

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Band 90

Kapitalschutz im Konzern

Einheitliche Zurechnungskriterien
bei Beteiligung verbundener Unternehmen im Recht
der Kapitalaufbringung und -erhaltung

Von

Christoph Bielak



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTOPH BIELAK

Kapitalschutz im Konzern

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 90

Kapitalschutz im Konzern

Einheitliche Zurechnungskriterien
bei Beteiligung verbundener Unternehmen im Recht
der Kapitalaufbringung und -erhaltung

Von

Christoph Bielak



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz hat diese Arbeit
im Jahre 2014 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-7626
ISBN 978-3-428-14604-8 (Print)
ISBN 978-3-428-54604-6 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84604-7 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Meinen Eltern

Vorwort

Wenn Sie diese Arbeit in den Händen halten, dann haben Sie wahrscheinlich Klärungsbedarf bezüglich der vielen unterschiedlichen Zurechnungskonstellationen bei Kapitalaufbringung oder -erhaltung. Sie können dieser Arbeit praktisch-verwertbare Informationen im Bezug auf die Rechtsprechung des BGH entnehmen. Lassen Sie sich auf dieses Buch ein, hoffe ich, dass Sie ein tieferes Verständnis des Rechtsinstituts Kapitalschutz gewinnen und möglicherweise überzeuge ich Sie ja sogar von meiner Zwei-Kriterien-Lösung.

Wenn Sie dieses Buch aus der Sicht des Forschers lesen, so hoffe ich damit zum kritischen Diskurs beizutragen – hege gleichwohl aber auch die Hoffnung, dass Sie meinen ungewohnten Aufbau zum Anlass nehmen, das Thema Kapitalschutz als Ganzes zu betrachten. Dazu ist dieses Buch nämlich gedacht.

Egal aus welchem Grund Sie mein Buch in den Händen halten: Ich hoffe Ihnen eine Hilfe zu sein auf Ihrem eigenen Weg zur Erkenntnis.

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2014/2015 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur konnten bis Anfang 2015 berücksichtigt werden.

Natürlich gebührt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dirk A. Verse M.Jur. großer Dank. Herr Prof. Dr. Verse hat mich weit über diese Arbeit hinaus inspiriert, zum Denken angespornt und gelehrt, wie wichtig sauberes Arbeiten ist. Ich hoffe, diese Arbeit lässt für den Leser dahin gehend einen positiven Eindruck zurück. Auch ist es leider nicht selbstverständlich, dass ein Doktorvater für seine Doktoranden immer ansprechbar ist, sich Zeit nimmt und für ein Gespräch stets zur Verfügung steht. All diese Qualitäten jedoch habe ich erfahren dürfen – auch dafür meinen herzlichen Dank. Meinem Zweitgutachter Herrn Prof. Dr. Jürgen Oechsler gebührt mein Dank für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Finanziell wie ideell hat die Konrad-Adenauer-Stiftung zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Ich schätze mich sehr glücklich, eine derartige Förderung erfahren zu haben.

Fachlich haben mich auf dem Weg zu dieser Arbeit insbesondere Herr Dr. Steffen Gotter und Herr Arne Krämer begleitet. Ich bin ihnen für ihre

intensive Unterstützung unglaublich dankbar. Gerade der kritische Austausch mit Freunden hat meine wissenschaftlichen Erkenntnisse geschärft und mich immer wieder dazu angeregt, meine Positionen kritisch zu überdenken.

Aber eine solche Arbeit steht nicht im luftleeren Raum. Wären nicht meine Familie und meine Freunde gewesen, gäbe es diese Arbeit nicht. Dass sich aber auch Nichtjuristen mit der Korrektur dieser Arbeit beschäftigt haben, bedarf des besonderen Danks. In diesem Sinne vielen Dank, Daniela Bielak, Jan Bielak, Philipp Tschöke und Nina-Marie Tiemeyer.

Osnabrück, im März 2015

Christoph Bielak

Inhaltsübersicht

Einleitung	31
I. Problemstellung	32
II. Ziele und Gang der Untersuchung	34
III. Begriffsverständnis	35
1. Kapitalschutz	36
2. Nominalkapital	36
3. Gesellschaft	37
4. Von unten nach oben und wieder zurück – der Zurechnungsbegriff und die Zurechnungskonstellationen	37

Erstes Kapitel

Gemeinsame Zurechnungslösung im gesamten Kapitalschutz – Vom Schutzobjekt zum Schutzzumfang –	39
I. Untersuchungsgegenstand verbundene Unternehmen – Betrachtung über das gesetzliche Zwei-Personen-Verhältnis hinaus	40
1. Kapitalgesellschaften als verbundene Unternehmen	42
2. Personenhandelsgesellschaften als verbundene Unternehmen	43
3. Ausländische Gesellschaften als verbundene Unternehmen	44
II. Untersuchungsgegenstand Nominalkapital – der Zweck des Nominalkapitals als Grundlage der Zurechnung	45
1. Gesucht wird ein Zweck des Nominalkapitals nicht dessen Mindestbetrages	47
2. Die klassischen Sichtweisen und deren Kritik	48
3. Nominalkapital als Signal?	57
4. Ergebnis	67
III. Kombination beider Untersuchungsgegenstände – Entwicklung einheitlicher Zurechnungskriterien	68
1. Gemeinsame Voraussetzungen der Kapitalschutznormen	72
2. Warum verbundene Unternehmen im Kapitalschutz Probleme bereiten	84
3. Zwei Regeln als Ersatz für die fehlenden Voraussetzungen – Grenzziehung der Kapitalschutznormen	90
IV. Zusammenfassung des ersten Kapitels	142

Zweites Kapitel

**Vier Zurechnungskonstellationen und die Einzelnormen
– Auslegung und Analogie –** 143

I.	Zurechnung aufseiten des Gesellschafters	144
1.	Zurechnung von Tochtergesellschaften (von unten nach oben)	144
2.	Zurechnung von Muttergesellschaften (von oben nach unten)	220
II.	Zurechnung aufseiten der Gesellschaft	241
1.	Zurechnung von Tochtergesellschaften (von unten nach oben)	241
2.	„Zurechnung“ von Muttergesellschaften (von oben nach unten)	264
III.	Zusammenfassung des zweiten Kapitels	265

Drittes Kapitel

**„Kapitalschutz“ in der KG
– Übertragbarkeit der Ergebnisse? –** 266

I.	Körperschaften vs. Personengesellschaften – fehlende Grundlage für gemeinsame Dogmatik?	266
II.	Einlage und Haftung des Kommanditisten – gleiche Probleme wie im Kapitalschutz	269
1.	„Kapitalaufbringung“	269
2.	„Kapitalerhaltung“	273
III.	Sonderfall Kapitalgesellschaft & Co. KG	278
1.	Die GmbH & Co. KG und der BGH	279
2.	Ausdehnung des „Kapitalschutzes“ durch die Literatur	280
3.	Die Anwendung der Zurechnungskriterien auf die GmbH & Co. KG ..	281
IV.	Zusammenfassung des dritten Kapitels	286

Zusammenfassung der Ergebnisse 287

I.	Erstes Kapitel	287
II.	Zweites Kapitel	289
1.	Zurechnung von unten nach oben auf Gesellschafterseite für die Kapitalaufbringung	290
2.	Zurechnung von unten nach oben auf Gesellschafterseite für die Kapitalerhaltung	290
3.	Zurechnung von oben nach unten auf Gesellschafterseite für die Kapitalaufbringung	291
4.	Zurechnung von oben nach unten auf Gesellschafterseite für die Kapitalerhaltung	292

5. Zurechnung von unten nach oben auf Gesellschaftsseite für die Kapitalaufbringung	293
6. Zurechnung von unten nach oben auf Gesellschaftsseite für die Kapitalerhaltung	294
7. Die „Zurechnungskonstellation“ von oben nach unten auf Gesellschaftsseite	295
III. Drittes Kapitel	295
Literaturverzeichnis	296

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	31
I. Problemstellung	32
II. Ziele und Gang der Untersuchung	34
III. Begriffsverständnis	35
1. Kapitalschutz	36
2. Nominalkapital	36
3. Gesellschaft	37
4. Von unten nach oben und wieder zurück – der Zurechnungsbegriff und die Zurechnungskonstellationen	37

Erstes Kapitel

Gemeinsame Zurechnungslösung im gesamten Kapitalschutz – Vom Schutzobjekt zum Schutzzumfang – 39

I. Untersuchungsgegenstand verbundene Unternehmen – Betrachtung über das gesetzliche Zwei-Personen-Verhältnis hinaus	40
1. Kapitalgesellschaften als verbundene Unternehmen	42
2. Personenhandelsgesellschaften als verbundene Unternehmen	43
3. Ausländische Gesellschaften als verbundene Unternehmen	44
II. Untersuchungsgegenstand Nominalkapital – der Zweck des Nominalkapitals als Grundlage der Zurechnung	45
1. Gesucht wird ein Zweck des Nominalkapitals nicht dessen Mindestbetrages	47
2. Die klassischen Sichtweisen und deren Kritik	48
a) Die Zwecke von Mindestnominalkapital und Nominalkapital werden vermischt	48
b) Preis	48
c) Seriositätsschwelle	50
d) Betriebskapital und Verlustpuffer	51
e) Gläubigerschutz	52
aa) Gläubigerschutz als allseits anerkannter Zweck	52
bb) Kritik am Gläubigerschutz	54
cc) Ergebnis	56
f) Zusammenfassung	56
3. Nominalkapital als Signal?	57

a) „Signaling“ als Lösung für das Problem der „adverse selection“ . . .	59
b) Übertragung der „signaling-Theorie“ auf das Kapitalgesellschaftsrecht – Folgerungen für den Zweck des Nominalkapitals	62
aa) Ökonomische Betrachtung – Nominalkapital wirkt als Signal gegen asymmetrische Informationsverteilung	63
bb) Rechtliche Fundierung der ökonomischen Annahme	64
cc) Zwischenergebnis	66
4. Ergebnis	67
III. Kombination beider Untersuchungsgegenstände – Entwicklung einheitlicher Zurechnungskriterien	68
1. Gemeinsame Voraussetzungen der Kapitalschutznormen	72
a) Beeinträchtigung der Glaubwürdigkeit des Nominalkapitalbetrages	73
aa) Kapitalaufbringung	73
(1) Nur Geldeinlagen sind für die Kapitalaufbringung unproblematisch	73
(2) Die Sacheinlagevorschriften bilden einen vorbeugenden Schutz für das Nominalkapital	75
(3) Verdeckte Sacheinlage, Nachgründung und Hin- und Herzahlen schützen das System der Sacheinlagevorschriften	75
(a) Verdeckte Sacheinlage	76
(b) Nachgründung	78
(c) Hin- und Herzahlen	79
bb) Kapitalerhaltung	79
cc) Ergebnis	81
b) Causa Societatis – Schutz nur vor dem Gesellschafter	81
aa) Kapitalaufbringung	81
bb) Kapitalerhaltung	82
(1) Causa Societatis bei der Kapitalerhaltung	82
(2) Eine Veranlassung des Gesellschafters ist im Zwei-Personen-Verhältnis nicht erforderlich	83
cc) Ergebnis	84
2. Warum verbundene Unternehmen im Kapitalschutz Probleme bereiten	84
a) Beteiligung verbundener Unternehmen aufseiten des Gesellschafters	85
b) Beteiligung verbundener Unternehmen aufseiten der Gesellschaft	88
c) Ergebnis	90
3. Zwei Regeln als Ersatz für die fehlenden Voraussetzungen – Grenzziehung der Kapitalschutznormen	90
a) „Veranlassung“ als Kriterium der Zurechnung	92
aa) Wirkungsweise der Veranlassung – Vermögen ist normativ zu bestimmen	94
bb) Inhalt des Veranlassungsmerkmals	96
(1) Bereicherungsrechtliche Veranlassung	96

(2) Konzernrechtliche Veranlassung	97
(3) Kapitalschutzrechtliche Veranlassung	98
(a) Weite Auslegung des Veranlassungsmerkmals mit Blick auf das Nominalkapital	99
(b) Keine Veranlassung bei bloßer Schädigung der Gesellschaft	100
(c) Private Motivation ist nicht Voraussetzung	100
(d) Ergebnis	101
cc) Verhältnis der Kapitalschutzregeln zu den §§ 311 ff. AktG . . .	102
(1) Literaturansichten	102
(2) Stellungnahme	103
dd) Keine Veranlassungsvermutung	104
(1) Veranlassungsvermutung im Kapitalerhaltungsrecht und bei den §§ 311 ff. AktG	104
(a) Keine Übertragbarkeit der Vermutung auf den gesam- ten Kapitalschutz	105
(b) Veranlassungsvermutung der §§ 311 ff. AktG passt nicht auf alle Zurechnungsfälle des Kapitalschutzes . .	106
(c) Der vermutete Lebenssachverhalt stimmt nicht immer	106
(d) Veranlassungsvermutung ist nicht das richtige Instru- ment	107
ee) Zwischenergebnis	108
b) Das gesellschaftsrechtlich fundierte Weisungsrecht als Zurech- nungskriterium bei fehlender Veranlassung	109
aa) Herkunft und Begründung eines gesellschaftsrechtlich fundier- ten Weisungsrechts als Zurechnungskriterium	110
(1) Das gesellschaftsrechtlich fundierte Weisungsrecht in der Rechtsprechung	111
(a) Ehemaliges Eigenkapitalersatzrecht	111
(b) Kapitalaufbringungsrecht	112
(c) Kapitalerhaltungsrecht	112
(d) Folgt daraus ein einheitliches Kriterium für den gesamten Kapitalschutz?	113
(2) Das gesellschaftsrechtlich fundierte Weisungsrecht in der Literatur	114
bb) In welchen Fällen besteht ein gesellschaftsrechtlich fundiertes Weisungsrecht?	116
cc) In welchen Fällen wird zugerechnet – das gesellschaftsrecht- lich fundierte Weisungsrecht in den einzelnen Zurechnungs- konstellationen	117
(1) Zurechnung aufseiten des Gesellschafters	118
(a) Zurechnung von Tochtergesellschaften (von unten nach oben)	118

(b) Zurechnung von Muttergesellschaften (von oben nach unten)	120
(2) Zurechnung aufseiten der Gesellschaft	121
dd) Folgen des gesellschaftsrechtlich fundierten Weisungsrechts . .	122
ee) Zusammenfassung	123
ff) Mögliche Einwände	124
(1) Faktische Weisungsabhängigkeit der Tochtergesellschaft . .	124
(2) Anfechtungsrecht der Minderheitsgesellschafter gegen Weisungen des Mehrheitsgesellschafters	126
(a) Das Beschlussanfechtungsrecht	126
(b) Die Weisung muss nicht zwangsläufig anfechtbar sein	127
(c) Auch bei einer Anfechtungsmöglichkeit wird es häufig zur Durchführung der Weisung kommen	128
(d) Daraus folgt: Es kommt nicht darauf an, ob der Minderheitsgesellschafter ein Anfechtungsrecht hat	129
(e) Anfechtungsrechte in Personengesellschaften	129
(3) Warum nicht die gesetzliche Zurechnungsregel aus §§ 56 Abs. 2, 71 d Satz 2 AktG verwenden?	130
(a) Keine Übertragbarkeit auf die Gesellschafterseite	131
(b) Zurechnungsvoraussetzungen passen auch für Zurechnungen aufseiten der Gesellschaft nicht	132
(aa) Formelles Argument	132
(bb) Materielles Argument	133
(a) Erwerb eigener Aktien ist qualitativ anders als der restliche Kapitalschutz	133
(b) Zurechnungsregeln der §§ 56 Abs. 2, 71 d Satz 2 AktG passen auf den restlichen Kapitalschutz nicht	134
(γ) Hier vertretene Lösung passt besser auf den Kapitalschutz	135
c) Keine Regel ohne Ausnahme	135
aa) Personenidentität in den Leitungsorganen	136
(1) Personelle Verflechtungen sind legitim	136
(2) Identität der gesamten Leitungsorgane	137
(3) Personenverflechtungen in unterschiedlich besetzten Leitungsorganen	138
(a) Lösung für § 311 ff. AktG	138
(b) Lösung für § 31 BGB	139
(c) Übertragung auf die Fälle im Kapitalschutzrecht – Die Doppelte 50% + 1 Regel	139
bb) Hundert-Prozent-Beteiligungen	141
IV. Zusammenfassung des ersten Kapitels	142

*Zweites Kapitel***Vier Zurechnungskonstellationen und die Einzelnormen****– Auslegung und Analogie –**

143

I. Zurechnung aufseiten des Gesellschafters	144
1. Zurechnung von Tochtergesellschaften (von unten nach oben)	144
a) Kapitalaufbringung am Beispiel der verdeckten Sacheinlage	145
aa) Problemdarstellung	146
(1) Voraussetzungen der verdeckten Sacheinlage	146
(2) Probleme der Voraussetzungen in Drei-Personen-Verhältnissen	147
bb) Lösungskonzepte der Literatur	148
(1) Zurechnung anhand des Merkmals „in gleicher Weise begünstigt“	149
(a) Die Zurechnung aufgrund von Abhängigkeiten	149
(b) Gesetzesumgehung als wesentliches Zurechnungskriterium	150
(c) Kritik an dieser Sichtweise der Literatur	151
(2) Die differenziertere Lösung Müller-Eising's	152
(a) Darstellung	152
(b) Kritik	153
cc) Zurechnungslösungen der Rechtsprechung	154
(1) Die Rechtsprechung zum Kapitalaufbringungsrecht	155
(a) BGHZ 110, 47 – IBH/Lemmerz	155
(b) BGHZ 125, 141	157
(c) BGHZ 153, 107	158
(d) BGHZ 155, 329	159
(e) BGHZ 166, 8 – Cash-Pool I	160
(f) BGHZ 170, 47	161
(g) BGHZ 171, 113 – Flender	162
(h) Zusammenfassung der Rechtsprechung im Kapitalaufbringungsrecht	165
(2) Die Lösung bei der verdeckten Sacheinlage im Lichte der Rechtsprechung zum ehemaligen Eigenkapitalersatzrecht ..	165
(a) Die Entwicklung der Eigenkapitalersatz-Rechtsprechung – die Entwicklung des Kriteriums der maßgeblichen Beteiligung	165
(aa) BGHZ 81, 311	166
(bb) BGHZ 81, 365	167
(cc) BGH v. 22.10.1990 – II ZR 238/89	167
(dd) BGH v. 21.06.1999 – II ZR 70/98	168
(ee) BGH v. 27.11.2000 – II ZR 179/99	169
(ff) BGHZ 165, 106 = ZIP 2006, 279	169

(b)	Maßgebliche Beteiligung – das gesellschaftsrechtlich fundierte Weisungsrecht als Kriterium des BGH im Eigenkapitalersatzrecht	170
(aa)	BGH v. 05.05.2008 – II ZR 108/07	171
(bb)	BGH v. 28.02.2012 – II ZR 115/11	173
(c)	Zusammenfassung der Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatzrecht	175
(d)	Exkurs: Insolvenzanfechtung – ändert der IX. Senat die Zurechnungskriterien?	175
(3)	Verhältnis der hier vertretenen Ansicht zur Rechtsprechung	177
dd)	Veranlassung und gesellschaftsrechtlich fundiertes Weisungsrecht als Auslegung des Tatbestandes	177
(1)	Veranlassung	178
(2)	Gesellschaftsrechtlich fundiertes Weisungsrecht	180
(3)	Die Frage nach dem ‚Warum?‘	181
ee)	Offene Sacheinlage – Wie kontrahiert man im Drei-Personen-Verhältnis kapitalschutzneutral	181
(1)	Die offene Sacheinlage „über Eck“ ist nicht nötig	182
(2)	Durchführung der offenen Sacheinlage	184
ff)	Zusammenfassung der Tatbestandsseite	185
gg)	Rechtsfolgen	186
(1)	Die das Verbotsgesetz begleitenden negativen Rechtsfolgen	187
(2)	Die Anrechnungslösung als positive Rechtsfolge	188
(3)	Zusammenfassung der Rechtsfolgenseite	189
hh)	Drittzurechnungen bei der Nachgründung, § 52 AktG	190
(1)	Tatbestandliche Zurechnung	190
(a)	Allgemeiner Tatbestand	190
(b)	Die Zurechnung von dritten Gesellschaften	191
(aa)	Lösungen in Literatur und Rechtsprechung	192
(bb)	Der Vergleich mit der verdeckten Sacheinlage als Lösung	193
(cc)	Unterschiedliche Behandlung aufgrund der Stellung der Gründer?	195
(dd)	Einheitliche Zurechnungslösung als richtige Antwort	196
(2)	Rechtsfolgen und korrekte Durchführung	197
ii)	Übertragung der Ergebnisse auf das Hin- und Herzahlen, § 19 Abs. 5 GmbHG und § 27 Abs. 4 AktG	197
(1)	Tatbestandliche Zurechnung	198
(2)	Rechtsfolgen	199
(3)	Verhältnis § 71a AktG zum Hin- und Herzahlen	200
jj)	Zusammenfassung der Ergebnisse für die Kapitalaufbringung	200

b) Kapitalerhaltung	201
aa) Die Zurechnung zum Vermögen des Gesellschafters – Auslegung der Kapitalerhaltungsvorschriften	203
(1) Veranlassung als normatives Auslegungskriterium	204
(2) Die Veranlassungsvermutung	205
(3) Zurechnung zum Gesellschaftervermögen aufgrund eines Näheverhältnisses	205
(a) Zurechnung aufgrund von Abhängigkeit	206
(b) Quotale Zurechnung des Vorteils	207
(c) Keine Zurechnung des Tochterunternehmens zum Vermögen des Gesellschafters	208
(d) Die Sicht des BGH	209
(aa) Gesellschaftsrechtlich fundiertes Weisungsrecht – Die Entscheidung „Dritter Börsengang“	209
(bb) „Dritter Börsengang“ stellt das Ende einer Entwicklung der Rechtsprechung dar	211
bb) Die Zurechnung der Gesellschafterstellung – Analoge Anwen- dung der Kapitalerhaltungsnormen	212
(1) Zurechnung zum Vermögen des Gesellschafters reicht nicht	212
(2) Die Rechtsfolgen der h. M. führen zu ungerechten Ergeb- nissen	213
(3) Analoge Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften auf die dritte Gesellschaft als Lösung	214
(a) <i>Cahns</i> Lösung: Originäre causa societatis im Verhält- nis T1-T2	216
(b) Gesellschaftsrechtlich fundiertes Weisungsrecht lässt die Gesellschafterstellung in T2 „fortwirken“	217
cc) Rechtsfolge oder: Wer ist Schuldner des Rückforderungsan- spruchs?	219
dd) Ergebnis für die Kapitalerhaltung	219
2. Zurechnung von Muttergesellschaften (von oben nach unten)	220
a) Kapitalaufbringung am Beispiel der verdeckten Sacheinlage	220
aa) Tatbestandliche Zurechnung	221
(1) Problemdarstellung	221
(2) Veranlassung als Auslegung des Tatbestandes	222
(3) Behandlung der M als Gesellschafterin der E – Analogie	223
(a) Vergleich zur Treuhand	223
(b) Der Weg der Rechtsprechung	224
(c) Müller-Eisings Lösung	225
(d) Eigener Ansatz – das gesellschaftsrechtlich fundierte Weisungsrecht	225
bb) Offene Sacheinlage – die analoge Anwendung auf M	226
cc) Rechtsfolgen – die ungewöhnliche Haftung auch der M	227

dd)	Drittzurechnungen bei der Nachgründung, § 52 AktG	228
	(1) Tatbestandliche Zurechnung	229
	(a) Problemdarstellung	229
	(b) Lösungen der Literatur	229
	(c) Eigene Lösung – die zwei Regeln	231
	(2) Rechtsfolgen und die korrekte Durchführung	232
ee)	Übertragung der Ergebnisse auf das Hin- und Herzahlen, § 19 Abs. 5 GmbHG und § 27 Abs. 4 AktG	232
ff)	Zusammenfassung der Ergebnisse für die Kapitalaufbringung .	233
b)	Kapitalerhaltung	234
aa)	Tatbestandliche Zurechnung	234
	(1) Auslegung	235
	(2) Analogie	236
	(a) Analogie in Rechtsprechung und Literatur	237
	(b) Analoge Anwendung durch eigenen Ansatz	237
bb)	Rechtsfolgen	239
cc)	Ergebnis	240
II.	Zurechnung aufseiten der Gesellschaft	241
1.	Zurechnung von Tochtergesellschaften (von unten nach oben)	241
a)	Kapitalaufbringung am Beispiel der verdeckten Sacheinlage	242
aa)	Tatbestandliche Zurechnung	242
	(1) Problemdarstellung	242
	(2) Rechtsprechung, Literatur und der Geldkreislauf	243
	(3) Veranlassung als Auslegung	246
	(4) Gesellschaftsrechtlich fundiertes Weisungsrecht	247
bb)	Rechtsfolgen und die korrekte Durchführung	249
cc)	Übertragung der Ergebnisse auf die Nachgründung, § 52 AktG	249
	(1) Tatbestandliche Zurechnung – analoge Ausdehnung	250
	(a) Literatur will Ausdehnung begrenzen	250
	(b) Die hier vertretenen zwei Regeln als Lösung	252
	(2) Das schwere Erbe der analogen Anwendung: T überwacht das Geschäft der E	254
dd)	Übertragung der Ergebnisse auf das Hin- und Herzahlen, § 19 Abs. 5 GmbHG und § 27 Abs. 4 AktG	255
ee)	Zusammenfassung der Ergebnisse für die Kapitalaufbringung .	255
b)	Kapitalerhaltung	256
aa)	Tatbestandliche Zurechnung	256
	(1) Keine weiteren Voraussetzungen: Anteilige Durchrechnung	257
	(2) Ein Blick auf die §§ 56 Abs. 2, 71 d Satz 2 AktG: §§ 16, 17 AktG als Zurechnungsvoraussetzungen	258
	(3) Vergleich mit der GmbH & Co. KG: Die Lösung des BGH	259

(4) Eigene Zwei-Regel-Lösung	260
(a) Veranlassung	260
(b) Gesellschaftsrechtlich fundiertes Weisungsrecht	261
bb) Rechtsfolgen	261
(1) Gläubiger des Anspruchs	262
(2) Inhalt des Anspruchs	263
cc) Ergebnis	264
2. „Zurechnung“ von Muttergesellschaften (von oben nach unten)	264
III. Zusammenfassung des zweiten Kapitels	265

Drittes Kapitel

„Kapitalschutz“ in der KG
– Übertragbarkeit der Ergebnisse? – 266

I. Körperschaften vs. Personengesellschaften – fehlende Grundlage für gemeinsame Dogmatik?	266
II. Einlage und Haftung des Kommanditisten – gleiche Probleme wie im Kapitalschutz	269
1. „Kapitalaufbringung“	269
a) Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Kapitalaufbringung von KG und Kapitalgesellschaft	269
b) Zurechnungsvoraussetzungen	271
2. „Kapitalerhaltung“	273
a) Lösungen der Literatur und Rechtsprechung	274
aa) Der BGH und das gesellschaftsrechtlich fundierte Weisungsrecht	274
bb) Die Literatur	275
cc) Kritik an der Literatur	275
b) Eigene Lösung	276
c) Rechtsfolgen der Zurechnung	276
III. Sonderfall Kapitalgesellschaft & Co. KG	278
1. Die GmbH & Co. KG und der BGH	279
2. Ausdehnung des „Kapitalschutzes“ durch die Literatur	280
3. Die Anwendung der Zurechnungskriterien auf die GmbH & Co. KG ..	281
a) Allgemeine Zurechnungsregel der „Kapitalerhaltung“	283
b) Sonderfall: Kapitalerhaltung in der AG & Co. KG	284
c) Übertragbarkeit auch für die „Kapitalaufbringung“?	285
IV. Zusammenfassung des dritten Kapitels	286

Zusammenfassung der Ergebnisse	287
I. Erstes Kapitel	287
II. Zweites Kapitel	289
1. Zurechnung von unten nach oben auf Gesellschafterseite für die Kapitalaufbringung	290
2. Zurechnung von unten nach oben auf Gesellschafterseite für die Kapitalerhaltung	290
3. Zurechnung von oben nach unten auf Gesellschafterseite für die Kapitalaufbringung	291
4. Zurechnung von oben nach unten auf Gesellschafterseite für die Kapitalerhaltung	292
5. Zurechnung von unten nach oben auf Gesellschaftsseite für die Kapitalaufbringung	293
6. Zurechnung von unten nach oben auf Gesellschaftsseite für die Kapitalerhaltung	294
7. Die „Zurechnungskonstellation“ von oben nach unten auf Gesellschaftsseite	295
III. Drittes Kapitel	295
Literaturverzeichnis	296

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Beispiel der Begrifflichkeiten Zurechnung nach „unten“ sowie „oben“	38
Abbildung 2: Beteiligung verbundener Unternehmen aufseiten des Gesellschafters.....	85
Abbildung 3: Beteiligung verbundener Unternehmen aufseiten der Gesellschaft	88
Abbildung 4: Veranlassung im Kapitalerhaltungsrecht	92
Abbildung 5: Veranlassung im Kapitalaufbringungsrecht	93
Abbildung 6: Erläuterung Veranlassungsvermutung – ungerechte Rückabwicklung	107
Abbildung 7: Gesellschaftsrechtlich fundiertes Weisungsrecht gegenüber Tochtergesellschaft auf Gesellschafterseite	118
Abbildung 8: Gesellschaftsrechtlich fundiertes Weisungsrecht seitens der Muttergesellschaft auf Gesellschafterseite	120
Abbildung 9: Gesellschaftsrechtlich fundiertes Weisungsrecht auf Gesellschaftsseite.....	121
Abbildung 10: Schema Kapitel 2	143
Abbildung 11: Zurechnungskonstellation von unten nach oben aufseiten des Gesellschafters.....	145
Abbildung 12: Zurechnungskonstellation von unten nach oben auf Gesellschaftsseite im Kapitalaufbringungsrecht	145
Abbildung 13: Sachverhaltsdarstellung IBH/Lemmerz	156
Abbildung 14: Sachverhaltsdarstellung BGHZ 125, 141.....	157
Abbildung 15: Sachverhaltsdarstellung BGHZ 153, 107.....	158
Abbildung 16: Sachverhaltsdarstellung BGHZ 155, 329.....	159
Abbildung 17: Sachverhaltsdarstellung BGHZ 166, 8 – Cash-Pool I.....	161
Abbildung 18: Sachverhaltsdarstellung BGHZ 170, 47.....	162
Abbildung 19: Sachverhaltsdarstellung BGHZ 171, 113 – Flender	163

Abbildung 20: Sachverhaltsdarstellung BGHZ 81, 311.....	166
Abbildung 21: Sachverhaltsdarstellung BGH v. 05.05.2008 – II ZR 108/07 ..	171
Abbildung 22: Sachverhaltsdarstellung BGH v. 28.02.2012 – II ZR 115/11. . .	173
Abbildung 23: Sachverhalt BGH v. 21.02.2013 – IX ZR 32/12	176
Abbildung 24: Offene Sacheinlage „über Eck“	182
Abbildung 25: Veranlassung bei der Kapitalaufbringung	185
Abbildung 26: Gesellschaftsrechtlich fundiertes Weisungsrecht bei der Kapitalaufbringung	185
Abbildung 27: Zurechnungskonstellation von unten nach oben aufseiten des Gesellschafters im Kapitalerhaltungsrecht	201
Abbildung 28: Rechenbeispiel bei 60-prozentiger Inhaberschaft der Tochtergesellschaft	213
Abbildung 29: Zurechnungskonstellation von oben nach unten auf Gesellschafterseite	220
Abbildung 30: Zurechnungskonstellation von oben nach unten auf Gesellschafterseite im Kapitalaufbringungsrecht	220
Abbildung 31: Zurechnungskonstellation von oben nach unten auf Gesellschafterseite für die Nachgründung	228
Abbildung 32: Zurechnung von oben nach unten auf Gesellschaftsseite – Hin- und Herzahlen	232
Abbildung 33: Zurechnungskonstellation von oben nach unten auf Gesellschafterseite im Kapitalerhaltungsrecht	234
Abbildung 34: Zurechnungskonstellation von unten nach oben aufseiten der Gesellschaft	241
Abbildung 35: Zurechnungskonstellation von unten nach oben aufseiten der Gesellschaft im Kapitalaufbringungsrecht	244
Abbildung 36: Sachverhalt BGH v. 07.07.2003, BGHZ 155, 329	244
Abbildung 37: Sachverhalt LG Mainz v. 18.09.1986, AG 1987	245
Abbildung 38: Zurechnungskonstellation von unten nach oben aufseiten der Gesellschaft für die Nachgründung	249
Abbildung 39: Zurechnungskonstellation von unten nach oben aufseiten der Gesellschaft im Kapitalerhaltungsrecht	256
Abbildung 40: „Zurechnungskonstellationen“ von oben nach unten aufseiten der Gesellschaft	264

Abbildung 41: Zurechnung als Kriterium der objektiven Wertdeckung	272
Abbildung 42: Zurechnungskonstellation von unten nach oben aufseiten des Gesellschafters für eine GmbH & Co. KG	283
Abbildung 43: Schema Kapitel II	289
Abbildung 44: Kapitalaufbringung für Zurechnungen von unten nach oben auf Gesellschafterseite (verdeckte Sacheinlage)	290
Abbildung 45: Kapitalerhaltung für Zurechnungen von unten nach oben auf Gesellschafterseite	290
Abbildung 46: Kapitalaufbringung für Zurechnungen von oben nach unten auf Gesellschafterseite (verdeckte Sacheinlage)	291
Abbildung 47: Kapitalerhaltung für Zurechnungen von oben nach unten auf Gesellschafterseite	292
Abbildung 48: Kapitalaufbringung für Zurechnungen von oben nach unten auf Gesellschaftsseite (verdeckte Sacheinlage)	293
Abbildung 49: Kapitalerhaltung für Zurechnungen von unten nach oben auf Gesellschaftsseite	294

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abb.	Abbildung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft; aber auch: Die Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
allg. M.	allgemeine Meinung
Alt.	Alternative
a. M.	andere Meinung
Anm.	Anmerkung
ARUG	Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater Zeitschrift für Recht, Steuern und Wirtschaft
Bd.	Band
bearb.	bearbeitet
begr./Begr.	begründet/Begründung
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Verhandlungen des Deutschen Bundestages/Drucksachen
CFL	Corporate Finance Law (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb: Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht
ders.	derselbe

dies.	die selben
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
EBOR	European business organization law review
ECFR	European Company and Financial Law Review
endg.	endgültig
EP DOK	Dokument des europäischen Parlaments
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUR	Euro
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht – Zeitschrift
f./ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GesR	Gesellschaftsrecht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GroßKomm	Großkommentar
GrS	Großer Senat
Hdb d.	Handbuch des
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg. v.	herausgegeben von
i. E.	im Ergebnis
insb.	insbesondere
IntGesR	Internationales Gesellschaftsrecht
i. Ü.	im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
JbFStR	Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht
Jur. Diss.	Juristische Dissertation
Jur. Habil.	Juristische Habilitationsschrift
JZ	Juristenzeitung
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien

KölnKomm	Kölner Kommentar
LG	Landgericht
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des bayrischen Notarvereins
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MünchHdb GesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
MünchKomm	Münchener Kommentar
NaStraG	Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Reg.-Begr.	Regierungsbegründung
re. Sp.	rechte Spalte
RG	Reichsgericht
RGZ	Die Entscheidungssammlungen der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
s.	siehe
s. a.	siehe auch
SE	Societas Europaea
SEAG	SE-Ausführungsgesetz
Slg.	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Gerichts Erster Instanz
sog.	sogenannt/e
Sp.	Spalte
s. u.	siehe unten
Tz.	Textziffer

u. A.	und Andere
UG	Unternehmergesellschaft
v.	vom
vgl.	vergleiche
VGR	Schriftenreihe der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung
WM	WM Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
z. B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
zugl.	zugleich
zust.	zustimmend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

Diese Arbeit versteht sich als Beitrag auf den 1984 so wörtlich geäußerten Aufruf *Karsten Schmidts* „über das nicht ohne Willkür entstandene Nebeneinander unterschiedlicher Kapitalsicherungsregeln im Gesellschaftsrecht nachzudenken“.¹ *Karsten Schmidt* nennt das *Institutionenbildung*², also die „rechtsdogmatische Konsolidierung, der Übergang von provisorischen Einzellösungen zu einem geschlossenen Konzept.“³

Doch wie kommt es zur Notwendigkeit solcher Institutionenbildung? Dazu sei eine Frage gestellt, die so auch schon *Rudolf von Jhering* Ende des 19. Jahrhunderts formuliert hat: „Darum kommt auch für jene Gedanken unausbleiblich die Zeit, wo man fragt: warum gelten sie bloß hier, warum nicht auch in dem und jenem völlig gleichartigen Verhältniß?“⁴ Doch ist der Kapitalschutz eine Gesamtheit von solchen „gleichartigen Verhältniß[en]“? Bislang wurde der Kapitalschutz zumeist klassisch als die ihn kennzeichnenden Einzelnormen verstanden. Damit könnte man sich zufriedengeben. Warum also der hier betriebene Aufwand?

Die Antwort ist mit Hilfe *Savignys* zu geben. Nach ihm sind Rechtsregeln durch Abstraktion abgeleitete Produkte ihrer Rechtsinstitute; er meinte, dass für die Auslegung der konkreten Rechtsregeln die Rechtsinstitute immer gegenwärtig sein müssten.⁵ Und das gilt auch für den Kapitalschutz. Viel zu lange wurden die Regeln zum Kapitalschutz nur in ihrer Funktion als *Rechtsregeln* betrachtet. Diese Arbeit soll den Versuch unternehmen, vom Institut des Nominalkapitals ausgehend, ein einheitliches System für die Zurechnung von verbundenen Unternehmen im Kapitalschutz zu entwickeln. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass es ein höheres, wenn auch nicht explizit im Gesetz geäußertes Rechtsinstitut hinter den Einzelregelungen gibt. Grund gibt aber auch das unstimmige Gesamtbild in Literatur und Rechtsprechung. Obwohl die Zurechnungsfälle sich in so vielerlei Hinsicht

¹ *K. Schmidt*, BB 1984, 1588 (1589).

² *K. Schmidt*, in: *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, S. 9 (20 ff.).

³ *K. Schmidt*, in: *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, S. 9 (24).

⁴ *Jhering*, *Geist des römischen Rechts* II/2, S. 339.

⁵ So in seinem Spätwerk: v. *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Band 1, S. 255; vgl. auch die Interpretation *Savignys* durch *Larenz*, *Methodenlehre*, S. 11 f.

gleichen, werden diese mit vielen unterschiedlichen Zurechnungsregeln be-
sehen.⁶

Als rechtspositivistische untersucht diese Arbeit dabei die *lex lata* – wenn auch kategorisiert und systematisiert. Das heißt, dass es speziell um die Wirkungen des festen Kapitalsystems geht und nicht etwa um die Beschreibung eines Eigenkapitalschutzes.⁷

Die Neuerungen dieser Arbeit ruhen aber auf dem soliden Fundament der bisherigen Literatur sowie der Rechtsprechung des BGH. Liest man die neuesten Entwicklungen der BGH-Rechtsprechung,⁸ *Müller-Eising*⁹ und *Cahn*¹⁰ zusammen, finden sich viele der hier vertretenen Zurechnungsergebnisse wieder. Anders als dort zu lesen geht diese Arbeit aber von *einem* Rechtsinstitut Kapitalschutz aus und will daher auch versuchen, diesem Rechtsinstitut *ein* Zurechnungssystem zu geben. In dieser Systematisierung und *Institutionenfindung*¹¹ liegt daher die Aufgabe dieser Arbeit. Denn das Zurechnungssystem muss sich in den gesamten Kapitalschutz mit seinen Ecken und Kanten einpassen und dennoch dessen Einheit verdeutlichen.

I. Problemstellung

Das Kapitalgesellschaftsrecht ist durch das „feste“ oder „Nominal-“ Kapital geprägt. Den Stellenwert des Kapitals zeigen seine Schutzvorschriften, die vielfach im Gesetz verankert sind.¹² Die gesetzliche Leitvorstellung für alle Kapitalschutzvorschriften ist das Zwei-Personen-Verhältnis, also das

⁶ Als Nachweis schlage man einfach Kommentarstellen zu §§ 19, 30 GmbHG, 27, 57 AktG auf und versuche auf einen Blick die Zurechnungskriterien zu begreifen.

⁷ So aber die Betrachtung von *Eckert*, Ausschüttungsrestriktionen, S. 3, der die Definition von Kapitalschutz bewusst weit formuliert, um den Kapitalschutz mit sonstigen Ausschüttungssperren vergleichen zu können. Genau daran krankt aber auch die Betrachtung *Eckerts*. Denn das System festen Kapitals ist gerade mehr als bloßer Eigenkapitalschutz. Gerade auch der Blick in die GmbH zeigt dies.

⁸ Vgl. die Urteile BGH v. 12.02.2007, BGHZ 171, 113 (Rz. 8 ff.) – Flender; BGH v. 05.05.2008 – II ZR 108/07, NZG 2008, 507; BGH v. 05.05.2008 – II ZR 108/07, NZG 2008, 507; BGH v. 31.05.2011 – II ZR 141/09, NZG 2011, 829 – Dritter Börsengang; BGH v. 28.02.2012 – II ZR 115/11, DStR 2012, 915.

⁹ *Müller-Eising*, Die verdeckte Sacheinlage.

¹⁰ *Cahn*, Kapitalerhaltung im Konzern.

¹¹ Es geht doch vielmehr um das Auffinden von Rechtsinstitutionen, die der Gesetzgeber geschaffen hat, nicht um das Bilden solcher Institutionen. Die Jurisprudenz hat schließlich nicht das Ziel, den Gesetzgeber zu ersetzen, sondern nur das von ihm geschaffene System zu verstehen und zu kartografieren.

¹² Dies zeigt sich an den Vorschriften, die zu seinem Schutz entwickelt wurden. So etwa um die werthaltige Aufbringung sicherzustellen (§§ 19 Abs. 4, 5; § 56 Abs. 2 GmbHG; §§ 27 Abs. 3, 4; 183 Abs. 2; 52 AktG) oder die Auskehr an die

Verhältnis von Gesellschafter und Gesellschaft.¹³ Doch dieser Anspruch des Gesetzes will nicht so recht mit der Wirklichkeit übereinstimmen. Schon 1987 hat *Lutter* festgestellt, dass eine Verwandlung von Einzelunternehmen zu Konzernen¹⁴ stattgefunden habe;¹⁵ seitdem hat sich die Unternehmensrealität noch weiterentwickelt. Faktisch wird heute der Großteil der Kapitalgesellschaften in Konzernstrukturen geführt.¹⁶ Dennoch geht das Kapitalschutzrecht noch von der inzwischen überholten Vorstellung aus, man müsse sich nur mit Einzelunternehmen beschäftigen. Daher fragt sich: Wie wirken die Kapitalschutzvorschriften in Mehrpersonenverhältnissen, insbesondere in Mehr-Kapitalgesellschafts-Verhältnissen? Dass der Kapitalschutz konzernübergreifend gesehen werden muss, ist allen Beteiligten schon lange klar;¹⁷ häufig unklar bleibt, was das heißt – nämlich: die Anwendung der gesetzlichen Tatbestände (per Auslegung oder Analogie) und nicht die Behandlung einer „mystischen Unternehmens- oder Wirtschaftseinheit“¹⁸.

Es kann de lege lata aber nicht übersehen werden, dass das deutsche Kapitalgesellschaftsrecht nur an bestimmten Stellen verbundenen Unternehmen eigene Regeln gegeben hat. In Fällen aber, in denen das Gesetz keine Regeln für verbundene Unternehmen aufstellt, reichen pauschale Verweisungen auf eine „unternehmerische“ oder „wirtschaftliche Einheit“ nicht für die Lösung der Probleme aus. Das ergibt sich schon aus der juristischen Person und dem aus ihr folgenden Trennungsprinzip, also der „Verselbstständigung des Sondervermögens gegenüber Dritten“¹⁹. Die juristische Person, ein Kind der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) darf nur dann in ihrer rechtlichen Selbstständigkeit angetastet werden, wenn andernfalls gesetzliche Tatbestände ausgehöhlt würden.

Gesellschafter zu verbieten (§§ 30 f. GmbHG; §§ 57 Abs. 3, 61 AktG) – Letztes hat noch eine Sonderausprägung erfahren (§ 33 GmbHG; §§ 71 ff. AktG).

¹³ Nur in den §§ 56 Abs. 2, 71 d S. 2 Var. 1 AktG finden sich explizite Regeln zur Behandlung von Mehr-Personen-Verhältnissen in Situationen mit verbundenen Unternehmen.

¹⁴ Der Konzernbegriff ist hier, wie auch insgesamt in dieser Arbeit, wenn nicht direkt mit § 18 AktG verknüpft, untechnisch zu verstehen. Die gesellschaftsrechtliche Definition des Konzerns (§ 18 AktG) schränkt die tatsächlich vorliegenden Konzernstrukturen wie auch das Verständnis des Konzerns in den anderen Disziplinen, zu sehr ein.

¹⁵ *Lutter*, ZGR 1987, 324 (332).

¹⁶ Schon Mitte der 70er Jahre hat *Bälz* gemeint, 70% der Aktiengesellschaften Konzernstrukturen zuweisen zu können, *Bälz*, in: FS Raiser, S. 287 (297); aktuellere Untersuchungen bestätigen diese Vermutung: *Görling*, AG 1993, 538 (542 f.).

¹⁷ Vgl. nur *U.H. Schneider*, ZGR 1984, 497 (517).

¹⁸ *Wiedemann*, Die Unternehmensgruppe, S. 5.

¹⁹ *Wiedemann*, WM Sonderbeilage 4/1975, 9; ähnlich auch *Lutter*, in: FS Stiefel, S. 506 (519).