsrecht vereinbart, das sich aber nicht auf einen Verkauf erstrecken soll, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt. – Der Beklagte verkaufte und übereignete Aktien, die zusammen 22 % des Grundkapitals ausmachen, an seine drei Söhne, stundete den am Börsenkurs orientierten Kaufpreis auf den Todesfall und setzte die Käufer zu seinen Erben ein. Der Kläger sieht in den Aktienverkäufen Vorkaufsfälle, weil die Söhne nicht an den Pool-Vertrag gebunden wurden¹.

Fall 2: »Daimler-Benz-AG / Dornier-Familie«

Mitte der achtziger Jahre übernahm die frühere *Daimler-Benz AG* (insoweit jetzt die Tochtergesellschaft *DASA AG*) eine Mehrheitsbeteiligung bei der *Dornier-GmbH*. Diese Gesellschaft hatte sich vor allem als innovativer Flugzeughersteller einen Namen gemacht. Der Mehrheitsgesellschafter soll sich durch zwei Vertragswerke, die mit den Minderheitsgesellschaftern (*Dornier-Erben*) geschlossen wurden, erheblichen Bindungen unterworfen haben. Den *Dornier-Erben* sei zugesagt worden, daß die gewachsenen Strukturen der *Dornier-Gruppe* respektiert würden; bei Kapitalbedarf habe allein *Daimler (DASA)* eine Rücklagenzuführung vorzunehmen; besonders wichtigen unternehmerischen Entscheidungen müssten alle Gesellschafter zustimmen².

¹ BGH JZ 1987, 566.

² FAZ v. 26.9.1990; manager magazin Nr. 10/1990, S. 8, 10.

Fall 3: »Kerbnägel«

Die Gründer einer GmbH hatten untereinander formlos vereinbart, daß sich die Gesellschaft nicht an einem Konkurrenzunternehmen zu einer zwischen denselben Gesellschaftern bestehenden OHG beteiligen dürfe. Die heutigen Gesellschafter, die als Erben in diese Stellung gelangt waren, beschlossen mehrheitlich den Kauf eines 50%-Anteils an einem englischen Unternehmen, dessen Produktprogramm (Kerbnägel) mit demjenigen der OHG zum Teil übereinstimmte. Der in der Abstimmung unterlegene Kläger hält den Gesellschafterbeschuß für fehlerhaft, obwohl der Beschluß an sich von dem statutarisch festgelegten Unternehmensgegenstand gedeckt ist³.

Fall 4: »Burda«

Die Parteien, Brüder in der Unternehmerfamilie *Burda*, trafen 1986 eine »Grundsatzvereinbarung« mit dem Ziel einer Aufteilung ihrer Unternehmensgruppe. Sie waren u.a. an einer Kommanditgesellschaft beteiligt, die ihrerseits Kommanditistin der *Axel-Springer-KG*, der damaligen Alleinaktionärin der *Axel-Springer-Verlags-AG*, war. In der Vereinbarung räumten sich die Parteien gegenseitige Vorkaufsrechte »für die übernommenen Beteiligungen« ein. Ferner wurde ausgemacht, daß der Kläger seinen Rücktritt aus dem Aufsichtsrat der *Axel-Springer-Verlags-AG* erklären werde und die Beklagten als Geschäftsführer aus anderen *Burda*-Gesellschaften auszuscheiden haben. — Es kam zum Streit um ein Vorkaufsrecht an der sogenannten »Springer-Beteiligung«, die von der Kommanditgesellschaft, aus der der Kläger vereinbarungsgemäß ausgeschieden war, veräußert wurde⁴.

Fall 5: »SAT1 / Leo Kirch«

Gegen die der *Kirch*-Gruppe zuzurechnenden Gesellschafter bei der einen privaten Fernsehender betreibenden *SAT1-GmbH* wurde eine Ausschlußklage erhoben mit der Begründung, der Gesellschafter *Kirch* habe mit den Gesellschaftern *Holtzbrinck* und *Stolze* bereits vor der Gründung von *SAT1* ein abgestimmtes Verhalten vereinbart und dies den übrigen Gesellschaftern verschwiegen⁵.

Fall 6: »Conti / Pirelli«

Der Anfang der neunziger Jahre spektakulärste Fall von Aktionärsvereinbarungen war der »Kampf um *Continental*«⁶. Der italienische Reifenhersteller *Pirelli* wollte durch den Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung die industrielle Zusammenarbeit mit der deutschen *Continental-AG* erzwingen. Da bei der Zielgesellschaft ein Höchststimmrecht von fünf Prozent galt⁷, bildete *Pirelli* zusammen mit »befreundeten Unternehmen« einen Aktionspool, dessen Größe und Zusammensetzung jedoch im Dunkeln blieb⁸. Man habe mit

³ BGH NJW 1983, 1910.

⁴ OLG Karlsruhe WM 1990, 725.

⁵ FAZ v. 18.5.1990.

⁶ Titel einer zeitweiligen Rubrik der FAZ. Schilderung des Sachverhalts bei *Burgard AG* 1992, 41, 42 f.; *Theisen*, Konzern, S. 152.

⁷ Aufgehoben durch Hauptversammlungsbeschluß vom 13.3.1991; Handelsblatt v. 14.3.1991.

⁸ Vgl. die Mutmaßungen in der FAZ v. 12.10.1990, die Beteiligten gehörten zu dem als »gute Stube« (*salotto buono*) bekannten Kreis der norditalienischen Hochfinanz. Nähere Angaben aufgrund der außerordentlichen *Conti*-Hauptversammlung 1991 bei *Burgard AG* 1992, 41, 43 Fn. 28.

diesem Verbund die Mehrheit in Händen, wurde verlautbart; später bezifferte *Pirelli* sein *Conti*-Engagement bei Ausnutzung von Kaufoptionen auf rund 39 Prozent des gezeichneten Kapitals⁹. Zur Unterstützung des eine Kooperation mit *Pirelli* ablehnenden *Conti*-Vorstands bildete sich ein Abwehrpool (»white knight«), an dem namhafte deutsche Automobilunternehmen und Kreditinstitute unter Führung der *Deutschen Bank* beteiligt sein sollen¹⁰. Unter Berufung auf die Gleichbehandlung aller Aktionäre forderte ein über fünf Prozent verfügender Aktionär, über diesen Pool informiert zu werden und sich ggf. daran beteiligen zu können¹¹. Die Auseinandersetzungen unter diesen Aktionärsgruppen dauerten fast drei Jahre. Der Versammlungsleiter der a.o. Hauptversammlung vom 13.3.1991 weigerte sich, die Stimmen der mit *Pirelli* verbundenen Aktionäre mitzuzählen, weil mittels des Pools die statutarische Stimmrechtsbeschränkung umgangen würde¹². Auf der Hauptversammlung vom 3.7.1992 wurden Kaufoptionen *Pirellis* für ausreichend gehalten, den die Optionen einräumenden Aktionären das Stimmrecht zu versagen.

Fall 7: »Allianz / Dresdner Bank«

Die *Allianz* hält ca. 11% des Aktienkapitals an der *Dresdner Bank*. Das Bundeskartellamt ist der Ansicht, weitere 14% seien der *Allianz* zuzurechnen, weil diese Beteiligung von einer Gruppe befreundeter Unternehmen direkt oder indirekt gehalten werde. Für die Begründung dieser »Freundschaft« soll es ausreichen, wenn an diesen anderen Unternehmen Minderheitsbeteiligungen von 10% oder Vertretungen in den Aufsichtsräten bestehen. Angesichts der Präsenzverhältnisse habe im Ergebnis die *Allianz* eine Hauptversammlungsmehrheit¹³.

Die vorstehend geschilderten Fälle vermitteln einen Eindruck, wie variantenreich Gesellschaftervereinbarungen beschaffen sind und welchen Einfluß sie auf die Verhältnisse der Gesellschaft haben. Ihre Bedeutung dürfte angesichts des vor dem Hintergrund eines europäischen Binnenmarktes verstärkt betriebenen *corporate restructuring*¹⁴ eher zu- als abnehmen.

Obwohl diese Absprachen der Mitglieder untereinander vielfach dem Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung erst »Leben und Inhalt« vermitteln¹⁵, wird von ihnen zu Recht als von der »dunklen Seite des Mondes« gesprochen¹⁶. Das ist nicht verwunderlich, denn ein wichtiges Anliegen der Beteiligten ist die Geheimhaltung der Abkommen¹⁷, jedenfalls aber zu verhindern, daß vor staat-

⁹ FAZ v. 6.2.1992; HB v. 24.2.1992. *Pirelli* soll der unterstützenden Aktionärsgruppe Garantien für Kursverluste und Kosten im Falle des Scheiterns der Kooperation mit *Conti* gegeben haben.

¹⁰ FAZ v. 5.2.1991 und v. 22.5. 1992.

¹¹ *Alberto Vicari*; FAZ v. 1.3.1991.

¹² Hierzu LG Hannover AG 1992, 1239, 1243 ff.

¹³ Schilderung des Sachverhalts bei *Montag/Dohms* WuW 1993, 1, 10.

¹⁴ Dazu *Otto* AG 1991, 369 m.Nachw. in Fn. 3. Informationen zu An- und Verkäufen von Gesellschaftsanteilen finden sich regelmäßig im redaktionellen Teil der »Aktiengesellschaft« (AG-Report).

¹⁵ RGZ 112, 272, 277f.

¹⁶ *Forstmoser*, FS Schluep, 1988, S. 359, 369.

¹⁷ *Fromer* ZSR 1959, 731 f. vergleicht das Wissen um diese Abkommen mit demjenigen der *pontifices*, die am Anfang der römischen Rechtskultur ihre juristischen Erkenntnisse geheimhielten.

lichen Gerichten und damit in der Öffentlichkeit darüber gestritten wird. Die Gesellschaftervereinbarungen sollen vielmehr als ein unsichtbares Band wirken, das die Interessen der beteiligten Anteilseigner koordiniert, bündelt und daher durchsetzungsfähiger macht¹⁸. Solche Abkommen gibt es sowohl bei der kleinen Familiengesellschaft, bei Publikumsaktiengesellschaften und sogar bei konzernverbundenen Kapitalgesellschaften. Sie sind Produkte der Kautelarjurisprudenz, die berücksichtigen muß, wer die »faktische Rechtslage«¹⁹ im Gesellschaftsrecht kennen und beurteilen will. Die manchmal beklagte Kluft zwischen Rechtschein und Wirklichkeit im Aktienrecht²⁰ wird durch diese Verträge eher vergrößert.

I. Forschungsstand

Die wissenschaftliche Behandlung der Gesellschaftervereinbarungen ist angesichts ihrer Bedeutung in der Praxis der Handelsgesellschaften unzureichend. Die Aufmerksamkeit der Wissenschaft vom Gesellschaftsrecht galt von jeher mehr der durch Gesetz und Satzung geschaffenen Grundordnung des Verbands. Sie befaßte sich mit der Rechtsnatur und Regelungsreichweite der Satzung und dem dadurch geprägten Inhalt der Mitgliedschaft und der Organkompetenzen. Auch die Verbindung mehrerer Gesellschaften hat ein eigenes Rechtsgebiet innerhalb der Gesellschaftsrechtslehre, das Konzernrecht, hervorgebracht. Dagegen interessierten die durch Gesellschafterabsprachen innerhalb des Verbands erzeugten Substrukturen eher weniger. Ein Grund dafür ist gewiß in der nicht leichten Zugänglichkeit des rechtstatsächlichen Materials zu sehen²¹ und in dem Umstand, daß meist nur Ausschnitte des tatsächlichen Geschehens vor die Gerichte gelangen, sofern nicht eine schiedsrichterliche Erledigung auch dies verhindert.

Viel behandelt worden ist nur die *Stimmrechtsbindung*, die in der Tat die praktisch häufigste und wichtigste Art einer Gesellschaftervereinbarung darstellt. Ohne sie käme die wirtschaftsrechtliche Praxis nicht mehr aus, wird von erfahrener Seite bekundet²². *Flume* resümiert, die Stimmrechtsabkommen seien in der Praxis der Kapitalgesellschaften zu einer bewährten Institution geworden²³. Ebenfalls eine etwas ausführlichere literarische Behandlung haben die *Erwerbs-*

¹⁸ Dazu unten S. 18 ff.

¹⁹ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 79; zur Kautelarjurisprudenz im Gesellschaftsrecht *Flume*, Gesammelte Schriften, Bd. II, S. 349 ff.; *E. Reh binder* AcP 174, 265 ff.; *Crezelius* JZ 1990, 985, 989 f.; *H.P. Westermann / Pöllath*, Abberufung, S. 1 ff.

²⁰ *C.E. Fischer* AcP 154 (1955), 85.

²¹ *Sieveking / Technau* AG 1989, 18 formulieren nicht zu Unrecht, die Vereinbarungen würden sich einer tatsächlichen und damit auch rechtlichen Kontrolle weitgehend entziehen.

²² *Barz* GmbH R 1968, 100; neuerdings *Zutt* ZHR 155 (1991), 190.

²³ *Flume*, Juristische Person, S. 243.

vorrechte an Gesellschaftsanteilen erfahren, die häufig in Gesellschaftervereinbarungen festgelegt werden²⁴. Zu den *Konsortialvereinbarungen* oder Anteilsbindungsverträgen als Instrument der internen Gesellschaftsgestaltung äußern sich vor allem in der beratenden Praxis tätige Autoren²⁵, denen es darum geht, die Vorteile dieser Abkommen, insbesondere für Familiengesellschaften, herauszustellen. Ihr Maßstab ist dabei verständlicherweise der gegenwärtige Stand von Rechtsprechung und Literatur, der nicht grundsätzlich in Frage gestellt wird. Dieser Befund zeigt, daß die rechtliche Behandlung von außerstatutarischen Gesellschafterabreden weithin als ein Problem derjenigen angesehen wird, die sie schaffen, ein Zustand, der bei einer auf Geschlossenheit und Widerspruchsfreiheit achtenden Rechtsordnung Unbehagen erwecken muß²⁶.

Das Verhältnis von nicht im Statut bzw. nicht mit statutarischem Geltungsanspruch getroffenen Gesellschaftervereinbarungen zu der korporativen Verbandsverfassung wird als Grundsatzproblem kaum gesehen. Vielmehr werden die einzelnen Regelungsgegenstände isoliert untersucht. Das Interesse am organisierten Gesellschafterzusammenschluß, dem Konsortium, richtet sich überwiegend auf seine Instrumentierung und rechtstechnische Ausgestaltung. Soweit doch auf das soeben angesprochene Verhältnis eingegangen wird, trifft man auf die *Trennungsthese*. Sie besagt, daß es eine durch Gesetz und Satzung geprägte Verbandsordnung gibt, die jedenfalls bei juristischen Personen klar von den Verträgen der Mitglieder untereinander zu trennen ist. Letztere seien je nach Ausgestaltung als eigenständige gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen zu verstehen oder dem schuldrechtlichen Individualvertragsrecht zuzurechnen, nicht aber dem korporativen Reglement der Gesellschaft, auf die sich die Abreden beziehen. Die Rechtsprechung des BGH, der in zwei Urteilen einen Beschlußmangel in der Verletzung eines allseitigen, jedoch nichtstatutarischen GmbH-Gesellschafterabkommens sah²⁷, ist unter diesem Gesichtspunkt strenger Kritik unterzogen worden²⁸.

II. Untersuchungsaufgabe und Untersuchungsgegenstand

1. Damit steht die *Untersuchungsaufgabe* fest. Es geht darum, aufzuklären, welche rechtlichen Gestaltungsfaktoren die Verfassung eines privatrechtlichen Verbandes bestimmen, insbesondere welche Rolle dabei den Vereinbarungen der Mit-

²⁴ Henrich, S. 323 ff.; G. Hueck, 1. FS Larenz, 1973, S. 749 ff.; H.P. Westermann / Klingberg, FS Quack, 1991, S. 545 ff.

²⁵ Capelle BB 1954, 1076; Deumling DB 1964, 1689; D. Uhlenbruck DB 1967, 1927; Böttcher / Beinert / Hennerkes DB 1971, 1998; Schrötter NJW 1979, 2592. Vgl. aber auch J. Schröder ZGR 1978, 576 ff. zu einigen Spezialfragen des Gesellschafterkonsortiums.

²⁶ Eindringlich Martinek, S. 13, der vor einem oberflächlich-pragmatischen Rechtsdenken in der kautelarjuristischen Literatur zu den modernen Vertragstypen warnt.

²⁷ BGH NJW 1983, 1910; NJW 1987, 1890; oben Fall 3.

²⁸ Ulmer NJW 1987, 1849 ff.; M. Winter ZHR 154 (1990), 259 ff.

gliedern, die sie untereinander über verbandliche Angelegenheiten treffen, zukommt.

2. Das *Untersuchungsfeld* ist in zweierlei Richtung abgegrenzt. Einmal konzentriert sich die Arbeit auf die Verhältnisse bei den Kapitalgesellschaften AG und GmbH. Der Verein und die Genossenschaft werden gelegentlich, Personengesellschaften selten einbezogen. Diese Schwerpunktsetzung rechtfertigt sich daraus, daß bei den juristischen Personen die Grundordnung in Gestalt der Satzung besonderen Form- und Publizitätsanforderungen genügen muß und daher eine Diskrepanz zu dem in Gesellschaftervereinbarungen Geregelten naheliegt. Angesichts der praktischen Bedeutung ist des weiteren eine Konzentration auf die Handelsgesellschaften geboten.

Die zweite Begrenzung betrifft dasjenige, was unter einer »Gesellschaftervereinbarung« zu verstehen ist. Darunter werden hier in erster Linie Verträge der Gesellschafter untereinander begriffen, welche die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte, die Mitgliedschaft selbst oder die Regelung der Beziehungen zu der Gesellschaft bzw der Verhältnisse der Gesellschaft betreffen. Abkommen mit der Gesellschaft selbst oder mit Dritten sind nicht Gegenstand der Untersuchung; sie werden aber mitbehandelt, soweit daraus Erkenntnisse für den eigentlichen Gegenstand zu erwarten sind. Die zunächst sehr klare Grenzziehung wird dadurch relativiert, daß die sogenannten mittelbaren Gesellschafter einbezogen werden. Von einer mittelbaren Gesellschafterstellung ist im Grundsatz dann zu sprechen, wenn durch Treuhand oder Unterbeteiligung auf die Mitgliedschaft einwirkende Beziehungen zum formellen Inhaber bestehen und diese den übrigen Gesellschaftern offengelegt werden²⁹. Nur obligatorisch Beteiligte sind, auch wenn ihr Verhältnis zu der Gesellschaft »aktienähnlich« ausgestaltet ist³⁰, nicht als mittelbare Gesellschafter anzusprechen.

3. Zur *Terminologie* ist zu bemerken, daß insoweit eine unübersichtliche Begriffsvielfalt vorherrscht und es nur darum gehen kann, den zweckmäßigsten Begriff zu verwenden.

Bezeichnungen, wie Nebenabreden³¹ oder Sonderverträge³² werden vermieden, weil damit der unzutreffende Eindruck erweckt werden könnte, ihr Inhalt bestehe aus Nebensächlichem. Von gebundenen Anteilen zu sprechen wäre aus zwei Gründen nicht sinnvoll: zum einen ist der Inhaber, nicht der Anteil gebunden³³, zum anderen wurde dieser Begriff früher für eine besondere Aktienart verwandt³⁴. Soweit von einer Grund-, Rahmen- oder Kooperationsvereinbarung

²⁹ Zur Begriffsverwendung BGH WM 1987, 811; Ulmer ZHR 156 (1992), 377, 389 ff.; Blaurock, S. 15 ff.

³⁰ BGH DB 1992, 2383, 2384 zu Genußrechtsinhabern; dazu Sethe AG 1993, 293 ff, 351 ff.; Zusammenschlüsse dieser Personen behandelt Hammen DB 1990, 1920.

³¹ Dieser Begriff findet sich in RGZ 79, 332, 335; 83, 216, 219; 122, 273, 276; BGH LM Nr. 8 zu § 2 GmbHG.

³² RGZ 107, 68, 70; ferner RGZ 111, 405, 406: »Aktienvertrag«.

³³ Glattfelder, S. 153.

³⁴ § 260a HGB 1931: Verwaltungsaktien; unten S. 45.

die Rede ist, sind damit bestimmte Arten von Gesellschaftervereinbarungen gemeint. Dasselbe gilt für den in der Schweiz gebräuchlichen Begriff der Aktienbindungsverträge³⁵.

Der durch die Vereinbarungen bewirkte organisierte Zusammenschluß mehrerer Gesellschafter wird hier als *Konsortium* bezeichnet. Dieser Begriff hat in der Wirtschaftspraxis noch mannigfache andere Bedeutungen³⁶. Er bezeichnet auch eine bestimmte Form der Unternehmenszusammenarbeit, etwa im Industrieanlagenbau³⁷ und bei anderen Großprojekten³⁸. Berührungspunkte bestehen mit dem Emissions- oder Anleihekonsortium³⁹, einer Bankenkooperation mit dem Ziel der Unterbringung von Wertpapieren beim Anlegerpublikum. Die Verwechslungsgefahren mußten hingenommen werden, denn sie bestehen auch bei der Alternative, dem Terminus »Pool«⁴⁰, der gleichwohl gelegentlich verwendet wird. Auch hier gibt es in der Insolvenz⁴¹ und EDV-Praxis⁴² Verwendungen des Begriffs⁴³, die mit dem hier gemeinten nichts zu tun haben. Die Bezeichnungen Schutzgemeinschaft⁴⁴, Interessengemeinschaft⁴⁵, Holding, Syndikat oder Einflußnahmekonsortium⁴⁶ betreffen bestimmte Gestaltungen des Konsortiums und eignen sich nicht für eine zunächst auf generalisierende Betrachtung angelegte Untersuchung.

Hauptgesellschaft wird diejenige Gesellschaft genannt, auf die sich die Gesellschaftervereinbarung bezieht. Zwar ist der Begriff durch § 319 I 1 AktG schon für den Fall der Eingliederung besetzt, doch kann dies hingenommen werden, weil es sich insofern um einen sehr speziellen Anwendungsbereich handelt⁴⁷.

³⁵ Forstmoser, FS Schluep, 1988, S. 359; Glattfelder, S. 153.

³⁶ Dazu Osthoff, S. 25 ff.

³⁷ Monographisch dazu B. Schaub, Konsortialvertrag, 1990.

³⁸ Plagemann CR 1990, 319 f. zum von der Mannesmann-AG geführten Mobilfunk-Konsortium.

³⁹ Horn, S. 141 ff.; H. Scholze, S. 305 ff., 473 ff.; Timm/Schöne ZGR 1994, 113, 117 ff.; A. May, Der Bankenpool, 1989.

⁴⁰ Ulmer im Münchener Kommentar, BGB, vor § 705 Rn. 40 f. grenzt danach ab, ob die Anteile bei den bisherigen Inhabern verbleiben (dann Pool) oder nicht (dann Beteiligungskonsortium).

⁴¹ BGH WM 1992, 490; Beuck, Poolvereinbarungen in der Unternehmensinsolvenz, 1985; Jauernig ZIP 1980, 319; Heß, Miteigentum der Vorbestelllieferanten und Poolbildung, 1985.

⁴² Paulus CR 1992, 1, 6 (»Back-up Vertrag«).

⁴³ Ferner Ebenroth/Wenglorz RIW 1990, 468, 470 zu Poolvereinbarungen im Linienluftverkehr der EG; zur Geschichte und weiteren Verwendungen des Begriffs Spahn SAG 1949, 1 ff. und 48 ff.

⁴⁴ Schrötter NJW 1979, 2592 ff.

⁴⁵ RG DNotZ 1936, 565; dieser Begriff wird aber auch für kartellähnliche Unternehmenskooperationen verwandt.

⁴⁶ Dazu K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 58 III 7 d; zu weiteren in europäischen Staaten gebräuchlichen Bezeichnungen Lübbert, S. 87f.

⁴⁷ Wiederum in einem anderen Sinne verwendet Blaurock, Unterbeteiligung, S. 17 den Begriff. Hauptgesellschaft ist im Zusammenhang seiner Untersuchungen über »Formen mittelbarer Teilhabe an Gesellschaftsverhältnissen« die Gesellschaft, deren Gesellschafter einen Dritten an seinem Anteil unterbeteiligt.

4. Es war schon davon die Rede, daß die Zugänglichkeit des rechtstatsächlichen Materials ein gewisses Hindernis für die rechtswissenschaftliche Behandlung darstellt. Das wird auch in dieser Untersuchung spürbar. Allerdings darf die Rechtstatsachenkenntnis auch nicht überschätzt werden, denn im wesentlichen geht es, von Detailfragen abgesehen, um grundsätzliche theoretische Probleme privatrechtlicher Verbandstrukturen. Wer eine solche dogmatische Untersuchung betreibt, wird zwar jeden Hinweis, wie die Praxis üblicherweise verfährt, dankbar aufnehmen. Im Kern führt aber das Mehr oder Weniger von Wissen um die rechtspraktische Handhabung⁴⁸ nicht zu einer so oder anders ausfallenden Theorie der verbandsrechtlichen Relevanz von Gesellschaftervereinbarungen.

Von einer breit angelegten empirischen Erhebung einschlägigen Materials wurde jedoch nicht allein aus dem genannten Grund abgesehen. Genauso gewichtig war, daß die rechtstatsächliche Bestandsaufnahme ganz auf die Auskunftsfreudigkeit der Unternehmen⁴⁹ bzw. der Gesellschafter und ihrer Berater angewiesen gewesen wäre. Das ist an und für sich nichts besonderes, denn viele auf Tatsachenmaterial aufbauende Untersuchungen können nicht allein mit allgemein zugänglichen Quellen bewältigt werden. Auch der Umstand, daß es angesichts der Weite des Tatsachenfeldes praktisch unmöglich ist, einen wirklich repräsentativen Querschnitt zu erstellen, könnte noch hingenommen werden.

Gespräche mit den Zuständigen in wirtschaftsberatenden Rechtsanwaltskanzleien und Prüfungsgesellschaften haben jedoch gezeigt, wie stark das Bedürfnis nach absoluter Vertraulichkeit ist. Dieses Unter-Verschuß-Halten ist ja geradezu ein Hauptzweck der Nebenabreden, so daß die zurückhaltenden Reaktionen überaus verständlich sind⁵⁰. Eine aufwendige Fragebogenaktion erschien daher wenig erfolgversprechend.

Die vorliegende, sich als rechtsdogmatisch verstehende Untersuchung fußt deshalb, soweit es auf die tatsächliche Basis ankommt, auf drei Säulen. Einmal ist es die auf Vollständigkeit angelegte Durchsicht der (auch instanzgerichtlichen) veröffentlichten Rechtsprechung dieses Jahrhunderts⁵¹. Zum zweiten sind es die Vertragsmuster, wie sie für Konsortial- bzw. Poolvereinbarungen in den Hand- und Formularbüchern vorgeschlagen werden⁵². Drittens standen Originalverträge in nicht geringer Zahl zur Verfügung, die dem Verfasser von in der Unternehmensberatung Tätigen mit dem Versprechen absoluter Vertraulichkeit

⁴⁸ Zu diesem Aspekt neuerdings *Westermann*, FS Beusch, 1993, S. 871.

⁴⁹ Bei den Unternehmen kommt als Schwierigkeit hinzu, daß vielfach die Geschäftsleitung keine oder keine vollständige Kenntnis von den Absprachen der Gesellschafter untereinander hat.

⁵⁰ Als »bestgehetes Geheimnis im Lebensbereich der Gesellschaft« bezeichnet *Barz GmbH* 1968, 100 die Stimmbindungsverträge.

⁵¹ Wertvoll ist die Auswertung bei *Lübbert*, S. 54 ff., auch wegen der Nachweise zur Rechtsprechung im europäischen Ausland.

⁵² Die früher weithin anzutreffende Skepsis gegenüber den »juristischen Kochbüchern« ist angesichts einer deutlichen Qualitätsverbesserung der modernen Werke nicht mehr angebracht; ebenso in der Beurteilung *Langenfeld*, S. 56 f.

zugänglich gemacht wurden. Eine den wissenschaftlichen Gepflogenheiten entsprechende Bezugnahme ist insoweit nicht möglich⁵³.

Schließlich ist die 1989 von *Baumann* und *Reiß* vorgelegte Bestandsaufnahme zu erwähnen⁵⁴. Die Autoren haben, einer Anregung der Schriftleitung der ZGR folgend, Akten des Bundeskartellamts ausgewertet, die »Nebenverträge« aus der Zeit zwischen 1966 und 1986 enthielten. Die dabei aufgefundenen Vereinbarungen beanspruchen allerdings keine Repräsentativität für alle Gestaltungsmöglichkeiten von Gesellschafterabreden, weil – wie die Autoren anmerken – drei Schwächen zu verzeichnen seien: quantitativ war es nicht möglich, alle Vorgänge beim Kartellamt durchzusehen; qualitativ sind dort nur größere Unternehmen zu erfassen, da sich das Amt lediglich für Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Zusammenschlußkontrolle interessiert; inhaltlich beschränken sich die dem Amt vorgelegten Texte auf Fragen, die eben bei der Zusammenschlußprüfung auftauchen. Dennoch ist die von *Baumann* und *Reiß* vorgelegte Erhebung einzigartig. Es gibt zwar eine Fülle von Literatur, in der immer wieder die praktische Bedeutung hauptsächlich der Stimmbindungsvereinbarungen hervorgehoben wird⁵⁵, aber keine empirische Zusammenstellung des einschlägigen Materials.

⁵³ Dieselbe Problemlage bei *Glattfelder*, S. 155 Fn. 6; *Blaurock*, Unterbeteiligung, S. 16; *Horn*, S. 19; *Nitschke*, S. 29 f.; *Köhler*, S. 8 f. Vgl. aber Beispiel eines »Pool«-Vertrags im Anhang.

⁵⁴ *Baumann/Reiß* ZGR 1989, 157 ff.; vgl. ferner den verdienstvollen Bericht über eine Umfrage bei wirtschaftsberatenden Kanzleien von *Zutt* ZHR 155 (1991), 213 ff.

⁵⁵ Insbesondere *Lübbert*, S. 203 f. m. zahlr. Nachw.