

BRIGITTE HAAR

# Die Personengesellschaft im Konzern

*Jus Privatum*

113

---

**Mohr Siebeck**

JUS PRIVATUM  
Beiträge zum Privatrecht

Band 113





Brigitte Haar

# Die Personengesellschaft im Konzern

Privatautonomie zwischen  
Vertrag und Organisation

Mohr Siebeck

*Brigitte Haar*, geboren 1965; Studium der Rechtswissenschaften in Passau, Genf und an der University of Chicago (LL.M); 1995 Promotion; 1996–2001 Referentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht; 1997/98 Visting Scholar an der Yale Law School (Otto-Hahn-Stipendium der Max-Planck-Gesellschaft); 2001–2004 Stipendiatin der Deutschen Forschungsgemeinschaft; 2004 Habilitation; seit 2004 Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches, europäisches und internationales Wirtschaftsrecht, Law and Finance sowie Rechtsvergleichung an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main.

978-3-16-157956-1 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 3-16-149099-1

ISBN-13 978-3-16-149099-6

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© 2006 Mohr 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 Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Über die Personengesellschaft im Konzern wird nach wie vor lebhaft diskutiert. Die Tragfähigkeit einer organisationsrechtlichen Konzerneinbindung von Unternehmen und der damit einhergehenden Haftungssegmentierung hat insbesondere im Lichte der *Bremer Vulkan*-Entscheidung Aktualität erlangt. Das Bedürfnis nach einem geschlossenen Konzept der Personengesellschaft im Konzern ist daher besonders dringlich. Die vorliegende Schrift unternimmt den Versuch, diese Lücke mit einem neuen methodischen Zugriff zu schließen.

Die Arbeit hat dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg 2003/2004 als Habilitationsschrift vorgelegen. Neuere Publikationen sind bis Ende 2005 nachgetragen. Die Wahl des Themas als Gegenstand einer Habilitationsschrift war nicht ohne Risiko. Mich bei diesem Projekt nach Kräften so unterstützt zu haben, wie man sich das als Habilitand nur wünschen kann, und mir den dafür erforderlichen Freiraum gelassen zu haben, dafür schulde ich meinem verehrten Lehrer Professor Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus J. Hopt meinen tief empfundenen Dank. Ergänzt wurde dies durch fruchtbare fachliche und persönliche Erfahrungen im Rahmen meiner wissenschaftlichen Tätigkeit bei ihm, die mich weit über diese Arbeit hinaus in meiner internationalen und interdisziplinären Ausrichtung geprägt haben.

Neben den idealen Rahmenbedingungen am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht verdanke ich wesentliche Anregungen einem einjährigen Forschungsaufenthalt an der Yale Law School, der mir zu wichtigen Einsichten in die Neue Institutionenökonomik und ihre Nutzbarmachung für das Personengesellschaftsrecht verhalf. Er wurde ermöglicht durch die von der Max-Planck-Gesellschaft verliehene Otto-Hahn-Medaille und das damit verbundene großzügige Stipendium. In der Schlussphase der Arbeit wäre mir ohne das Habilitandenstipendium der Deutschen Forschungsgemeinschaft ein zügiger Abschluss nicht möglich gewesen. Es ist mir deshalb eine angenehme Pflicht, diesen für mich so wichtigen Förderinstitutionen für die Stipendiengewährung an dieser Stelle sehr herzlich zu danken. Des Weiteren möchte ich für die Erstattung des Zweitgutachtens im Habilitationsverfahren Professor Dr. Heribert Hirte danken. Schließlich gilt mein Dank den Direktoren des Max-Planck-Instituts in Hamburg, den Professoren Dres. Basedow, Hopt und Zimmermann, und der DFG für die Zusage eines Druckkostenzuschusses sowie dem Mohr Verlag für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe.

Die Literaturbeschaffung wurde durch die Bibliothek des Hamburger Max-Planck-Instituts ganz wesentlich erleichtert, für ihre Hilfsbereitschaft sei den dortigen Mitarbeitern gedankt. Frau Ingeborg Stahl hat das Manuskript für die Drucklegung vorbereitet, meine Frankfurter Mitarbeiter halfen bei der Aktualisierung und der Fahnenkorrektur; auch hierfür mein herzlicher Dank.

Mehr als Dank schulde ich den Menschen an meiner Seite, insbesondere dafür, dass sie mein Zweifeln ausgehalten und mich auf meinem Weg immer wieder ermutigt haben.

Frankfurt am Main, im Sommer 2006

*Brigitte Haar*

# Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXIII
Einleitung . . . . .	1
<i>Erster Teil: Konzeptionelle Grundlagen in rechtlicher, ökonomischer und rechtstatsächlicher Perspektive . . . . .</i>	
I. Die Personenhandelsgesellschaft im Spannungsfeld zwischen der Gestaltungsfreiheit ihrer Gesellschafter und organisationsrechtlicher Außenwirkung . . . . .	5
II. Ökonomische Grundlagen: Märkte und Hierarchien in der Unternehmung . . . . .	31
III. Rechtstatsachen: Die konzerngebundene Personengesellschaft zwischen Hierarchie, internem Markt und Intermediärstellung . . . .	62
<i>Zweiter Teil: Gesellschaftsinterner Interessenausgleich durch Gesellschaftsvertrag . . . . .</i>	
I. Willensbildung zwischen Individualrecht und Treuepflicht . . . . .	95
II. Finanzierung zwischen Ausschüttung und Thesaurierung . . . . .	146
III. Unternehmensleitung zwischen Schuldrecht und Organisation . . . .	177
<i>Dritter Teil: Organisationsrechtliche Konzerneinbindung durch Gesellschaftsvertrag . . . . .</i>	
I. Das Grundproblem: Rechtliche Vielheit und wirtschaftliche Einheit im Konzern . . . . .	219
II. Die Abhängigkeit entsprechend §17 AktG als Grundlage mitgliedschaftsrechtlich vermittelter Konzerneinbindung . . . . .	223
III. Die Einbindung einer idealtypischen Personengesellschaft in einen beherrschungsvertraglichen Unterordnungskonzern entsprechend §291 Abs.1 AktG . . . . .	268

IV. Anteilsmarktnachahmung bei der beherrschungsvertraglichen Konzernbindung einer kapitalistisch strukturierten Personengesellschaft . . . . .	303
V. Interessenausgleich im Gleichordnungskonzern mit personalistisch strukturierter Personengesellschaft . . . . .	320
VI. Die Konzernbindung der Personengesellschaft zwischen Markt und Organisation . . . . .	336
 <i>Vierter Teil: Haftung als Grenze der organisationsrechtlichen Wirkung des Gesellschaftsvertrages</i> . . . . .	 339
I. Gesellschafterhaftung . . . . .	340
II. Konzernhaftung . . . . .	423
 <i>Fünfter Teil: Die Abfindung als Ergebnis des Gesellschaftsvertrages</i> . . . . .	 483
I. Ausgangsfragen . . . . .	483
II. Die Verfügungsrechtsposition des ausscheidenden Gesellschafters im Lichte der Hinauskündigung . . . . .	486
III. Anteilsmarktersatz aufgrund informationsforcierender Anreize . . . . .	497
 <i>Zusammenfassung der Ergebnisse</i> . . . . .	 535
I. Grundlagen . . . . .	535
II. Gesellschaftsinterner Interessenausgleich aufgrund des Gesellschaftsvertrages . . . . .	536
III. Organisationsrechtliche Konzernbindung aufgrund des Gesellschaftsvertrages . . . . .	537
IV. Gesellschafterhaftung als Grenze der organisationsrechtlichen Außenwirkung des Gesellschaftsvertrages . . . . .	539
V. Die Abfindung als Ergebnis des Gesellschaftsvertrages . . . . .	541
Literaturverzeichnis . . . . .	543
Sachregister . . . . .	611

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXIII
Einleitung . . . . .	1
 <i>Erster Teil: Konzeptionelle Grundlagen in rechtlicher, ökonomischer und rechtstatsächlicher Perspektive . . . . .</i>	
5	
I. Die Personenhandelsgesellschaft im Spannungsfeld zwischen der Gestaltungsfreiheit ihrer Gesellschafter und organisationsrechtlicher Außenwirkung . . . . .	5
A. Die Herausbildung der GmbH & Co KG im Lichte der wirtschaftlichen Kooperationsbedürfnisse der Industrie . . . . .	5
B. Der individuelle Interessenausgleich der Gesellschafter untereinander und seine Gestaltungsgrenzen als gesellschaftsprägende Elemente im Schrifttum . . . . .	10
1. »Punkt-für-Punkt-Vergleich« bei Manfred Nitschke . . . . .	11
2. Institutionalisierung nach Arndt Teichmann . . . . .	12
3. Unverbindliche Typusmerkmale nach Harm Peter Westermann . . . . .	13
4. Preisgabe der Selbstbestimmung bei Christoph Weber . . . . .	15
5. Ausblick: Außenwirksame Marktteilnahme als Kehrseite des gesellschaftsinternen Interessenausgleichs . . . . .	16
C. Die außenwirksame Verselbständigung der Gesamthand als Marktteilnehmerin in der Wirtschaftsordnung . . . . .	18
1. Rechtliche Verselbständigung als Voraussetzung für die Marktteilnahme . . . . .	18
2. Außenwirkung der Marktteilnahme auf der Grundlage der Steuerungswirkung unbeschränkter Haftung . . . . .	20
3. Risikoverteilung als Bestimmungsfaktor für die Außenwirkung der Marktteilnahme . . . . .	23
D. Das Zusammentreffen von Innen- und Außenverhältnis bei der Personengesellschaft im Konzern . . . . .	26

1. Zwischenergebnis: Das Spannungsfeld zwischen gesellschaftsinternem Interessenausgleich und der Marktteilnahme der Gesellschaft bei Konzerneinbindung . . .	26
2. Begründungsdefizite hinsichtlich der beherrschungsvertraglichen Verselbständigungswirkung in der Literatur zur konzerngebundenen Personengesellschaft .	28
II. Ökonomische Grundlagen: Märkte und Hierarchien in der Unternehmung . . . . .	31
A. Wirkungszusammenhänge: Das Unternehmen im Markt und der Markt im Unternehmen . . . . .	32
1. Die Unternehmung als Frage der Marktallokation in der Neoklassik . . . . .	32
2. Die Unternehmung zum Ausgleich von Marktschwächen in kontrakttheoretisch und institutionalistisch ausgerichteten Theorien der Unternehmung . . . . .	34
a) Transaktionskostenökonomische Ausgangspunkte . . . . .	34
b) Die Grenzen des Preismechanismus als Bestimmungsfaktor der Neuen Institutionenökonomik . .	36
3. Ressourcenbasierte Ansätze zur Unternehmung . . . . .	39
B. Analyseinstrumente: Anknüpfungspunkte für Funktionsschwächen des Marktes als Grundlage einer Unternehmensintegration . . . . .	40
1. Unternehmensintegration aufgrund von Informationsasymmetrien beim marktlichen Austausch . . . .	41
2. Anreizoptimierung durch property rights im integrierten Unternehmen . . . . .	44
C. Operationalisierung: Marktbildung, Marktnachahmung und Marktermöglichung im unvollständigen Gesellschaftsvertrag . .	47
1. Marktbildung und Marktnachahmung im gesellschaftsinternen Interessenausgleich . . . . .	48
a) Verfügungsrechte – Property rule, liability rule und inalienability rule . . . . .	48
b) Gesellschaftsrecht – Lückenfüllung durch default rule . . .	50
c) Das Leistungsniveau der Organisation – Abwanderung, Widerspruch und Loyalität . . . . .	54
2. Marktermöglichung durch außenwirksame Vermögenssonderung . . . . .	57
D. Fazit: Das Ineinandergreifen von Hierarchien und marktlichen Anreizmechanismen in der Organisation als Ansatzpunkt für eine rechtliche Nutzbarmachung . . . . .	61

III. Rechtstatsachen: Die konzerngebundene Personengesellschaft zwischen Hierarchie, internem Markt und Intermediärstellung . . .	62
A. Hierarchien zur Abschirmung gegen anteilsmarktliche Einflüsse . . . . .	63
1. Die Medienbranche als Beispiel für konzentrierte Hierarchiebildung . . . . .	64
2. Personengesellschaftsvertragliche Befugnisse als Ersatz für eine über einen Anteilsmarkt vermittelte Beherrschung . . . .	66
a) Anschauungsmaterial aus der Fusionskontrollpraxis . . . .	67
b) Die Ausschaltung anteilsmarktlicher Einflüsse . . . . .	69
B. Marktbildung im Unternehmen durch Holdingstrukturen und profit center-Steuerung . . . . .	71
1. Marktliche Dezentralisierung im Konzern durch Holdingstrukturen . . . . .	71
a) Der Holdingkonzern . . . . .	72
b) Die Mittelstandsholding . . . . .	73
2. Operationalisierung des Marktes durch profit center-Steuerung . . . . .	75
a) Die Verselbständigung operativer Gesellschaften zu profit centers . . . . .	75
b) Marktbildung auf der Grundlage konzerninterner Verrechnungspreise . . . . .	78
C. Das Unternehmen als Intermediär zur Kapitalmarktermöglichung . . . . .	80
1. Funktionsschwächen des Kapitalmarktes bei der Innovationsfinanzierung . . . . .	80
2. Kapitalmarktgetriebene Finanzierung durch venture capital in den USA . . . . .	82
a) Die Herausbildung der limited partnership als Finanzierungsvehikel für venture capital . . . . .	82
b) Informationsasymmetrien auf dem Kapitalmarkt als Bestimmungsfaktoren des Vertragsdesigns . . . . .	84
c) Grenzen der Intermediärfunktion beim corporate venture capital . . . . .	88
3. Beteiligungskapitalfinanzierung in Deutschland im Lichte institutioneller Schwächen des Kapitalmarktes . . . . .	90
a) Kapitalmarktüberbrückung durch Kapitalbeteiligungsgesellschaften . . . . .	90
b) Kapitalmarktersatz durch konzerngebundenes Beteiligungskapital . . . . .	92
D. Fazit der rechtstatsächlichen Problemerschließung . . . . .	93

<i>Zweiter Teil: Gesellschaftsinterner Interessenausgleich durch Gesellschaftsvertrag</i> . . . . .	95
I. Willensbildung zwischen Individualrecht und Treuepflicht . . . . .	95
A. Der Schutz des Kernbereichs der Mitgliedschaft . . . . .	96
1. Interessenabschichtung als dogmatische Grundlage . . . . .	97
2. Prämisse einer Interessengleichrichtung . . . . .	100
3. Wahrung individueller Gesellschafterrechte bei fehlender Interessengleichrichtung . . . . .	102
4. Interessenausgleich durch individualrechtlich gestützte Marktbildung . . . . .	103
a) Verhandlungen infolge des Kernbereichsschutzes von Vermögensrechten . . . . .	105
b) Beaufsichtigung infolge des Kernbereichsschutzes von Kontrollrechten . . . . .	105
c) Marktbildung durch Kernbereichsschutz in spieltheoretischer Perspektive . . . . .	109
5. Interessenausgleich durch Marktnachahmung in der Publikumpersonengesellschaft . . . . .	112
6. Grenzen einer Verselbständigung von Marktbildung und Marktnachahmung . . . . .	114
a) Antizipierte Zustimmung und Gestaltungskompetenz der Mehrheit als Legitimationsgrundlagen des Kernbereichseingriffs . . . . .	115
b) Normentheoretische Prämissen . . . . .	116
c) Anwendung auf die Personengesellschaft . . . . .	117
B. Widerspruchsrechte und Drittmarktmaßstäbe aufgrund des Bestimmtheitsgrundsatzes . . . . .	119
1. Ausgangspunkte . . . . .	119
2. Widerspruchsrechte in der idealtypischen Personengesellschaft . . . . .	120
a) Dogmatische Grundlagen . . . . .	120
b) Der vertragsrechtliche Regelungsgehalt im Spiegel der Rechtsprechung . . . . .	122
c) Abgrenzung zur Kernbereichslehre . . . . .	125
3. Drittmarktmaßstäbe in der kapitalistisch strukturierten Personengesellschaft . . . . .	129
a) Publikumpersonengesellschaften . . . . .	129
b) Familienpersonengesellschaften . . . . .	133
C. Fazit . . . . .	134

D. Die Zustimmungspflicht kraft Treubindung . . . . .	135
1. Strategisches Verhalten als Problem . . . . .	135
2. Geschäftsführungsmaßnahmen . . . . .	136
a) Widerspruch gem. § 115 Abs. 1 Halbs. 2 HGB . . . . .	136
b) Zustimmung . . . . .	138
3. Gesellschaftsvertragsänderungen . . . . .	140
4. Der gesellschaftsinterne Verhandlungsprozess als Grenze der Zustimmungspflicht kraft Treubindung . . . . .	141
5. Die Zustimmung des Anlegerkommanditisten in der Publikumpersonengesellschaft . . . . .	144
E. Ergebnis . . . . .	144
II. Finanzierung zwischen Ausschüttung und Thesaurierung . . . . .	146
A. Entnahmerechte . . . . .	147
1. Gesetzliche Regelung . . . . .	147
2. Wertungskriterien für das Verhältnis zwischen Ausschüttung und Thesaurierung . . . . .	148
3. Ansatzpunkte für einen weiter gehenden Interessenausgleich . . . . .	150
a) Treuepflicht . . . . .	150
b) Gesellschaftsvertrag . . . . .	152
c) Marktbildung . . . . .	153
d) Die Finanzierungsentscheidung der Gesellschafter . . . . .	155
e) Marktnachahmung in der Publikumpersonengesellschaft . . . . .	158
f) Zwischenergebnis . . . . .	159
4. Das Steuerentnahmerecht der Gesellschafter als Grenze der Richtigkeitsgewähr der Finanzierungsentscheidung . . . . .	160
a) Rechtsgrundlagen . . . . .	160
b) Umfang . . . . .	164
B. Bilanzierungsentscheidungen mit Gewinnverwendungscharakter . . . . .	165
1. Die Kompetenzfrage . . . . .	165
2. Der Kreis der zustimmungspflichtigen Bilanzierungsentscheidungen . . . . .	167
a) Das Abgrenzungskriterium . . . . .	167
b) Die Bildung offener Rücklagen . . . . .	169
c) Ermessensabschreibungen gem. § 253 Abs. 4 HGB . . . . .	170
d) Aufwandsrückstellungen gem. § 249 Abs. 2 HGB . . . . .	171
e) Steuerliche Sonderabschreibungen . . . . .	171

3. Beurteilungsmaßstäbe für die Ausübung der Bilanzierungskompetenzen . . . . .	172
C. Fazit: Grenzen der Mehrheitsmacht bei der Finanzierung . . . . .	175
III. Unternehmensleitung zwischen Schuldrecht und Organisation . . . . .	177
A. Ausgangsfragen . . . . .	177
B. Wertungskriterien zur Begrenzung des Dritteinflusses . . . . .	180
1. Preisgabe der Selbstbestimmung . . . . .	181
2. Materieller Regelungsgehalt des Abspaltungsverbots gem. § 717 S.1 BGB . . . . .	182
a) Anreizgestützte Verhaltenssteuerung . . . . .	183
b) Schutzrichtung . . . . .	184
C. Anwendungsfelder . . . . .	186
1. Die Abspaltung einzelner Verwaltungsrechte von der Mitgliedschaft . . . . .	186
a) Die Mitgliedschaft als Gegenstand einer Verfügungsbeschränkung im Sinne des § 137 S.1 BGB . . . . .	186
b) Die gesamthänderische Verfügungsbeschränkung als Bestimmungsfaktor rechtsgeschäftlicher Verfügungsbeschränkung gem. § 137 S.1 BGB . . . . .	187
2. Statutarisch vermittelte Drittorganschaft . . . . .	189
3. Schuldrechtliche Abspaltung durch Stimmrechtsvollmacht . . . . .	192
a) Verdrängende Vollmacht . . . . .	192
b) Unwiderrufliche Vollmacht . . . . .	194
c) Einfache Stimmrechtsvollmacht . . . . .	197
d) Die Rechtsfolgen unwirksamer Bevollmächtigung – die Außenwirkung des Abspaltungsverbots und die dadurch verwirklichten Kapitalmarktinteressen . . . . .	200
4. Die schuldrechtliche Übertragung von Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnissen . . . . .	202
a) Vertretungsbefugnisse . . . . .	203
b) Geschäftsführungsbefugnisse . . . . .	206
c) Grenzen der Gestaltungsfreiheit . . . . .	208
D. Grenzen des Dritteinflusses als Baustein organisationsrechtlicher Regelungsstruktur . . . . .	215
1. Zwischenergebnis: Die Außenwirkung als Kriterium für die Begrenzung des Dritteinflusses in der Personengesellschaft . . . . .	215
2. Kapitalmarktschutz durch die Konkretisierung zulässiger organisationsrechtlicher Verselbständigung gem. §§ 137 S.1, 717 S.1 BGB . . . . .	216

<i>Dritter Teil: Organisationsrechtliche Konzerneinbindung durch Gesellschaftsvertrag</i> . . . . .	219
I. Das Grundproblem: Rechtliche Vielheit und wirtschaftliche Einheit im Konzern . . . . .	219
II. Die Abhängigkeit entsprechend § 17 AktG als Grundlage mitgliedschaftsrechtlich vermittelter Konzerneinbindung . . . . .	223
A. Zur Konkretisierung des Unternehmensbegriffs . . . . .	224
1. Die Konzerngefahr als Ausgangspunkt . . . . .	224
2. Präzisierung durch das gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbot gem. § 112 HGB . . . . .	227
3. Konzerngefahr bei multiplem Beteiligungsbesitz eines privaten Gesellschafters? . . . . .	231
4. Präzisierung der Konzerngefahr bei multiplem Beteiligungsbesitz eines privaten Gesellschafters . . . . .	233
5. Konzerngefahr in der kapitalistisch strukturierten GmbH & Co KG . . . . .	239
B. Der Anteilsmarktbezug der Abhängigkeit entsprechend § 17 AktG . . . . .	240
1. Der Anteilsmarkt als Bestimmungsfaktor der Mehrheitsbeteiligung gem. §§ 16, 17 Abs. 2 AktG . . . . .	240
a) Anteilsmehrheit . . . . .	241
b) Stimmenmehrheit . . . . .	243
2. Die Äquivalenz von Anteilsmarkt und personengesellschaftsvertraglicher Vereinbarung . . . . .	244
3. Abhängigkeitsbegründung bei der kapitalistisch strukturierten Personengesellschaft durch Anteilsmarktnachahmung . . . . .	245
4. Abhängigkeitsbegründung bei der idealtypischen Personengesellschaft und der personalistischen GmbH & Co KG durch Anteilsmarktbildung . . . . .	248
a) Widerspruchsrechte . . . . .	249
b) Geschäftsführungsbefugnisse . . . . .	250
c) Erfordernis gesellschaftsrechtlicher Vermittlung der Abhängigkeit . . . . .	251
d) Grenzen organisationsrechtlicher Vermittlung der Geschäftsführung des Kommanditisten . . . . .	253
e) Austauschvertragliche Regelungselemente am Beispiel der aktienrechtlichen Nebenleistungsgesellschaft (§§ 55, 61 AktG) . . . . .	255

f) Die Integration von Austauschbeziehungen im Personengesellschaftsvertrag . . . . .	259
g) Nebeneinander von Austauschvertrag und Organisation bei der Geschäftsführung des Kommanditisten . . . . .	261
5. Fazit: Idealtypische und kapitalistische Gesellschaftsstruktur als Bestimmungsfaktoren für die Abhängigkeitsbegründung . . . . .	264
III. Die Einbindung einer idealtypischen Personengesellschaft in einen beherrschungsvertraglichen Unterordnungskonzern entsprechend §291 Abs.1 AktG . . . . .	268
A. Die Zuordnung von Mitgliedschaftsrechten als Kennzeichen des beherrschungsvertraglichen Unterordnungskonzerns . . . . .	268
1. Das Modell des aktiengesetzlichen Unterordnungskonzerns gem. §291 Abs.1 AktG . . . . .	268
2. Willensbildung . . . . .	269
3. Finanzierung . . . . .	272
4. Geschäftsführung . . . . .	275
a) Aktiengesetzlicher Unterordnungskonzern . . . . .	276
b) Der unternehmensleitende persönlich haftende Gesellschafter . . . . .	279
c) Der unternehmensleitende Kommanditist . . . . .	282
5. Fazit: Doppelfunktionale Grenzen organisationsrechtlicher Konzerneinbindung gem. §137 S.1 BGB . . . . .	284
B. Die Rechtsnatur des Beherrschungsvertrages . . . . .	287
1. Der satzungsändernde Gehalt des aktienrechtlichen Beherrschungsvertrages . . . . .	288
2. Die organisationsrechtliche Gestaltungswirkung des aktienrechtlichen Beherrschungsvertrages . . . . .	289
3. Statusveränderung durch Organisationsvertrag . . . . .	291
4. Organisationsrecht als funktionale Kategorie des Zivilrechts . . . . .	294
5. Organisations- und Schuldrecht im Beherrschungsvertrag mit der Personengesellschaft . . . . .	297
C. Organisationsrechtliche Beherrschung aufgrund eines »dienenden« Gesellschaftszwecks . . . . .	300
IV. Anteilsmarktnachahmung bei der beherrschungsvertraglichen Konzerneinbindung einer kapitalistisch strukturierten Personengesellschaft . . . . .	303
A. Verselbständigung der Mitgliedschaftsrechte durch Anteilsmarktnachahmung . . . . .	304

1. Die Beitrittsentscheidung als kapitalmarktorientierte Anlageentscheidung . . . . .	305
2. Die objektive Auslegung des Gesellschaftsvertrages . . . . .	309
3. Inhaltskontrolle auf der Grundlage kapitalmarktlicher Risikoverteilung . . . . .	310
B. Unternehmensleitung zwischen Organschaft und Vertrag . . . . .	314
1. Rechtliche Trennung zwischen Komplementär-GmbH und GmbH & Co KG . . . . .	314
2. Die Geschäftsführerhaftung zwischen Vertrag und organschaftlicher Sonderbeziehung . . . . .	316
3. Grenzen des organisationsrechtlichen Regelungsgehalts bei der personalistisch strukturierten GmbH & Co KG . . . . .	319
V. Interessenausgleich im Gleichordnungskonzern mit personalistisch strukturiertes Personengesellschaft . . . . .	320
A. Die Unternehmenszuordnung im Gleichordnungskonzern . . . . .	321
B. Interessenausgleich zwischen Mitgliedschaft und Schuldrecht . . . . .	322
1. Interessengleichklang durch mitgliedschaftliche Treuepflicht . . . . .	322
2. Interessenausgleich in der GmbH zwischen Mitgliedschaft und Marktmaßstäben . . . . .	324
3. Interessengleichklang und -ausgleich durch Treuepflichten in der Personengesellschaft . . . . .	327
4. Kooperation versus Marktaustausch beim Ausgleich fremdunternehmerischer Interessen der Personengesellschafter . . . . .	330
VI. Die Konzerneinbindung der Personengesellschaft zwischen Markt und Organisation . . . . .	336
 <i>Vierter Teil: Haftung als Grenze der organisationsrechtlichen Wirkung des Gesellschaftsvertrages . . . . .</i>	
I. Gesellschafterhaftung . . . . .	340
A. Haftungsbeschränkung in der OHG . . . . .	340
1. Der Grundsatz unbeschränkter Vermögenshaftung – Grundlagen und Ausgangspunkte im Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts . . . . .	340
a) Traditionelle Gesamthandslehre . . . . .	340
b) Verselbständigung der Gesellschaft . . . . .	341
c) Wertungsgrundlagen für die OHG . . . . .	344

2. Individualvertragliche Haftungsvereinbarung mit dem Gläubiger	345
3. Haftungsbeschränkung kraft Vermögenssonderung	349
B. Einlagen- und Kapitalsicherung in der Kommanditgesellschaft	351
1. Einlage und Haftung des Kommanditisten als Grundlagen der Fremd- und Eigenkapitalqualifizierung	351
2. Die Umqualifizierung von Fremdkapital in Eigenkapital bei der Einlagenaufbringung in der KG	353
a) Die gesplittete Einlage in der Publikums-KG	353
b) Die Umqualifizierung in der personalistischen GmbH & Co KG	358
c) Die Umqualifizierung zu Lasten von atypisch stillen Gesellschaftern	361
d) Übertragbarkeit auf die gesetzestypische Kommanditgesellschaft im Lichte der Grenzen privatautonomer Eigen- und Fremdkapitalbestimmung und ihrer dogmatischen Grundlage	364
3. Grenzen der Privatautonomie bei der Kapitalaufbringung	371
a) Gesellschaftsinterne Bewertungsfreiheit der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft	371
b) Marktbildende Anreize aufgrund der Maßstabsfunktion des Kapitalanteils	372
c) Die verdeckte Sacheinlage in der Kommanditgesellschaft	374
4. Das stehen gelassene Abfindungsguthaben als Problem der Einlagenerhaltung	381
a) Prämissen der Literatur im Spiegel von Vertrags- und Verrechnungstheorie	383
b) Symmetrie zwischen Einlagenleistung und -rückgewähr aufgrund paralleler Risikoverteilung	384
c) Das Zurücktreten im Konkurs als Risikoverteilung durch Außenhaftung	386
5. Grenzen der Privatautonomie bei einer Einwirkung auf die Außenhaftung durch Risikoverteilung	388
6. Kapitalerhaltung durch Außenwirkung der Einlagenrückgewähr gem. § 172 Abs. 4 HGB	389
a) Grundlagen der Außenwirkung von Kapitalrückflüssen an den Kommanditisten	389
b) Die Außenwirkung dienstvertraglicher und organisationsrechtlicher gesellschaftsvertraglicher Tätigkeitsvergütung	390
c) Konsequenzen für die Haftung wegen Einlagenrückgewähr gem. § 172 Abs. 4 S. 1 HGB	392

7. Fazit: Die Kommanditistenhaftung als Grenze außenwirksamer privatautonomer Gestaltung in der Kommanditgesellschaft . . . . .	400
C. Die Finanzierungsverantwortung in der GmbH & Co KG . . . .	402
1. Die organisationsrechtliche Verankerung der Stammkapitalerhaltung in der GmbH . . . . .	402
a) Der Zusammenhang zwischen Stammkapital und juristischer Verselbständigung . . . . .	402
b) Der Auszahlungsempfänger gem. §30 GmbHG und seine organisationsrechtliche Einbindung . . . . .	404
c) Die Rechtsfolgen der Stammkapitalerhaltung durch Rückerstattung gem. §31 GmbHG . . . . .	410
d) Zwischenergebnis: Kapitalerhaltung in der GmbH als Vehikel der Vermögensverselbständigung . . . . .	416
2. Die Ausstrahlungswirkung der Stammkapitalerhaltung gem. §§30, 31 GmbHG auf die GmbH & Co KG . . . . .	417
a) Beteiligungskonstellationen . . . . .	417
b) Konsequenzen . . . . .	421
II. Konzernhaftung . . . . .	423
A. Der Verlustausgleich in der idealtypischen Kommanditgesellschaft als Ergebnis austauschvertraglicher Risikoverteilung . . . . .	423
1. Die organisationsrechtliche Einwirkung als Grundlage eines gesellschaftsrechtlich fundierten Verlustausgleichs . . . . .	424
a) Legitimationsgrundlagen des Verlustausgleichs . . . . .	424
b) Die Körperschaftsteuerrechtliche Organschaft als Ausgangspunkt des Verlustausgleichs im AktG 1965 . . . .	425
c) Die Treuepflicht als Grundlage des Verlustausgleichs . . . .	427
2. Risikoverteilung und Risikovergemeinschaftung im Rahmen eines beherrschungsvertraglichen Verlustausgleichs . . . . .	429
a) Interessengleichlauf als Grundlage einer Risikovergemeinschaftung im Rahmen des aktiengesetzlichen Verlustausgleichs gem. §302 AktG . . . .	429
b) Austauschvertraglicher Interessenausgleich als Ausgangspunkt für einen Ersatz von Zufallsschäden im Rahmen des auftragsrechtlichen Aufwendungsersatzes gem. §670 BGB . . . . .	430
c) Risikozurechnung aufgrund eines organisationsähnlichen Interessengleichlaufs im Rahmen eines auftragsrechtlichen Schadensersatzes . . . . .	432

3. Risikovergemeinschaftung und Risikozurechnung beim Verlustausgleich zwischen organisationsähnlicher Struktur und vertraglicher Einigung . . . . .	434
B. Der Verlustausgleich in der kapitalistisch strukturierten GmbH & Co KG als Grenze ihrer materiellen Verselbständigung . . . . .	440
1. Ausgangsfrage: Die Verselbständigung der beherrschten GmbH & Co KG von der zugrunde liegenden Beherrschungsvereinbarung . . . . .	440
2. Die Grenzen organisationsrechtlicher Verselbständigung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern als Ausgangspunkt . . . . .	442
a) Bezugspunkte der Ausübung mitgliedschaftlicher Leitungsbefugnisse . . . . .	443
b) Entscheidungsgrundlagen zum qualifizierten faktischen GmbH-Konzern in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs . . . . .	446
c) Dogmatische Einordnungen der Rechtsprechung in der Literatur . . . . .	448
3. Die Existenzsicherung der GmbH im Gläubigerinteresse als Kriterium und Grenze ihrer organisationsrechtlichen Einbindung (»Bremer Vulkan«) . . . . .	453
a) Grundlagen in der Rechtsprechung . . . . .	453
b) Der rechtliche Status des Bestandsinteresses der GmbH . . . . .	455
c) Haftungsbegründung und dogmatische Konzepte von der juristischen Person . . . . .	456
d) Haftung und Zweckbindung . . . . .	459
e) Instrumentalisierung durch die Entkopplung von Vermögensrecht und Zweckbindung . . . . .	463
4. Die Ausstrahlungswirkung GmbH-konzernrechtlicher Lenkungsprinzipien auf die GmbH & Co KG und daraus resultierende Beschränkungen ihrer organisationsrechtlichen Einbindung . . . . .	467
a) Die Anwendung der Haftungsgrundsätze zum qualifizierten faktischen GmbH-Konzern . . . . .	467
b) Haftung der Schwestergesellschaft im Unterordnungskonzern im Lichte der §§ 30f. GmbHG . . . . .	469
c) Die Haftung der Schwestergesellschaft im Gleichordnungskonzern . . . . .	475
C. Verlustausgleich zwischen Risikoverteilung und Risikovergemeinschaftung . . . . .	480

<i>Fünfter Teil: Die Abfindung als Ergebnis des Gesellschaftsvertrages</i> . . . . .	483
I. Ausgangsfragen . . . . .	483
II. Die Verfügungsrechtsposition des ausscheidenden Gesellschafters im Lichte der Hinauskündigung . . . . .	486
A. Funktionsschutz auf der Grundlage der Unwirksamkeit von Hinauskündigungsklauseln . . . . .	486
1. Idealtypische Personengesellschaft . . . . .	487
2. Publikumpersonengesellschaft . . . . .	489
B. Grenzen des Funktionsschutzes . . . . .	491
1. Hinauskündigung von »Gesellschaftern minderen Rechts« . . . . .	491
2. Die sachliche Rechtfertigung einer Hinauskündigung . . . . .	492
a) Tatbestandsmäßig fixiertes Ausschließungskriterium . . . . .	493
b) Anknüpfung an die konkrete Gesellschafterstellung . . . . .	494
3. Schutz durch Abfindung . . . . .	495
III. Anteilsmarktersatz aufgrund informationsforcierender Anreize . . . . .	497
A. Der gesetzliche Abfindungsanspruch im Spiegel betriebswirtschaftswissenschaftlicher Unternehmensbewertung . . . . .	498
1. Eignerbezogenheit und funktionaler Bezug als betriebswirtschaftliche Ausgangsbedingungen der Unternehmensbewertung . . . . .	498
2. Verkehrswert als Bestimmungsfaktor rechtlicher Abfindungsermittlung . . . . .	500
a) Marktfiktion als Ausgangspunkt . . . . .	500
b) Methodik der Unternehmensbewertung . . . . .	502
3. Objektivierung als Umsetzung des rechtlichen Verkehrswertes in der Unternehmensbewertungspraxis . . . . .	504
a) Vergangenheitsanalyse . . . . .	504
b) Stichtagsprinzip . . . . .	505
c) Kapitalisierungszinssatz . . . . .	508
4. Informationsforcierende Anreize durch Objektivierung . . . . .	510
a) Der objektivierte Wert als Preisuntergrenze des Verkäufers . . . . .	510
b) Verhandlungspotenziale und Informationsforcierung auf der Grundlage der Objektivierung . . . . .	511
B. Die gesellschaftsvertraglich vereinbarte Buchwertabfindung . . . . .	515

1. Grundlagen . . . . .	515
2. Von der Korrektur zur Auslegung in der Rechtsprechung zur Buchwertklauselkontrolle . . . . .	516
a) Klauselkorrektur gem. § 138 BGB . . . . .	517
b) Klauselkorrektur mit Auslegungselementen gem. § 723 Abs. 3 BGB . . . . .	517
c) Auslegung gem. § 242 BGB statt Klauselkorrektur . . . . .	519
3. Wertungskriterien im Spiegel von Institutionenschutz und Dynamisierung . . . . .	520
a) Inhaltskontrolle gem. § 138 BGB aufgrund eines statischen Unwerturteils . . . . .	521
b) Schutz marktbildender Verhandlungsstrukturen aufgrund des § 723 Abs. 3 BGB . . . . .	522
c) Korrektur der Risikoverteilung gem. § 242 BGB . . . . .	524
4. Informationsforcierung trotz Buchwertklausel? . . . . .	525
a) Richtigkeitsgewähr aufgrund gleichgewichtiger Informationslage in der OHG . . . . .	526
b) Sicherung marktbildender Anreizstrukturen in der idealtypischen Kommanditgesellschaft . . . . .	528
c) Kapitalmarktmaßstäbe in der Publikumskommanditgesellschaft . . . . .	531
C. Fazit: Die Abfindungsfrage zwischen gesellschaftsinterner Marktbildung und Anteilsmarktverwirklichung der Gesellschafter . . . . .	533
Zusammenfassung der Ergebnisse . . . . .	535
I. Grundlagen . . . . .	535
II. Gesellschaftsinterner Interessenausgleich aufgrund des Gesellschaftsvertrages . . . . .	536
III. Organisationsrechtliche Konzerneinbindung aufgrund des Gesellschaftsvertrages . . . . .	537
IV. Gesellschafterhaftung als Grenze der organisationsrechtlichen Außenwirkung des Gesellschaftsvertrages . . . . .	539
V. Die Abfindung als Ergebnis des Gesellschaftsvertrages . . . . .	541
Literaturverzeichnis . . . . .	543
Sachregister . . . . .	611

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
Acad. Mgmt. Rev.	The Academy of Management Review (Band, Jahr und Seite)
Acct. Rev.	The Accounting Review, A Quarterly Journal of the American Accounting Association (Band, Jahr und Seite)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band, Jahr und Seite)
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861
AEG	Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Jahr und Seite)
AGB	allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. 12. 1976
AktG	Aktiengesetz vom 6. 9. 1965
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, gültig ab 1. 6. 1794
Alt.	Alternative
Am. Econ. Rev.	American Economic Review (Band, Jahr und Seite)
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Ann. Rev. Soc.	Annual Review of Sociology (Band, Jahr und Seite)
Arch. f. BürgR	Archiv für Bürgerliches Recht (Band, Jahr und Seite)
ArchRWiPhil	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (Band, Jahr und Seite)
ARD	American Research and Development Corporation
arg. e	argumentum ex; Grund in
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AT&T	American Telephone and Telegraph Company
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebs-Berater (Jahr und Seite)
Bd.	Band
Begr.	Begründung
Beil.	Beilage
Bell J. Econ.	Bell Journal of Economics (Band, Jahr und Seite)
BFH	Bundesfinanzhof

BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, Zeitschrift für wissenschaftliche und praktische Fragen der Betriebswirtschaft (Jahr und Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8. 1896
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BiRiLiG	Bilanzrichtlinien-Gesetz vom 19.12. 1985
BKartA	Bundeskartellamt
BörsG	Börsengesetz vom 22.8. 1896
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
Bus. & Econ. Hist.	Business and Economic History (Band, Jahr und Seite)
BuW	Betrieb und Wirtschaft, Zeitschrift für Rechnungswesen, Steuern, Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht im Betrieb (Jahr und Seite)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVK	Bundesverband Deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften e.V.
bzw.	beziehungsweise
Cal. L. Rev.	California Law Review (Band, Jahr und Seite)
cic	culpa in contrahendo
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review (Band, Jahr und Seite)
Computer/L.J.	Computer/Law Journal (Band, Jahr und Seite)
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review (Band, Jahr und Seite)
D.C.	District of Columbia
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb (Jahr und Seite)
DBW	Die Betriebswirtschaft (Band, Jahr und Seite)
DCF	Discounted Cash Flow
Del. J. Corp. L.	Delaware Journal of Corporate Law (Band, Jahr und Seite)
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr und Seite)
DR	Deutsches Recht (Jahr und Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jahr und Seite)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Jahr und Seite)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
E	Entwurf
e.V.	eingetragener Verein
EBOR	European Business Organization Law Review (Band, Jahr und Seite)
Econ. J.	Economic Journal (Band, Jahr und Seite)
EG	Einführungsgesetz
Einl.	Einleitung
Emory L.J.	Emory Law Journal (Band, Jahr und Seite)
EStG	Einkommensteuergesetz in der Fassung vom 16.4. 1997
EU	Europäische Union

EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Jahr und Seite)
f., ff.	folgende (Singular/Plural)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FG	Festgabe
Fin. Mgmt.	Financial Management (Band, Jahr und Seite)
FK	Frankfurter Kommentar
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FuE	Forschung und Entwicklung
Ga. L. Rev.	Georgia Law Review (Band, Jahr und Seite)
Ga.	Georgia
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GE	General Electric Company
gem.	gemäß
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1.5. 1889
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5. 1949
GK	Großkommentar
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.4. 1892
GmbHR	GmbH-Rundschau (Jahr und Seite)
GroßKomm	Großkommentar
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr und Seite)
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung vom 15.7.2005
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Halbs.	Halbsatz
Hans. OLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
Harv. Bus. Rev.	Harvard Business Review (Jahr und Seite)
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review (Band, Jahr und Seite)
HFA	Hauptfachausschuss
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10.5. 1897
HRefG	Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (Handelsrechtsreformgesetz) vom 22.6. 1998
Hrsg.	Herausgeber(in)
HS	Halbsatz
IBM	International Business Machines Corporation
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer

IKZ	Iserlohner Kreisanzeiger und Zeitung
Indus. & Corp. Change	Industrial and Corporate Change (Band, Jahr und Seite)
InsO	Insolvenzordnung vom 5. 10. 1994
InsVV	Insolvenzrechtliche Vergütungsordnung vom 19. 8. 1998
J. Banking & Fin.	Journal of Banking and Finance (Band, Jahr und Seite)
J. Bus. Venturing	Journal of Business Venturing (Band, Jahr und Seite)
J. Corp. Fin.	Journal of Corporate Finance (Band, Jahr und Seite)
J. Corp. L.	Journal of Corporate Law (Band, Jahr und Seite)
J. Econ. Behavior & Org.	Journal of Economic Behavior and Organization (Band, Jahr und Seite)
J. Econ. Lit.	Journal of Economic Literature (Band, Jahr und Seite)
J. Econ. Persp.	Journal of Economic Perspectives (Band, Jahr und Seite)
J. Evolutionary Econ.	Journal of Evolutionary Economics (Band, Jahr und Seite)
J. Fin. Econ.	Journal of Financial Economics (Band, Jahr und Seite)
J. Fin.	Journal of Finance (Band, Jahr und Seite)
J.L. & Econ.	Journal of Law and Economics (Band, Jahr und Seite)
J.L. Econ. & Org.	Journal of Law, Economics, and Organization (Band, Jahr und Seite)
J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies (Band, Jahr und Seite)
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy (Band, Jahr und Seite)
Jb.	Jahrbuch
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band, Jahr und Seite)
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics (Band, Jahr und Seite)
JR	Juristische Rundschau (Jahr und Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
KEK	Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich
KG	Kammergericht, Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KK	Kölner Kommentar
KonzernR	Konzernrecht
KStG	Körperschaftsteuergesetz in der Fassung vom 22. 4. 1999
KWG	Gesetz über das Kreditwesen in der Fassung vom 9. 9. 1998
L. & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems (Band, Jahr und Seite)
LG	Landgericht
lit.	littera
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier, Möhring u.a.
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)

m.a.W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
Mgmt. Sci.	Management Science (Band, Jahr und Seite)
Mich.L. Rev.	Michigan Law Review (Band, Jahr und Seite)
Mot.	Motive
MüKo	Münchener Kommentar
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Jahr und Seite)
No.	Nummer
Nr.	Nummer
Nw. U.L. Rev.	Northwestern University Law Review (Band, Jahr und Seite)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Jahr und Seite)
o.Ä.	oder ähnlich(es)
o.V.	ohne Verfasser
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Ordo	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (Band, Jahr und Seite)
Org. Sci.	Organization Science (Band, Jahr und Seite)
polit.	politisch(er)
pVV	positive Vertragsverletzung
Q.J. Econ.	Quarterly Journal of Economics (Band, Jahr und Seite)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Band, Jahr und Seite)
RCA	Radio Corporation of America
RdA	Recht der Arbeit (Jahr und Seite)
Rdnr(n).	Randnummer(n)
RegE	Regierungsentwurf
Rev. Econ. Stud.	The Review of Economic Studies (Band, Jahr und Seite)
RFH	Reichsfinanzhof
RFHE	Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SächsArch	Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess (Band und Seite)
S.	Satz, Seite
SBA	Small Business Administration

SBICs	small business investment companies
SEC	Securities and Exchange Commission
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Jahr und Seite)
Slg.	Sammlung
Sp.	Spalte
StbJb	Steuerberater-Jahrbuch (Jahr und Seite)
Strat. Mgmt. J.	Strategic Management Journal (Band, Jahr und Seite)
StSenkG	Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung von 2001
StuW	Steuer und Wirtschaft (Jahr und Seite)
TA Associates	Tucker, Anthony Associates
taz	die Tageszeitung
TB	Tätigkeitsbericht
Tz(n).	Textziffer(n)
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review (Band, Jahr und Seite)
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review (Band, Jahr und Seite)
u.a.	und andere
UCLA L. Rev.	University of California at Los Angeles Law Review (Band, Jahr und Seite)
UK	United Kingdom
UmwG	Umwandlungsgesetz in der Fassung vom 28. 10. 1994
Urt.	Urteil
USA	United States of America
USC	University of Southern California
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. 6. 1909
Va. L. Rev.	Virginia Law Review (Band, Jahr und Seite)
Var.	Variante
VersR	Versicherungsrecht, juristische Rundschau für die Individualversicherung (Jahr und Seite)
vgl.	vergleiche
Vjschr. f. Steuer- und Finanzrecht	Vierteljahresschrift für Steuer- und Finanzrecht (Band, Jahr und Seite)
Vorbem.	Vorbemerkung
vs.	versus
WAZ	Westdeutsche Allgemeine Zeitung
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung, Zeitschrift für Wirtschaftsanwälte und Unternehmensjuristen (Jahr und Seite)
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review (Jahr und Seite)
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium, Zeitschrift für Ausbildung und Hochschulkontakt (Band, Jahr und Seite)
WISU	Das Wirtschaftsstudium, Zeitschrift für Ausbildung, Examen, Berufseinstieg und Fortbildung (Band, Jahr und Seite)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapier-Mitteilungen (Jahr und Seite)

WP	Wirtschaftsprüfer
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Jahr und Seite)
WPO	Gesetz über die Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer in der Fassung vom 19.12. 2000
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr und Seite)
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
XTV	Xerox Technology Venture
Yale J. Reg.	Yale Journal on Regulation (Band, Jahr und Seite)
Yale L.J.	Yale Law Journal (Band, Jahr und Seite)
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht (Band, Jahr und Seite)
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaftslehre (Band, Jahr und Seite)
ZfbF	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung (Band, Jahr und Seite)
ZfgG	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen (Band, Jahr und Seite)
ZfhF	Zeitschrift für handelswirtschaftliche Forschung (Band, Jahr und Seite)
zfo	Zeitschrift Führung und Organisation (Jahr und Seite)
ZfP	Zeitschrift für Personalforschung (Band, Jahr und Seite)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Jahr und Seite)
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (Band, Jahr und Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Band, Jahr und Seite)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (Jahr und Seite)
ZPO	Zivilprozessordnung vom 30. 1. 1877
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Jahr und Seite)
ZVI	Zeitschrift für Verbraucherinsolvenzrecht (Jahr und Seite)



## Einleitung

Im Wettbewerb der Unternehmensformen hat sich der Konzern durchgesetzt<sup>1</sup>. Sich wandelnde Marktbedingungen erfordern Flexibilität und Anpassungsfähigkeit. Hierbei erweist sich die Personengesellschaft als besonders leistungsfähig, weil sie ihren Gesellschaftern weitgehende Gestaltungsfreiheit lässt. Die konzernierte Personengesellschaft galt lange Zeit als Entdeckung der letzten Jahre, ohne dass bisher nennenswertes Anschauungsmaterial in der Rechtswissenschaft aufgearbeitet worden ist<sup>2</sup>. Die Auseinandersetzung über die Gestaltungswirkung des Personengesellschaftsvertrages für die Begründung von Konzernleitungsmacht ist bis heute nicht zur Ruhe gekommen<sup>3</sup>.

Das Aktiengesetz von 1965 enthält in den §§ 15ff., 291ff. AktG die weltweit erste Kodifikation eines Rechts der verbundenen Unternehmen. 1979 entwickelte die Unternehmensrechtskommission Typen der Konzernleitungsmacht eines Unternehmens gegenüber einer Personengesellschaft, die in die rechtswissenschaftliche Diskussion Eingang gefunden haben<sup>4</sup>:

- die Leitungsmacht eines Unternehmens als persönlich haftender und geschäftsleitender Gesellschafter,
- die mittelbare Leitung über eine nicht selbst unternehmerisch tätige Komplementär-GmbH
- und die Leitungsmacht als Kommanditist mit Sonderrechten.

Ausgehend von dieser Typologie beherrschter Personengesellschaften, orientiert sich die Literatur bei der rechtlichen Bewältigung der Unternehmensverbindungen an aktienkonzernrechtlichen Kategorien. Bei der Übertragung des aktienrechtlichen Modells bleibt der grundlegende Unterschied zum Aktienrecht jedoch unberücksichtigt: Der Abhängigkeitsbegriff des Aktienrechts knüpft an den

---

<sup>1</sup> Zur besonderen Bedeutung der Unternehmensgruppe in Europa *Forum Europaeum Konzernrecht* (Hommelhoff/Hopt/Lutter/Doralt/Druey/Wymeersch), ZGR 1998, 672, 673; zum grundlegenden Stellenwert des Gesellschaftsrechts bei der daran anknüpfenden Wahl der Gesellschaftsform *Davies/Hertig/Hopt*, Anatomy 215.

<sup>2</sup> So bis heute *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht 454 (§ 33 I); als »Entdeckungsland« »bis in die achtziger Jahre« bezeichnet bei *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht 1292 (§ 43 III.1.a); zum fehlenden Anschauungsmaterial *MüKoHGB-Mülbert* KonzernR Rdnr. 5.

<sup>3</sup> *Emmerich/Habersack-Emmerich* Vor § 291 Rdnr. 11.

<sup>4</sup> *Unternehmensrechtskommission*, Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission (1980) Tzn. 1708–1725.

Einfluss an, den die Mehrheitsbeteiligung an einer Aktiengesellschaft gewährt (§ 17 Abs. 2 AktG). Dagegen kennt das Personengesellschaftsrecht keinen zwingenden Zusammenhang zwischen Anteilsmehrheit, Stimmenmehrheit und Entscheidungsmacht. Es ist das Anliegen dieser Untersuchung, die Gestaltungsprinzipien des Aktienkonzerns zu den Grundlagen im Recht der Personengesellschaft in Bezug zu setzen. Dabei ist zu klären, inwieweit die Konzernierung einer Personengesellschaft wichtige Strukturunterschiede zur Konzerneinbindung einer Kapitalgesellschaft aufweist.

Die fremdunternehmerische Mehrheitsherrschaft eines Gesellschafters stellt Funktion und Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Personengesellschafter auf die Probe. Der Einfluss des herrschenden Unternehmens auf die Entscheidungsprozesse der Gesellschaft erschwert den gesellschaftsinternen Interessenausgleich zwischen Mehrheit und Minderheit. Hier fragt sich, inwieweit Kernbereichslehre, Bestimmtheitsgrundsatz und eine Begrenzung des Dritteinflusses, insbesondere nach Maßgabe des Grundsatzes der Selbstorganschaft einen solchen Ausgleich sicherstellen können. Diese personengesellschaftsspezifischen Interessenausgleichsmechanismen können aufzeigen, ob und welche Strukturunterschiede zur Kapitalgesellschaft und deren Konzerneinbindung nach dem Modell des aktienrechtlichen Unterordnungskonzerns verbleiben.

Im Außenverhältnis stellt der Einfluss eines herrschenden Unternehmens die Eigenständigkeit der Marktteilnahme seitens der beherrschten Gesellschaft in Frage. Daher wird ein Ausgleich zwischen den Haftungsinteressen der Gläubiger und dem unternehmerischen Interesse an einer Haftungssegmentierung erforderlich. Es fragt sich, inwieweit Konzernhaftungsgrundsätze für diesen Ausgleich herangezogen werden können. Besondere Aktualität hat diese Frage durch die neuere Rechtsprechung zur Konzernhaftung in der Bremer Vulkan-Entscheidung gewonnen<sup>5</sup>. In seiner Entscheidung zum Zusammenbruch des Bremer Vulkan-Werftenverbands hat der Bundesgerichtshof seine Spruchpraxis zum GmbH-Konzernrecht mit der Existenzvernichtungshaftung auf eine neue Grundlage gestellt. Diese Haftungskonzepte für die konzerngebundene GmbH sind auf eine mögliche Ausstrahlungswirkung auf die GmbH & Co KG zu untersuchen<sup>6</sup>. Auf der Grundlage der Haftung in der konzerngebundenen GmbH & Co KG lässt sich dann die Reichweite ihrer außenwirksamen Vermögensverselbständigung abstecken. Die vermögensmäßige Indienstnahme der Gesellschaft nach den aktienkonzernrechtlichen Grundsätzen des § 291 Abs. 3 AktG setzt eine solche Vermögensverselbständigung von deren Gesellschaftern voraus. Die Haftung bezeichnet letztlich Grenzen der organisationsrechtlichen Gestaltungswirkung privatrechtlicher Verträge und damit auch solche vermögensmäßiger Ver-

---

<sup>5</sup> BGH 17. 9. 2001, BGHZ 149, 10; zur Aktualität in Bezug auf das Konzernrecht der Personengesellschaften *Baumbach/Hopt* Vorwort VI.

<sup>6</sup> Hierzu Vierter Teil II.B.

selbständigkeit. Dies lässt eine Verbindung zwischen dem gesellschaftsinternen Interessenausgleich und der Reichweite der Gesellschaft als haftungsrechtlicher Wirkungseinheit aufscheinen: In dem Maße, in dem ein anderes Unternehmen Einfluss auf die Entscheidungsprozesse der Gesellschaft im Innenverhältnis gewinnt, lässt sich die Gesellschaft auch im Außenverhältnis nicht mehr als selbständige Marktteilnehmerin erfassen. Im Falle der Konzernhaftung zerfällt die für eine Konzerneinbindung vorausgesetzte, allerdings nur begrifflich umfassende Verselbständigung der Personengesellschaft dem herrschenden Gesellschafter »unter den Händen«<sup>7</sup>. Demzufolge lassen sich aus der Haftung im Personengesellschaftskonzern möglicherweise nuancierte Aussagen zur Verselbständigung der Personengesellschaft von ihren Gesellschaftern erwarten, die über die Frage der Rechtsfähigkeit hinausgehen. Dies gilt freilich nur in Bezug auf die unter- oder gleichgeordnete Personengesellschaft, auf deren Analyse sich die Arbeit ungeachtet der Einsatzmöglichkeiten der Personengesellschaft auch als Konzernmutter daher beschränken wird.

Die folgende Untersuchung zu Funktion und Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Personengesellschafter im Hinblick auf eine Konzerneinbindung ihrer Gesellschaft gliedert sich in fünf Teile. Eine konzeptionelle Grundlegung im ersten Teil erschließt zunächst die Ansatzpunkte für die Problemstellung aus rechtlicher, ökonomischer und rechtstatsächlicher Sicht. Der zweite Teil widmet sich dann dem gesellschaftsinternen Interessenausgleich und den ihm zugrunde liegenden Ausgleichs- und Lenkungsmechanismen. Als Anwendungsfelder rücken hier insbesondere die Willensbildung, die Finanzierung sowie die Unternehmensleitung ins Blickfeld<sup>8</sup>. Die Funktionsfähigkeit dieses Interessenausgleichs wird insbesondere bei der Einwirkung einer Konzernleitung auf die Gesellschaft beschränkt. Daher präzisiert der dritte Teil eine solche Einwirkung, indem er die Gestaltungsspielräume für eine fremdunternehmerische Unternehmensleitung, deren normtheoretische Fundierung und deren haftungsrechtliche Einbindung absteckt. Die organisationsrechtliche Gestaltungswirkung des gesellschaftsinternen Interessenausgleichs schlägt sich in dessen Außenwirkung vor allem bei der Haftungsfrage nieder. Daher legt der vierte Teil zunächst anhand der Grundlagen der Gesellschafterhaftung die Basis, um diese organisationsrechtliche Außenwirkung näher zu bestimmen<sup>9</sup>. Den Testfall für eine organisationsrechtliche Außenwirkung bildet anschließend die Konzernhaftung in der konzerngebundenen Personengesellschaft<sup>10</sup>. Hier schlägt sich das Ausmaß der Vermögensverselbständigung beim Verlustausgleich nieder. Den Abschluss bildet im fünften Teil die

---

<sup>7</sup> Entsprechend zur Autonomie der abhängigen juristischen Person *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 446.

<sup>8</sup> Zur Willensbildung Zweiter Teil I.; zur Finanzierung Zweiter Teil II.; zur Unternehmensleitung Zweiter Teil III.

<sup>9</sup> Hierzu Vierter Teil I.

<sup>10</sup> Hierzu Vierter Teil II.

Frage, wie sich zwischen den marktähnlichen Austauschprozessen beim Interessenausgleich der Gesellschafter und der hierdurch organisationsrechtlich hervorgerufenen außenwirksamen Marktteilnahme der Gesellschaft eine Verbindung herstellen lässt. Dieser Brückenschlag zwischen Gestaltungsfreiheit und Marktteilnahme wird letztlich mit der Abfindung verwirklicht, wenn diese das Ergebnis der Marktteilnahme dem Gesellschafter als Anteilseigentum zuweist.

## Konzeptionelle Grundlagen in rechtlicher, ökonomischer und rechtstatsächlicher Perspektive

### *I. Die Personenhandelsgesellschaft im Spannungsfeld zwischen der Gestaltungsfreiheit ihrer Gesellschafter und organisationsrechtlicher Außenwirkung*

Anknüpfungspunkt für die einleitend hervorgehobene Gestaltungsfreiheit der Personengesellschafter ist der Grundsatz der Vertragsfreiheit (§ 109 HGB). Er ermöglicht den gezielten Rückgriff auf Regelungselemente des Rechts der Aktiengesellschaft und der GmbH. So lässt sich in der GmbH & Co KG die unbeschränkte Haftung natürlicher Personen ausschließen. In Abweichung von §§ 114, 115, 125 HGB kann die Geschäftsführung in die Hände einzelner, besonders geeigneter Gesellschafter gelegt werden. Mit der Bildung spezifischer Verwaltungsorgane können noch darüber hinausgehende Spezialisierungsvorteile verwirklicht werden. Ebenso kann zur Vereinfachung innergesellschaftlicher Willensbildungsprozesse das Einstimmigkeitsprinzip gem. § 119 HGB durch das Mehrheitsprinzip ersetzt werden. Schließlich können die Personengesellschafter die Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile nach dem Vorbild der Kapitalgesellschaften vereinbaren. Nach einer Illustration dieser Handlungsspielräume anhand der Herausbildung der GmbH & Co KG (dazu A.) sind sie in der personengesellschaftsrechtlichen Diskussion zu verorten (dazu B. und C.). Die Tragweite dieser Grundlagen lässt sich dann anhand der rechtlichen Einordnung der konzerngebundenen Personengesellschaft verdeutlichen (dazu D.).

#### *A. Die Herausbildung der GmbH & Co KG im Lichte der wirtschaftlichen Kooperationsbedürfnisse der Industrie*

Illustrieren lässt sich der Einsatz des Rechts der Personenhandelsgesellschaft für die Herausbildung leistungsfähiger Unternehmensstrukturen im Lichte sich wandelnder Marktbedingungen anhand der Entwicklung der GmbH & Co KG<sup>1</sup>. Rechtstatsächlich lässt sich schon in den zwanziger Jahren der Verflechtungspro-

---

<sup>1</sup> Vom Stellenwert der GmbH & Co KG auf dem »Markt der Gesellschaftsformen« spricht *Wietbölder*, Aktuelle Probleme der GmbH & Co 11, 14; zur Bedeutung der GmbH & Co KG als Beispiel für gesellschaftsrechtliche Atypizität in neuerer Zeit auch *Steding*, NZG 2000, 182, 185.

zess in der deutschen Industrie als Anpassungsentwicklung auf der Grundlage einer Intensivierung der Produktionsmethoden im Hinblick auf die Weltmärkte charakterisieren<sup>2</sup>. Neben der Zusammenarbeit zwischen einzelnen Unternehmen in Interessengemeinschaftskartellen bildet die Unternehmensverflechtung in der Rechtsform einer Grundtypenvermischung ein wichtiges Element und eine konsequente Fortführung bei der Expansion moderner Industriezweige, wie der Montanindustrie, der chemischen Industrie sowie der Elektroindustrie<sup>3</sup>. Exemplarisch verdeutlichen lässt sich dies an den von *Zielinski* auf der Grundlage von Registerakten zusammengetragenen Beispielen von Grundtypenvermischungen in der Elektroindustrie<sup>4</sup>. Erwähnt sei hier die Osram-GmbH & Co KG, unter der sich die Großkonzerne der Elektroindustrie, nämlich die AEG-Gruppe und die dem Stinnes-Konzern angehörende Siemens-Schuckert-Gruppe, zusammenschlossen haben, mit der Osram-GmbH als einzigem Komplementär und der AEG, der Siemens & Halske AG und der Deutschen Gasglühlicht-AG & Co GmbH als Kommanditisten<sup>5</sup>. Daneben lässt sich die (Siemens-)Bau-Union GmbH KG anführen, deren Komplementär die Bauunion GmbH ist, während die Siemens & Halske AG, die Siemens-Schuckert-Werke und die Elektrizitäts-AG die Stellung von Kommanditisten einnehmen<sup>6</sup>.

Diese Herausbildung einer Grundtypenvermischung unter der Rechtsform der Kommanditgesellschaft ist nicht ausschließlich unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen, wengleich die steuerliche Belastung der Gewinne einer Körperschaft der Gestaltungspraxis sicher wesentlich zugrunde lag<sup>7</sup>. Die Finanzrechtsprechung zeigt eine unternehmenspolitische Dimension der GmbH & Co KG auf, wenn sie dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit eröffnet, durch den Nachweis einer über steuerrechtliche Motive hinausgehenden Interessenverfolgung die Unzulässigkeit der GmbH & Co KG nach dem Umgehungsverbot des § 5 Reichsabgabenverordnung zu vermeiden<sup>8</sup>. Demzufolge kann die Fusion in der Rechtsform einer GmbH & Co KG die Kooperation großer Elektrizitätsgesellschaften konsequent fortführen und effektivieren.

Illustrieren lässt sich dies am Beispiel der Gründung der (Siemens-)Bau-Union GmbH KG. Ihr war die Kooperation von Siemens & Halske AG, Siemens-Schuckert-Werke und der mit ihnen verbundenen Elektrizitätsunternehmen beim Bau

<sup>2</sup> *Zielinski* 4f.

<sup>3</sup> Entwicklung dieser Industriezweige unter dem Blickwinkel der Konzernbildung bei *Spindler* 96–161.

<sup>4</sup> *Zielinski* 18–35; Inbezugnahme der goldenen zwanziger Jahre als unternehmenshistorisch interessant auch bei *Wietbölder*, Aktuelle Probleme der GmbH & Co KG 11, 20f.

<sup>5</sup> Hierzu *Zielinski* 29f.

<sup>6</sup> *Zielinski* 30; hierzu auch in der neueren Literatur *Spindler* 149.

<sup>7</sup> Betonung auf den steuerrechtlichen Hintergründen bei *Hesselmann/Tillmann* 5; *J. Meyer* 90, 92f.; *Wietbölder*, Aktuelle Probleme der GmbH & Co KG 11, 14; zum Verhältnis von steuerrechtlichen zu gesellschaftsrechtlichen Vorteilen *Baumbach/Hopt* Anh § 177a Rdnrn. 2f.

<sup>8</sup> *E. Becker* § 5 Rdnr. 9.

von Untergrundbahnen in deutschen Großstädten bei der elektrischen Ausrüstung und auch den gesamten Tiefbauarbeiten vorangegangen<sup>9</sup>. Um hier einen Träger für das in diesem Rahmen entstandene Tiefbauunternehmen zu schaffen, wurde die Bauunion GmbH KG ins Leben gerufen. Rechtstatsächlich stellt sich demzufolge die Grundtypenvermischung als die Überführung der Unternehmenskooperation in eine Fusion dar. Darüber hinaus bietet die GmbH eine zweckmäßige Gestaltung der Unternehmensfortführung, wenn der Geschäftsinhaber ausscheidet oder aus anderen Gründen der beteiligten Unternehmen eine flexible Geschäftsführung erwünscht ist<sup>10</sup>. Außerdem erschließt die GmbH & Co KG Expansionspotenziale über erweiterte Absatzgebiete und -organisationen, indem sie sich die von den Kapitalgesellschaften eingebrachten Ressourcen zunutze macht<sup>11</sup>. Die Bündelung mehrerer Kapitalgesellschaften steigert Wirtschaftlichkeit und Gewinne durch die Ausschaltung von Wettbewerb<sup>12</sup>. Damit geht insbesondere bei Beteiligung auch natürlicher Personen als unbeschränkt haftender Gesellschafter eine Verbesserung der Finanzierungsmöglichkeiten einher. Demzufolge erscheint die GmbH & Co KG auch als Sanierungsinstrument geeignet<sup>13</sup>. Belegen lässt sich Letzteres mit der Bedeutung von Betriebs- und Finanzierungsgesellschaften im Konzernaufbau der Elektroindustrie für die Risikoaufspaltung<sup>14</sup>. Insgesamt erweist sich die Konzernorganisation in der Elektroindustrie als ein wichtiges Instrument, um trotz Kapitalknappheit hohe infrastrukturelle Anfangsinvestitionen aufzubringen<sup>15</sup>. Im Ergebnis bildet die GmbH & Co KG damit ein wichtiges rechtliches Instrument bei der Unternehmenskooperation im Rahmen von Sanierungen, Fusionen, Konzernierungen und Kartellzusammenschlüssen unter Vermeidung kapitalgesellschaftsrechtlicher Publizität<sup>16</sup>.

Was die rechtliche Würdigung der GmbH & Co KG in dieser Zeit anbelangt, so markiert der reichsgerichtliche Beschluss vom 4. 7. 1922 nach einer wechselvollen Rechtsprechung der Untergerichte die grundsätzliche Entscheidung für die

---

<sup>9</sup> Den Monopolisierungseffekt unter Vermeidung von Publizität unterstreicht hierfür *Wietbölder*, Aktuelle Probleme der GmbH & Co 11, 21; auch erwähnt bei *Zielinski* 30; in ähnlicher Weise zur Gründung der Gesellschaft für Hoch- und Untergrundbahnen als Betriebsgesellschaft von Siemens & Halske und der parallelen Gesellschaft für den Bau von Untergrundbahnen als Betriebsgesellschaft der AEG als Kooperationsvehikel bei den Verhandlungen über die Hoch- und Untergrundbahn Berlins *Peschke* 134f.

<sup>10</sup> *Zielinski* 46–50.

<sup>11</sup> *Zielinski* 50–52.

<sup>12</sup> *Zielinski* 52f.; zur Bewältigung wirtschaftlicher Krisen durch Konzentration in der Elektroindustrie auch *Helfferrich* II 136–141.

<sup>13</sup> *Zielinski* 54–56.

<sup>14</sup> *Helfferrich* II 100–117; *Spindler* 150–157.

<sup>15</sup> So auch die Einschätzung bei *Spindler* 161.

<sup>16</sup> Zum Motiv der Vermeidung von Publizität und Charakterisierung als Verbindung von »Bewegungsfreiheit ... mit der nötigen Entpersönlichung ...« bei *Wietbölder*, Aktuelle Probleme der GmbH & Co 11, 21, 32.

Zulässigkeit der GmbH & Co KG<sup>17</sup>. Kennzeichnend für die rechtliche Auseinandersetzung mit der GmbH & Co KG ist die punktuelle Argumentation dieser Entscheidung<sup>18</sup>. So wird die Zulässigkeit der GmbH & Co KG an den Einzelfragen gemessen, ob firmenrechtliche Gesichtspunkte oder Fragen der Bilanzaufstellung die GmbH von der Beteiligung als persönlich haftende Gesellschafterin an einer Kommanditgesellschaft ausschließen<sup>19</sup>. Auch die Auseinandersetzung mit dem Argument, dass die GmbH durch die Geschäftsführung in einer mit der freien Abberufbarkeit der GmbH-Geschäftsführung unvereinbaren Art und Weise verpflichtet werden könne, orientiert sich an eher begrifflichen Kategorien<sup>20</sup>. Dem wichtigen Argument der unterschiedlichen Steuerungswirkung der unbeschränkten persönlichen Haftung einer natürlichen Person und der Haftungsbeschränkung der Komplementär-GmbH begegnet das Gericht mit dem Hinweis, dass eine zahlungsfähige GmbH einem einzelnen Kaufmann mit geringen Mitteln vorgezogen werde. Die GmbH-Geschäftsführer könnten aufgrund besonderer durch Gehalt, Beteiligung oder Tantieme vermittelter Anreize im Wesentlichen ebenso mit dem Geschäft verwachsen sein wie eine natürliche Person als Gesellschafterin<sup>21</sup>. Auch das Schrifttum macht sich in Teilen den methodischen Ausgangspunkt der Rechtsprechung zu eigen. So gelangt man entweder aus begrifflicher Sicht zur Unbedenklichkeit der Stellung der GmbH als unbeschränkt haftender Komplementärin oder eröffnet eine Überprüfung der Zulässigkeit der GmbH & Co KG nur für den Einzelfall unter Missbrauchsgesichtspunkten, ohne hierbei feste Kriterien zu entwickeln<sup>22</sup>.

Als letztlich entscheidend lässt die reichsgerichtliche Entscheidung einen von diesen Subsumtionsfragen zu unterscheidenden Gesichtspunkt für die Zulässigkeit der GmbH & Co KG maßgeblich sein. So könne es »... dem Handelsverkehr nicht verwehrt werden, sich zwecks Erreichung seiner geschäftlichen Ziele solcher Formen und Organisationen zu bedienen, welche ihm die geringstmöglichen Unkosten verursachen ...«<sup>23</sup>. Damit erweisen sich die betriebswirtschaftlichen Bedürfnisse der Unternehmenspraxis als wichtiges Kriterium für die rechtliche Zulässigkeit der GmbH & Co KG, ohne dass ihre Auswirkungen etwa durch veränderte Steuerungsmechanismen auf die Wirtschaftsordnung im Ganzen Berück-

<sup>17</sup> RG 4.7.1922, RGZ 105, 101; zur vorausgegangenen Gerichtspraxis Hans. OLG 19.12.1890, HansGZ 1891, 21; demgegenüber für Fähigkeit einer OHG, Gesellschafterin zu sein KG 20.6.1881, KGJ 2, 20f.; siehe Überblick bei *Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns* §1 Rdnrn. 15ff.; *J. Meyer* 92f.

<sup>18</sup> So auch *Ott*, Typenzwang 22.

<sup>19</sup> RG 4.7.1922, RGZ 105, 101, 105.

<sup>20</sup> RG 4.7.1922, RGZ 105, 101, 105.

<sup>21</sup> RG 4.7.1922, RGZ 105, 101, 104f.; zum Gesichtspunkt der unterschiedlichen Steuerungsfunktion der persönlichen Haftung einer GmbH und der einer natürlichen Person kritisch *Fuchs*, JW 1922, 1677.

<sup>22</sup> Begriffliche Würdigung der unbeschränkten Haftung der Komplementär-GmbH bei *Zielinski* 86–90; Würdigung unter Missbrauchsgesichtspunkten im Einzelfall bei *Boesebeck* 60.

<sup>23</sup> RG 4.7.1922, RGZ 105, 101, 106.

sichtigung finden<sup>24</sup>. Der Regelungsgehalt des Gesellschaftsrechts wird demzufolge anhand der am individuellen Gesellschafterinteresse ausgerichteten Vertragspraxis bestimmt<sup>25</sup>. Im Ergebnis treten daher an die Stelle des gesetzlich geregelten Rechts der Kommanditgesellschaft gem. §§ 161 ff. HGB die Gesellschaftsverträge der GmbH & Co KG als »schematisierende Regelung des Vertragslebens« und »selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft«<sup>26</sup>.

Zwischenzeitlich wird unter dem Nationalsozialismus die Grundtypenvermischung kritisch beurteilt, doch knüpft der Bundesgerichtshof an die reichsgerichtliche Rechtsprechung zur GmbH & Co KG ohne weitere Begründung nahtlos an<sup>27</sup>. Ungeachtet dieser zivilrechtlichen Anerkennung rückt jedoch allmählich die Haftungsbeschränkung als strukturbestimmendes Merkmal ins Blickfeld. Das Bundesverfassungsgericht stellt 1968 die Nähe der GmbH & Co KG zur Kapitalgesellschaft fest<sup>28</sup>. Hieran orientiert sich auch der Vorschlag des Arbeitskreises GmbH-Reform, der 1971 die Einführung einer Handelsgesellschaft auf Einlagen als Alternative zur GmbH & Co KG vorschlägt, um die GmbH-Reform in ihrer Effektivität nicht leerlaufen zu lassen. Gleichwohl bleibt hiervon das »anerkanntswerte Interesse der Wirtschaft«, die »Vorteile der Haftungsbeschränkung, der Drittorganschaft und der Kapitalflexibilität« zu verbinden, als Zielvorstellung unberührt<sup>29</sup>. Die Orientierung an einem punktuellen Schutz von Gläubigerinteressen ist schließlich auch der Übertragung der §§ 30, 31 GmbHG auf die GmbH & Co KG sowie der firmenrechtlich abgestützten Anmahnung eines die Rechtsform der GmbH & Co KG kennzeichnenden Zusatzes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs immanent<sup>30</sup>. Diese Entwicklung mündet in die Sonderregeln, die mit der GmbHG-Novelle 1980 in das HGB aufgenommen wurden<sup>31</sup>. Letztlich ändert dies nichts an dem Stellenwert der GmbH & Co KG und dem des ihr zu zugrunde liegenden Gesellschaftsvertrages als schematisierende Regelung des Vertragslebens. Der am individuellen Interessenausgleich der Gesellschafter orientierte Gesellschaftsvertrag wird lediglich durch einen punk-

<sup>24</sup> Entsprechend kritisch schreibt *Ritter* (§ 105 Rdnr. 2b) sie dem »Übereifer der wirtschaftlichen Entwicklung« und dem damit einhergehenden »schiebefreundlichen Geist« zu; ähnliche Einschätzung bei *Plum*, 100 Jahre Deutsches Rechtsleben II 137, 190.

<sup>25</sup> Zum dem zugrunde liegenden Stellenwert der gesellschaftsrechtlichen Vertragsfreiheit als Instrument des Individualausgleichs unter den Gesellschaftern *Ott*, Typenzwang 37.

<sup>26</sup> So allgemein zu Verträgen, denen kein Gleichgewicht der marktlich betroffenen Kräfte zugrunde liegt, *Boehmer* 273; im vergleichbaren AGB-rechtlichen Zusammenhang spricht *L. Raiser* (74) daher von der »Dezentralisation der Rechtsordnung«.

<sup>27</sup> BGH 28. 9. 1955, WM 1956, 61, 63; exemplarisch für die kritische Würdigung der Grundtypenvermischung zu Zeiten des Nationalsozialismus *Schönle* 34–83.

<sup>28</sup> BVerfG 2. 10. 1968, BVerfGE 24, 174, 182.

<sup>29</sup> *Arbeitskreis GmbH-Reform* I 10.

<sup>30</sup> Übertragung der §§ 30, 31 GmbHG auf die GmbH & Co KG in BGH 29. 3. 1973, BGHZ 60, 324; zum Firmenzusatz BGH 18. 3. 1974, BGHZ 62, 216, 224f.; BGH 18. 9. 1975, BGHZ 65, 103, 105; zu den übergreifenden Gesichtspunkten der Marktteilnahme siehe unter C.

<sup>31</sup> Überblick bei *Baumbach/Hopt* Anh § 177a Rdnr. 5.

tuellen Schutz der Gläubiger ergänzt, ohne dass seine Doppelfunktionalität im Hinblick auf die Marktteilnahme der Gesellschaft als die Wirtschaftsordnung prägende Außenwirkung ins Blickfeld rückt<sup>32</sup>. Diese Doppelfunktionalität scheint erst in der neueren Rechtsprechung zur statutarischen Haftungsbeschränkung in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf<sup>33</sup>.

### *B. Der individuelle Interessenausgleich der Gesellschafter untereinander und seine Gestaltungsgrenzen als gesellschaftsprägende Elemente im Schrifttum*

Die Prämisse vom Gesellschaftsvertrag als individuellem Interessenausgleich unter den Gesellschaftern bildet in den siebziger Jahren die Grundlage für zahlreiche personengesellschaftsrechtliche Untersuchungen zum Verhältnis dieses Interessenausgleichs zur gesetzlichen Rechtsformregelung<sup>34</sup>. Zugrunde liegt diesen Untersuchungen ein ausschließlich auf die vertragliche Koordination ausgerichteter Begriff vom Gesellschaftsrecht, bei dem lediglich für das Innenverhältnis der Gesellschafter Grenzen der Vertragsfreiheit zu bestimmen sind<sup>35</sup>. Die Legitimationswirkung der gesellschaftsvertraglichen Gestaltungen beruht hier auf »... dem allgemeinen Prinzip der Selbstbestimmung des Menschen in seinen Angelegenheiten ...«<sup>36</sup>. Die Frage der Gerechtigkeit der privatautonom erzielten Ergebnisse stellt sich nicht – »Stat pro ratione voluntas«<sup>37</sup>. Dem liegt die Privatautonomie als selbständiger Rechtswert zugrunde<sup>38</sup>. Die auf diesen Prämissen fußenden folgenden Ansätze sind auch im Lichte dem entgegengesetzter Konzeptionen der Privatautonomie zu würdigen. So beschränkt *Schmidt-Rimpler* die Richtigkeitsgewähr der privatautONOMEN Regelung nicht allein auf den vertraglichen Interessenausgleich, sondern erstreckt sie auf das Verhältnis des Vertrages zur Gesamtrechtsordnung<sup>39</sup>. Zwar ist die dabei drohende Ablösung der Richtigkeitsgewähr vom Wert der Selbstbestimmung und ihre einseitige Ausrichtung am Maßstab einer Gemeinschaftsordnung kritisch zu bewerten<sup>40</sup>. Gleichwohl sind die Auswir-

<sup>32</sup> So auch schon im Hinblick auf die Gesellschaftsrechtslehre *Ott*, Typenzwang 2f.; deutlich wird das Fehlen einer solchen Verknüpfung etwa bei der Gegenüberstellung von Innen- und Außenverhältnis bei *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht 171f. (§7 I 3); exemplarisch außerdem die nachfolgenden Habilitationsschriften von *M. Nitschke*, *Teichmann* und aus neuerer Zeit *C. Weber*, auf die unter diesem Gesichtspunkt holzschnittartig einzugehen ist (siehe im Folgenden 1.–4.).

<sup>33</sup> BGH 27. 9. 1999, BGHZ 142, 315; hierzu unten C. 3.

<sup>34</sup> Deutlich wird diese Einbettung in den genannten Diskussionsstand z.B. bei *H.P. Westermann*, Vertragsfreiheit 5f.

<sup>35</sup> Ähnlich zur Verlagerung des sachlichen Schwerpunktes des Gesellschaftsrecht in das Innenverhältnis der Gesellschafter *Ott*, Typenzwang 47f.

<sup>36</sup> *H.P. Westermann*, Vertragsfreiheit 24.

<sup>37</sup> *Flume*, Rechtsgeschäft 6.

<sup>38</sup> *Flume*, 100 Jahre Deutsches Rechtsleben 135, 141.

<sup>39</sup> *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941) 130, 132f.

<sup>40</sup> *Flume*, 100 Jahre Deutsches Rechtsleben 135, 142.

## Sachregister

- Abfindung 50, 105, 109, 140, 280, *siehe auch* Buchwertklausel
- Abhängigkeit 240–267
- Abhängigkeitsvermutung 251, 245–247
  - Aktiengesellschaft 1f., 29
  - Anteilsmarkt 68–71, 245–248, 303–314, *siehe auch* Anteil
  - einfache 29
  - Geschäftsführungsbefugnisse 250–256
  - Kapitalanteil 241–244
  - Mehrheitsbeteiligung 1f., 30, 240–247
  - Sperrminorität 249–250
- Abspaltungsverbot 180–218
- Drittorganschaft 189–192
  - Nießbrauch 196
  - Treuhandverhältnis 195–196
  - Umdeutung 200f., 208f.
  - verdrängende Vollmacht 192–194
  - Verpfändung 196
- Abwanderung 54–56, 103–104, 105, 114, 120, 124, 132, 280
- actio pro socio 108, 326, 329–330, 421
- agency-Theorien 33, 528
- Aktiengesellschaft
- Aktienkurs 25, 275, 378, 483
  - eigenverantwortliche Leitung 225, 276, 284, 293
  - Satzungsstrenge 180, 225, 284
- Angloamerikanischer Rechtskreis 403
- Anlegerschutz 306–313, 357, *siehe auch* Prospekthaftung
- Anteil
- Anteilsmarkt 21, 68–71, 112, 156, 205, 240f., 244–248, 280, 303–314, 395, 483
  - Anteilsmehrheit 2, 30, 95f., 240–242
- Antizipierte Zustimmung 115f., 119, 122–124, 132
- Auflösung 105, 110
- Ausschüttungsrechte, *siehe* Entnahmerechte
- Austauschvertrag 260–264
- Autokran-Entscheidung 427f., 446
- Beherrschungsvertrag 28, 29, 30, 247, 276–279, 428, 435f., 443f.
- Beirat 112, 200, *siehe auch* Publikumspersonengesellschaft
- Bestimmtheitsgrundsatz 2, 19–135, 198–199, 266, 269f., 301, 304, 329, 487
- Finanzierung 154
  - Grundlagengeschäfte 119
- Betriebsaufspaltung 469–478
- Betriebsführungsvertrag 283
- Bilanzfeststellung 105, 106, 110
- Bilanzierung 165–175
- Ermessensabschreibungen 170–171
  - Kompetenzen 165–167
  - Rücklagenbildung 169–170
  - Sonderabschreibungen 171–172
- Bremer Vulkan-Entscheidung 2, 428, 453–467, 474
- Buchwertklausel 515–542
- Disziplinierung 522
  - Firmenwert 515, 530
  - Geldwertentwicklung 517, 524f.
  - »Gesellschafter minderen Rechts« 517
  - Kapitalsicherung 516, 522f., 529, 532
  - Kommanditgesellschaft, idealtypische 528–531
  - Konzernbilanz 530f.
  - Kündigungsbeschränkung 517–519, 522–524, 526, 530–531
  - Liquidität 532
  - Offene Handelsgesellschaft 526–528
  - Offene Rücklagen 515
  - Publikums-KG 531–533
  - Schwebende Geschäfte 515

- Sittenwidrigkeit 517, 521–522
- Stille Reserven 515, 529
- Treu und Glauben 519–520, 524–526
- Wegfall der Geschäftsgrundlage 525
- Bundesarbeitsgerichtliche Rechtsprechung 469, 473, 475
- Business Judgment Rule 136f.
  
- Cash Management 273, 408, 447, 463, 475
- Centros-Rechtsprechung 403
- Coase-Theorem 46
  
- DAT/Altana*-Entscheidung 483, 503
- Default rule/dispositives Recht 50–54
- »Dünnere« Markt 484
- Durchgriffshaftung 451–453, 476
  
- EDV-Peripherie*-Entscheidung 465
- Effizienz 47, 50, 51, 59, 76f., 107, 110, 156, 357, 360, 453, 514f.
- Einlagen
  - Bewertung 371f., 374
  - Haftung ab der Ersten Mark 394–396
  - Rückgewähr 381–401, 422
  - stehen gelassenes Abfindungsguthaben 382–389
  - verdeckte Sacheinlage 374–381
  - Vertrags-/Verrechnungstheorie 383–389
- Einstimmigkeitsprinzip 96, 105, 236, 246, 249, 323
- Elektroindustrie 6, 7
- Entnahmerechte 147–165, 461
  - Innenfinanzierung 155–158
  - Steuerentnahmerecht 160–165
- Existenzvernichtung/-gefährdung 416, 441, 453–467
  
- Faktischer Konzern 249, 264, 293, 325
- Familienpersonengesellschaften 133, 177, 209, 212
- Fehlerhafte Gesellschaft 307
- Fiktionstheorie 449
- Finanzplankredite 358–361, 364–369
- Finanzrechtsprechung 6, 425f.
- Firmenrecht 8
- Forschung und Entwicklung 36, 70, 156
- Franchisesysteme 251
- Freistellungsanspruch 418, 425, 438f.
  
- Fusion 7
- Fusionskontrolle 7, 63–64, 66–68, 234–238, 244f.
  
- Gervais Danone*-Entscheidung 319f., 331–334, 435–437
- Gesamthand 17, 18, 36, 187–189, 191, 194, 202, 216, 297, 299, 330, 340–341
- Geschäftsführungsbefugnis 15
- Gesellschaftszweck 101, 102, 122, 126f., 129, 135, 142, 198, 323
  - dienend 300–303
  - überindividuell/überpersonal 117f., 121f., 205, 301, 310
  - Zweckbindung 459–467
- Gestaltungskompetenz 115f., 121, 124
- Gewinnbeteiligung 105, 110
- v. Gierke, Otto* 294, 448–449
- Girmes*-Entscheidung 250
- Gleichbehandlung 103, 243, 260
- Gleichordnungskonzern 67, 299, 435
  - Betriebsaufspaltung 469–478
  - Gleichordnungsvertrag 320–335, 480
  - Horizontaler Durchgriff, Verlustausgleich 475–480
  - Qualifizierte Gleichordnung 477f.
  - Treuepflichten 322–335
- GmbH-Reform (Entwurf) von 1972 9, 444f.
- GmbH-Stafette 465
- Grenzpreise 499, 502, *siehe auch* Unternehmensbewertung
- Grundlagengeschäfte 174
- Grundtypenvermischung 6, 7, 9
- Gruppenlehre 19, 99
- Guano*-Entscheidung 274
  
- Haftung 20
  - Akzessorietätstheorie 344, 347, 348
  - asset partitioning 57–60
  - Doppelverpflichtungslehre 24, 342–343, 347, 349, 351
  - Gleichlauf von Herrschaft und Haftung 21, 185–186, 277, 282, 343, 439
  - Risikoabwälzung 25, 343, 346, 369–370, 388, 398f., 438, 467, 469
  - Steuerungswirkung 20, 21, 345
- Haftungssegmentierung 2

- Haftsumme 105, 110, 169, 255, 374–381, 399, 422
- Handelsregister 23, 363, 380f., 397, 479f.
- Handlungsfreiheit, allgemeine 25, 27
- Heumann Ogilvy*-Entscheidung 225–226, 231
- Hinauskündigung 486–497
  - Abfindung 495–497
  - Freiberufler 493f.
  - Gesellschafter minderen Rechts 491–492, 494, 517
  - Idealtypische Personengesellschaft 489–491
  - Probezeit 494
  - Psychischer Druck 496
  - Publikumpersonengesellschaft 489–491
  - Vertrauensverhältnis 494–495
- Holding 66, 71–80, 470f., 478f.
  - Finanzholding 73
  - Managementholding 74
  - Mittelstandsholding 73–75
  - strategische Holding 72
  - Zwischenholding 231, 232, 470, 472
- Holiday Inn*-Entscheidung 209–211, 283, 301
- Humankapital 36, 69
  
- Immobilienverwaltung 75
- Inalienability Rule 48–49
- Informationsasymmetrien 38, 41–44, 84–87, 214, 452, 523
  - adverse selection 42, 80f., 84
  - hidden intention 41
  - hold up-power 41
  - Kreditrationierung 43
  - moral hazard 41, 42, 85–87
- Informationsrechte 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 125, 269f.
- Inhaltskontrolle 489, 518, 520f.
  - siehe auch* Publikumpersonengesellschaften 129–132, 310–314
- Insolvenz
  - Insolvenzantragspflicht 201, 204, 280
  - Insolvenzprophylaxe 479, *siehe auch* Stammkapital
  - Insolvenzverschleppung 21
- Institutionen
  - Institutionalisierung 12
  - Institutionenschutz 114, 488, 491, 520–525
  - ökonomische 34, 46
  - rechtliche 31, 407
- Investitionsanreiz 452
- ITT*-Entscheidung 324f., 327, 427
  
- Just-in-Time-Verträge 251
  
- Kapitalanteil 241–244, 371–374
- Kapitalaufbringung 24, 26
- Kartell 6, 20, 228–230
- KBV*-Entscheidung 454, 463
- Kernbereichsschutz/-lehre 2, 96–119, 125–128, 154, 178, 193, 198–199, 266, 269f., 279, 301, 304, 329, 486
- Kommanditgesellschaft auf Aktien 281, 349
- Kontinentaleuropäische Rechtstradition 403
- Kontrollrechte 14, 98, 104f., 108, 110, 111, 125, 177, 178, 209, 230, 248, 250, 269, 490, 495
- Konzerngefahr 226, 231, 233–240
- Kreditrationierung, *siehe* Informationsasymmetrien
- Kündigung, Kündigungsrecht 14, 55, 132, 210, 517–519, 522
  
- Langfristverträge 35, 251, 333f., 432, 439f.
- liability rule 48–49, 485, 488, 497, 512
- Lizenzverträge 251
- Loyalität 54, 56–57
  
- make or buy-Entscheidung 34, 78
- Marktabschirmung 36f., 57, 59, 68–71
- materielle Unterkapitalisierung 466–467
- Medienkonzentration 64–66, 69–70
  - *Kirch*-Gruppe 65f.
  - Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) 65, 67
  - Medienproduktion 65
  - Verwertungsrechte 65f.
- Mehrheitsbeteiligung 240–242
- Mehrstufiger Konzern 231–232
- Methodologischer Individualismus 37
- Mitgliedschaft 16

- Nachteilsausgleich 249, 294, 325, 334, 447, 463
- Nebenleistungsgesellschaften 255–259, 326
- Nennwertaufrechnung 376–378
- Neoklassik 32
- Neue Institutionenökonomie 34–40, 71, 453
- nexus of contracts 33, 51, 451
- Niederlassungsfreiheit 478
- Normentheorie 116f., 121
- Normenvertrag 20, 296, 311
- Ökonomische Analyse des Rechts 31, 453
- Opportunismus 35, 59f., 191
- Organhaftung 276f., 317f., 466
- Organisationsvertrag 217, 291–297
- Organschaft 99, 189–192, 220–222, 252, 290–291, 425–427
- Organschaftliche Pflichtenbindung 457f.
- Pareto-Effizienz 47, 512
- Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis 50, 323
- Personifizierung 456, 459
- Pflichteinlage 23
- Preismechanismus 37–38, 47, 108–109, 226, 266, 284, 304, 347f., 453, 490, 502
- Profit Center 75–80
- cost center 77
  - investment center 77
  - product center 75
  - sale center 75
- property rights 44–47, 49, 184
- property rule 48–49, 484
- Prospekthaftung 308f., 358, 360
- Publikumspersonengesellschaft
- Abschreibungsgesellschaften 113
  - Beirat 200
  - Beitritt 305–309
  - Bestimmtheitsgrundsatz 129–133
  - Entnahme-/Ausschüttungsrecht 158–159
  - gesplittete Einlage 353–361
  - Inhaltskontrolle 129, 131, 132, 309–311
  - Kernbereichsschutz 112–114
  - Zustimmungspflicht 144
- Qualifizierter faktischer GmbH-Konzern 30, 444–453, 467–469
- Rationalität
- beschränkte 35, 56, 522
  - Rationalmodell 40
- Rechtssubjektivität 16, 18, 189, 217, 221, 295, 323, 341, 416, 432, 450, 461f.
- Rektor-Entscheidung 21, 22, 185, 351, 420
- Ressourcenbasierte Theorien der Unternehmung 39–40
- Reverse liability rule 485, 497, 512–514
- Richtigkeitsgewähr
- Bilanzierungsentscheidungen 175
  - des privatrechtlichen Vertrages 526, 528
  - Finanzierung 160
  - Willensbildung 10, 13, 102, 109, 129, 183
- Risikoabwälzung, *siehe* Haftung
- Risikovergemeinschaftung 261, 307, 430, 478–480
- Risikozurechnung 433–438
- Rübenzuckerindustrie 257f.
- Russian Roulette-Klauseln 527
- Sachgründung 375–376
- Sanierung 7
- Satzungsstrenge 179, 284
- Savigny 449, 457–458
- Schwestergesellschaft 464, 469–480
- Second-best-Lösung 38
- Securities and Exchange Commission (SEC) 83
- Selbstbindungsmechanismen 33
- Selbstentmündigung 14, 181, 194, 204, 280–282, 286, 297, 344–345, 438f., 488f.
- Selbstorganschaft 13, 202–215, 282–283
- Sittenwidrigkeit 181, 194, 210f., 220, 280–282, 438–440, 489, 521
- Sonderrechtstheorien 97–99, 120, 323, 466
- Spekulation auf Kosten der Gläubiger 369, 465f.
- Sperminorität 64, 67, 235–238, 249
- Spieltheorie 52–54, 109–111
- dominierte Verhandlungssituation 498
  - Gefangenendilemma 52–53
  - mechanism design 53, 110, 527
  - Nullsummenspiel 206

- Verhandlungsanreize 484, 516
- Verhandlungsblockade 331, 523, 530
- Verhandlungsprozesse 163f., 199, 214, 274, 514
- Verhandlungsspielraum 501, 511
- Stammhauskonzern 72
- Stammkapital
  - Drittgeschäfte 409
  - Insolvenzprophylaxe 411, 478
  - Kapitalerhaltung 403–423
  - Kreditbesicherung 406–408
  - Rückerstattung 412–416
  - Sicherheitennehmer
  - Überschuldung 410–411, 414–416, 418, 441
  - Verwandtschaftliches Näheverhältnis 405, 408
  - Wirtschaftlicher Gesellschafter 405, 407f.
  - Zweckerreichungstheorie 413
- Status
  - des abhängigen Unternehmens 426f., 445
  - Veränderung durch Organisationsvertrag 16, 17, 23, 29, 178f., 291–294, 314, 426f.
- Sternförmige GmbH 239f.
- Stille Gesellschaft 361–364, 386f., 490f.
- Stimmbindung 15, 197–199
- Stimmenmehrheit 2, 30, 95f.
- Stimmrecht
  - Abtretung 15, 16
  - Ermächtigung 200
  - gesetzlich 243
  - stimmrechtslose Gesellschaftsanteile 200, 213
- Stimmrechtsvollmacht, *siehe auch* Abspaltungsverbot
  - unwiderruflich 15
  - verdrängend 15
  - Widerruflichkeit 211
- Strukturhaftung 445f.
- Supermarkt-Beschluss 479
- Tätigkeitsvergütung 136, 141, 252–264, 309, 390–392
- TBB-Entscheidung 446–453
- Teamproduktion 44, 110f., 113
- Theorie der Unternehmung 32, 51, 110, 226
- Thesaurierung 147–159, 173
- Tiefbau-Entscheidung 446
- Transaktionskosten 34–39, 51, 157, 184, 217, 227, 453
- Trennungsprinzip 449
- Treuepflicht 100–102, 113, 134, 136, 135–144, 198, 322–335, 427–429
  - der Mehrheit 325f., 328
  - Entnahmerechte 150–151
  - im Konzern 30, 325
  - Steuerentnahmerecht 162–163
  - Zustimmungspflicht 198–199, 322–323
- Treuhand 68, 195f., 206, 311f., 494, *siehe auch* Abspaltungsverbot
- Typuslehre, Typenbildung, 11, 209, 302
- Typenvermischung 400
- Typus 11, 12, 13
- Ultra vires-Doktrin 461–462
- Unternehmenseigenschaft
  - Begriff 224–226
  - Finanzbeteiligung 239
  - multipler Beteiligungsbesitz 231–239
  - Privatgesellschafter, Einzelperson 231–239
- Unternehmensbewertung 498–594
  - Basiszinssatz 508
  - Discounted cash flow-Verfahren 503
  - Einigungswert 499
  - Ertragswert 503f., 513, 529
  - Fortführungswert 513f., 529
  - Funktionale Werttheorie 498–500
  - Grenzpreise 499, 502, 511f.
  - Inflationsabschlag 508f.
  - Kapitalisierungszinssatz 508–509
  - »Kölner Schule« 498, 504
  - Liquidationsüberschuss 500, 502, 512–514
  - Mittelwertverfahren 503
  - Objektive Werttheorie 498
  - Risikozuschlag 509
  - »Stand-alone-Prinzip« 505
  - Standard des Instituts Deutscher Wirtschaftsprüfer 503–510
  - Schiedsspruchwert 499

- Subjektiver Unternehmenswert 500, 514, 532
- Synergieeffektie 506, 510
- Verbundeffekte 500, 505–508, 512
- Wurzelprinzip 506, 510
- Zerschlagungswert 502, 512–514
- Unternehmensinteresse 57, 205, 442, 448, 450, 452, 455f., 458f.
- Unternehmenskontrolle 21, 33, 59, 210
- Unternehmensrechtskommission 1, 28
- unvollständiger Vertrag 35, 45–47, 51
  
- veil of ignorance* 527
- venture capital 82–93
  - American Research and Development Corporation 82
  - Börsengang 90
  - business plan 85
  - corporate venture capital 88, 89, 92
  - Kapitalbeteiligungsgesellschaften 90
  - Kreditanstalt für Wiederaufbau 93
  - limited partnership 83–85
  - Managementvergütung 87, 89
  - Neuer Markt 90
  - Portfoliounternehmen 86
  - Small Business Investment Companies 82
  - Seed-Phase 85
- Verantwortlichkeitsprinzip 185, 191, 204, 213, 282, 343, 348
- Verbandspersönlichkeit 448–449
- Verbandssouveränität 178
- Verbundvorteile 38
- Verfügungsbeschränkung 15, 186–189, 194, 286–287, 302–303, 350, 369, 461
- Verfügungsrecht, *siehe* Property Rights
- Verhaltenshaftung 445f.
- Verlustausgleich 273, 278, 293f., 423–481
  - Auftrag 430–434, 443
  - Gleichordnungskonzern 475–480
  - Nießbrauch 430
  - Organschaft 425–427
  - Pacht 430
  - Risikozurechnung 434–436
  - Schwestergesellschaft 473–480
  - Treuepflicht 427–429
- Vermögensvermischung 463f.
- Verrechnungspreise 75, 76, 78–80, 276
  - Einstiegsrecht 80
  - Fixkosten 79–80
  - Grenzkostenpreis 79
- Verselbständigung
  - der juristischen Person 220, 295, 349, 404, 414f., 458, 466
  - der Personengesellschaft 18, 19, 24, 31, 75, 99, 101, 217, 223, 307, 310, 341, 442
  - des Gesellschaftsvermögens 58, 75, 189, 216, 247, 349f., 404, 413f., 421, 441, 462, 478
  - Wirkung des Gesellschaftsvertrages 29, 97, 217, 257, 296, 440–442
- Video*-Entscheidung 446
  
- Waschkorbblage 447, 463
- Weisungsrecht 270–279, 283
- Wettbewerbsverbot 227–231, 248, 328
  - *Heumann Ogilvy*-Entscheidung 231
  - Kartellverbot 228–230
  - Zwischenholding 231
- Widerspruch 54–56, 103–104, 120, 124, 129, 132, 134, 249–250, 269f., 279–280
  - § 115 Abs.1 Halbs. 2 HGB 136–138, 250
  - Bilanzierungsentscheidungen 168
  - Entnahmerechte 155
- Windscheid* 449

# Jus Privatum

## Beiträge zum Privatrecht – Alphabetische Übersicht

- Adolphsen, Jens*: Internationale Dopingstrafen. 2003. *Band 78*.
- Assmann, Dorothea*: Die Vormerkung (§ 883 BGB). 1998. *Band 29*.
- Bachmann, Gregor*: Private Ordnung. 2006. *Band 112*.
- Barnert, Thomas*: Die Gesellschafterklage im dualistischen System des Gesellschaftsrechts. 2003. *Band 82*.
- Bayer, Walter*: Der Vertrag zugunsten Dritter. 1995. *Band 11*.
- Beater, Axel*: Nachahmen im Wettbewerb. 1995. *Band 10*.
- Beckmann, Roland Michael*: Wichtigkeit und Personenschutz. 1998. *Band 34*.
- Benecke, Martina*: Gesetzesumgehung im Zivilrecht. 2004. *Band 94*.
- Berger, Christian*: Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen. 1998. *Band 25*.
- Berger, Klaus*: Der Aufrechnungsvertrag. 1996. *Band 20*.
- Bitter, Georg*: Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung. 2006. *Band 107*.
- Bitner, Claudia*: Europäisches und internationales Betriebsrentenrecht. 2000. *Band 46*.
- Bodewig, Theo*: Der Rückruf fehlerhafter Produkte. 1999. *Band 36*.
- Braun, Johann*: Grundfragen der Abänderungsklage. 1994. *Band 4*.
- Brors, Christiane*: Die Abschaffung der Fürsorgepflicht. 2002. *Band 67*.
- Bruns, Alexander*: Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung. 2003. *Band 74*.
- Busche, Jan*: Privatautonomie und Kontrahierungszwang. 1999. *Band 40*.
- Callies, Graf-Peter*: Grenzüberschreitende Verbraucherverträge. 2006. *Band 103*.
- Casper, Matthias*: Der Optionsvertrag. 2005. *Band 98*.
- Dauner-Lieb, Barbara*: Unternehmen in Sondervermögen. 1998. *Band 35*.
- Dethloff, Nina*: Europäisierung des Wettbewerbsrechts. 2001. *Band 54*.
- Dreier, Thomas*: Kompensation und Prävention. 2002. *Band 71*.
- Drexel, Josef*: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. 1998. *Band 31*.
- Eberl-Borges, Christina*: Die Erbauseinandersetzung. 2000. *Band 45*.
- Ebert, Ina*: Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. 2004. *Band 86*.
- Einsle, Dorothee*: Wertpapierrecht als Schuldrecht. 1995. *Band 8*.
- Ekkenga, Jens*: Anlegerschutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt. 1998. *Band 30*.
- Ellger, Reinhard*: Bereicherung durch Eingriff. 2002. *Band 63*.
- Escher-Weingart, Christina*: Reform durch Deregulierung im Kapitalgesellschaftsrecht. 2001. *Band 49*.
- Füller, Jens T.*: Eigenständiges Sachenrecht. 2006. *Band 104*.
- Giesen, Richard*: Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb. 2002. *Band 64*.
- Götting, Horst-Peter*: Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte. 1995. *Band 7*.
- Gruber, Urs Peter*: Methoden des internationalen Einheitsrechts. 2004. *Band 87*.
- Gsell, Beate*: Substanzverletzung und Herstellung. 2003. *Band 80*.
- Haar, Brigitte*: Die Personengesellschaft im Konzern. 2006. *Band 113*.
- Habersack, Mathias*: Die Mitgliedschaft – subjektives und ‚sonstiges‘ Recht. 1996. *Band 17*.

- Haedicke, Maximilian:* Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung. 2003. *Band 77.*
- Hanau, Hans:* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht. 2004. *Band 89.*
- Hau, Wolfgang:* Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag. 2003. *Band 83.*
- Heermann, Peter W.:* Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte. 1998. *Band 24.*
- Heinemann, Andreas:* Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung. 2002. *Band 65.*
- Heinrich, Christian:* Formale Freiheit und materielle Gerechtigkeit. 2000. *Band 47.*
- Henssler, Martin:* Risiko als Vertragsgegenstand. 1994. *Band 6.*
- Hergenröder, Curt Wolfgang:* Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung. 1995. *Band 12.*
- Hess, Burkhard:* Intertemporales Privatrecht. 1998. *Band 26.*
- Hofer, Sibylle:* Freiheit ohne Grenzen. 2001. *Band 53.*
- Huber, Peter:* Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung. 2001. *Band 58.*
- Jacobs, Matthias:* Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens. 2005. *Band 97.*
- Jakob, Dominique:* Schutz der Stiftung. 2006. *Band 111.*
- Jänich, Volker:* Geistiges Eigentum – eine Komplementäerscheinung zum Sacheigentum? 2002. *Band 66.*
- Jansen, Nils:* Die Struktur des Haftungsrechts. 2003. *Band 76.*
- Jung, Peter:* Der Unternehmergesellschaft als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft. 2002. *Band 75.*
- Junker, Abbo:* Internationales Arbeitsrecht im Konzern. 1992. *Band 2.*
- Kaiser, Dagmar:* Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB. 2000. *Band 43.*
- Katzenmeier, Christian:* Arzthaftung. 2002. *Band 62.*
- Kindler, Peter:* Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht. 1996. *Band 16.*
- Kleindiek, Detlef:* Deliktshaftung und juristische Person. 1997. *Band 22.*
- Koch, Jens:* Die Patronatserklärung. 2005. *Band 99.*
- Körber, Torsten:* Grundfreiheiten und Privatrecht. 2004. *Band 93.*
- Koppenfels-Spies, Katharina von:* Die cessio legis. 2004. *Band 106.*
- Krause, Rüdiger:* Mitarbeit in Unternehmen. 2002. *Band 70.*
- Lipp, Volker:* Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson. 2000. *Band 42.*
- Löhnig, Martin:* Treuhand. 2006. *Band 109.*
- Lobse, Andrea:* Unternehmerisches Ermessen. 2005. *Band 100.*
- Looschelders, Dirk:* Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht. 1999. *Band 38.*
- Luttermann, Claus:* Unternehmen, Kapital und Genußrechte. 1998. *Band 32.*
- Mäsch, Gerald:* Chance und Schaden. 2004. *Band 92.*
- Mankowski, Peter:* Beseitigungsrechte. Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute. 2003. *Band 81.*
- Meller-Hannich, Caroline:* Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht. 2005. *Band 101.*
- Merkt, Hanno:* Unternehmenspublizität. 2001. *Band 51.*
- Möllers, Thomas M.J.:* Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht. 1996. *Band 18.*
- Muscheler, Karlheinz:* Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung. 1994. *Band 5.*

- Universalsukzession und Vonselbsterwerb. 2002. *Band 68*.
- Oechler, Jürgen*: Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag. 1997. *Band 21*.
- Oetker, Hartmut*: Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung. 1994. *Band 9*.
- Ohly, Ansgar*: „Volenti non fit iniuria“ Die Einwilligung im Privatrecht. 2002. *Band 73*.
- Oppermann, Bernd H.*: Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit im Wettbewerbsprozeß. 1993. *Band 3*.
- Peifer, Karl-Nikolaus*: Individualität im Zivilrecht. 2001. *Band 52*.
- Peters, Frank*: Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb. 1991. *Band 1*.
- Piekenbrock, Andreas*: Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung. 2006. *Band 102*.
- Preuß, Nicola*: Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger. 2005. *Band 96*.
- Raab, Thomas*: Austauschverträge mit Drittbeteiligung. 1999. *Band 41*.
- Reiff, Peter*: Die Haftungsverfassungen nichtrechtsfähiger unternehmenstragender Verbände. 1996. *Band 19*.
- Reppen, Tilman*: Die soziale Aufgabe des Privatrechts. 2001. *Band 60*.
- Röthel, Anne*: Normkonkretisierung im Privatrecht. 2004. *Band 91*.
- Robe, Mathias*: Netzverträge. 1998. *Band 23*.
- Sachsen Gessaphe, Karl August Prinz von*: Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige. 1999. *Band 39*.
- Saenger, Ingo*: Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbsterfüllung. 1998. *Band 27*.
- Sandmann, Bernd*: Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten. 2001. *Band 50*.
- Schäfer, Carsten*: Die Lehre vom fehlerhaften Verband. 2002. *Band 69*.
- Schnorr, Randolph*: Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 – 758 BGB). 2004. *Band 88*.
- Schubel, Christian*: Verbandssouveränität und Binnenorganisation der Handelsgesellschaften. 2003. *Band 84*.
- Schur, Wolfgang*: Leistung und Sorgfalt. 2001. *Band 61*.
- Schwab, Martin*: Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten. 2005. *Band 95*.
- Schwarze, Roland*: Vorvertragliche Verständigungspflichten. 2001. *Band 57*.
- Seiler, Wolfgang*: Verbraucherschutz auf elektronischen Märkten. 2006. *Band 108*.
- Sieker, Susanne*: Umgehungsgeschäfte. 2001. *Band 56*.
- Sosnitzka, Olaf*: Besitz und Besitzschutz. 2003. *Band 85*.
- Stadler, Astrid*: Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion. 1996. *Band 15*.
- Stoffels, Markus*: Gesetzlich nicht geregelte Schuldverhältnisse. 2001. *Band 59*.
- Sutschet, Holger*: Garantiehftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag. 2006. *Band 110*.
- Taeger, Jürgen*: Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme. 1995. *Band 13*.
- Trunk, Alexander*: Internationales Insolvenzrecht. 1998. *Band 28*.
- Veil, Rüdiger*: Unternehmensverträge. 2003. *Band 79*.
- Wagner, Gerhard*: Prozeßverträge. 1998. *Band 33*.

*Waltermann, Raimund*: Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie. 1996. *Band 14*.

*Weber, Christoph*: Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht. 2000. *Band 44*.

*Wendeborst, Christiane*: Anspruch und Ausgleich. 1999. *Band 37*.

*Wiebe, Andreas*: Die elektronische Willenserklärung. 2002. *Band 72*.

*Wimmer-Leonhardt, Susanne*: Konzernhaftungsrecht. 2004. *Band 90*.

*Würthwein, Susanne*: Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? 2001. *Band 48*.