PETER JUNG

Der Unternehmergesellschafter als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft

Jus Privatum
75

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 75

Peter Jung

Der Unternehmergesellschafter als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft

Mohr Siebeck

Peter Jung, geboren 1965; Abitur 1984; Studium der Rechtswissenschaft und Geschichte an den Universitäten Passau (1985–88), Toulouse (1988/89) und Göttingen (1989–91); Maîtrise en droit 1989; 1. Staatsexamen 1991; Promotion an der Georg-August-Universität Göttingen 1995; 2. Staatsexamen in Hamburg 1995; 1995–2001 Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Freiburg; seit 1998 Gastprofessor an der Universität Paris II (Panthéon-Assas); 1999–2002 Stipendiat der Deutschen Forschungsgemeinschaft; Habilitation an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg im Februar 2002; seit 1.4.2002 Lehrstuhlvertreter an der Universität Heidelberg.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

978-3-16-157938-7 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019
ISBN 3-16-147862-2
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.

© 2002 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts 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 Textservice Zink in Schwarzach aus der Garamond-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

Vorwort

Rechtsfähige Gesellschaften werden im Rechtsverkehr gegenüber ihren Gesellschaftern verselbständigt und natürlichen Personen weitgehend gleichgestellt. Andererseits handelt es sich bei ihnen um Rechtsgebilde, die in ihrer Willensbildung, ihrem Verhalten und in vermögensmäßiger Hinsicht ganz oder teilweise von den hinter ihnen stehenden natürlichen Personen abhängig sind. Damit stellt sich bei der Rechtsanwendung auf rechtsfähige Gesellschaften und ihre Gesellschafter die Frage, ob und wie die Zurechnung eines bestimmten, in der Person eines Gesellschafters oder der Gesellschaft gegebenen Umstands zur Gesellschaft und umgekehrt möglich ist bzw. die Gesellschaft mit einem einzelnen Gesellschafter ausnahmsweise als rechtliche Einheit betrachtet werden kann. Für diese unter dem Stichwort des Durchgriffs diskutierten Rechtsanwendungsprobleme wird in der vorliegenden Untersuchung ein einerseits gesellschaftsformübergreifendes und andererseits nach dem Zweck und Kontext der jeweils anzuwendenden Rechtsregel differenzierendes Lösungsmodell entwickelt. Es wird herausgearbeitet, daß es danach für die etwaige Statusvermittlung, Gesellschafterhaftung, Zurechnung oder Identifikation entscheidend auf die unternehmerische Beteiligung und Mitwirkung des in den Blick genommenen Gesellschafters am Gesellschaftsunternehmen ankommt.

Die Arbeit hat im Wintersemester 2001/2002 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Habilitationsschrift vorgelegen. Besonderen Dank schulde ich meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Uwe Blaurock, für die vielfältige fachliche und persönliche Förderung während meiner Zeit als Assistent am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Freiburg. Herrn Prof. Dr. Gerhard Hohloch bin ich zudem für die Erstellung des Zweitgutachtens sehr verbunden. Für die großzügige Gewährung eines Habilitandenstipendiums und eines Druckkostenzuschusses habe ich der Deutschen Forschungsgemeinschaft herzlich zu danken. Die Arbeit widme ich meiner Frau.

Freiburg, im Frühjahr 2002 *Peter Jung*

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis IX

Einleitung 1

§ 1 Gegenstand und Ziel der Untersuchung 1
§ 2 Einführung in die Problematik der Untersuchung 4

1. Kapitel Der Typus des Unternehmergesellschafters 21

§ 1 Methodische Grundlagen 24
§ 2 Verwandte Unternehmerbegriffe 34
§ 3 Die einzelnen Merkmale des Unternehmergesellschafterbegriffs 48
§ 4 Erscheinungsformen des Unternehmergesellschafters . . . 109
§ 5 Zusammenfassung 120

2. Kapitel Die Sonderstellung des Unternehmergesellschafters in der rechtsfähigen Gesellschaft 123

§ 1 Die Gemeinschaft von Unternehmergesellschafter und Gesellschaft 123
§ 2 Die Treuepflicht des Unternehmergesellschafters 197
§ 3 Die verfassungsrechtliche Behandlung des gesellschaftsgebundenen Unternehmertums 222
§ 4 Zusammenfassung 268

3. Kapitel Die statusbegründende und statusausschließende Funktion der gesellschaftsgebundenen Unternehmerstellung 271

§ 1 Der Unternehmergesellschafter im System der statusbegründenden bzw. statusausschließenden Gesichtspunkte 272
§ 2 Einzelne Fälle der Statusvermittlung 278
§ 3 Zusammenfassung 335

4. Kapitel Die schuld- und haftungsbegründende Funktion der gesellschaftsgebundenen Unternehmerstellung 337
§ 1 Der Unternehmergesellschafter im System der haftungsbegründenden Gesichtspunkte 338
§ 2 Die Haftung des Unternehmergesellschafters im Lichte der einzelnen Haftungstatbestände 361
§ 3 Zusammenfassung 475

5. Kapitel Die zurechnungsvermittelnde Funktion der gesellschaftsgebundenen Unternehmerstellung 478
§ 1 Der Unternehmergesellschafter im System der zurechnungsvermittelnden Gesichtspunkte 478
§ 2 Notwendiger Zurechnungsdurchgriff 489
§ 3 Ergänzender Zurechnungsdurchgriff 558
§ 4 Zusammenfassung 586

6. Kapitel Die identitätsbegründende Funktion der gesellschaftsgebundenen Unternehmerstellung 590
§ 1 Der Unternehmergesellschafter im System der identifikationsbegründenden Gesichtspunkte 591
§ 2 Identifikation des Unternehmergesellschafters mit der Gesellschaft 593
§ 3 Identifikation zweier Rechtsträger über die Person des Unternehmergesellschafters 671
§ 4 Zusammenfassung 675

Zusammenfassung der Ergebnisse 678

Literaturverzeichnis 695

Sachverzeichnis 741

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Inhaltsübersicht VII

Einleitung

§ 1 *Gegenstand und Ziel der Untersuchung* 1

§ 2 *Einführung in die Problematik der Untersuchung* 4

A. Der Durchgriff als Folge der widersprüchlichen Natur rechtsfähiger Gesellschaften 4

I. Die Verselbständigung der rechtsfähigen Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern 6
1. Die tatsächliche Verselbständigung 6
2. Die rechtliche Verselbständigung 7
a) Die Rechtsfähigkeit als Grundlage des Trennungs- und Gleichstellungsprinzips 7
b) Rechtfertigung des Trennungs- und Gleichstellungsprinzips . . 9

II. Die Abhängigkeit der rechtsfähigen Gesellschaft von ihren Gesellschaftern 12
1. Die tatsächliche Abhängigkeit 12
2. Die rechtliche Abhängigkeit 13

B. Allgemeine Gründe für den Durchgriff auf die Gesellschafter der rechtsfähigen Gesellschaft 13

I. Die Lehren vom Durchgriff aufgrund Rechtsmißbrauchs 14

II. Die Lehre vom Durchgriff zum Zwecke sachgerechter Rechtsanwendung 16

C. Die verschiedenen Formen des Durchgriffs auf den Unternehmergesellschafter 17

I. Durchgriff bei Rechtsanwendung auf den Unternehmergesellschafter 18

II. Durchgriff bei Rechtsanwendung auf die rechtsfähige Gesellschaft 19
III. Durchgriff bei Anwendung einer die Personenverschiedenheit oder Personenidentität voraussetzenden Regelung 19

1. Kapitel

Der Typus des Unternehmergesellschafters

§ 1 Methodische Grundlagen 24

A. Die Charakteristika typologischen Denkens 24
I. Typus und Begriff als Formen abstrahierenden Denkens 24
1. Gemeinsamkeiten zwischen typologischem und begrifflichem Denken 25
2. Unterschiede zwischen typologischem und begrifflichem Denken 26
II. Der Typus als typische Erscheinung 27

B. Typologisches Denken in der Rechtswissenschaft 28
I. Funktionen typologischen Denkens 28
II. Vor- und Nachteile typologischen Denkens 29

C. Die Rechtsfigur des Unternehmergesellschafters aus methodischer Sicht 30
I. Typus mit Begriffselementen 30
II. Bildung und Handhabung des Typusbegriffs 32

§ 2 Verwandte Unternehmerbegriffe 34

A. Der wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Typus des Unternehmers 34
I. Die verschiedenen Unternehmerbegriffe 34
1. Typische Unternehmerfunktionen 35
2. Typische Motive und Persönlichkeitsmerkmale des Unternehmers 37
3. Unternehmertypen und andere Wirtschaftssubjekte 38
II. Verwertbarkeit des wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Unternehmerbegriffs 39

B. Der handelsrechtliche Begriff des Unternehmensträgers 40
I. Begriff des Unternehmensträgers 40

II. Verwertbarkeit des handelsrechtlichen Unternehmensträgerbegriffs 40
C. Der steuerrechtliche Typus des Mitunternehmers 41
I. Typusbegriff der Mitunternehmerschaft 41
1. Typuselemente der Mitunternehmerschaft 42
2. Erscheinungsformen der Mitunternehmerschaft 44
II. Verwertbarkeit des steuerrechtlichen Mitunternehmerbegriffs . 47

§ 3 Die einzelnen Merkmale des Unternehmergesellschafterbegriffs . 48
A. Eigenschaft als natürliche Person 49
B. Gesellschaftsrechtliche Beteiligung an einer unternehmenstragenden Gesellschaft 49
C. Unternehmerische Beteiligung 51
I. Vermögensbezogene Typusmerkmale (Unternehmerrisiko) . . 51
1. Innehabung eines namhaften Kapitalanteils 51
2. Übernahme von Nebenverpflichtungen 53
a) Gesellschaftsrechtliche Verpflichtungen 53
b) Rein schuldrechtliche Verpflichtungen 54
3. Übernahme besonderer Haftungsrisiken 54
4. Besondere Vermögensrechte 55
a) Gewinnbeteiligung 55
b) Auseinandersetzung und Abfindung 56
c) Nutzung von Gegenständen des Gesellschaftsvermögens 57
5. Angewiesenheit auf die Ertragskraft des Gesellschaftsunternehmens 57
II. Organisatorisch relevante Typusmerkmale (Unternehmerinitiative) 58
1. Ausübung von Leitungs- und Kontrollmacht in der Gesellschaft 58
a) Typische Grundlagen der Leitungs- und Kontrollmacht 58
aa) Gesellschaftsrechtliche Grundlagen der Leitungs- und Kontrollmacht 58
aaa) Namhafte Kapitalbeteiligung 59
bbb) Namhafte Stimmrechtsmacht 60
ccc) Rechte auf Organmitgliedschaft 65
ddd) Weisungs-, Zustimmungs- und Widerspruchsrechte . . 67
eee) Informations- und Kontrollrechte 68
bb) Sonstige Grundlagen der Leitungs- und Kontrollmacht . . . 69
aaa) Schuldrechtliche Bindung von Mitgesellschaftern . . . 69
bbb) Faktische Grundlagen der Leitungs- und Kontrollmacht 71

b) Typische Einflußformen der Leitungs- und Kontrollmacht . . . 73
aa) Einfluß auf die Beschlußfassung der Gesellschafter 73
bb) Einfluß auf das Aufsichtsorgan 74
aaa) Einfluß auf die Besetzung des Aufsichtsorgans 74
bbb) Einfluß auf Entscheidungen des Aufsichtsorgans . . . 75
cc) Einfluß auf das Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan . 76
aaa) Einfluß auf die Besetzung des Geschäftsführungs- und Vertretungsorgans 76
bbb) Einfluß auf Entscheidungen des Geschäftsführungs- und Vertretungsorgans 78
c) Typische Einflußfelder der Leitungs- und Kontrollmacht 81
aa) Bestimmung der Mitgesellschafter 81
bb) Bestimmung des wesentlichen Inhalts des Gesellschaftsvertrags bzw. der Satzung 84
cc) Bestimmung von bedeutenden Personalangelegenheiten . . . 85
dd) Bestimmung der gewöhnlichen und außergewöhnlichen Geschäftsführung 86
2. Maßgebliche Mitwirkung im Gesellschaftsunternehmen . . . 86
3. Unternehmerische Interessenlage 87
III. Gesamtbetrachtung der Typusmerkmale der unternehmerischen Tätigkeit 89
1. Volltypische Gesamtbetrachtung 89
a) Umfassende Berücksichtigung der Typusmerkmale 90
b) Schematische Berücksichtigung der Typusmerkmale 93
2. Aspektbezogene Gesamtbetrachtung 96
a) Umfassende Berücksichtigung der aspektbezogenen Typusmerkmale 97
b) Schematische Berücksichtigung der aspektbezogenen Typusmerkmale 98
D. Beteiligung als Privatgesellschafter 98
I. Maßgeblichkeit des teleologischen Unternehmensbegriffs 99
II. Fehlende anderweitige unternehmerische Interessenbindung . . 102
1. Keine anderweitige Interessenbindung als Unternehmensträger 102
2. Keine anderweitige Interessenbindung als Inhaber einer Gesellschaftsbeteiligung 104
a) Anerkennung der Unternehmenseigenschaft kraft multiplen Beteiligungsbesitzes 104
b) Voraussetzungen der Unternehmenseigenschaft kraft multiplen Beteiligungsbesitzes 105

§ 4 Erscheinungsformen des Unternehmergesellschafters 109

A. Der Unternehmergesellschafter im Gefüge der verschiedenen Gesellschaftsformen 109

I. Der Unternehmergesellschafter in der Personengesellschaft . . 109

1. Der Unternehmergesellschafter als persönlich haftender Gesellschafter 110

2. Der Unternehmergesellschafter als Kommanditist und stiller Gesellschafter 110

II. Der Unternehmergesellschafter in der Kapitalgesellschaft 111

1. Der Unternehmergesellschafter in der GmbH 111

2. Der Unternehmergesellschafter in der Aktiengesellschaft . . 112

3. Der Unternehmergesellschafter in der Kommanditgesellschaft auf Aktien 114

B. Der Unternehmergesellschafter im Gefüge der verschiedenen realen Gesellschaftsstrukturen 114

I. Der Unternehmergesellschafter in der Einpersonengesellschaft . 115

II. Der Unternehmergesellschafter in der Mitunternehmergesellschaft 115

III. Der Unternehmergesellschafter in der majorisierten Gesellschaft 116

IV. Der Unternehmergesellschafter in der Zweiklassengesellschaft . 117

V. Der Unternehmergesellschafter in der Familiengesellschaft . . . 118

VI. Der Unternehmergesellschafter in der Publikumsgesellschaft . . 118

§ 5 Zusammenfassung 120

2. Kapitel

Die Sonderstellung des Unternehmergesellschafters in der rechtsfähigen Gesellschaft

§ 1 Die Gemeinschaft von Unternehmergesellschafter und Gesellschaft 123

A. Die Vermögensgemeinschaft 123

I. Vermögensgemeinschaft durch mitgliedschaftliche und vermögensrechtliche Beteiligung des Unternehmergesellschafters 124

1. Relativierung der Vermögenssonderung im Gesellschaftsrecht 124

2. Relativierung der Vermögenssonderung bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung von Gesellschaftsanteilen 127
a) Formbedürftigkeit der Anteilsübertragung 127
b) Genehmigungsbedürftigkeit der Anteilsübertragung 130
3. Relativierung der Vermögenssonderung im Schadensrecht . . 130
4. Relativierung der Vermögenssonderung im Steuerrecht . . . 136
a) Trennung zwischen Betriebs- und Privatvermögen 136
aa) Kriterien der Zurechnung eines Wirtschaftsgutes zum Betriebsvermögen 136
bb) Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte bei der Zurechnung eines Wirtschaftsgutes zum Betriebsvermögen von Gesellschaften 138
b) Beschränkte Mithaftung bei betriebsbedingten Steuerschulden . 139
c) Steuerrechtliche Behandlung der Einkünfte aus Gewerbebetrieb . 140
aa) Besteuerung der Einkünfte aus gewerblicher Mitunternehmerschaft 140
bb) Ermittlung des Gewerbeertrags 141
cc) Verdeckte Gewinnausschüttungen 143
dd) Verdeckte Einlagen 144
5. Relativierung der Vermögenssonderung im Verfassungsrecht . 145
II. Vermögensgemeinschaft durch Drittgeschäfte 148
1. Vermeidung von Interessenkonflikten beim Abschluß des Drittgeschäfts 149
2. Inhaltskontrolle des Drittgeschäfts aufgrund des Verbots verdeckter Vermögensverlagerungen 151
III. Vermögensgemeinschaft durch wechselseitige wirtschaftliche Abhängigkeit 154
1. Die Bedeutung des Gesellschaftsvermögens für den Unternehmergesellschafter 155
a) Das Gesellschaftsvermögen als Lebensgrundlage 155
aa) Das Gesellschaftsvermögen als Einkommensgrundlage . . . 155
aaa) Vergütung von Tätigkeiten für die Gesellschaft 155
bbb) Entziehung der Geschäftsführerstellung 157
ccc) Besondere Entnahmerechte 160
ddd) Gewährung von Unterhalt aus der Insolvenzmasse . . 162
bb) Das Gesellschaftsvermögen als Grundlage der privaten Lebensführung 164
cc) Das Gesellschaftsvermögen als Grundlage der Altersvorsorge 166
b) Das Gesellschaftsvermögen als Finanzierungsquelle und Sicherungsmittel 167
aa) Darlehen an den Unternehmergesellschafter 167

bb) Sicherungsgeschäfte zugunsten des Unternehmergesellschafters 168
cc) Haftungsdurchgriff auf das Gesellschaftsvermögen 170
2. Die Bedeutung des Privatvermögens des Unternehmergesellschafters für die Gesellschaft 170
a) Das Privatvermögen als Finanzierungsquelle 170
aa) Eigenkapitalausstattung 170
bb) Darlehen des Gesellschafters 173
cc) Gesellschaftsrechtliche und rein schuldrechtliche Nebenleistungspflichten 174
b) Das Privatvermögen als Sicherungsmittel 175
3. Interdependenz in der Insolvenz 177

B. Die Willens- und Handlungsgemeinschaft 179

C. Die Interessengemeinschaft 180
I. Gesellschaft und Unternehmen als Interessengebilde 180
1. Das Interesse des Unternehmergesellschafters 181
2. Das Gesellschaftsinteresse 182
a) Normative Bestimmung des Gesellschaftsinteresses 183
b) Personenbezogene Bestimmung des Gesellschaftsinteresses . . . 187
3. Das Unternehmensinteresse 188
II. Die Gesellschaftsbezogenheit der Interessen des Unternehmergesellschafters 190
1. Die Bestimmung des Gesellschaftsinteresses durch den Unternehmergesellschafter 191
2. Die tatsächliche Interessenverknüpfung 192
3. Die rechtliche Interessenverknüpfung 192

D. Die Gemeinschaft von Privat- und Gesellschaftssphäre 193
I. Die Ausstrahlung der Gesellschaftssphäre auf die Privatsphäre des Unternehmergesellschafters 194
II. Die Ausstrahlung der Privatsphäre des Unternehmergesellschafters auf die Gesellschaftssphäre 196

§ 2 Die Treuepflicht des Unternehmergesellschafters 197

A. Grundlegung der gesteigerten Treuepflicht des Unternehmergesellschafters 198
I. Die besondere Rechtfertigung der Treuepflicht 198
II. Die besonderen Funktionen der Treuepflicht 200
III. Der besondere Umfang der Treuepflicht 201

B. Besondere Ausprägungen der Treuepflicht des Unternehmergesellschafters 203
I. Das Wettbewerbsverbot für den Unternehmergesellschafter . . 203
1. Die Funktionsnotwendigkeit des Wettbewerbsverbots für unternehmerisch tätige Gesellschafter 204
2. Einschränkung des personellen Anwendungsbereichs der gesetzlichen Wettbewerbsverbote 206
3. Schaffung funktionsnotwendiger ungeschriebener Wettbewerbsverbote 206
4. Erweiterte Zulässigkeit vertraglicher Wettbewerbsverbote . . 208
II. Verbot der Ausnutzung von Geschäftschancen 208
III. Verschwiegenheitspflichten 209
IV. Pflicht zur Zustimmung oder zu einem bestimmten Abstimmungsverhalten 210
V. Verbot der Verfolgung von Sondervorteilen 211
1. Maßnahmen der Herrschaftssicherung 212
2. Realisierung von Paketzuschlägen 215
VI. Leitungs- und Kontrollpflichten 216
VII. Rücksichtnahme auf die Interessen der Mitgesellschafter 217
1. Interessenwahrnehmung bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages 217
2. Interessenwahrnehmung bei Übertragung des Gesellschaftsanteils 218
VIII. Mitteilungspflichten 220
IX. Finanzierungsverantwortung 220

§ 3 Die verfassungsrechtliche Behandlung des gesellschaftsgebundenen Unternehmertums 222

A. Der Schutz des gesellschaftsgebundenen Unternehmertums durch die Freiheitsgrundrechte 222
I. Vereinigungsfreiheit 222
1. Schutzaspekte der Vereinigungsfreiheit 222
2. Schutz der gesellschaftsgebundenen Unternehmertätigkeit durch Art. 9 Abs. 1 GG 225
II. Berufsfreiheit 227
1. Gesellschaftsgebundene Unternehmertätigkeit als Beruf . . . 227
2. Schutz der gesellschaftsgebundenen Berufstätigkeit durch Art. 12 Abs. 1 GG 228

III. Eigentumsgarantie 232
1. Unternehmerisches Anteilseigentum als verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum 232
2. Schutz des unternehmerischen Anteilseigentums durch Art. 14 GG 235

IV. Allgemeines Persönlichkeitsrecht 237
1. Gesellschaftsgebundene Unternehmertätigkeit und allgemeines Persönlichkeitsrecht 237
2. Schutz der gesellschaftsgebundenen Unternehmertätigkeit durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG 241
a) Die Verarbeitung von Gesellschafts- und Unternehmensdaten 241
b) Die Publizität von Gesellschafts- und Unternehmensdaten . . . 242
aa) Persönlichkeitsrecht des Unternehmergesellschafters und Beteiligungstransparenz 243
bb) Persönlichkeitsrecht des Unternehmergesellschafters und Publizität der Rechnungslegung 246
cc) Persönlichkeitsrecht des Unternehmergesellschafters und Innenpublizität von Unternehmensdaten 252

V. Allgemeine Handlungsfreiheit 254

B. Die Rechtsstellung des Unternehmergesellschafters im Lichte des allgemeinen Gleichheitssatzes 256

I. Grundlagen des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots 256
1. Inhalt des Gleichheitssatzes 256
2. Gleichheitssatz und Typisierung 258
3. Geltung des Gleichheitssatzes im Gesellschaftsrecht 260

II. Verfassungsrechtliche Gebote der Gleich- oder Ungleichbehandlung 263
1. Gleichbehandlung der Unternehmergesellschafter untereinander 263
2. Gleichbehandlung des Unternehmergesellschafters mit dem Einzelunternehmer 264
3. Gleichbehandlung des Unternehmergesellschafters mit einem Organmitglied der Gesellschaft 265
4. Ungleichbehandlung von Unternehmer- und Anlagegesellschafter 265
5. Ungleichbehandlung von Unternehmer- und Unternehmensgesellschafter 266

6. Ungleichbehandlung von Gesellschaften derselben Rechtsform mit und ohne Unternehmergesellschafter 267

§ 4 Zusammenfassung 268

3. Kapitel

Die statusbegründende und statusausschließende Funktion der gesellschaftsgebundenen Unternehmerstellung

§ 1 Der Unternehmergesellschafter im System der statusbegründenden bzw. statusausschließenden Gesichtspunkte 272

A. Statusrelevante Einbeziehung in ein bestimmtes Rechtsverhältnis . 273

B. Statusrelevanter Besitz bestimmter Eigenschaften 275

I. Besitz von Geschäftserfahrung 275

1. Besitz einer generellen Geschäftserfahrung 275

2. Besitz von Erfahrung im Geschäftskreis der Gesellschaft . . 276

3. Besitz einer im konkreten Fall auszunutzenden Geschäftserfahrung 276

II. Vertrauenswürdigkeit 277

III. Soziale Schutzbedürftigkeit 277

§ 2 Einzelne Fälle der Statusvermittlung 278

A. Kaufmannseigenschaft des Unternehmergesellschafters 278

I. Betreibereigenschaft gemäß § 1 Abs. 1 HGB 279

1. Betreibereigenschaft aufgrund sogenannten zweistufigen Betreibens 279

2. Zurechnung der Betreibereigenschaft der Gesellschaft 281

a) Planwidrige Regelungslücke 281

b) Handelsrechtliche Vergleichbarkeit der Tatbestände 282

II. Kaufmannsähnlichkeit des Unternehmergesellschafters im Hinblick auf einzelne handelsrechtliche Regelungszwecke . . . 284

1. Anwendung von Publizitäts- und Rechnungslegungsvorschriften 286

2. Anwendung von Normen zur Vereinfachung der Geschäftsabwicklung 286

3. Geltung von Handelsbräuchen und Handelsgewohnheitsrecht 287

4. Geltung des handelsgeschäftlichen Sorgfaltsmaßstabs 288
5. Nichtanwendung von Schutzvorschriften des bürgerlichen Rechts 288
6. Geltung des Entgeltlichkeitsprinzips 290
7. Schutz des guten Glaubens in die Verfügungsbefugnis eines Unternehmergesellschafters 291
8. Geltung statusrechtlicher Privilegien 292
a) Befähigung zum Handelsrichteramt 292
b) Börsentermingeschäftsfähigkeit 293
c) Prorogationsfähigkeit 294

B. Verbraucher- und Unternehmereigenschaft im bürgerlich-rechtlichen Verbraucherschutzrecht 296

I. Einbeziehung von Unternehmergesellschaftern in den Verbraucherbegriff 297

II. Einbeziehung von Unternehmergesellschaftern in den Unternehmerbegriff 301

C. Unternehmenseigenschaft im Recht der verbundenen Unternehmen 303

D. Arbeitsrechtlicher Status von Unternehmergesellschaftern 304

I. Einbeziehung von Unternehmergesellschaftern in den Arbeitnehmerbegriff 305
1. Fehlende Arbeitnehmereigenschaft von Unternehmergesellschaftern 305
2. Arbeitnehmerähnlichkeit des Unternehmergesellschafters im Hinblick auf einzelne arbeitsrechtliche Regelungszwecke 310
a) Anwendung des § 622 BGB 311
b) Anwendung der §§ 1–16 BetrAVG 313

II. Einbeziehung von Unternehmergesellschaftern in den Arbeitgeberbegriff 316

E. Sozialversicherungsrechtlicher Status von Unternehmergesellschaftern 317

I. Einbeziehung von Unternehmergesellschaftern in den Beschäftigtenbegriff 317
1. Grundtatbestand der nichtselbständigen Arbeit 317
2. Fehlende Nichtselbständigkeit der gesellschaftsgebundenen Unternehmertätigkeit 319
a) Unternehmergesellschafter mit organschaftlicher Vertretungsbefugnis 319

b) Unternehmergesellschafter ohne organschaftliche Vertretungsbefugnis 322
3. Die fehlende Beschäftigtenähnlichkeit des Unternehmergesellschafters i.S.v. § 2 Abs. 2 S. 1 SGB VII 323
II. Einbeziehung von Unternehmergesellschaftern in den Arbeitgeber-, Unternehmer- bzw. Selbständigenbegriff 323
1. Arbeitgebereigenschaft 323
2. Unternehmereigenschaft 325
3. Eigenschaft als selbständig Tätiger 327

F. Parteieigenschaft des Unternehmergesellschafters im Gesellschaftsprozeß 328

G. Gewerberechtliche Gewerbetreibendeneigenschaft des Unternehmergesellschafters 330
I. Die Gewerbetreibendeneigenschaft von Gesellschaftern im Gewerberecht 330
II. Die Forderung nach einer ausschließlichen Gewerbetreibendeneigenschaft der Gesellschaft 332

§ 3 Zusammenfassung 335

4. Kapitel

Die schuld- und haftungsbegründende Funktion der gesellschaftsgebundenen Unternehmerstellung

§ 1 Der Unternehmergesellschafter im System der haftungsbegründenden Gesichtspunkte 338

A. Allgemeine Wertungsgesichtspunkte 340
I. Verfassungsrechtliche Wertungsgesichtspunkte 340
II. Gesellschaftsrechtliche Wertungsgesichtspunkte 341
1. Gesetzliche Haftungsbeschränkungen 341
2. Grundsatz der Korrespondenz von Herrschaft und Haftung 342
3. Korrespondenz von Leitungsmacht und Verantwortung . . . 345
4. Korrespondenz von Nutzen und Nachteil 346
5. Die Treuepflicht des Unternehmergesellschafters 347
6. Vermögensbetreuungspflichten 347
a) Pflicht zur Betreuung des Gesellschaftsvermögens 347
b) Pflicht zur Betreuung der Vermögensinteressen der Mitgesellschafter 350

7. Prinzip der haftungsfreien Stimmrechtsausübung 350
8. Einfluß der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzordnung auf die Gesellschafterhaftung 354
9. Unternehmerisches Ermessen 355
III. Allgemein schadensrechtliche Wertungsgesichtspunkte 355
1. Schaffung bzw. Beherrschung der für einen Schaden ursächlichen Gefahrenlage 355
2. Erfüllbarkeit und Zumutbarkeit der Verhaltenspflicht 356
3. Versicherbarkeit des Risikos 356
B. Einzelfallbezogene Haftungsfaktoren 357
I. Verhaltensbezogene Haftungsfaktoren 357
1. Natur des haftungsauslösenden Verhaltens 357
2. Verhaltenserwartungen des Geschädigten 359
3. Verhaltensmotive des Gesellschafters 359
II. Gesellschafterbezogene Haftungsfaktoren 360
1. Gesellschaftsrechtliche Stellung 360
2. Sachkunde und Informationsstand 360
III. Relationsbezogene Haftungsfaktoren 361

§ 2 Die Haftung des Unternehmergesellschafters im Lichte der einzelnen Haftungstatbestände 361

A. Haftung des Unternehmergesellschafters gegenüber der Gesellschaft 362
I. Organschaftliche Haftung 363
1. Organschaftliche Haftung als formell bestelltes Organmitglied 363
2. Organschaftliche Haftung als nicht formell bestelltes Organmitglied 364
a) Faktische Organhaftung und unternehmerische Beteiligung . . . 364
b) Voraussetzungen der faktischen Organhaftung von Gesellschaftern 366
aa) Ausübung von Organfunktionen 366
bb) Pflichtverletzung und Verschulden 370
c) Inhalt der Haftung 370
II. Haftung aus Geschäftsführung ohne Auftrag 371
1. Voraussetzungen der Haftung aus GoA 371
2. Anwendung der Haftung aus GoA auf die verschiedenen Formen des Gesellschafterhandelns 372
III. Geschäftsherrnhaftung 373

IV. Haftung aus positiver Verletzung von mitgliedschaftlichen Treuepflichten 373
1. Die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft als Haftungsgrundlage 374
a) Eigeninteressen der Gesellschaft 374
b) Drittinteressen 375
c) Interessen der Mitgesellschafter 376
2. Pflichtenkanon des Unternehmergesellschafters gegenüber der Gesellschaft 376
3. Haftungsmaßstab 377
4. Rechtsfolgen 379
V. Haftung bei formeller Unterkapitalisierung 380
1. Haftung als Empfänger der Leistung 380
2. Haftung als Mitgesellschafter des Leistungsempfängers . . . 380
a) Ausgleichshaftung nach § 31 Abs. 3 GmbHG 380
b) Haftung aufgrund schuldhafter Mitwirkung an der Auszahlung 382
VI. Deliktische Haftung 384
1. § 117 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 AktG 384
a) Bedeutung der Haftung für den Unternehmergesellschafter . . . 384
b) Haftungsvoraussetzungen bei unternehmerischer Gesellschaftsbeteiligung 385
2. § 823 Abs. 1 BGB 387
3. § 823 Abs. 2 BGB 388
4. § 826 BGB 388
5. § 830 Abs. 2 BGB 389

B. Haftung des Unternehmergesellschafters gegenüber den Mitgesellschaftern 390
I. Die einzelnen Haftungstatbestände 390
1. Haftung wegen positiver Verletzung von mitgliedschaftlichen Treuepflichten 390
2. Deliktische Haftung 390
II. Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch Mitgesellschafter 393

C. Eigenhaftung des Unternehmergesellschafters gegenüber Dritten 396
I. Vertragshaftung 397
1. Bürgschaftsvertrag 397
2. Schuldbeitritt 398
3. Garantievertrag 400

4. Patronatserklärung 401
a) Harte Patronatserklärungen 403
aa) Ausstattungsverpflichtung 403
bb) Einflußnahmeverpflichtung 404
b) Weiche Patronatserklärungen 405
5. Nichtstörungsverpflichtung 406
II. Vertragsähnliche Haftung 407
1. Haftung aus culpa in contrahendo 407
a) Auftreten des Unternehmergesellschafters im Rahmen eines gesetzlichen Schuldverhältnisses 408
b) Verletzung einer Verhaltenspflicht 409
c) Sachwalterstellung des Unternehmergesellschafters (§ 311 Abs. 3 BGB) 411
aa) Sachwalterstellung aufgrund der Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens 411
bb) Sachwalterstellung aufgrund eines eigenen unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses 413
cc) Sachwalterstellung aufgrund einer Repräsentantenrolle für die Gesellschaft 416
2. Prospekthaftung 416
a) Sondergesetzliche Prospekthaftung 416
b) Allgemein-zivilrechtliche Prospekthaftung 418
III. Rechtsschein- und Vertrauenshaftung 421
1. Rechtsschein der persönlichen unbeschränkten Gesellschafterhaftung 422
2. Enttäuschung des Vertrauens in die zusätzliche freiwillige Eigenhaftung 424
3. Haftung aus scheinbarem Eigengeschäft 425
4. Rechtsschein erhöhter Haftungsmasse 426
IV. Deliktische Haftung 427
1. Erweiterung des deliktischen Haftungssystems 427
a) Das Bedürfnis nach einer erweiterten deliktischen Haftung . . . 427
b) Erweiterung der deliktischen Haftung über § 826 BGB 428
c) Die Anerkennung der Schutzgesetznatur von richterrechtlich etablierten Verkehrssicherungspflichten 429
2. Fallgruppen deliktischer Haftung des Unternehmergesellschafters 432
a) Deliktische Haftung für die Verletzung absoluter Rechtsgüter bei Organisationsverschulden 432
b) Deliktische Haftung wegen Insolvenzverschleppung 433
aa) Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB wegen Verstoßes gegen die Insolvenzantragspflicht 433

bb) Haftung wegen Teilnahme an der Verschleppung des Insolvenzantrags 436
cc) Haftung wegen sittenwidriger Schädigung 436
dd) Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB wegen der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten 437
c) Deliktische Haftung wegen Unterkapitalisierung 438
aa) Haftung wegen sittenwidriger Schädigung 438
bb) Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB wegen der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten 439
d) Deliktische Haftung wegen Sphärenvermischung 441
e) Deliktische Haftung bei einer Täuschung von Vertragspartnern 443
f) Deliktische Prospekthaftung 444
g) Deliktische Haftung wegen horizontaler, vertikaler oder temporärer Unternehmensaufspaltung 444
V. Störerhaftung 444

D. Kapitalersetzende Leistungen des Unternehmergesellschafters . . 445
I. Kapitalersetzende Gesellschafterleistungen im System der Haftung von Unternehmergesellschaftern 445
1. Eigenkapitalersatz als Haftung im weiteren Sinne bei nomineller Unterkapitalisierung 445
2. Die mitunternehmerische Finanzierungsverantwortung als Normzweck des Eigenkapitalersatzrechts 447
II. Kapitalersetzende Gesellschafterleistungen in den einzelnen Gesellschaftsformen 450
1. Kapitalersetzende Leistungen von GmbH-Gesellschaftern . . 450
a) Normzweck der Freistellung der Kleinbeteiligten 450
b) Reichweite der Freistellung 451
2. Kapitalersetzende Leistungen von Aktionären 454
3. Kapitalersetzende Leistungen von Kommanditisten 456
a) Kapitalgesellschaft & Co. 456
b) Gesetzestypische Kommanditgesellschaft 456
4. Kapitalersetzende Leistungen von unbeschränkt haftenden Personengesellschaftern 458
5. Kapitalersetzende Leistungen von stillen Gesellschaftern . . . 458

E. Haftungsdurchgriff auf den Unternehmergesellschafter 459
I. Systematische Einordnung des Haftungsdurchgriffs 459
1. Haftungsdurchgriff und allgemeine Durchgriffsproblematik . 459
2. Der Haftungsdurchgriff im System der Gesellschafterhaftung 461

II. Rechtfertigung des Haftungsdurchgriffs 462
III. Voraussetzungen des Haftungsdurchgriffs 464
1. Zugehörigkeit zu einer anerkannten Fallgruppe 464
a) Materielle Unterkapitalisierung 464
b) Sphärenvermischung 466
c) Institutsmißbrauch 467
2. Verantwortlichkeit des haftenden Gesellschafters 468
3. Weitere Voraussetzungen des Haftungsdurchgriffs 469
IV. Rechtsfolgen des Haftungsdurchgriffs 469
V. Kritik am Haftungsdurchgriff 470
1. Fehlende gesetzliche Grundlage des Haftungsdurchgriffs . . 470
2. Fehlendes Bedürfnis nach einem Haftungsdurchgriff 472
3. Fehlen eines gesicherten Haftungstatbestands 473
4. Fehlende Eignung eines allgemeinen strukturellen Haftungstatbestands 474

§ 3 Zusammenfassung 475

5. Kapitel

Die zurechnungsvermittelnde Funktion der gesellschaftsgebundenen Unternehmerstellung

§ 1 Der Unternehmergesellschafter im System der zurechnungsvermittelnden Gesichtspunkte 478

A. Die Abhängigkeit des Durchgriffs von der Natur des jeweiligen Zurechnungsdurchgriffs 479
I. Die Bedeutung der Notwendigkeit der Zurechnung 479
II. Die Bedeutung einer etwaigen Zurechnungskonkurrenz 480
III. Die Bedeutung der Art der zuzurechnenden persönlichen Verhältnisse 480
IV. Die Bedeutung des Zwecks der bezogenen Regelung 481
V. Die Bedeutung der Rechtsfolge der bezogenen Regelung 482
VI. Die Praktikabilität der Zurechnung 483

B. Die Abhängigkeit des Durchgriffs von der rechtlichen und tatsächlichen Gesellschafterstellung 484
I. Die Bedeutung der Gesellschaftsform und der realen Gesellschaftsstruktur 485

II. Die Bedeutung einer Organstellung und einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht 486
III. Die Bedeutung der Kapitalbeteiligung und der persönlichen Haftung 488

§ 2 Notwendiger Zurechnungsdurchgriff 489

A. Allgemeine Struktur des notwendigen Zurechnungsdurchgriffs . . 489
I. Zweck des notwendigen Zurechnungsdurchgriffs 489
II. Methodische Grundlagen des notwendigen Zurechnungsdurchgriffs 492
1. Die Methodik des notwendigen Zurechnungsdurchgriffs bei der Normanwendung 492
a) Notwendige Zurechnung als Anwendung von Zurechnungsnormen 493
b) Notwendige Zurechnung als Auslegung der bezogenen Norm . 493
aa) Notwendige Zurechnung bei Tatbestandsmerkmalen mit fakultativ personalem Einschlag 494
bb) Notwendige Zurechnung im Rahmen verweisender Rechtssätze 494
c) Notwendige Zurechnung als Rechtsfortbildung praeter legem . . 495
aa) Die planwidrige Regelungslücke als Grundvoraussetzung der rechtsfortbildenden Zurechnung praeter legem 495
aaa) Unvollständigkeit der Gleichstellung von rechtsfähigen Gesellschaften und natürlichen Personen 496
bbb) Planwidrigkeit der fehlenden Gleichstellung von rechtsfähigen Gesellschaften und natürlichen Personen . . . 496
bb) Methoden der rechtsfortbildenden Zurechnung praeter legem 498
aaa) Notwendige Zurechnung als teleologische Extension . 498
bbb) Notwendige Zurechnung als Analogie 499
d) Notwendige Zurechnung als Rechtsfortbildung contra legem . . 499
2. Die Methodik des notwendigen Zurechnungsdurchgriffs bei der Anwendung rechtsgeschäftlicher Regelungen 500

B. Einzelne Fälle des notwendigen Zurechnungsdurchgriffs 501
I. Zurechnung der Menschenwürde 501
1. Zurechnung der Menschenwürde im Rahmen von Art. 19 Abs. 3 GG 501
a) Die Grundrechtsträgerschaft von Gesellschaften als Normanwendungsproblem bei Grundrechten mit personalem Einschlag . . . 501
aa) Der traditionelle Bezug des Grundrechtsschutzes zur Menschenwürde 502

bb) Der legitimatorische Bezug des Grundrechtsschutzes von Gesellschaften zur Menschenwürde 503
cc) Der legislatorische Bezug des Grundrechtsschutzes von Gesellschaften zur Menschenwürde durch das Erfordernis der doppelten Wesensanwendbarkeit 504
aaa) Der Bezug des jeweiligen Grundrechts zur Menschenwürde 504
bbb) Der Bezug der jeweiligen Gesellschaft zur Menschenwürde 505
b) Die Lösung des Normanwendungsproblems durch Zurechnung der Menschenwürde des Unternehmergesellschafters 506
aa) Die Zurechnung der Menschenwürde als Voraussetzung der Anwendbarkeit von Grundrechten 506
aaa) Die Anwendbarkeit des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes auf Gesellschaften 506
bbb) Die Anwendbarkeit der Berufsfreiheit auf Gesellschaften 510
ccc) Die Anwendbarkeit der Vereinigungsfreiheit auf Gesellschaften 510
bb) Die Zurechnung der Menschenwürde als Faktor der Schutzintensität von Grundrechten 512
aaa) Unternehmerischer Beruf und personaler Einschlag der Berufsfreiheit 513
bbb) Eigentumsschutz und Vereinigungsfreiheit 513
2. Zurechnung der Menschenwürde im Privatrecht 514
a) Zurechnung im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes 514
b) Zurechnung im Rahmen des Pfändungsschutzes 515
II. Zurechnung von menschlichen Eigenschaften 517
1. Zurechnung der Unzuverlässigkeit im Gewerberecht 517
a) Gewerberechtliche Vorgaben 517
b) Die Lösung des Zurechnungsproblems 519
2. Zurechnung der fehlenden Vertrauenswürdigkeit im Vertragsrecht 521
3. Zurechnung der Schwerbehinderteneigenschaft 522
III. Zurechnung von Geisteshaltungen und Gemütszuständen . . . 525
1. Zurechnung einer Gesinnung 525
2. Zurechnung einer persönlichen Kränkung 526
IV. Zurechnung von zwischenmenschlichen Beziehungen 527
1. Zurechnung der Angehörigeneigenschaft im Rahmen von § 134 Abs. 2 Nr. 1 SGB III 527
2. Zurechnung der Angehörigeneigenschaft im Rahmen von § 138 InsO 530

V. Zurechnung von Wissen 534
1. Dogmatischer Stand der gesellschaftsrechtlichen Wissenszurechnung 534
2. Die Zurechnung der Kenntnis bzw. des Kennenmüssens eines Unternehmergesellschafters 538
VI. Zurechnung von Willensmängeln 541
VII. Zurechnung von rechtswidrigem Verhalten 542
1. Zurechnung als Gehilfenverhalten 543
2. Zurechnung als Repräsentantenverhalten 543
VIII. Zurechnung der tatsächlichen Sachherrschaft 546
1. Zurechnung des Besitzes 546
a) Möglichkeiten einer Zurechnung des Gesellschafterbesitzes . . . 547
aa) Besitzzurechnung aufgrund Organbesitzes 547
bb) Besitzzurechnung aufgrund eines Besitzdienerverhältnisses 549
cc) Besitzmittlung aufgrund eines Besitzmittlungsverhältnisses 551
b) Die Zurechnung des Besitzes von Unternehmergesellschaftern als Normanwendungsproblem im Einzelfall 552
aa) Eigentumserwerb durch die Gesellschaft 552
bb) Eigentumsvermutung zugunsten der Gesellschaft 552
cc) Passivlegitimation der Gesellschaft in Vindikationslagen sowie als Grundstücks- oder Gebäudebesitzerin 552
dd) Ausübung des Besitzschutzes 553
ee) Übertragung der Besitzposition des Unternehmergesellschafters 555
ff) Abhandenkommen von Sachen des Gesellschaftsvermögens 555
2. Zurechnung des Vollstreckungsgewahrsams 556
3. Zurechnung des strafrechtlichen Gewahrsams 557

§ 3 Ergänzender Zurechnungsdurchgriff 558

A. Allgemeine Struktur des ergänzenden Zurechnungsdurchgriffs . . 558
I. Zweck des ergänzenden Zurechnungsdurchgriffs 558
II. Methodische Grundlagen des ergänzenden Zurechnungsdurchgriffs 559
1. Die Methodik des ergänzenden Zurechnungsdurchgriffs bei der Normanwendung 559
2. Die Methodik des ergänzenden Zurechnungsdurchgriffs bei der Anwendung rechtsgeschäftlicher Regelungen 560

B. Einzelne Fälle des ergänzenden Zurechnungsdurchgriffs 560
I. Ergänzende Vermögenszurechnung 560
1. Berechnungsdurchgriff im Rahmen der Prozeßkostentragung 561
a) Der Unternehmergesellschafter als wirtschaftlich Beteiligter i.S.v. § 116 S. 1 Nr. 2 ZPO 561
b) Der Berechnungsdurchgriff auf den Unternehmergesellschafter im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes 563
2. Berechnungsdurchgriff im Rahmen von Betriebsrentenanpassungen 564
a) Die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers als Tatbestandsmerkmal der Betriebsrentenanpassung 564
b) Berechnungsdurchgriff im Konzern 565
c) Berechnungsdurchgriff bei Beteiligung eines Unternehmergesellschafters 566
3. Berechnungsdurchgriff im Rahmen von Billigkeitsentscheidungen 568
II. Ergänzende Zurechnung einer Gruppenzugehörigkeit 568
1. Zurechnung der Staatsangehörigkeit 569
a) Die Staatszugehörigkeit von Gesellschaften 569
b) Die Bedeutung der Staatsangehörigkeit des Unternehmergesellschafters für die Staatszugehörigkeit der Gesellschaft 573
aa) Staatszugehörigkeit und Grundrechtsausübung 574
bb) Staatszugehörigkeit und Gewährung diplomatischen Schutzes 576
cc) Staatszugehörigkeit und nationale Wirtschaftsförderung . . 577
dd) Staatszugehörigkeit und Sicherung der Gegenseitigkeit in bilateralen Wirtschaftsabkommen 578
ee) Staatszugehörigkeit und Schutz vor Überfremdung in sicherheitsrelevanten Wirtschaftsbereichen 578
ff) Staatszugehörigkeit und Ausübung effektiver staatlicher Kontrolle 579
gg) Staatszugehörigkeit und Gewährung von staatlichen Solidarleistungen 581
2. Zurechnung der Feindeigenschaft 582
3. Zurechnung der Verfolgten- und Vertriebeneneigenschaft . . 583
4. Zurechnung einer politischen Betätigung 585

§ 4 Zusammenfassung 586

6. Kapitel
Die identitätsbegründende Funktion der gesellschaftsgebundenen Unternehmerstellung

§ 1 Der Unternehmergesellschafter im System der identifikationsbegründenden Gesichtspunkte 591

A. Die Bedeutung des Einflusses auf die Willensbildung und das Verhalten der Gesellschaft 591

B. Die Bedeutung der Interessen- und Vermögensverflechtung 592

§ 2 Identifikation des Unternehmergesellschafters mit der Gesellschaft 593

A. Allgemeine Struktur der Identifikation 593

I. Zweck der Identifikation 593

II. Methodische Grundlagen der Identifikation 595

1. Die Methodik der Identifikation bei der Normanwendung . 595

2. Die Methodik der Identifikation bei der Anwendung rechtsgeschäftlicher Regelungen 596

B. Einzelne Fälle der Identifikation 596

I. Identifikation als Willensbildungs- oder Interessengemeinschaft 596

1. Identifikation im Rahmen der Stimmverbotstatbestände . . . 596

a) Grundgedanken und subjektiver Geltungsbereich der Stimmverbotstatbestände 597

b) Die Ausdehnung des subjektiven Geltungsbereichs der Stimmverbote als Fall der Identifikation 598

c) Die Voraussetzungen der Identifikation im Rahmen der Stimmverbotstatbestände 600

aa) Identifikation auf Seiten des beschlußfassenden Verbandes 601

bb) Identifikation auf Seiten der von der Verbandsentscheidung betroffenen Gesellschaft 603

2. Identifikation im Rahmen des Selbstkontrahierungsverbots . 606

a) Das Problem einer ausdehnenden Anwendung des § 181 BGB im Gesellschaftsrecht 606

b) Die teleologische Extension des § 181 BGB durch Identifikation des Unternehmergesellschafters mit seiner Gesellschaft 608

aa) Identifikation auf Seiten der Drittgesellschaft 609

bb) Identifikation auf Seiten der vertretenen Gesellschaft 611

3. Identifikation im Rahmen der Organkreditgewährung 612
a) Organkredite im Aktienrecht 612
b) Organkredite im GmbH- und Genossenschaftsrecht 613
c) Organkredite von Kreditinstituten 614
4. Identifikation im Rahmen von Maklerleistungen 616
a) Das maklerrechtliche Normanwendungsproblem 616
b) Die gesellschaftsrechtliche Lösung des maklerrechtlichen Normanwendungsproblems 619
aa) Identifikation auf Seiten des Vertragspartners 620
bb) Identifikation auf Seiten des Maklers 622
cc) Identifikation im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 2 Nr. 3 WoVermG 623
5. Identifikation im Rahmen von Gesellschaftsprozessen 624
a) Der Unternehmergesellschafter als Nebenintervenient im Gesellschaftsprozeß 624
b) Ausschließung und Ablehnung des Unternehmergesellschafters als Richter im Gesellschaftsprozeß 626
c) Partei- und Zeugenvernehmung des Unternehmergesellschafters im Gesellschaftsprozeß 630
6. Identifikation im Rahmen der Besorgung von Rechtsangelegenheiten der Gesellschaft 634
7. Identifikation im Rahmen eines Boykotts 636
II. Identifikation als absolute Willensgemeinschaft 637
1. Identifikation im Rahmen des Gutglaubensschutzes 637
a) Absolute Willenseinheit bei der Vertrauensbildung im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs nach § 892 BGB 637
aa) Einheitlicher Lösungsansatz für alle rechtsfähigen Gesellschaften 637
bb) Das Erfordernis der wirtschaftlichen Personenverschiedenheit als teleologische Reduktion des § 892 BGB 638
cc) Rechtfertigung der teleologischen Reduktion des § 892 BGB durch das Erfordernis einer fehlenden absoluten Vertrauensbildungseinheit 639
dd) Voraussetzungen der absoluten Vertrauensbildungseinheit zwischen Gesellschaft und Gesellschafter 641
b) Absolute Willenseinheit bei der Vertrauensbildung im Rahmen anderer Gutglaubensschutzvorschriften 643
2. Identifikation im Rahmen eines privaten Vorkaufsrechts . . 644
III. Identifikation als Verhaltensgemeinschaft 646
1. Identifikation im Rahmen von § 162 BGB 646
2. Identifikation im Rahmen von § 123 Abs. 2 S. 1 BGB 648
3. Identifikation im Rahmen von § 61 VVG 650

IV. Identifikation als Schuld- und Haftungsgemeinschaft 653
1. Identifikation im Rahmen von § 648 Abs. 1 BGB 653
a) Das Erfordernis der rechtlichen Personenidentität bei unmittelbarer Anwendung des § 648 Abs. 1 BGB 653
b) Die analoge Anwendung des § 648 Abs. 1 BGB auf den schuldenden Gesellschafter 656
2. Identifikation im Rahmen der Drittwiderspruchsklage 659
a) Haftung des Vollstreckungsgegenstands für die titulierte Forderung 660
b) Mithaftung des Gesellschafters gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger 661
V. Identifikation als Erfüllungsgemeinschaft 663
1. Mitverpflichtung der Gesellschaft 664
2. Einwirkungspflicht des Unternehmergesellschafters 666
VI. Identifikation als enge Wirtschaftsgemeinschaft 668
VII. Identifikation als Geschädigtengemeinschaft 670
1. Identifikation der verletzten Gesellschaft mit ihrem Gesellschafter aufgrund einer Verfolgtengemeinschaft 670
2. Identifikation des verletzten Gesellschafters mit der mittelbar geschädigten Gesellschaft aufgrund wirtschaftlicher Verflechtung 671

§ 3 Identifikation zweier Rechtsträger über die Person des Unternehmergesellschafters 671

A. Allgemeine Struktur der Identifikation 671

B. Einzelne Fälle der Identifikation 672
I. Arbeitnehmerzusammenrechnung im Mitbestimmungsrecht . . 672
II. Haftungskontinuität bei fortdauernder Beteiligung des früheren Unternehmensträgers 673
III. Zwecknachfolge im Verfolgtenentschädigungsrecht 674

§ 4 Zusammenfassung 675

Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Gesellschaftsformübergreifende Lösung der Durchgriffsproblematik 678
II. Normzweckspezifische Lösung der Durchgriffsproblematik . . 681

III. Die durchgriffsbegründende Funktion der gesellschaftsgebundenen Unternehmerstellung 685
1. Die Sonderstellung des Unternehmergesellschafters 685
2. Der Zusammenhang zwischen der normspezifischen Rechtfertigung des Durchgriffs und der Sonderstellung des Unternehmergesellschafters 687
a) Statusbegründende bzw. statusausschließende Funktion der gesellschaftsgebundenen Unternehmerstellung 687
b) Schuld- und haftungsbegründende Funktion der gesellschaftsgebundenen Unternehmerstellung 688
c) Zurechnungsvermittelnde Funktion der gesellschaftsgebundenen Unternehmerstellung 689
d) Identitätsbegründende Funktion der gesellschaftsgebundenen Unternehmerstellung 690
IV. Der Typusbegriff des Unternehmergesellschafters als Anknüpfungspunkt für den Durchgriff im Einzelfall 692

Literaturverzeichnis 695

Sachverzeichnis 741

Einleitung

§ 1 Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Gegenstand dieser Arbeit ist die Lösung und Systematisierung der unterschiedlichen Rechtsanwendungsprobleme, die durch die Mediatisierung des gesellschaftsgebundenen Unternehmers als Unternehmensträger einerseits sowie die rechtliche Verselbständigung rechtsfähiger Gesellschaften und ihre weitgehende Gleichstellung mit natürlichen Personen im Rechtsverkehr andererseits hervorgerufen werden. Es geht damit zum einen um die Frage, inwieweit bestimmte, zunächst nur auf die Gesellschaft als Unternehmensträgerin zu beziehende rechtliche Umstände auch auf den Unternehmergesellschafter zu erstrecken sind (3. und 4. Kapitel). Zum anderen wird im Hinblick auf die Handlungs- und Persönlichkeitsdefizite[1] der rechtsfähigen Gesellschaft zu klären sein, ob und in welcher Form eine dem jeweiligen Regelungszweck entsprechende Rechtsanwendung durch den Rückgriff auf den Unternehmergesellschafter als dem personalen Kern und maßgeblichen Akteur der Gesellschaft sichergestellt werden kann und muß (5. und 6. Kapitel).

Mit dem Unternehmergesellschafter rückt eine Rechtsfigur in das Zentrum der Betrachtung, die im Zusammenhang mit der hier zu untersuchenden Problematik zwar immer wieder in Rechtsprechung und Schrifttum Erwähnung findet[2], dort jedoch kaum näher beleuchtet wird. Das erste und zweite Kapitel der Arbeit sind daher einer umfassenden Beschreibung dieses Gesellschaftertyps und seiner besonderen Beziehungen zur Gesellschaft gewidmet. Dabei wird deutlich werden, daß natürliche Personen, die sich an einer einzigen unternehmenstragenden Gesellschaft mit Unternehmerrisiko und Unternehmerinitiative und damit als Unternehmergesellschafter beteiligen, eine auch in der gesellschaftsrechtlichen Wirklichkeit von Kapitalgesellschaften ausgesprochen weit verbreitete Erscheinung darstellen[3]. Aufgrund des Bedürfnis-

[1] Treffend hat bereits *F. Klein*, Entwicklungen, S. 56, der Aktiengesellschaft ein „Persönlichkeitsproblem" zugeschrieben, das sich aus ihrer Entwicklung zur unpersönlichen Kapitalgesellschaft einerseits und der wachsenden Bedeutung der Persönlichkeit im Recht andererseits ergebe.

[2] Siehe dazu die zahlreichen Nachweise im 1. Kap. Vor § 1.

[3] Dazu näher unter Hinweis auf empirische Untersuchungen 1. Kap. § 4.

ses nach Kapital, unternehmerischer Arbeitsteilung, beschränkter Haftung und nach einer Perpetuierung des Unternehmens gehört die zunehmende „Vergesellschaftung" des Unternehmertums zu den bedeutendsten Entwicklungen des modernen Wirtschaftslebens[4]. Die gesellschaftsgebundene Unternehmertätigkeit erscheint dem Unternehmergesellschafter nicht selten als die Fortsetzung des einzelkaufmännischen Daseins mit anderen Mitteln[5]. Die Gesellschaft wird für ihn zu einem den wirtschaftlichen Bedingungen besser angepaßten Funktionsgebilde, mit dem er – gegebenenfalls gemeinsam mit weiteren Unternehmergesellschaftern – seine unternehmerischen Ziele verfolgt[6]. Bei einem Unternehmergesellschafter vereinigen sich Unternehmerrisiko und Unternehmerinitiative[7], eigentumsmäßige Beteiligung und Berufsausübung[8] sowie Leitungsmacht und Verantwortung[9]. Für die übrigen Gesellschafter ist der Unternehmergesellschafter nicht nur Mitgesellschafter[10], sondern auch unternehmerischer Initiator sowie Garant der verantwortungsvollen Leitung[11] und der Selbständigkeit[12] des Unternehmens. Außenstehenden erscheint er vielfach als Personifizierung der Gesellschaft und des Unternehmens[13].

Mit dem Unternehmergesellschafter soll ein gesellschaftsformübergreifender Anknüpfungspunkt für diejenigen Fälle bereitgestellt werden, in denen

---

[4] Zur Kollektivierung der klassischen Unternehmerfunktion aus ökonomischer Sicht *Holderegger*, Die Unternehmung 1988, 220, 224ff.; *Redlich*, Unternehmer, S. 109 und *Liefmann*, Unternehmungsformen, S. 43ff.; siehe ferner *Issing*, in: Issing/Leisner, „Kleineres Eigentum", S. 36f.; *Chlosta*, Wesensgehalt, S. 160f.; *Badura*, FS Rittner, S. 1, 5; *Papier*, VVDStRL 35 (1977), 55, 87f. und *Ottmann*, Vereinigungsfreiheit, S. 145.

[5] Vgl. dazu auch für die AG *Wiethölter*, in: Frankfurter Publizitätsgespräch, S. 49.

[6] *Leßmann*, AcP 170 (1970), 266, 267; *Badura*, FS Rittner, S. 1, 6f.; *Schwerdtner*, Persönlichkeitsrecht, S. 119; *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 333; *H. Westermann*, FS König, S. 345, 352f.

[7] Dazu eingehend 1. Kap. § 3 C.

[8] Dazu näher 2. Kap. § 1 A I 5 sowie 2. Kap. § 3 A II und III.

[9] Dazu nur 1. Kap. § 3 C und 4. Kap. § 1 A II 2–5; zu den besonderen Ausprägungen der Finanzierungs- und Wissensverantwortung näher 2. Kap. § 2 B IX bzw. 5. Kap. § 2 B V 2.

[10] So aber *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd. 1, S. 445.

[11] Zu dem von Anlagegesellschaftern in den Unternehmergesellschafter gesetzten Vertrauen auch *F. Klein*, Grundlagen, S. 45 und *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 126f.; vgl. dazu ferner *v. Jhering*, Zweck Bd. 1, S. 224f. (Rücksichtnahme auf das eigene Interesse als Grundlage verantwortungsvollen Wirtschaftens) und *Boerner*, Haftung, S. 113ff. (persönliche Haftung als Grundlage verantwortungsvoller Unternehmensleitung).

[12] Vgl. zum Zusammenhang zwischen Gesellschafterstruktur und Unternehmenskonzentration nur *Großfeld*, Aktiengesellschaft, S. 22ff. und 185f. m.w.N.

[13] Siehe dazu auch die Ausführungen zur Sachwalterstellung eines Unternehmergesellschafters im 4. Kap. § 2 C II 1c aa und cc sowie zur Verknüpfung von Gesellschafts- und Privatsphäre bei unternehmerischer Beteiligung im 2. Kap. § 1 D; zur Personenbezogenheit einer Gesellschaft bei Beteiligung eines Unternehmergesellschafters auch *BMJ (Hrsg.)*, Bericht der Unternehmensrechtskommission, Rn. 621ff. und 992ff.; vgl. demgegenüber zur vermeintlichen Verselbständigung des Unternehmens „an sich" bei Fehlen eines Unternehmergesellschafters *Rüfner*, DVBl. 1976, 689 und *Püttner*, DÖV 1976, 433, 434.

eine dem Regelungszweck entsprechende Rechtsanwendung nur unter Durchbrechung der rechtlichen Verselbständigung der Gesellschaft möglich ist. Angesichts der unterschiedlichen tatsächlichen Erscheinungsformen eines Unternehmergesellschafters und der Vielfalt der zu berücksichtigenden Regelungszwecke kann der Begriff des Unternehmergesellschafters allerdings nicht vollständig durch subsumtionsfähige Begriffsmerkmale definiert werden. Die den Begriff prägende Beteiligung mit Unternehmerrisiko und Unternehmerinitiative ist vielmehr mit Hilfe zahlreicher, nicht zwingender, abstufbarer und kompensierbarer Typusmerkmale zu beschreiben[14]. Der klassifikatorische Typusbegriff des Unternehmergesellschafters dient zudem lediglich dazu, einen Kreis von Gesellschaftern zu erfassen, der die unternehmerischen Funktionen der rechtsfähigen Gesellschaft wahrnimmt und damit prinzipiell bei einem Durchgriff auf den personalen Kern der Gesellschaft in Betracht zu ziehen ist. Letztlich ist es jedoch eine Frage des jeweiligen Regelungszwecks und Regelungszusammenhangs, ob und wie dieser Durchgriff erfolgt. Dabei kann zum einen das Bedürfnis nach rechtssicherer und einfacher Handhabung eine schematische Erfassung von Unternehmergesellschaftern gebieten. Zum anderen mag der Durchgriff eine besondere Beziehung des Unternehmergesellschafters zur Gesellschaft voraussetzen, so daß es nur auf einen bestimmten Aspekt der gesellschaftsgebundenen Unternehmertätigkeit ankommt und vielfach nur ein Teil der Unternehmergesellschafter die damit regelmäßig verbundenen spezifischen Anforderungen erfüllt[15].

Mit diesem typologischen Ansatz verfolgt die Arbeit das Ziel, die durch eine ausufernde Kasuistik gekennzeichnete Durchgriffsproblematik soweit wie möglich unter einheitlichen Wertungsgesichtspunkten in Fallgruppen zu ordnen, ohne dabei auf die durch die unterschiedlichen Regelungszwecke gebotenen Differenzierungen zu verzichten. Die gesellschaftsformübergreifende Betrachtung wurde gewählt, weil sich die durch die rechtliche Verselbständigung von Gesellschaften aufgeworfenen Fragen bei allen rechtsfähigen Gesellschaften in prinzipiell gleicher Weise stellen. Damit sollen keinesfalls die offen zu Tage liegenden Rechtsformunterschiede und ihre Auswirkungen auf die Lösung der konkreten Rechtsanwendungsprobleme unberücksichtigt bleiben. Es geht vielmehr darum, den Blick für bestehende Gemeinsamkeiten zu schärfen und die überkommenen schematischen Differenzierungen zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften sowie zwischen Organmitgliedern und Nur-Gesellschaftern im Bereich der Durchgriffsproblematik einer kritischen Überprüfung zu unterziehen. Während damit die Darstellung zum einen an die Lehre von der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft[16] anknüpft und

[14] Dazu eingehend 1. Kap. § 1 und § 3 C.

[15] Siehe dazu allgemein 1. Kap. § 3 C III 1b und 2.

[16] Dazu nur *Lutter*, AcP 180 (1980), 84ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 3 III 2 und §§ 19ff.; krit. im Hinblick auf die Vernachlässigung von Funktionsunterschieden zwischen ein-

versucht, den Durchgriff als ein allgemeines Element der unternehmerischen Verbandsmitgliedschaft und der Relativität der Verselbständigung rechtsfähiger Gesellschaften zu erforschen, basiert sie zum anderen auf der grundlegenden Differenzierung zwischen der unternehmerischen und der anlageorientierten Verbandsmitgliedschaft[17].

§ 2 Einführung in die Problematik der Untersuchung

Die ausnahmsweise Transparenz der Gesellschaft bei unternehmerischer Beteiligung bildet eine Korrektur des sog. Trennungsprinzips, d.h. der tatsächlichen und rechtlichen Verselbständigung der rechtsfähigen Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern. Dabei geht es entweder nur in tatsächlicher Hinsicht um Ausnahmen von der grundsätzlichen Unbeachtlichkeit der persönlichen Verhältnisse der Gesellschafter für die Gesellschaft (notwendiger Zurechnungsdurchgriff) oder auch in rechtlicher Hinsicht um Durchbrechungen der durch ihre Rechtsfähigkeit begründeten rechtlichen Verselbständigung der Gesellschaft (Statuszurechnung, Haftungsdurchgriff, ergänzender Zurechnungsdurchgriff, Identifikationsdurchgriff).

A. Der Durchgriff als Folge der widersprüchlichen Natur rechtsfähiger Gesellschaften

Mit dem Begriff der rechtsfähigen Gesellschaft sollen in dieser Arbeit zunächst alle diejenigen Gesellschaften erfaßt werden, die kraft Gesetzes mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 1 Abs. 1 S. 1 AktG), Rechtsfähigkeit (§§ 21f. BGB) bzw. als solche mit eigenen Rechten und Pflichten (§ 13 Abs. 1 GmbHG) ausgestattet sind und daher unbestritten als juristische Personen gelten. Daneben werden aber auch alle jedenfalls nach der ursprünglichen Konzeption des BGB und HGB sowie der ganz herrschenden Meinung als

zelnen Gesellschaftsformen und insbesondere der Kapitalsammelfunktion der Aktiengesellschaft sowie des daraus abzuleitenden Bedürfnisses nach Kapitalanlegerschutz *Mülbert*, Aktiengesellschaft, S. 70f.

[17] Zu dieser Differenzierung etwa auch *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd. 1, S. 103f. und 488f.; vgl. demgegenüber die konzernrechtliche Differenzierung zwischen dem Privat- oder Unternehmergesellschafter und dem Unternehmensgesellschafter (dazu näher 1. Kap. § 3 D), die Differenzierung zwischen der Mitgliedschaft in Personengesellschaften und derjenigen in juristischen Personen bei *Flume*, BGB-AT I/2, S. 258ff. sowie die Unterscheidung zwischen der Mitgliedschaft in personalistisch und kapitalistisch strukturierten Gesellschaften etwa bei *Immenga*, Kapitalgesellschaft, S. 15ff. und passim sowie *Friedewald*, Aktiengesellschaft, S. 1ff. und passim.

Gesamthandsgesellschaften zu qualifizierenden Gesellschaften einbezogen, die als solche gesetzlich (§§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB, § 7 Abs. 2 PartGG) oder richterrechtlich mit der Fähigkeit ausgestattet sind, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen, und daher im Sinne der Legaldefinition des § 14 Abs. 2 BGB als rechtsfähige Personengesellschaften und nicht als juristische Personen anzusehen sind (vgl. auch §§ 1059a Abs. 2, 1098 Abs. 3 BGB, 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO und § 7 Nr. 3 MarkenG).

Die verschiedenen Durchgriffsprobleme sind untrennbar mit der widersprüchlichen Natur aller rechtsfähigen Gesellschaften verbunden. Als überindividuelle Wirkungseinheiten und infolge der ihnen verliehenen Rechtsfähigkeit werden rechtsfähige Gesellschaften nämlich einerseits im Rechtsverkehr gegenüber den Gesellschaftern in personeller und vermögensrechtlicher Hinsicht verselbständigt (sog. Trennungsprinzip) sowie den natürlichen Personen als Zuordnungssubjekt von Rechtssätzen weitgehend gleichgestellt (sog. Gleichstellungsprinzip). Andererseits handelt es sich bei ihnen jedoch um Wirkungseinheiten, die in tatsächlicher Hinsicht nur zum Teil verselbständigt und in vielfältiger Weise von den hinter ihnen stehenden Personen abhängig sind[18]. Eine rechtsfähige Gesellschaft kann die ihr von den Gesellschaftern und der Rechtsordnung zugedachte Funktion daher vielfach nur dann angemessen erfüllen, wenn man nicht nur die persönlichen Verhältnisse ihrer Organe und rechtsgeschäftlichen Vertreter, sondern in teilweiser Abkehr vom Trennungsprinzip auch diejenigen ihrer Gesellschafter mit in die Betrachtung einbezieht[19]. Es wird damit zur zentralen Frage aller rechtsfähigen Gesellschaften, unter welchen Bedingungen und in welcher Form ihr die Verhältnisse einer zu ihrem personalen Kern gehörenden natürlichen Person zugeschrieben werden und umgekehrt[20].

[18] Siehe zu den verschiedenen, an dieser Stelle nicht nochmals zu referierenden Deutungen der Natur juristischer Personen die eingehenden Darstellungen bei *H.J. Wolff*, Organschaft und Juristische Person Bd. 1, S. 1ff. und *Rittner*, Die werdende juristische Person, S. 180ff.

[19] Siehe dazu auch die Kritik von *Stampe*, JW 1922, 517, 518 an der Verabsolutierung des Trennungsprinzips bei der juristischen Person: „...; die juristische Person hat ja nur einen Platz, den sie mit vollem Recht in Anspruch nehmen kann: v. Jherings Begriffshimmel. Hier auf Erden ist sie nur als Hindernis brauchbarer Rechtssätze wirksam gewesen; ..."; krit. zu dem daraus sich ergebenden Schwebezustand zwischen Anerkennung und Nichtanerkennung der juristischen Person und für die ausnahmslose Verselbständigung der juristischen Person als einem mit ihren Mitgliedern lediglich durch Rechtsbeziehungen verbundenen Rechtssubjekt jedoch *Wilhelm*, Rechtsform, S. 11ff. und passim.

[20] So auch bereits für die juristische Person *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 180.

I. Die Verselbständigung der rechtsfähigen Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern

1. Die tatsächliche Verselbständigung

Es gehört zum Wesen aller und damit auch der rechtsfähigen Gesellschaften, daß sie zur Verwirklichung eines eigenen Zwecks gegründet werden, der sich von den individuellen Zwecken der Gesellschafter unterscheidet (vgl. § 705 BGB)[21]. Die Verwirklichung dieses überindividuellen Zwecks mit Hilfe eines von den Vermögen der Gesellschafter getrennten Gesellschaftsvermögens, durch eine von den einzelnen Gesellschaftern und Organmitgliedern zwar prozessual abhängige, jedoch in ihrem Ergebnis eigenständige Willensbildung sowie durch entsprechende Rechtshandlungen der Organe und rechtsgeschäftlichen Vertreter läßt die Gesellschaft nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich als eine mehr oder weniger eigenständige Vermögens-[22], Willens-[23] und Aktionseinheit[24] in Erscheinung treten. Dies gilt nicht nur gegenüber Dritten, sondern auch im Verhältnis zu den Gesellschaftern. Mag es noch möglich sein, dem reinen Rechtsbegriff der juristischen Person aufgrund der Vielfalt der von ihm erfaßten Erscheinungsformen ein bestimmtes reales und ihr Wesen prägendes Substrat abzusprechen und ihn lediglich als eine konstruktive Abbreviatur zur besseren Erfassung eines komplexen Sachverhalts von Tatbeständen, Beziehungen und Normen anzusehen[25] oder auf die bloße Vermögensfähigkeit zu reduzieren[26], kann über die dem Recht vorgegebene tatsächliche Erscheinung der Gesellschaft als einer gegenüber ihren Gesellschaftern verselbständigten Zweckverwirklichungseinheit nicht ohne weiteres hinweggegangen werden.

---

[21] Zur überindividuellen Zweckverfolgung als dem gemeinsamen Wesenskern natürlicher und juristischer Personen etwa *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre[3], S. 169ff.; für die juristische Person *Rittner*, Die werdende juristische Person, S. 211f. und allgemein für alle rechtsfähigen Gesellschaften auch *Flume*, FS L. Raiser, S. 27, 29f.

[22] Zum Zweckvermögen als dem realen Substrat der juristischen Person siehe insbesondere *Brinz*, Pandekten Bd. 1, §§ 60f. und Bd. 3 §§ 432ff.; *Bekker*, System Bd. 1 §§ 41f. und in neuerer Zeit *Wiedemann*, WM 1975 Beilage Nr. 4, S. 8ff. u.a. unter Hinweis auf BGH v. 30.1.1956 BGHZ 20, 4, 12.

[23] Siehe dazu für die juristische Person etwa *Savigny*, System Bd. 2, S. 283; *Kau*, Persönlichkeitsschutz, S. 95f.; *Larenz/M. Wolf*, BGB-AT, § 9 Rn. 11; eingehend zur Lehre vom Gesamtwillen *Nass*, Person, S. 42ff.; krit. allerdings *v. Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 47f. (einer Gesellschaft fehle es „in Wahrheit an einer von den verbundenen Individuen abgelösten Willenseinheit").

[24] *v. Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 614ff.; *Rittner*, Die werdende juristische Person, S. 211f.

[25] So etwa *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 193f.; *H.J. Wolff*, Organschaft und Juristische Person Bd. 1, S. 207ff. und Bd. 2, S. 280ff. und *Müller-Freienfels*, AcP 156 (1957), 522, 529; krit. *Rittner*, Die werdende juristische Person, S. 202.

[26] Siehe dazu etwa *Savigny*, System Bd. 2, S. 236f. und 238f.

2. Die rechtliche Verselbständigung

a) Die Rechtsfähigkeit als Grundlage des Trennungs- und Gleichstellungsprinzips

Als Grundlage der rechtlichen Verselbständigung einer Gesellschaft wird nach herkömmlicher Auffassung im deutschen Recht neben ihrer tatsächlichen Verselbständigung ihre Anerkennung als juristische Person betrachtet[27]. Mit §§ 14, 1059a Abs. 2, 1098 Abs. 3 BGB, § 105 Abs. 2 HGB, §§ 190 Abs. 1, 191 Abs. 2 Nr. 1, 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG und den neueren Gesamthandslehren, die zumindest die Personenhandelsgesellschaften (§ 124 HGB, Art. 1 Abs. 2 EWIV-VO) und die Partnerschaftsgesellschaft (§ 7 Abs. 2 PartGG) rechtlich in vergleichbarer Weise als gegenüber ihren Mitgliedern verselbständigt ansehen[28], ist dies jedoch nicht mehr zu vereinbaren. Es beginnt sich daher mit Recht die Ansicht durchzusetzen, daß die rechtliche Verselbständigung einer Gesellschaft keine Frage der formellen Zugehörigkeit zum numerus clausus der juristischen Personen bzw. der damit nach traditioneller Auffassung verbundenen Rechtspersönlichkeit ist, sondern von der bei den juristischen Personen wie den Gesamthandsgesellschaften jeweils festzustellenden Fähigkeit abhängt, (bestimmte) eigene Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen. Insoweit wird die Gesellschaft nämlich bereits als Zuordnungssubjekt von Rechtssätzen im Rechtsverkehr gegenüber ihren Gesellschaftern aus Gründen der rechtstechnischen Vereinfachung verselbständigt und den natürlichen Personen als den geborenen Trägern von Rechten und Pflichten gleichgestellt[29]. Nicht die fiktive Rechtsnatur der juristischen Person und ihre Rechtspersönlichkeit, sondern die Verleihung der Rechtsfähigkeit durch den Gesetzgeber an juristische Personen (§ 1 Abs. 1 S. 1 AktG, § 13 Abs. 1 GmbHG, §§ 21f. BGB) sowie Personenhandelsgesellschaften (§ 124 Abs. 1 HGB) und die Partnerschaftsgesellschaft (§ 7 Abs. 2 PartGG) bildet daher den Ausgangspunkt für die von den persönlichen Verhältnissen ihrer Gesellschafter unabhängige rechtliche Behandlung der Gesellschaft. Dies gilt auch für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, soweit man diese mit

[27] Dazu etwa *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 178ff.; *M. Wolff*, Law Quaterly Review 1938, 494, 505ff.; *Rittner*, Die werdende juristische Person, S. 229; *Larenz/M. Wolf*, BGB-AT, § 9 Rn. 11; *U. Huber*, FS Lutter, S. 107ff.; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 588.

[28] *Flume*, BGB-AT I/1, S. 93; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 8 III; *Raiser*, FS Zöllner Bd. 1, S. 469, 474ff.; *Hohloch*, in: Hohloch (Hrsg.), EU-Handbuch Gesellschaftsrecht, Deutschland, Rn. 74; *Mülbert*, AcP 199 (1999), 38, 43ff.; *Wiedemann*, WM 1975 Beilage Nr. 4, S. 28f.

[29] Siehe dazu insbesondere *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 8 IV 1 und § 9 I 2 a; *John*, AcP 185 (1985), 226; *Rehbinder*, FS R. Fischer, S. 579f.; *Wiedemann*, WM 1975 Beilage Nr. 4, S. 33; Hachenburg/*Hüffer*, § 47 Rn. 130; *Raupach*, Durchgriff, S. 44f.; zu diesbezüglichen Gemeinsamkeiten zwischen juristischen Personen und Gesamthandsgemeinschaften auch *Flume*, FS L. Raiser, S. 27, 31.

der nunmehr herrschenden Meinung entgegen der ursprünglichen gesetzlichen Konzeption (vgl. §§ 54, 714, 718f. BGB) als eigenständige Einheit im Rechtsverkehr behandelt[30].

Der anhaltende Streit um die Anerkennung der Personenhandelsgesellschaften und der im Rechtsverkehr eigenständig auftretenden Gesellschaften des bürgerlichen Rechts als juristische Personen[31], der angesichts der zur Zeit vom Gesetzgeber (z.B. §§ 14, 21f., 54, 1059 BGB, 11 InsO) und der Rechtsprechung[32] vorgegebenen dreifachen Unterscheidung zwischen natürlichen Personen, juristischen Personen und rechtsfähigen Personengesellschaften nur de lege ferenda geführt werden kann, hat daher für die prinzipielle Reichweite des Trennungs- und Gleichstellungsprinzips wie auch der Durchgriffsproblematik keine Bedeutung[33]. Maßgeblich ist insoweit nur, inwieweit der jeweiligen Gesellschaft als solche Rechte und Pflichten zugeordnet werden und inwieweit sie tatsächlich und organisationsrechtlich gegenüber ihren Gesellschaftern verselbständigt ist. Im Rahmen der einzelnen Fallgruppen des Durchgriffs wird noch näher darauf einzugehen sein, daß die weit verbreitete Differenzierung zwischen dem „Durchgriff" auf Gesamthandsgesellschafter und demjenigen auf die Gesellschafter juristischer Personen zu fragwürdigen Ergebnissen führt, die angesichts der weiten Verbreitung kapitalistischer Personengesellschaften und personalistischer Kapitalgesellschaften auch nicht als Folge einer rechtssicheren Typisierung durchgriffsfreundlicher (Mitunternehmergemeinschaft) und durchgriffsfeindlicher (Anlegergesellschaft) Realstrukturen gerechtfertigt werden können. Mit dieser prinzipiellen Gleichbe-

[30] Vgl. etwa zur grundsätzlichen Rechts- und Parteifähigkeit der (Außen-)GbR BGH v. 29.1.2001 NJW 2001, 1056ff.; bestätigt durch BGH v. 18.2.2002 ZIP 2002, 614; zur Scheckfähigkeit der GbR BGH v. 15.7.1997 NJW 1997, 2754f. und zur Fähigkeit, sich an einer anderen GbR zu beteiligen BGH v. 2.10.1997 ZIP 1997, 2120, 2121; zur fehlenden Grundbuchfähigkeit der GbR OLG Düsseldorf v. 5.3.1997 WM 1997, 2032, 2033f.; zur fehlenden Markenfähigkeit der GbR BGH v. 24.2.2000 GRUR 2000, 1028, 1029; zur WEG-Verwalter-Unfähigkeit der GbR BGH v. 18.5.1989 BGHZ 107, 268, 272; vgl. zur identitätswahrenden Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine GbR nunmehr § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG; zur Rechtsfähigkeit der GbR siehe insbesondere *Raiser*, AcP 199 (1999), 104, 142 (Rechtsfähigkeit der Gesellschaft); *Ulmer*, AcP 198 (1998), 113, 114ff.; *U. Huber*, FS Lutter, S. 107, 122ff. (Rechtsfähigkeit der Gesamtheit der aktuellen Gesellschafter); *Mülbert*, AcP 199 (1999), 38, 43ff. (quantitative Teilrechtsfähigkeit der BGB-Außengesellschaft) und *Wertenbruch*, Haftung, S. 211f. (Rechtsfähigkeit im Außenverhältnis); zur (kollektiven) Rechtsfähigkeit der Gesamthandsgesellschaften (als Gruppe) auch bereits *v. Gierke*, Deutsches Privatrecht Bd. 1, S. 682 und *Flume*, ZHR 136 (1972), 177, 193; krit. zur Rechtsfähigkeit zuletzt etwa *Zöllner*, FS Gernhuber, S. 563, 566ff.

[31] Siehe dazu zuletzt nur *Raiser*, AcP 199 (1999), 104, 121ff. und *ders.*, FS Zöllner Bd. 1, S. 469, 482ff. (befürwortend) und *Ulmer*, AcP 198 (1998), 113, 119ff. (ablehnend).

[32] Siehe dazu die Nachweise in Fn. 30.

[33] A.A. *U. Huber*, FS Lutter, S. 107, 113f. und *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 588, die im Einklang mit der traditionellen Lehre für die mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten juristischen Personen vom Trennungsprinzip und bei sämtlichen Gesamthandsgesellschaften von der Identität der Gesellschaft mit der Gesamtheit ihrer jeweiligen Mitglieder und darauf aufbauend von einer grundsätzlichen Transparenz der Gesamthandsgesellschaften ausgehen.

handlung aller rechtsfähigen Gesellschaften in der Frage des Trennungs- und Gleichstellungsprinzips wird zwar der Unterschied zwischen rechtsfähigen Gesamthandsgesellschaften und juristischen Personen in einem wesentlichen Punkt verringert, doch bedeutet dies nicht, daß er damit in einer der aktuellen Gesetzeslage widersprechenden Weise gänzlich aufgehoben wäre[34].

Mit der Erstreckung des Trennungs- und Gleichstellungsprinzips auf die rechtsfähigen Personengesellschaften ist auch lediglich die Abkehr von einem zentralen Bestandteil der klassischen Gesamthandsdoktrin als einem Denkmodell, nicht jedoch die Mißachtung zwingender gesetzlicher Vorgaben verbunden. Denn das Gesetz spricht an keiner Stelle von einer Transparenz der rechtsfähigen Personengesellschaften und legte dieses Prinzip lediglich bei der seinerzeit noch nicht als rechtsfähig angesehenen Innen- und Außengesellschaft bürgerlichen Rechts zugrunde. Die bei gegebener Rechtsfähigkeit (§ 124 Abs. 1 HGB) zwingend angeordneten vereinzelten Durchbrechungen der Trennung der rechtsfähigen Personengesellschaft von ihren Gesellschaftern (z.B. § 128 HGB) sprechen nicht gegen dessen Erstreckung auf alle rechtsfähigen Gesellschaften, sondern bestätigen vielmehr wegen ihres Ausnahmecharakters und der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung die Regel der rechtlichen Verselbständigung dieser Gesellschaften.

b) Rechtfertigung des Trennungs- und Gleichstellungsprinzips

Die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft bildet zwar die Grundlage des Trennungs- und Gleichstellungsprinzips, doch folgen diese im Gesetz nur vereinzelt verankerten (z.B. § 13 Abs. 2 GmbHG, Art. 19 Abs. 3 GG) Prinzipien keineswegs zwingend aus der Verleihung der Rechtsfähigkeit. So wäre es durchaus denkbar, daß die rechtsfähige Gesellschaft ihre Rechte und Pflichten nicht getrennt von ihrem personalen Kern, sondern mit diesem als ideale Wirkungseinheit vereint erlangt, wie dies auch vielfach bei den Gesamthandsgesellschaften[35] und vereinzelt bei den juristischen Personen[36] angenommen wird. Außerdem könnte die Anerkennung der rechtsfähigen Gesellschaft als

[34] Vgl. dazu nur die Liste der auch nach der Entscheidung BGH v. 29.1.2001 NJW 2001, 1056ff. (bestätigt durch BGH v. 18.2.2002 ZIP 2002, 614) fortbestehenden Unterschiede zwischen juristischen Personen und (rechtsfähigen) Gesamthandsgesellschaften bei *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 588; vgl auch *Lamprecht*, Zulässigkeit, S. 67 ff.

[35] Zur automatischen Berücksichtigung von Eigenschaften der Gesamthänder als ideellem Teil der Gesellschaft siehe generell etwa RG v. 21.2.1899 RGZ 43, 104, 106 und BGH v. 16.2.1961 BGHZ 34, 293, 296f. („Die Personalgesellschaft ist von der Persönlichkeit der Gesellschafter nicht zu trennen. ... Soweit es für die Rechtswirksamkeit, Anfechtbarkeit oder Rechtsfolgen von Geschäften der Gesellschaft auf persönliche Beziehungen, Kenntnisse oder Verhältnisse der Vertragspartner ankommt, genügen die entsprechenden Umstände in der Person eines einzelnen Gesellschafters.") sowie *Wiedemann*, WM 1975 Beilage Nr. 4, S. 29f.; zu Einzelfragen siehe die jeweiligen Nachweise im 5. Kap. § 2 B.

[36] *Flume*, BGB-AT I/2, S. 67ff. und *O. Kuhn*, Strohmanngründung, S. 202ff.

einem Zuordnungssubjekt von Rechtssätzen etwa auf den vermögensrechtlichen Bereich beschränkt werden[37]. Das Trennungs- und das Gleichstellungsprinzip rechtfertigen sich jedoch als die rechtstechnisch und rechtspolitisch überzeugendsten Denkmodelle zur Erfassung der rechtsfähigen Gesellschaften, für die es letztlich kein Patentrezept gibt. Sie haben sich daher auch soweit ersichtlich in allen Rechtsordnungen für die Kapitalgesellschaften und teilweise auch für die Personengesellschaften durchgesetzt[38].

Das Trennungsprinzip bedeutet nicht nur eine erhebliche Erleichterung für die Geschäftsabwicklung und Rechtsanwendung[39], da man diese aufgrund der vermögensmäßigen und organisatorischen Verselbständigung der rechtsfähigen Gesellschaft in der Mehrzahl der Fälle auch ohne Rückgriff auf die Gesellschafter angemessen sicherstellen kann. Die Verselbständigung der Gesellschaft und der für sie pflichtgebunden handelnden Fremdorgane gegenüber den Gesellschaftern dient darüber hinaus in vielen Fällen dem Schutz der Minderheitsgesellschafter und Gesellschaftsgläubiger und eröffnet andererseits den Gesellschaftern die Möglichkeit, ihre Privatsphäre von der Gesellschaftssphäre zu trennen und sich auf diese Weise bis hin zum Rechtsmißbrauch einen Freiraum gegenüber dem Staat und gleichgeordneten Rechtssubjekten zu verschaffen[40]. Würde man demgegenüber die rechtsfähige Gesellschaft mit ihrem personalen Kern als ideale Wirkungseinheit auch rechtlich identifizieren, wäre man immer wieder dazu gezwungen, die weitgehende rechtliche Unbeachtlichkeit der persönlichen Verhältnisse eines jeden Gesellschafters eigens zu begründen, um der tatsächlichen Verselbständigung der Gesellschaft gerecht zu werden[41].

Das Prinzip der Gleichstellung[42] der rechtsfähigen Gesellschaft mit der natürlichen Person als einem Zuordnungssubjekt von Rechtssätzen durch be-

---

[37] Vgl. dazu für die juristische Person *Savigny*, System Bd. 2, S. 236f. und 238f.; mit Recht krit. *Wiedemann*, WM 1975 Beilage Nr. 4, S. 10.

[38] Siehe rechtsvergleichend zum Trennungsprinzip und Durchgriff etwa *Bastid (Hrsg.)*, La personnalité morale et ses limites, Paris 1960; *Simonart*, La personnalité morale en droit privé comparé – L'unité du concept et ses applications pratiques – Allemagne, Angleterre, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pays-Bas et Suisse, Bruxelles 1995.

[39] Für die juristische Person wurde das Trennungsprinzip vom BVerfG v. 24.1.1962 BVerfGE 13, 331, 338ff. als ein tragendes Prinzip der Zivilrechtsordnung bestätigt.

[40] Zur Rechtsfähigkeit als einem Freiheitselement siehe auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 8 I 1; zur Trennung von Gesellschafts- und Gesellschaftersphäre siehe nur *Larenz/M. Wolf*, BGB-AT, § 9 Rn. 10; krit. *Fuchs*, LZ 1923, Sp. 525: „Es gibt ein Zaubermittel, durch das jemand ... einer Reihe von zwingenden Normen eine Nase drehen kann. ... Das zauberhafte Wunderding aber ist die mißbräuchliche Ausnutzung der Rechtseinrichtung der GmbH.".

[41] Siehe dazu auch die Ausführungen von *Flume*, BGB-AT I/2, S. 67ff.

[42] Siehe dazu für „erlaubte Gesellschaften" ausdrücklich § 26 S. 2 ABGB: „Im Verhältnisse gegen andere genießen erlaubte Gesellschaften in der Regel gleiche Rechte mit den einzelnen Personen"; für das deutsche Recht siehe nur *Serick*, Rechtsform, S. 213 und *Rittner*, Die werdende juristische Person, S. 218ff.

grenzte Fiktion[43] oder begrenzte Analogie[44] rechtfertigt sich über die mit ihr verbundene rechtstechnische Vereinfachung[45] hinaus zunächst aus dem Gebot der Gleichbehandlung aller rechtsfähigen Personen und Personenvereinigungen. Auf rechtsfähige Gesellschaften findet das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot dabei nicht nur über Art. 19 Abs. 3 GG, sondern auch mittelbar aufgrund des Gebots der prinzipiellen Gleichbehandlung der individuellen und kollektiven unternehmerischen Betätigung natürlicher Personen[46] Anwendung. Die möglichst weitgehende Gleichstellung der rechtsfähigen Gesellschaft mit den natürlichen Personen rechtfertigt sich zudem aus dem Umstand, daß die Gesellschaft als Wirkungseinheit alle Anforderungen erfüllt, die das Recht im allgemeinen in Gestalt der Willensbildungs- und Handlungsfähigkeit, der Vermögensfähigkeit und der Identifizierbarkeit an eine Rechtsperson stellt[47]. Schließlich würde es auch die Funktion der rechtsfähigen Gesellschaften in der Rechtsordnung beeinträchtigen, wenn diese etwa nur über Vermögensrechte und nicht auch möglichst über alle anderen im gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verkehr benötigten Rechte verfügten[48]. Eine Ungleichbehandlung der rechtsfähigen Gesellschaften im Vergleich zu den von den Rechtssätzen primär ins Auge gefaßten natürlichen Personen kann daher nur auf Besonderheiten der Gesellschaftsstruktur gestützt werden.

---

[43] Siehe dazu die klassische Formulierung von *Savigny*, System Bd. 2, S. 236ff.; zum Streit um die Deutung der Ausführungen Savignys i.S.d. Fiktionstheorie siehe allerdings auch *Flume*, BGB-AT I/2, S. 3ff.; zur Fiktionstheorie in neuerer Zeit namentlich *M. Wolff*, Law Quaterly Review 1938, 494, 505ff.

[44] *Larenz/M. Wolf*, BGB-AT, § 9 Rn. 7ff.; *Tuner*, DuD 1985, 20, 22.

[45] Siehe dazu für die juristische Person etwa *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 193f.; *H.J. Wolff*, Organschaft und Juristische Person Bd. 1, S. 207ff. und (angesichts der zahlreichen Gleichstellungs- und Durchgriffsprobleme zu optimistisch) *M. Wolff*, Law Quaterly Review 1938, 494, 506 („Fiction ... is an abbreviation. An author who has written five volumes on the law of physical persons and then wishes to discuss legal persons, need not write another five volumes ... but he need only write a single sentence stating: all I have said about human beings applies by way of analogy to the following entities, etc.").

[46] Dazu näher 2. Kap. § 3 B II 2.

[47] Siehe dazu eingehend *John*, Rechtsperson, S. 72ff. (allgemeine Theorie der Rechtsperson) und S. 115ff. (zur Rechtspersönlichkeit von Gesellschaften); im Zusammenhang mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auch *Raiser*, FS Traub, S. 331, 337ff. (vergleichbar einer natürlichen Person verfügten auch die juristischen Personen und Gesamthandsgesellschaften über Einheit, Individualität, Integrität und soziale Aktivität); zur Tauglichkeit der juristischen Person als einem rechtlich gleichwertigen Zuordnungssubjekt von Rechtssätzen siehe etwa *Kau*, Persönlichkeitsschutz, S. 93.

[48] Siehe dazu auch *Raiser*, AcP 199 (1999), 104, 134f.

II. Die Abhängigkeit der rechtsfähigen Gesellschaft von ihren Gesellschaftern

1. Die tatsächliche Abhängigkeit

Im Gegensatz zum Menschen verfügt die rechtsfähige Gesellschaft weder über ein eigenes Bewußtsein noch über eine eigene physische Existenz. Als solche hat sie daher weder ein Interesse, einen Willen, ein Verantwortungsbewußtsein, Wissen, Einsicht, Gefühle, ein Geschlecht oder eine Würde noch kann sie handeln, zwischenmenschliche Beziehungen aufbauen oder in ihrer körperlichen Integrität beeinträchtigt werden. Insbesondere ist die rechtsfähige Gesellschaft nicht dazu in der Lage, den ihre Existenz bestimmenden Zweck selbst zu bestimmen[49]. Die Persönlichkeitsdefizite der rechtsfähigen Gesellschaft werden nur teilweise durch die Organe und die rechtsgeschäftlichen Vertreter sowie die physische Existenz des Gesellschaftsvermögens – zumeist in der Gestalt eines eingerichteten Unternehmens – kompensiert[50]. Im übrigen ist die Gesellschaft darauf angewiesen, daß auch die nicht als Organe oder rechtsgeschäftliche Vertreter fungierenden Gesellschafter und hier insbesondere die Unternehmergesellschafter als natürliche Personen im Hinblick auf die von ihnen angestrebte Zweckverwirklichung die Interessen und Aufgaben der Gesellschaft definieren, ihren Willen bilden, ihr Wissen zur Verfügung stellen, Kontakte schaffen usw.[51]. Insoweit gewinnt dann auch die Realstruktur der Gesellschaft, die möglicherweise nur als Instrument der unternehmerischen Betätigung eines einzigen Gesellschafters in Erscheinung tritt, eine maßgebliche Bedeutung[52]. Schließlich weist selbst die Vermögenslage der Gesellschaft einen wechselseitigen Bezug zu derjenigen ihrer Gesellschafter als den wirtschaftlichen Genießern der gesellschaftlichen Vermögensrechte auf[53].

---

[49] Siehe dazu nur *Kau*, Persönlichkeitsschutz, S. 96f.

[50] Zur Rolle der Amtsträger als dem Substrat der juristischen Person siehe insbesondere *Hölder*, Personen, S. 55ff. und 340ff.; zur lediglich ausnahmsweisen Möglichkeit der Bestimmung von Eigenschaften der juristischen Person anhand ihres sachlichen Substrats siehe etwa *Wiedemann*, WM 1975 Beilage Nr. 4, S. 20ff. und *Druey*, Geheimsphäre, S. 115f. und 132f. (Berücksichtigung der Interessen des Unternehmens als einer im Wettbewerb agierenden Handlungs- und Erfolgseinheit in Fragen des Geheimnisschutzes); zur Rolle der Gesellschafter als Destinatären bzw. Gliedpersonen bei der Konkretisierung der juristischen Person siehe insbesondere *Jhering*, Geist des römischen Rechts, § 61 (S. 355ff.) bzw. *Rittner*, Die werdende juristische Person, S. 223ff.

[51] Zur Gesellschaft als einem Funktionsgebilde der Gesellschafter siehe nur BVerfG v. 8.7.1982 BVerfGE 61, 82, 100f.; *Badura*, FS Rittner, S. 1, 6f.; *Kau*, Persönlichkeitsschutz, S. 96f.; *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 333; *Schwerdtner*, Persönlichkeitsrecht, S. 119; *Leßmann*, AcP 170 (1970), 266, 267.

[52] Siehe dazu näher 1. Kap. § 4 B; hier nur *Müller-Freienfels*, AcP 156 (1957), 522, 531f.

[53] Dazu eingehend 2. Kap. § 1 A III; hierin liegt auch der wirtschaftliche Kern der allgemein auf *Jhering*, Geist des römischen Rechts, § 61 (S. 355ff.) zurückgeführten sog. Genießertheorie der juristischen Person (vgl. dazu auch *M. Wolff*, Law Quaterly Review 1938, 494, 497f.).

2. Die rechtliche Abhängigkeit

Die grundsätzliche Gleichstellung der rechtsfähigen Gesellschaft mit der natürlichen Person als Zuordnungssubjekt von Rechtssätzen setzt neben ihrer Vermögensfähigkeit und Identifizierbarkeit voraus, daß die Gesellschaft als Rechtsgebilde zumindest ihre Interessen definieren, einen Willen bilden und handeln kann. Daneben kommt es nach dem Tatbestand zahlreicher Normen auf menschliche Umstände an. Soll die jeweilige Rechtsfolge aus Gründen des Gleichbehandlungsgebots auch eine rechtsfähige Gesellschaft treffen, ist dies nur möglich, wenn ihr die entsprechenden Eigenschaften der für sie handelnden und hinter ihr stehenden Personen zugerechnet werden[54]. Insoweit spielt auch die Rechtsform der Gesellschaft eine Rolle, als sie insbesondere die Frage der Organmitgliedschaft, der zulässigen gesellschaftsrechtlichen Einflußnahme und der persönlichen Haftung von Gesellschaftern sowie den Umfang der Institutionalisierung der Gesellschaft präjudizieren kann. Das Gesellschaftsvermögen und die Privatvermögen der Gesellschafter sind darüber hinaus rechtlich durch die Beitragspflicht und das Anteilseigentum sowie etwaige Drittgeschäfte und Haftungsschuldverhältnisse miteinander verknüpft. Schließlich kann das Recht die Verselbständigung der Gesellschaft dann nicht anerkennen, wenn diese von den Gesellschaftern zur gezielten Umgehung von zwingenden Normen oder zur vorsätzlichen Schädigung anderer Rechtssubjekte mißbraucht wird[55].

B. Allgemeine Gründe für den Durchgriff auf die Gesellschafter der rechtsfähigen Gesellschaft

Obwohl die rechtsfähige Gesellschaft ihrer tatsächlichen und rechtlichen Natur nach zwingend von ihrem personalen Kern abhängig ist und damit eine von diesem verselbständigte Betrachtung der Gesellschaft als bloßes Rechtskonstrukt ausgeschlossen ist, bedarf der gesetzlich angeordnete[56] wie der im

[54] Siehe hier nur *H.J. Wolff*, Organschaft und Juristische Person Bd. 1, S. 229; *Rittner*, Die werdende juristische Person, S. 200f. und 211f.; *Nass*, Person, S. 87f.; *Wilser*, Durchgriff, S. 144; *Kau*, Persönlichkeitsschutz, S. 95f.

[55] So auch etwa *Serick*, Rechtsform, S. 203ff. und passim; GroßKomm.AktG/*Brändel*, § 1 Rn. 58.

[56] Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist auch der gesetzlich angeordnete Durchgriff auf die Verhältnisse der Gesellschafter als ein schwerwiegender Eingriff in eine Grundform der Zivilrechtsordnung nur im engsten Rahmen und aus dringlichsten Gründen zulässig; siehe dazu etwa BVerfG v. 24.1.1962 BVerfGE 13, 331, 340f. (Verfassungswidrigkeit der Ungleichbehandlung personenbezogener und anonymer Kapitalgesellschaften im Steuerrecht) und BVerfG v. 3.7.1973 BVerfGE 35, 348, 359 (Verfassungsmäßigkeit des Berechnungsdurchgriffs im Rahmen der Prozeßkostenhilfe).

Einzelfall von den Gerichten vorgenommene[57] Durchgriff auf einzelne oder alle hinter ihr stehenden Gesellschafter einer besonderen Rechtfertigung. Die verschiedenen Lehren vom Durchgriff auf die Gesellschafter einer rechtsfähigen Gesellschaft haben sich daher insbesondere um eine allgemeine Rechtfertigung des Durchgriffs bemüht. Herkömmlicherweise werden dabei die in ihrem Ausgangspunkt das Trennungsprinzip stärker betonenden sog. Mißbrauchslehren der sog. Normanwendungstheorie gegenübergestellt.

I. Die Lehren vom Durchgriff aufgrund Rechtsmißbrauchs

Den verschiedenen Spielarten der Lehre vom Durchgriff aufgrund Rechtsmißbrauchs ist gemein, daß sie der juristischen Person bzw. der rechtsfähigen Gesellschaft einen Eigenwert als rechtlicher Institution zubilligen, so daß ihre Verselbständigung grundsätzlich nur aus gesellschaftsbezogenen Gründen, d.h. wegen der Struktur der Gesellschaft und des Verhältnisses der Gesellschafter zu ihr, relativiert werden kann[58].

Dabei steht es zunächst außer Frage, daß die Selbständigkeit der rechtsfähigen Gesellschaft zumindest im Ergebnis dann keine Beachtung finden kann, wenn die Gesellschaft von ihren Gesellschaftern lediglich zur Umgehung zwingenden Gesetzesrechts[59], vertraglicher Vereinbarungen[60] oder zur treu- bzw. sittenwidrigen Schädigung anderer Rechtssubjekte[61] vorsätzlich mißbraucht wird. Gerade bei einem Unternehmergesellschafter, der die Gesellschaft zumeist lediglich unter Ausnutzung der gegebenen rechtlichen Möglichkeiten für seine langfristigen unternehmerischen Ziele einsetzt, wird man einen solchen vorsätzlichen Rechtsmißbrauch allerdings nur in seltenen Fällen annehmen können. Im übrigen wird man für jede Fallgruppe des Durchgriffs zu prüfen haben, ob insoweit eine Reduktion des Trennungsprinzips oder ein insbesondere deliktsrechtlicher Schadensersatzanspruch gegen die

[57] Siehe dazu nur BGH v. 30.1.1956 BGHZ 20, 4, 11ff.; BGH v. 8.7.1970 BGHZ 54, 222, 224; BGH v. 13.11.1973 BGHZ 61, 380, 383f. und *U. Huber*, Vermögensanteil, S. 99 (die juristische Person dürfe als Folge eines exzessiven Durchgriffs nicht zum „juristischen Gespenst" werden).

[58] Zur lediglich ausnahmsweisen Relativierung der juristischen Person siehe etwa *Serick*, Rechtsform, S. 220ff.

[59] *Serick*, Rechtsform, S. 203ff. und passim; grundsätzlich zur vorsätzlichen, sittenwidrigen und rechtsmißbräuchlichen Gesetzesumgehung als einem Normanwendungsproblem *Teichmann*, Gesetzesumgehung, S. 67ff. und *v. Gamm*, WRP 1961, 259f.; krit. zur mangelnden Wachsamkeit der Rechtsordnung gegenüber dem Rechtsmißbrauch auch *Fuchs*, LZ 1923, Sp. 525.

[60] *Serick*, Rechtsform, S. 203ff. und passim; *ders.*, Durchgriffsprobleme, S. 23ff.

[61] RG v. 17.4.1939 DR 1939, 1083; OLG Karlsruhe v. 10.12.1942 DR 1943, 811; BGH v. 26.11.1957 WM 1958, 460, 462; *Serick*, Rechtsform, S. 203ff. und passim; *Drobnig*, Haftungsdurchgriff, S. 94f.

Gesellschaft bzw. den verantwortlichen Gesellschafter dem rechtsmißbräuchlichen Verhalten des Gesellschafters am besten Rechnung trägt[62].

Der Durchgriff ist jedoch zu keiner Zeit auf die Fälle eines subjektiven Rechtsmißbrauchs beschränkt geblieben[63]. Die Verselbständigung der rechtsfähigen Gesellschaft wurde nämlich stets auch unter bloßem Hinweis auf ihren objektiv dem Zweck der Rechtsordnung widersprechenden Gebrauch relativiert[64]. Wie jedem anderen Rechtsprinzip ist auch dem Trennungsprinzip der Absolutheitsanspruch abgesprochen worden[65], so daß es dann durchbrochen wurde, wenn dies in rechtlicher Hinsicht der Grundsatz von Treu und Glauben[66] einschließlich des Verbots widersprüchlichen Verhaltens[67], die Berücksichtigung des wahren bzw. ergänzten Vertragswillens[68] und der Verkehrsschutz[69] oder in tatsächlicher Hinsicht die Natur der Sache, die Wirklichkeiten des Lebens, die wirtschaftlichen Bedürfnisse und die Macht der Tatsachen erforderten[70]. Wiederholt wurde insbesondere gegenüber wirtschaftlichen Alleingesellschaftern auch auf das Gebot einer wirtschaftlichen Betrachtung[71] oder auf die Sanktionierung einer dem Zweck der Rechtsord-

---

[62] Siehe dazu insbesondere 4. Kap. § 2 C IV und E V.

[63] Siehe dazu selbst *Serick*, Rechtsform, S. 104ff. und 208ff. (Verwirklichung vorrangiger gesellschaftsrechtlicher Normzwecke); S. 119ff. und 213ff. (Eigenschaftszurechnung) sowie S. 191ff. und 217ff. (Identifikation).

[64] Siehe dazu insbesondere BGH v. 30.1.1956 BGHZ 20, 4, 13f.; BGH v. 29.11.1956 BGHZ 22, 226, 231; BGH v. 8.7.1957 BGHZ 25, 115, 117f.; BGH v. 14.12.1959 BGHZ 31, 258, 271; BGH v. 4.5.1977 BGHZ 68, 312, 315; *O. Kuhn*, Strohmanngründung, S. 35ff., 146ff., 199ff. und 216f.; *Rehbinder*, Konzernaußenrecht, S. 112; *Erlinghagen*, GmbHR 1962, 169, 170; *Reinelt*, BB 1974, 1145, 1147; unter Rückgriff auf den ordre-public-Gedanken auch *Müller-Freienfels*, AcP 156 (1957), 522, 537f.; vgl. zu Parallelen in der Lehre von der Gesetzesumgehung als einem Problem der Normanwendung auch *Teichmann*, Gesetzesumgehung, S. 67ff.

[65] *Coing*, NJW 1977, 1793f.

[66] BGH v. 29.11.1956 BGHZ 22, 226, 230; BGH v. 8.7.1957 BGHZ 25, 115, 117f.; BGH v. 4.7.1961 GmbHR 1961, 161, 162; OLG Düsseldorf v. 1.3.1989 NJW-RR 1989, 743, 744; ähnlich bereits RG v. 17.4.1939 DR 1939, 1083 (Widerspruch zum herrschenden Volksbewußtsein); *Schilling*, JZ 1953, 161.

[67] BGH v. 29.11.1956 BGHZ 22, 226, 230; *Coing*, NJW 1977, 1793, 1795; *Lutter*, ZGR 1982, 244, 251.

[68] *Coing*, NJW 1977, 1793, 1796f.

[69] *Schilling*, JZ 1953, 161.

[70] BGH v. 29.11.1956 BGHZ 22, 226, 230; OLG Hamm v. 10.11.1976 NJW 1977, 1159, 1160; in diese Richtung auch bereits RG v. 21.10.1921 RGZ 103, 64, 66 (Natur der Sache).

[71] Dazu hier nur BGH v. 13.11.1973 BGHZ 61, 380ff.; OLG München v. 11.11.1974 NJW 1975, 220f.; *M. Wolff*, Law Quaterly Review 1938, 494, 512; krit. *Serick*, Durchgriffsprobleme, S. 19ff.; *Slapnicar*, BB 1993, 230, 234 („Killer-Virus", der letztlich zur Abschaffung der juristischen Person insgesamt führen würde); zur besonderen Bedeutung der wirtschaftlichen Betrachtung im Steuerrecht siehe das 2. Kap. § 1 A I 4 sowie *Wilser*, Durchgriff, S. 23ff. und *Raupach*, Durchgriff, S. 119ff.

nung widersprechenden Verwendung[72] bzw. einer Instrumentalisierung[73] der Gesellschaft verwiesen.

Die namentlich von der Rechtsprechung immer wieder aufgegriffenen Formeln des objektiven Institutsmißbrauchs wurden zu Recht als inhaltsleer kritisiert[74]. Sie sind nur der Beleg dafür, daß die verschiedenen Durchgriffsprobleme jenseits des subjektiven Rechtsmißbrauchs nicht mit einer an rational nachvollziehbare Kriterien anknüpfenden Einheitsformel gelöst werden können. Die Lehre vom objektiven Mißbrauch des Instituts der rechtsfähigen Gesellschaft gewinnt erst dort wieder an Kontur, wo sie im Sinne der Normanwendungslehre den Boden der Einheitslösung verläßt und im Einzelfall diejenigen Wertungsgesichtspunkte berücksichtigt, die die Normanwendung auf die rechtsfähige Gesellschaft als Wirkungseinheit bestimmen.

II. Die Lehre vom Durchgriff zum Zwecke sachgerechter Rechtsanwendung

Im Gegensatz zu den Rechtsmißbrauchslehren wird das Trennungsprinzip nach der sog. Normanwendungstheorie bereits im Ansatz aufgrund seiner begrenzten Funktion bei der Normanwendung relativiert[75]. Da das Trennungsprinzip im wesentlichen nur die Aufgabe habe, als rechtstechnischer Kunstgriff die Anwendung gesetzlicher oder vertraglicher Regelungen auf rechtsfähige Gesellschaften zu erleichtern, müsse es von vornherein dem Zweck der jeweiligen Regelung in der Rechts- und Wirtschaftsordnung Rechnung tragen und hierzu im Einzelfall nach Abwägung aller maßgeblichen Wertungsgesichtspunkte vollständig im Sinne eines Durchgriffs auf die Gesellschaftergesamtheit oder teilweise im Sinne eines Durchgriffs auf einzelne Gesellschafter zurücktreten[76]. Die hinter dem Trennungsprinzip stehenden materiellen Wer-

---

[72] Dazu hier nur BGH v. 30.1.1956 BGHZ 20, 4, 13f.; BGH v. 29.11.1956 BGHZ 22, 226, 230f.; BSG v. 1.2.1996 ZIP 1996, 1134, 1135; *Lutter*, ZGR 1982, 244, 254.

[73] Siehe dazu etwa BGH v. 3.7.1953 BGHZ 10, 205, 210 und BGH v. 7.11.1957 BGHZ 26, 31, 34f. (jeweils im Zusammenhang mit der Identifikation einer als unselbständiges Werkzeug aufgetretenen Kriegsgesellschaft mit dem Deutschen Reich als ihrem wirtschaftlichen Alleingesellschafter); für verbundene Unternehmen auch *Bork*, ZGR 1994, 237, 263.

[74] Dazu etwa *Wilhelm*, NJW 1977, 1887; *Drax*, Durchgriffs- und Konzernhaftung, S. 77f.; *Müller-Freienfels*, AcP 156 (1957), 522, 523.

[75] Zur grundsätzlichen Relativität der juristischen Person besonders deutlich *Müller-Freienfels*, AcP 156 (1957), 522, 523 und 529ff. und *O. Kuhn*, Strohmanngründung, S. 202ff.

[76] BVerfG v. 24.1.1962 BVerfGE 13, 331, 340; BVerfG v. 11.11.1964 BVerfGE 18, 224, 235; BGH v. 30.1.1956 BGHZ 20, 4, 14; BGH v. 4.7.1961 GmbHR 1961, 161, 162; *Müller-Freienfels*, AcP 156 (1957), 522, 525ff. und insbesondere 537; *Rehbinder*, Konzernaußenrecht, S. 109ff.; *Bork*, ZGR 1994, 237, 265; für einen Teil der Durchgriffsfälle auch *Coing*, NJW 1977, 1793, 1795f.; in Ergänzung der Rechtfertigung aufgrund subjektiven Rechtsmißbrauchs für gesellschaftsrechtliche Normen auch *Serick*, Rechtsform, S. 104ff. und 208ff.; zur Maßgeblichkeit der Normanwendungslehre in der Rechtsprechung des EuGH siehe *U. Hübner*, JZ 1978, 703, 705ff.

tungsgesichtspunkte werden mithin nicht prinzipiell als höherrangig eingestuft, sondern lediglich in die Abwägung einbezogen. Zugleich wird damit der widersprüchlichen Natur der rechtsfähigen Gesellschaft als einem tatsächlich wie rechtlich nicht völlig gegenüber ihren Gliedpersonen verselbständigten Rechtsgebilde ebenso Rechnung getragen[77] wie der Tatsache, daß die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft als privatautonomes Gestaltungsmittel nicht unbegrenzt einsetzbar ist[78].

Der pragmatische und differenzierte Ansatz der Normanwendungstheorie verdient Zustimmung, da nur auf diese Weise die verschiedenen realen Erscheinungen der rechtsfähigen Gesellschaft und die unterschiedliche Struktur der einzelnen Rechtsanwendungsprobleme eine angemessene Berücksichtigung finden können[79]. Bemüht man sich dabei zusätzlich, wie es in dieser Arbeit geschehen soll, um eine Strukturierung der Abwägungsgesichtspunkte innerhalb von Fallgruppen und eine methodische Absicherung der Durchbrechung des Trennungsprinzips, kann das Ob und Wie des Durchgriffs im Einzelfall mit einer nachvollziehbaren rechtlichen Argumentation begründet werden[80].

C. *Die verschiedenen Formen des Durchgriffs auf den Unternehmergesellschafter*

Den verschiedenen Formen des Durchgriffs ist lediglich gemein, daß sie dem Ziel einer zweckgerechten Rechtsanwendung dienen und auf einer Hintansetzung der personen- und vermögensrechtlichen Verselbständigung der rechtsfähigen Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern und mithin auf einer Restriktion des Trennungsprinzips beruhen[81]. Im übrigen kann der Durchgriff ganz unterschiedliche Motive, Voraussetzungen und Rechtsfolgen aufweisen. An dieser Stelle soll nur ein kurzer Überblick über die anschließend im einzelnen zu behandelnden Fallgruppen gegeben werden, denen letztlich jeder der in der Praxis unzähligen Durchgriffsfälle zugeordnet und unter Berücksichtigung der wesentlichen Gemeinsamkeiten der aufgeworfenen Rechtsprobleme mit dem Ziel einer einheitlichen und nachvollziehbaren

---

[77] Dazu auch *Rittner*, Die werdende juristische Person, S. 273f. und *O. Kuhn*, Strohmanngründung, S. 202ff.

[78] Dazu auch *Behrens*, RabelsZ 46 (1982), 308, 350.

[79] Dazu auch *O. Kuhn*, Strohmanngründung, S. 202ff.; *Müller-Freienfels*, AcP 156 (1957), 522, 531ff.; *Behrens*, RabelsZ 46 (1982), 308, 314f.; *Bork*, ZGR 1994, 237, 265; *Wiedemann*, WM 1975 Beilage Nr. 4, S. 18.

[80] Siehe demgegenüber zum generellen Vorwurf der Maßstabslosigkeit der Durchgriffslehren *Wilhelm*, Rechtsform, S. 11f., 13f. und passim.

[81] Zutreffend *Rehbinder*, Konzernaußenrecht, S. 107ff.; Hachenburg/*Mertens*, Anh § 13 Rn. 1ff.; *Wiedemann*, WM 1975 Beilage Nr. 4, S. 17; *Flume*, BGB-AT I/2, S. 65.

Lösung zugeordnet werden kann. Nachdem bislang entsprechende Systematisierungsversuche entweder von vornherein als aussichtslos bezeichnet wurden[82], sich an der inzwischen mit Recht aufgegebenen Lehre vom Durchgriff wegen subjektiven Rechtsmißbrauchs[83] oder lediglich grob an wertneutralen Kriterien[84] orientierten, soll in den Kapiteln 3, 4, 5 und 6 erstmals eine Ordnung des Fallmaterials auf der Basis der Normanwendungstheorie vorgenommen werden.

I. Durchgriff bei Rechtsanwendung auf den Unternehmergesellschafter

Der durch die Aufhebung des Trennungsprinzips gekennzeichnete Durchgriff auf den Unternehmergesellschafter kann zunächst bei einer auf ihn selbst bezogenen Rechtsanwendung geboten sein. Insoweit geht es um die mögliche Erstreckung von zunächst ausschließlich für die Gesellschaft als Unternehmensträgerin geltenden Umständen auf den Unternehmergesellschafter. Dabei ist zum einen der Frage nachzugehen, inwieweit ein bestimmter rechtlicher Status (z.B. Kaufmannseigenschaft, Arbeitnehmereigenschaft), von dem die Anwendung eines Normkomplexes (z.B. Handelsrecht, Arbeitsrecht) grundsätzlich abhängig ist, durch die gesellschaftsgebundene Unternehmerstellung begründet oder ausgeschlossen wird (3. Kapitel). Zum anderen gilt es, die Bemühungen zu würdigen, den Unternehmergesellschafter unter den verschiedensten Gesichtspunkten für Gesellschaftsschulden haftbar zu machen (4. Kapitel).

Da die mit den erwähnten Status- und Haftungsfragen teilweise verbundene Erstreckung von Gesellschaftsverhältnissen auf den Unternehmergesellschafter jeweils einer besonderen inhaltlichen und methodischen Rechtfertigung bedarf, beruht sie letztlich nicht auf der Unternehmergesellschafterstellung als solcher. Sie ist vielmehr der Tatsache zu verdanken, daß der Unternehmergesellschafter aufgrund seiner gesellschaftsgebundenen Unternehmerstellung über bestimmte Eigenschaften verfügt (z.B. Geschäftserfahrung, Vertrauenswürdigkeit, geringere soziale Schutzbedürftigkeit) bzw. bestimmte Verhaltensweisen an den Tag gelegt hat (z.B. Ausübung von Leitungsmacht, Inanspruchnahme besonderen Vertrauens, Erzeugung eines Rechtsscheins),

---

[82] Siehe dazu etwa BGH v. 4.7.1961 GmbHR 1961, 161, 162; Soergel/*Hadding*, Vor § 21 Rn. 35; teilweise skeptisch auch Hachenburg/*Mertens*, Anh § 13 Rn. 1.

[83] *Serick*, Rechtsform, S. 5ff. und passim.

[84] Siehe zur besonders verbreiteten Unterscheidung zwischen Haftungs- und Zurechnungsdurchgriff nur *Raiser*, Kapitalgesellschaften, § 29; *Bork*, ZGR 1994, 237, 240 und Scholz/*Emmerich*, § 13 Rn. 57ff.; siehe außerdem zu einer Grobdifferenzierung anhand der Durchgriffsrichtung *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 9 I 2 c sowie zu einer Unterscheidung zwischen dem Durchgriff bei der Anwendung vertraglicher und gesetzlicher Regelungen *Coing*, NJW 1977, 1793, 1794ff.

die ihn entweder innerhalb eines ganzen Normkomplexes oder im Einzelfall aus dem Schatten der ihn grundsätzlich als Unternehmensträger mediatisierenden Gesellschaft treten lassen.

II. Durchgriff bei Rechtsanwendung auf die rechtsfähige Gesellschaft

Bei der Anwendung von Normen und vertraglichen Regelungen auf rechtsfähige Gesellschaften können die Persönlichkeitsdefizite der Gesellschaft in Verbindung mit dem Gleichstellungsprinzip oder der Wunsch nach einer besseren Verwirklichung des Normzwecks bzw. Parteiwillens die Frage nach einer notwendigen oder ergänzenden Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Unternehmergesellschafters aufwerfen (5. Kapitel). Da es auf der Basis der Normanwendungstheorie im Bereich des Zurechnungsdurchgriffs ebenfalls keine einheitliche Lösung für alle auftretenden Rechtsanwendungsprobleme geben kann, gibt es auch keine Regel, wonach sich ein zugelassener Durchgriff immer und ausschließlich auf den Unternehmergesellschafter beziehen würde. Vielmehr hat man im Einzelfall zu prüfen, ob der Gesellschafter vor dem Hintergrund des einschlägigen Regelungszwecks aufgrund seiner unternehmerischen Beteiligung überhaupt als Objekt des Durchgriffs in Betracht kommt und ob gerade seine persönlichen Verhältnisse vor dem Hintergrund der möglichen Konkurrenz mit den persönlichen Verhältnissen anderer Gesellschafter und Organmitglieder als maßgeblich anzusehen sind.

III. Durchgriff bei Anwendung einer die Personenverschiedenheit oder Personenidentität voraussetzenden Regelung

Die besonderen Beziehungen des Unternehmergesellschafters zu seiner Gesellschaft können schließlich im Rahmen einer konkreten Rechtsanwendung zur Identifikation des Gesellschafters mit seiner Gesellschaft oder zu einer Identifikation zweier Rechtsträger aufgrund der Beteiligung desselben Unternehmergesellschafters führen (6. Kapitel). Mit dieser Identifikation wird die prinzipielle rechtliche Selbständigkeit eines Rechtsträgers aufgehoben, um aus Gründen der Gleichbehandlung und des Umgehungsschutzes für die Gesellschaft oder den Unternehmergesellschafter eine bestimmte, die Personenidentität bzw. Personenverschiedenheit voraussetzende Rechtsfolge herbeizuführen bzw. auszuschließen. In Abhängigkeit vom jeweiligen Regelungszweck wird sich hierbei die Willensbildungs-, Interessen-, Handlungs- oder Haftungsgemeinschaft des Unternehmergesellschafters mit der Gesellschaft als maßgeblich erweisen.

1. Kapitel

Der Typus des Unternehmergesellschafters

Der Begriff des Unternehmergesellschafters, der der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Dogmatik zuzurechnen ist, hat in der auf die einzelnen Gesellschaftsformen bezogenen gesetzlichen Regelung bislang ersichtlich keine Verwendung gefunden. Dennoch wird auf diesen Gesellschaftertypus bei der Rechtsanwendung von Rechtsprechung und Literatur immer wieder Bezug genommen. Dabei wird nicht nur vom Unternehmergesellschafter[1], unternehmerisch tätigen Gesellschafter[2] oder unternehmerisch beteiligten Gesellschafter[3] gesprochen, sondern auch von der durch die Beteiligung vermittelten Unternehmerstellung[4], dem eigentlich tätigen Unternehmer[5], dem Unternehmer im Gesellschafterstatus[6], dem Unternehmer-Geschäftsführer[7] oder dem Mitunternehmer[8]. Daneben finden sich zudem gesellschaftsformspezifische Bezeichnungen wie Unternehmeraktionär[9], unternehmerischer Groß-

---

[1] *Zöllner*, Stimmrechtsmacht, S. 280; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd. 1, S. 103; *Ketzer*, Aktionärsdarlehen, S. 61; *Mestmäcker*, FS H. Westermann, S. 411, 424; *G.H. Roth*, GmbHR 1985, 137, 142; *Wiedemann*, NJW 1984, 2286, 2287; ähnlich *G.H. Roth*, ZGR 1989, 421, 427ff. (unternehmerischer Gesellschafter).

[2] *G.H. Roth*, GmbHR 1985, 137, 138; *Grunewald*, ZGR 1986, 580, 596; *Erlinghagen*, GmbHR 1962, 169, 175 (unternehmerisch aktiver Gesellschafter); für den Aktionär *Badura/Rittner/Rüthers*, Gemeinschaftsgutachten, S. 47.

[3] *Ketzer*, Aktionärsdarlehen, S. 61; *A. Müller*, Gesellschafterdarlehen, S. 84; für den Aktionär *Friedewald*, Aktiengesellschaft, S. 141.

[4] BGH v. 26.3.1984 BGHZ 90, 381, 389.

[5] BGH v. 22.5.1980 BGHZ 77, 172, 176 (für die Initiatoren einer Publikums-KG); *Haupt/Reinhardt*, Gesellschaftsrecht, S. 79.

[6] *Breuer*, HStR VI § 147 Rn. 61.

[7] Hachenburg/*Stein*, § 35 Rn. 137ff.

[8] *Wiedemann*, *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd. 1, S. 103; ähnlich *Ziemons*, Haftung, S. 152 (mitunternehmerisch beteiligter Gesellschafter).

[9] Anm. zum Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien von 1930, S. 107; *Haussmann*, Aktienwesen, S. 20 und 53; *Fechner*, Treuebindungen, S. 72; *Müller-Erzbach*, Mitgliedschaft, S. 120; *Wiethölter*, in: Frankfurter Publizitätsgespräch, S. 36; *Großfeld*, Aktiengesellschaft, S. 20; *Immenga*, Aktiengesellschaft, S. 13; *Lutter*, Aktionär, S. 10; *Junker*, ZHR 156 (1992), 394, 403.

aktionär[10], Hauptaktionär[11], aktiver Aktionär[12], Großkommanditist[13] oder Unternehmer-Komplementär[14]. Bisweilen wird begrifflich auch die besondere Stellung des Unternehmergesellschafters in der Gesellschaft durch seine Bezeichnung als (be)herrschender Gesellschafter[15], Herrschaftsunternehmer[16], bestimmungsmächtiger Gesellschafter[17], maßgebender Gesellschafter[18], intensiv mitarbeitender Gesellschafter[19], aktiver Mehrheitsgesellschafter[20], wirklicher Oberleiter des Unternehmens[21], leitender Sozius[22], maßgeblicher Sachverwalter[23], Hintermann[24] Drahtzieher[25], Verwaltungsinhaber[26], Initiator[27], Hauptpartizipant[28], Promoter[29], Interessent der Verbandsbetätigung[30], Hauptgesellschafter[31], Alleinunterhalter einer GmbH[32] oder als Seele und Kopf des Unternehmens (bzw. der Geschäftsführung)[33] hervorgehoben. Mit der Benennung als Eigentümer-Unternehmer[34], Eigentumsunterneh-

---

[10] *Lutter*, Aktionär, S. 11; ähnlich *Raisch*, FS Hefermehl, S. 347, 349.

[11] HansOLG v. 21.2.1934 HansRGZ 1934 B, 293.

[12] *Fechner*, Treuebindungen, S. 72.

[13] *Hoffmann*, GmbHR 1974, 73, 74f.

[14] *Steindorff*, FS Ballerstedt, S. 127, 129; *Baumann*, ZHR 142 (1978), 557, 568; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG § 31 Rn. 50.

[15] *Canaris*, FS Giger, S. 91, 119; *Wiedemann*, JZ 1976, 392, 394.

[16] *H. Krause*, Unternehmer, S. 23.

[17] *Wilhelm*, Rechtsform, S. 337ff.

[18] *Wilhelm*, Rechtsform, S. 353; *Ulmer*, KTS 1981, 469, 490; Hachenburg/*Ulmer*, § 64 Rn. 77.

[19] BVerfG v. 7.8.1962 BVerfGE 14, 263, 274.

[20] *Drax*, Durchgriffs- und Konzernhaftung, S. 45.

[21] BFH v. 16.1.1980 BStBl. II 1980, 527.

[22] *F. Klein*, Grundlagen, S. 45.

[23] BGH v. 25.1.1984 WM 1984, 475, 477.

[24] *Erman*, KTS 1959, 129ff.; *Canaris*, FS Giger, S. 91, 119 und passim.

[25] *Blaurock*, FS Stimpel, S. 553, 563; *Wiedemann*, NJW 1984, 2286, 2287; *ders.*, Gesellschaftsrecht Bd. 1, S. 491.

[26] *Wiedemann*, BB 1975, 1591, 1594.

[27] BGH v. 24.4.1978 BGHZ 71, 284, 287ff.

[28] So in Anlehnung an die Hauptpartizipanten der der niederländisch-ostindischen Kompagnie nachgebildeten Handelskompagnien des 17. Jh. *Müller-Erzbach*, Umgestaltung, S. 38 und *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd. 1, S. 491; siehe dazu auch *Wiethölter*, Interessen, S. 59.

[29] *Wiedemann*, BB 1975, 1591, 1595.

[30] *Müller-Erzbach*, Mitgliedschaft, S. 97.

[31] *Canaris*, FS Giger, S. 91, 119 und 121.

[32] *Windbichler*, CR 1988, 447, 452.

[33] BSG v. 23.9.1982 ZIP 1983, 103, 104; BGH v. 24.6.1952 BGHSt 3, 32, 37; RFH v. 3.7.1936 StW 1936 Nr. 377.

[34] Dazu *Issing*, in: Issing/Leisner, „Kleineres Eigentum", S. 36; *Kunze*, RdA 1972, 257; *Chlosta*, Wesensgehalt, S. 160f.; *Papier*, VVDStRL 35 (1977), 55, 62; *Ottmann*, Vereinigungsfreiheit, S. 184; *Rittstieg*, Eigentum, S. 351; *Pross*, Unternehmer, Ev. Staatslexikon II, Sp. 3671; *Hommelhoff*, ZGR-Sonderheft 12, S. 65, 67 und passim; zu diesem Typus werden aber vielfach nur der Einzelunternehmer bzw. die persönlich haftenden Personengesellschafter gezählt (vgl. dazu BVerfG v. 1.3.1979 BVerfGE 50, 290, 348 und *Martens*, ZGR 1979, 493, 502).

mer[35], aktiver Eigentümer[36], Berufs-Eigentümer[37], wirtschaftlicher (Mit-)Eigentümer[38] wird schließlich das besondere vermögensmäßige Engagement dieses Gesellschaftertyps betont.

In den genannten Fällen wird mit der besonderen Kennzeichnung der Unternehmergesellschafter auch eine gesonderte rechtliche Behandlung dieser Gesellschaftergruppe zumindest in Erwägung gezogen. Erstaunlicherweise finden sich dabei jedoch nur selten Ansätze zu einer näheren Begriffsbestimmung[39]. Demgegenüber soll in dieser Arbeit zunächst eine umfängliche und methodisch abgesicherte begriffliche Klärung erfolgen, bevor in den weiteren Kapiteln die Rechtsfigur des Unternehmergesellschafters zur Normanwendung herangezogen und damit zugleich die besondere Rechtsstellung dieses Gesellschafters als dem personalen Kern und maßgeblichen Akteur der rechtsfähigen Gesellschaft eingehend betrachtet wird.

Die nähere Bestimmung des Begriffs des Unternehmergesellschafters muß dabei der Tatsache Rechnung tragen, daß an diesen Begriff im einzelnen Rechtsanwendungsfall teilweise ganz unterschiedliche Anforderungen an seine durch die maßgeblichen Wertungsgesichtspunkte bedingte inhaltliche Ausgestaltung wie auch an seine materielle bzw. formelle Trennschärfe gestellt werden. Neben dem der materiellen Gerechtigkeit in besonderer Weise verpflichteten allgemeinen und umfassend beschriebenen Typus des Unternehmergesellschafters werden daher auch noch die auf bestimmte Rechtsanwendungssituationen zugeschnittenen Unterformen des unternehmerisch beteiligten (besondere Bedeutung des Unternehmerrisikos), des unternehmerisch tätigen (besondere Bedeutung der Unternehmerinitiative) und des bestimmungsmächtigen (besondere Bedeutung der Willensbeherrschung) Privatgesellschafters sowie des wirtschaftlichen Alleingesellschafters (besondere Bedeutung der wirtschaftlichen Identität) eingeführt werden. Dem besonderen Bedürfnis nach einfacher und sicherer Rechtsanwendung wird zudem im Einzelfall durch eine schematische Betrachtung einzelner zentraler Typusmerkmale Rechnung zu tragen sein[40].

---

[35] *H. Krause*, Unternehmer, S. 23; *Weddigen*, in: Gestaltwandel der Unternehmung, S. 23.

[36] *Leisner*, JZ 1972, 33, 37.

[37] *Leisner*, JZ 1972, 33, 34, der auch ausdrücklich vom „Beruf des Mitgesellschafters" spricht.

[38] *U. Huber*, Vermögensanteil, S. 169 und 171; *G.H. Roth*, GmbHR 1985, 137, 140.

[39] Siehe dazu etwa *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd. 1, S. 476 (Der Unternehmer-Gesellschafter könne auf der Grundlage seiner Geld- oder Sacheinlage Einfluß auf die Unternehmensführung nehmen.) und S. 417 (Herrschender Gesellschafter sei ein Teilhaber oder eine stabile Mitgliedergruppe, die die unternehmerische Planungs- und Entscheidungsgewalt in Gestalt einer Doppelrolle als Gesellschafter und Verwaltungspartei tatsächlich ausübe.); zum Eigentum als Grundlage der Berufsausübung und zum Begriff des Berufs-Eigentümers näher *Leisner*, JZ 1972, 33ff.

[40] Dazu jeweils näher 1. Kap. § 3 C III.

§ 1 Methodische Grundlagen

Die Begriffsbestimmung des Unternehmergesellschafters wird in vielerlei Hinsicht typologischem Denken verhaftet sein. Es ist daher angezeigt, das Denken in Typen vorab in seinen Grundzügen vorzustellen und daraus die wesentlichen methodischen Schlußfolgerungen für die Begriffsbestimmung des Unternehmergesellschafters zu ziehen[41].

A. Die Charakteristika typologischen Denkens

Der Typusbegriff wird nicht nur in der Rechtswissenschaft zum einen als Ausdruck für eine abstrahierende Denkform und zum anderen als Bezeichnung für besonders repräsentative bzw. häufige Erscheinungen im Objektbereich eines klassifikatorischen Begriffs verwendet[42].

I. Typus und Begriff als Formen abstrahierenden Denkens

Die Typenbildung ist nach der klassischen Typuslehre von der Begriffsbildung zu unterscheiden. Der Typus beschreibt danach mit Hilfe eines elastischen Merkmalsgefüges einen Wesenskern, der allen dem Typus zugehörigen Erscheinungen trotz der Verschiedenheit ihrer Einzelzüge innewohnt[43]. Demgegenüber soll der Begriff durch einen bestimmten Kanon definitorischer Merkmale so festgelegt sein, daß er auf einen Sachverhalt immer nur dann anwendbar ist, wenn in diesem sämtliche Begriffsmerkmale anzutreffen sind[44].

Die klassische Gegenüberstellung von Typus und Begriff als unterschiedliche Formen abstrahierenden Denkens wird zwar immer wieder in Frage gestellt[45] und durch uneinheitliche Konzeptionen von Typus und Begriff in der juristischen Methodenlehre erschwert, doch wird sie sich gerade auch bei der Begriffsbestimmung des Unternehmergesellschafters als fruchtbar erweisen. Trotz der noch zu skizzierenden Unterschiede müssen sich Typus und Begriff

---

[41] Damit soll die für die Rechtswissenschaft von *H.J. Wolff*, Studium Generale 1952, 195, als verbreitet konstatierte methodisch unbewußte Verwendung des Wortes „Typus" vermieden werden; vgl. dazu auch *K. Schmidt*, OHG, S. 74ff.

[42] Dazu generell *Heyde*, Studium Generale 1952, 235, 236f.; zu den verschiedenen Typen des Typus in der gesellschaftsrechtlichen Diskussion *K. Schmidt*, OHG, S. 74ff.

[43] *H.P. Westermann*, Vertragsfreiheit, S. 98; *Larenz*, Methodenlehre, S. 221 und 462.

[44] *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 544.

[45] Dazu *Kuhlen*, Typuskonzeptionen, S. 65ff. und passim; *F. Müller*, Methodik, Rn. 230f.; *Zippelius*, FS Engisch, S. 224ff.; *P. Koller*, Theorie des Rechts, S. 207ff.

keineswegs gegenseitig ausschließen[46]. Vielmehr können sie zum einen derart ineinander greifen, daß ein Begriff mehrere Typen oder ein Typus mehrere Begriffe umfaßt[47]. Zum anderen entstehen Mischformen zwischen Typus und Begriff, wenn ein Typus unverzichtbare Begriffsmerkmale und ein Begriff offene Typusmerkmale enthält[48]. Letztlich ist es zudem immer nur eine Frage der methodischen Zweckmäßigkeit, ob man mit Typen oder mit Begriffen operiert.

1. Gemeinsamkeiten zwischen typologischem und begrifflichem Denken

Das Denken in Typen abstrahiert in gleichem Maße von den konkreten Erscheinungsformen wie das Denken in Begriffen. In beiden Fällen geht es darum, die gemeinsamen Wesensmerkmale verschiedener, dem Kernbereich des Typus bzw. Begriffs zugeordneter Erscheinungen zu bestimmen und auf diese Weise gleichartige Lebenssachverhalte im Hinblick auf eine gleichartige Behandlung zusammenzufassen[49]. Der Typus ist lediglich insofern anschaulicher, als zu seiner Beschreibung mehr Merkmale als in einer Begriffsdefinition Verwendung finden können, und er ist insofern stärker am Lebenssachverhalt orientiert, als für dessen Zuordnung zu einem Typus die Umstände des Einzelfalls regelmäßig sehr viel genauer ermittelt werden müssen[50]. Dies rechtfertigt es aber noch nicht, dem Typus eine gesonderte Stellung in der Mitte zwischen individueller Erscheinung und abstraktem Begriff zuzuschreiben[51].

Als abstrakte Merkmalskomplexe beschreiben Begriff und Typus einen bestimmten Objektbereich, den sie gegen andere Denkgehalte abgrenzen[52]. Damit klassifiziert das typologische Denken ebenso wie das begriffliche Denken[53]. Der Begriff mit seinem jeweils festliegenden Merkmalskanon ist lediglich trennschärfer als der Typus, der andererseits mit seiner Flexibilität den fließenden Übergängen im Grenzbereich zweier Denkgehalte besser Rechnung zu tragen vermag[54].

---

[46] *A. Koller*, Typuslehre, S. 27; *H.P. Westermann*, Vertragsfreiheit, S. 103.

[47] So kann beispielsweise der Begriff des Gesellschafters mehrere Gesellschaftertypen oder der Typus des leitenden Angestellten mehrere begrifflich definierte Arbeitnehmergruppen umfassen.

[48] *Larenz*, Methodenlehre, S. 223; ein Beispiel bildet der Begriff des Privatgesellschafters, der zwar als Begriff definiert ist, jedoch mit der fehlenden anderweitigen unternehmerischen Interessenbindung ein Typuselement enthält (näher 1. Kap. § 3 D).

[49] *Heyde*, Studium Generale 1952, 235, 240; *Larenz*, Methodenlehre, S. 462.

[50] Dazu *Leenen*, Typus, S. 182f.

[51] So auch *W. Ott*, Typologie, S. 35ff.; a.A. aber *Engisch*, Konkretisierung, S. 238f., 251ff. und 289f.

[52] *Radbruch*, IZTR 12 (1938), 44.

[53] A.A. allerdings vor dem Hintergrund eines anderen Typusbegriffs *W. Ott*, Typologie, S. 31.

[54] *W. Ott*, Typologie, S. 62.

Ein Typus oder ein Begriff werden im Gesetz bzw. in der Dogmatik immer im Hinblick auf bestimmte Rechtsfolgen gebildet[55]. Da diese Rechtsfolgen durch einen oder mehrere leitende Wertungsgesichtspunkte bestimmt werden, hat sich die Typus- wie die Begriffsbildung an ihnen zu orientieren[56].

2. *Unterschiede zwischen typologischem und begrifflichem Denken*

Charakteristisch für den Typus ist zunächst seine Offenheit, da er im Gegensatz zum Begriff nicht durch bestimmte Merkmale einer Definition abschließend festgelegt ist[57]. Der lediglich exemplarisch herausgearbeitete Merkmalskomplex soll den Typus möglichst zutreffend beschreiben, er unterliegt aber einer ständigen Korrektur anhand des leitenden Wertungsgesichtspunkts, so daß auch bislang unberücksichtigte Kriterien herangezogen werden können[58]. Im Interesse der Trennschärfe verzichtet das begriffliche Denken auf eine derartige Offenheit. Durch die Verwendung auslegungsbedürftiger und sprachlich kaum exakt zu bestimmender Merkmale kann allerdings auch der Begriff unter Beibehaltung seiner Geschlossenheit im Randbereich (sog. Begriffshof) verhältnismäßig flexibel ausgestaltet werden[59].

Der Typus ist zudem dadurch gekennzeichnet, daß nicht alle Typusmerkmale gegeben sein müssen, sondern das Fehlen einzelner Merkmale durch das Vorhandensein anderer Merkmale kompensiert werden kann[60]. Grundsätzlich ist damit jedes Typusmerkmal für sich genommen entbehrlich und ein bloßes Indiz im Rahmen der exemplarisch gemeinten Typusbeschreibung[61]. Zwar gibt es regelmäßig bedeutendere Typusmerkmale, die sich ihrer Natur nach einem unverzichtbaren Begriffsmerkmal annähern können[62], doch kommt es beim typologischen Denken letztlich immer nur darauf an, daß der Sachverhalt die Typusmerkmale in solcher Anzahl und Stärke aufweist, daß er bei der zuordnenden und am leitenden Wertungsgesichtspunkt orientierten Gesamtbetrachtung dem Typus noch entspricht[63]. Im Rahmen der Subsumtion unter einen Begriff ist ein Merkmal hingegen nur dann verzichtbar, wenn es alternativ mit einem anderen Begriffsmerkmal verknüpft und dieses gege-

---

[55] *Larenz*, Methodenlehre, S. 221; so für den Unternehmerbegriff auch *Raisch*, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 34.

[56] Besonders hervorgehoben wird dieser Gesichtspunkt für das typologische Denken von *Larenz*, Methodenlehre, S. 465; *Leenen*, Typus, S. 43ff. und *Wachter*, Wesensmerkmale, S. 121.

[57] *Larenz*, Methodenlehre, S. 303; *Leenen*, Typus, S. 34ff.; *Wachter*, Wesensmerkmale, S. 113ff.; a.A. *Zippelius*, FS Engisch, S. 224, 231 (Offenheit des Begriffes im Grenzbereich).

[58] *Leenen*, Typus, S. 109; *Wachter*, Wesensmerkmale, S. 117ff.

[59] Dazu näher *Leenen*, Typus, S. 37ff.

[60] *Stolterfoht*, Selbständigkeit, S. 69f.

[61] *Larenz*, Methodenlehre, S. 219f.

[62] *Wachter*, Wesensmerkmale, S. 120f.; *Leenen*, Typus, S. 54.

[63] Dazu *Leenen*, Typus, S. 34ff.; *Larenz*, Methodenlehre, S. 221, 303f. und 451.

ben ist[64]. Aus diesem Grund wird ein Begriff auch regelmäßig wesentlich weniger Merkmale aufweisen als ein vergleichbarer Typus[65].

Der Typus kennt ferner statt eines „Entweder oder" aufgrund der Abstufbarkeit zumindest einiger seiner Merkmale ein „Mehr oder weniger"[66]. Zwar können auch Begriffsmerkmale in unterschiedlich starker Ausprägung gegeben sein[67], doch ist dies für die Subsumtion unter den Begriff unerheblich, während der Grad der Ausprägung der verschiedenen Typusmerkmale für die wertende Zuordnung eines Sachverhalts zu einem Typus von maßgeblicher Bedeutung ist. Man kann sich daher nur selten damit begnügen, das Vorhandensein eines Typusmerkmals festzustellen. Vielmehr wird man regelmäßig auch Aussagen dazu machen müssen, wie stark das jeweilige Merkmal im jeweiligen Sachverhalt ausgeprägt ist.

Der Typus ist schließlich ein elastisches und interdependentes Merkmalsgefüge[68], unter das nicht subsumiert werden kann, sondern dem lediglich ein Sachverhalt, der einem anderen, zweifelsfrei zum Typus gehörenden Sachverhalt in den für die Beurteilung maßgeblichen Merkmalen hinreichend nahekommt, zugeordnet werden kann[69]. Erforderlich ist mithin ein Einzelvergleich der Typusmerkmale und eine anschließende Bewertung im Hinblick auf die Ähnlichkeit des gesamten Erscheinungsbildes. Erforderlich ist dabei zumindest ein Übergewicht der typischen im Vergleich zu den untypischen Merkmalen[70].

II. Der Typus als typische Erscheinung

Vielfach wird unter dem Typus nicht der abstrakte Typusbegriff, sondern eine bestimmte, besonders repräsentative (sog. Repräsentativtypus) und/oder häufige (sog. Häufigkeitstypus) Erscheinung im Objektbereich eines klassifikatorischen Typusbegriffs verstanden[71]. Im Objektbereich eines Typus (auch Typenfeld[72]) werden für gewöhnlich sogenannte Typenreihen gebildet[73], um

---

[64] *Kuhlen*, Typuskonzeptionen, S. 128ff.; ungenau *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 545.

[65] *H.P. Westermann*, Vertragsfreiheit, S. 103.

[66] *Leenen*, Typus, S. 34; *A. Koller*, Typuslehre, S. 21ff.; *Engisch*, Konkretisierung, S. 242ff.; *Wachter*, Wesensmerkmale, S. 121ff.; *W. Ott*, Typologie, S. 25f.; so auch am Beispiel des Tierhalters *Larenz*, Methodenlehre, S. 219; kritisch *Kuhlen*, Typuskonzeptionen, S. 78f.; *F. Müller*, Methodik, Rn. 230.

[67] Dazu *F. Müller*, Methodik, Rn. 230.

[68] *Leenen*, Typus, S. 34 und 47.

[69] *Larenz*, Methodenlehre, S. 275; *K. Schmidt*, OHG, S. 78f.; *H.P. Westermann*, Vertragsfreiheit, S. 101.

[70] *Zippelius*, FS Engisch, S. 224, 227.

[71] *Heyde*, Studium Generale 1952, 235, 236f.; *Engisch*, Konkretisierung, S. 264.

[72] So z.B. *Stolterfoht*, Selbständigkeit, S. 164.

[73] Dazu näher *W. Ott*, Typologie, S. 30ff., 62ff.; *Larenz*, Methodenlehre, S. 469ff.; *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 548ff.; *Leenen*, Typus, S. 34; *Stolterfoht*, Selbständigkeit, S. 164; *Engisch*, Konkretisierung, S. 251; *Heyde*, Studium Generale 1952, 235, 245f.

die Zuordnung neuer Sachverhalte zu einem Typusbegriff durch die Möglichkeit konkreter Typenvergleiche zu erleichtern. Typenreihen können sowohl auf der Basis einer am vollständigen Merkmalsgefüge des Idealtypus orientierten Gesamtbetrachtung als auch nur anhand einzelner Typusmerkmale zusammengestellt werden[74]. Ausgehend von einem um die ideale Vollform herum gruppierten Kernbereich[75], werden die weniger repräsentativen Erscheinungsformen bis hin zum Grenzbereich des Atypischen abgestuft. Eine solche Typenreihe kann auch über die Grenzen eines Typusbegriffs hinweg bis hin zu einem Gegentypus gebildet werden[76].

B. Typologisches Denken in der Rechtswissenschaft

I. Funktionen typologischen Denkens

Das typologische Denken erlangt in der Rechtswissenschaft sowohl eine Bedeutung im Rahmen der Normbildung als auch im Rahmen der Normanwendung. Der Typusbegriff dient nämlich zum einen der wissenschaftlichen Erfassung und Durchdringung vieler auf den ersten Blick unzusammenhängender Lebenserscheinungen[77]. Mit Hilfe des anschaulichen und flexiblen Typusbegriffs soll das für die rechtliche Bewertung Wesentliche einer Einzelerscheinung herausgearbeitet[78] und auf diese Weise dem Gleichbehandlungsgebot in möglichst idealer Form Rechnung getragen werden[79]. Der Typusbegriff ist insofern eine ideale Denkform für eine noch nicht von abgeklärten Wertungen geleitete, sich vortastende Tatbestands- und Rechtsbildung[80]. Die Erarbeitung eines Typusbegriffs kann dabei auch die bloße Vorstufe auf dem Weg hin zu einer Begriffsdefinition bilden[81].

Zum anderen können bei der Normanwendung Repräsentativ- oder Häufigkeitstypen, die dem Gesetzgeber als Modell für eine bestimmte Interessenbewertung gedient haben[82], als Auslegungsmaßstab herangezogen werden. Dies kann im Einzelfall zur Extension bzw. Reduktion einer zu eng bzw. zu

---

[74] A.A. *W. Ott*, Typologie, S. 63f., der die Aufstellung vergleichender Typenreihen nur unter Einzelaspekten für möglich hält.

[75] *Engisch*, Konkretisierung, S. 245.

[76] *Engisch*, Konkretisierung, S. 251; *H.J. Wolff*, Studium Generale 1952, 195, 204.

[77] *H.P. Westermann*, Vertragsfreiheit, S. 100.

[78] *Engisch*, Konkretisierung, S. 240; *H.P. Westermann*, Vertragsfreiheit, S. 101.

[79] *Leenen*, Typus, S. 90.

[80] *Leenen*, Typus, S. 79.

[81] *H.J. Wolff*, Studium Generale 1952, 195, 200f.; *Engisch*, Konkretisierung, S. 247; *Larenz*, Methodenlehre, S. 223; *Radbruch*, IZTR 12 (1938), 44, 53; zweifelnd *Leenen*, Typus, S. 78f.

[82] Dazu *H.J. Wolff*, Studium Generale 1952, 195, 199f.

weit geratenen Norm führen. Verschiedentlich wird zudem die Grenze eines normativen Realtypus als eine Grenze der Vertragsfreiheit im Anwendungsbereich dispositiver Normen angesehen und mithin eine sich zu weit vom gesetzlichen Modellfall entfernende („atypische") Vertragsgestaltung als unzulässig behandelt[83]. Eine solche Begrenzung verwischt jedoch den grundlegenden Unterschied zwischen dispositivem und zwingendem Recht und verkennt, daß der Gesetzgeber selbst verschiedentlich atypische Vertragsgestaltungen ausdrücklich zuläßt[84]. Man kann daher eine Typabweichung allenfalls als Indiz für einen Rechtsmißbrauch oder eine Gesetzesumgehung betrachten[85].

II. Vor- und Nachteile typologischen Denkens

Der Nutzen und der Anwendungsbereich typologischen Denkens wird in der Rechtswissenschaft immer wieder in Frage gestellt. Insbesondere die Rechtssicherheit könne durch begriffliches Denken besser gewährleistet werden, da dieses trennschärfer[86], wertungsfreier[87], durchschaubarer und kontrollierbarer[88] sei. Das bewährte logische „Rechnen mit Begriffen" dürfe nicht durch eine unwissenschaftliche, rein intuitive und willkürliche sowie viel aufwendigere und langsamere Methode der Rechtsfindung ersetzt werden[89].

Die Flexibilität und der Merkmalsreichtum des Typusbegriffs ermöglichen es andererseits, daß dieser sich den gerade im Gesellschaftsrecht vielfältigen und sich wandelnden Erscheinungsformen gerade auch komplexer Gedankengebilde besser anpassen kann[90] und auf diese Weise die einer bestimmten Rechtsfolge zu unterwerfenden Sachverhalte optimal erfaßt werden, während der Begriff zumeist einige dem Normzweck nach einzubeziehende Sachverhalte ausgrenzt oder auszugrenzende Sachverhalte einbezieht, so daß Korrekturen durch Analogien bzw. teleologische Reduktionen erforderlich wer-

---

[83] So *Paulick*, Genossenschaft, S. 38f., 75; *Müller-Erzbach*, AcP 154 (1955), 342f.; *H. Lehmann*, Gesellschaftsrecht, S. 333.

[84] Kritisch auch *A. Koller*, Typuslehre, S. 138f.; *W. Ott*, Typologie, S. 93f.; *H.P. Westermann*, Vertragsfreiheit, S. 104.

[85] Näher *A. Koller*, Typuslehre, S. 139ff.

[86] *Radbruch*, IZTR 12 (1938), 44, 49; *Stolterfoht*, Selbständigkeit, S. 171ff.

[87] *Larenz*, Methodenlehre, S. 222.

[88] *Esser*, AöR 96 (1971), 140, 141.

[89] Vgl. dazu *A. Koller*, Typuslehre, S. 40.

[90] Dazu generell *Engisch*, Konkretisierung, S. 242; *H.J. Wolff*, Studium Generale 1952, 195, 202; *Wachter*, Wesensmerkmale, S. 118; *Leenen*, Typus, S. 47f.; *Larenz*, Methodenlehre, S. 461; siehe auch BVerfG v. 20.5.1996 NJW 1996, 2644 (Erklärung der Verfassungsmäßigkeit des Typusbegriffs der nichtselbständigen Arbeit in § 7 Abs. 1 SGB IV u.a. unter Hinweis auf die besondere Anpassungsfähigkeit des Typus).

den[91]. Der Typenvergleich ermöglicht es darüber hinaus, Typenabwandlungen und Typenmischungen adäquat einzuordnen[92].

C. Die Rechtsfigur des Unternehmergesellschafters aus methodischer Sicht

I. Typus mit Begriffselementen

Der Unternehmergesellschafter ist eine gesetzlich nicht näher bestimmte klassifizierende Rechtsfigur. Die Eigenschaft des Unternehmergesellschafters als natürliche Person, gesellschaftsrechtlich an einer unternehmenstragenden Gesellschaft Beteiligter sowie als Privatgesellschafter ist dabei begrifflich faßbar und mithin einer Definition und Subsumtion zugänglich[93]. Die damit verbundenen Begriffselemente sind unverzichtbar, da sie den Typus des Unternehmergesellschafters nicht nur von anderen Formen unternehmerischer Tätigkeit, sondern auch von der Rechtsfigur des Unternehmensgesellschafters klar abgrenzen. Die Rechtsfigur des Unternehmergesellschafters wird hierdurch zudem im Recht der unternehmenstragenden Gesellschaften verortet und soweit wie möglich mit scharfen Konturen versehen. Die den Begriff prägende Beteiligung mit Unternehmerrisiko und Unternehmerinitiative kann hingegen nur als Typus mit offenen, dispositiven, kompensierbaren und abstufbaren Merkmalen beschrieben werden. Die Fülle der Erscheinungsformen des gesellschaftsgebundenen Unternehmertums, das sich durch die Rechtsformwahl und die Ausnutzung der Vertragsfreiheit ganz unterschiedlich ausgestalten läßt, kann nämlich durch einen Begriff mit abschließend feststehenden Merkmalen nicht hinreichend erfaßt werden. Da die unternehmerische Beteiligung der Rechtsfigur des Unternehmergesellschafters das Gepräge gibt und maßgeblich seine besondere Behandlung im Gesellschaftsrecht bestimmt, erscheint es zutreffender, den Unternehmergesellschafter als einen Typus mit Begriffselementen und nicht als einen Begriff mit einem Typuselement anzusehen[94].

Inhaltlich kann man den Typusbegriff des Unternehmergesellschafters als statischen Struktur- und Klassentypus[95] sowie nach der Form seiner Entste-

[91] *Larenz*, Methodenlehre, S. 222.

[92] *Larenz*, Methodenlehre, S. 303; *Radbruch*, IZTR 12 (1938), 44.

[93] Dazu 1. Kap. § 3 A, B und D.

[94] Vgl. zum Vertragshändler als einer ähnlichen Mischform zwischen Typus und Begriff *Ulmer*, Vertragshändler, S. 187ff.

[95] Zu den verschiedenen Typusformen siehe näher *Larenz*, Methodenlehre, S. 461ff.; *Engisch*, Konkretisierung, S. 263f.; *A. Koller*, Typuslehre, S. 28f.

hung als normativen Realtypus[96] bezeichnen. Denn der Typus des Unternehmergesellschafters beschreibt im Gegensatz zum Verlaufstypus einen Zustand und dient der statusrechtlichen Einordnung von Gesellschaftern. Als empirischer Typus kann er zunächst in der gesellschaftsrechtlichen Realität vorgefunden und damit aus der Erfahrung gewonnen werden. Insofern wird der Typus des Unternehmergesellschafters mehr gefunden als erfunden[97] und ist der Rechtswissenschaft in gewisser Weise vorgegeben. Andererseits wohnt ihm von vornherein aber auch deshalb ein normatives Element inne, weil die Auswahl der für den Typus maßgeblichen Merkmale durch rechtliche Wertungen und Sollensvorstellungen mit bestimmt wird[98]. Damit wird der Begriff des Unternehmergesellschafters zwar noch nicht zu einem Idealtypus im Sinne Max Webers[99] oder Georg Jellineks[100], doch kommt es für die Auswahl der Typusmerkmale und damit die abstrakte Beschreibung des Typus nicht allein auf empirisch feststellbare Häufigkeiten, sondern auch auf die anhand der leitenden Wertungsgesichtspunkte vorzunehmende normative Beurteilung an[101].

Die Erschwerung und Unsicherheit der Rechtsanwendung, die mit der für die Rechtsfigur zentralen Typusbetrachtung einhergeht[102], ist grundsätzlich unumgänglich und auch verfassungsgemäß[103]. Denn die gesellschaftsformübergreifende Bildung verschiedener Gesellschaftertypen und eine sich daran anschließende differenzierende rechtliche Behandlung ist in Rechtsprechung und Literatur nicht nur weit verbreitet, sondern in vielen Fällen auch unab-

[96] Zu dieser Bezeichnung insbesondere *Larenz*, Methodenlehre, S. 465; zur Mischung realer und normativer Elemente in den rechtswissenschaftlichen Typen näher *Leenen*, Typus, S. 80ff.; *Engisch*, Konkretisierung, S. 289f.; *Stolterfoht*, Selbständigkeit, S. 170; *A. Koller*, Typuslehre, S. 29; *W. Ott*, Typologie, S. 69.

[97] So allgemein die Formulierung von *A. Koller*, Typuslehre, S. 30; allgemein zur Typusfindung auch *Heyde*, Studium Generale 1952, 235, 238f.

[98] Dazu auch allgemein für die gesellschaftsrechtlichen Typen *W. Ott*, Typologie, S. 69.

[99] Siehe dazu *M. Weber*, Die „Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in: Max Weber – Soziologie, Weltgeschichtliche Analysen, Politik, hrsg. von Johannes Winckelmann, Stuttgart 1956, S. 186, 234ff.

[100] Siehe dazu *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre[3], S. 34ff.

[101] Als Beispiel kann etwa der für die gesellschaftsrechtliche Bewertung unerhebliche Umstand genannt werden, daß die große Mehrzahl der unternehmerisch engagierten Privatgesellschafter über 30 Jahre alt ist (vgl. dazu auch *Stolterfoht*, Selbständigkeit, S. 170).

[102] Krit. daher etwa die Anm. zum Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien von 1930, S. 107, in der eine spezifische Haftung des Großaktionärs mit der ausdrücklichen Begründung abgelehnt wurde, daß die begriffliche Erfassung des Großaktionärs großen Schwierigkeiten begegnen würde; in neuerer Zeit etwa krit. zur rechtsunsicheren Differenzierung zwischen Anlagegesellschafter und Unternehmergesellschafter *Dauner-Lieb*, DStR 1998, 609, 614.

[103] Vgl. dazu etwa BVerfG v. 20.5.1996 NJW 1996, 2644 (Erklärung der Verfassungsmäßigkeit des Typusbegriffs der nichtselbständigen Arbeit in § 7 Abs. 1 SGB IV unter Hinweis auf die Anpassungsfähigkeit des Typus und eine allfällige Rechtsunsicherheit bei der Rechtsanwendung).

dingbar, um eine zweckgerechte Rechtsanwendung zu gewährleisten[104]. Die Ausbildung von Begriffsmerkmalen anhand eines festgestellten Häufigkeitstypus würde den Begriff einerseits zu eng und andererseits zu weit fassen und damit im Einzelfall zu Erweiterungen bzw. Reduktionen des Begriffs zwingen[105]. Aus diesem Grunde würde die allgemeine Verwendung einer der einfachen Subsumtion zugänglichen Begriffsdefinition auch keinen Gewinn an Rechtssicherheit und Einfachheit bieten, sondern lediglich die Gefahr unangemessener Entscheidungen heraufbeschwören[106]. Auch die Tatsache, daß vergleichbare Gesetzesbegriffe wie etwa derjenige der Mitunternehmerschaft allgemein als Typen aufgefaßt werden[107], spricht dafür, sich der gesellschaftsformübergreifenden und komplexen Figur des Unternehmergesellschafters ebenfalls mit typologischem Denken zu nähern. Lediglich in Fällen, in denen es in besonderem Maße auf eine einfache und rechtssichere Normanwendung ankommt, ist die typologische Gesamtbetrachtung auf Kosten der materiellen Gerechtigkeit begriffsähnlich auf einzelne zentrale Typusmerkmale des Unternehmergesellschafters zu beschränken[108].

II. Bildung und Handhabung des Typusbegriffs

Die Darstellung der verschiedenen Begriffs- und Typusmerkmale der Rechtsfigur des Unternehmergesellschafters wird in diesem ersten Kapitel zwar der eingehenden Behandlung der einzelnen Rechtsanwendungsfälle und der hieraus abzuleitenden allgemeinen Wertungsgesichtspunkte vorangestellt, doch geschieht dies ausschließlich aus Gründen der Darstellungstechnik. Methodisch beruht die folgende eingehende Beschreibung des Typusbegriffs des Unternehmergesellschafters nämlich genau umgekehrt auf der in den einzelnen Kapiteln vorgenommenen Bestimmung der für die Begriffsbildung maßgeblichen Wertungsgesichtspunkte[109], da sich die abstrakt-begriffliche Abgrenzung eines Typus von anderen Typen oder Begriffen immer an bestimm-

[104] Siehe dazu die zahlreichen Nachweise im 1. Kap. Vor § 1 sowie die Kap. 3–6 dieser Arbeit.

[105] Dazu allgemein *Larenz*, Methodenlehre, S. 222 und 304; für den handelsrechtlichen Unternehmensbegriff auch *Raisch*, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 123ff.

[106] Dazu allgemein *Larenz*, Methodenlehre, S. 137 und 304.

[107] So für die Mitunternehmerschaft z.B. *Blaurock*, Hdb. Stille Gesellschaft, Rn. 1238 m.w.N.; für den Selbständigenbegriff z.B. *Stolterfoht*, Selbständigkeit, S. 16ff. und 166ff.; für die wirtschaftliche Unselbständigkeit z.B. *Wachter*, Wesensmerkmale, S. 135ff.; für den leitenden Angestellten z.B. *Larenz*, Methodenlehre, S. 465; auch im Zusammenhang mit dem Abhängigkeitsbegriff des § 17 Abs. 1 AktG hält z.B. KK/*Koppensteiner*, § 17 Rn. 12 lediglich die Bestimmung eines „Begriffskerns" für möglich und fordert z.B. *Geßler*, in: Geßler/Hefermehl § 17 Rn. 60 die Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände sowie möglicher Kombinationen von Beherrschungsmitteln.

[108] Dazu unten 1. Kap. § 3 C III 1b und 2b.

[109] Siehe dazu 3. Kap. § 1, 4. Kap. § 1, 5. Kap. § 1 und 6. Kap. § 1.

ten Interessenbewertungen und den dazugehörigen Rechtsfolgen zu orientieren hat[110]. Da der Typus des Unternehmergesellschafters einerseits im Gesetz ersichtlich keine Verwendung gefunden und andererseits in der Rechtsanwendung ganz unterschiedliche Aufgaben zu erfüllen hat, kann allerdings bei ihm wie auch bei anderen vergleichbaren Begriffen (z.B. Arbeitnehmer, Beschäftigter) kein einheitlicher Wertungsgesichtspunkt, sondern lediglich ein Bündel verschiedener teleologischer Kriterien benannt werden. Hierzu gehören die teilweise gebotene Gleichbehandlung der gesellschaftsgebundenen mit der individuellen Unternehmertätigkeit bzw. der Organtätigkeit, die Beachtung der Vermögens-, Willens- und Interesseneinheit bestimmter Gesellschafter mit ihrer Gesellschaft sowie die Berücksichtigung des von einem Unternehmergesellschafter gezeigten beruflichen und unternehmerischen Engagements, das nicht nur mit Herrschaftsmöglichkeiten, sondern auch mit erheblichen Risiken verbunden ist.

Der Typusbegriff des Unternehmergesellschafters ist zudem durch charakteristische Beispiele aus seinem Objektbereich und durch den Hinweis auf den Gegentypus des Anlagegesellschafters zu verdeutlichen, um die auf einer Gesamtbetrachtung beruhende Zuordnung konkreter Sachverhalte durch Vermutungen zu erleichtern und logisch nachvollziehbar auszugestalten[111]. Durch die Zusammenfassung aller Typuselemente ist hierzu zunächst eine ideale Vollform des Unternehmergesellschafters zu bilden, um die sich beispielsweise die zum Kernbereich gehörenden Realtypen des namhaft beteiligten und nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossenen persönlich haftenden Gesellschafters sowie des Einmann-GmbH-Gesellschafters gruppieren. Der unternehmerisch tätige und namhaft beteiligte Kommanditist, der atypisch an der Geschäftsführung und schuldrechtlich an den stillen Reserven wie am Geschäftswert beteiligte stille Gesellschafter sowie der an der Geschäftsführung und namhaft am Kapital beteiligte Kapitalgesellschafter bilden unter anderem den sich anschließenden Gesellschaftertypus, gefolgt von dem über eine Sperrminorität und unternehmerische Interessen verfügenden natürlichen Privatgesellschafter einer Publikumskapitalgesellschaft. Bereits zum Gegentypus des Anlagegesellschafters gehören der gesetzestypische und über einen Kapitalanteil von weniger als 25 % verfügende Kommanditist sowie der lediglich aus Renditegründen an einer maßgeblichen Unternehmensbeteiligung interessierte Privatgesellschafter einer Kapitalgesellschaft.

Die Zuordnung eines Sachverhalts zum Typus des Unternehmergesellschafters erfolgt zunächst durch herkömmliche Subsumtion unter die begrifflich faßbaren Eigenschaften als natürliche Person, als gesellschaftsrechtlich an

[110] *Leenen*, Typus, S. 181 und *Larenz*, Methodenlehre, S. 469 sprechen insoweit von einem hermeneutischen Wechselspiel zwischen Typusbildung und konkreter Normanwendung.

[111] Dazu 1. Kap. § 3 C III 1a (Gegentypus des Anlagegesellschafters) und 1. Kap. § 4 (Erscheinungsformen).

einer unternehmenstragenden Gesellschaft Beteiligter und als Privatgesellschafter[112]. Danach ist die Stellung des zu beurteilenden Privatgesellschafters auf das Vorhandensein derjenigen Merkmale hin zu untersuchen, die das Typuselement der unternehmerischen Tätigkeit eines Gesellschafters beschreiben[113]. An die anhand ihrer Intensität, Beständigkeit und Wirkungsweise vorzunehmende Bewertung der einzelnen Typusmerkmale schließt sich eine an den leitenden Wertungsgesichtspunkten orientierte Gesamtbetrachtung des Sachverhalts und ein Vergleich mit den zweifellos zum Objektbereich des Typus gehörenden Erscheinungsformen an[114]. Je zahlreicher, je stärker und je genauer die einzelnen Merkmale übereinstimmen, um so mehr spricht für die Zuordnung des Sachverhalts zum Typus und damit für eine Gleichbehandlung auf der Rechtsfolgenseite.

§ 2 Verwandte Unternehmerbegriffe

Der für die inhaltliche Ausgestaltung des Unternehmergesellschafterbegriffs zentralen Frage nach den Wesensmerkmalen des gesellschaftsgebundenen Unternehmertums kann man sich am besten durch die Betrachtung verwandter Typen und Begriffe nähern. Dabei ist jedoch zu beachten, daß diese Unternehmerbegriffe jeweils unter bestimmten Wertungsgesichtspunkten gebildet wurden, die sich nur teilweise mit denjenigen des Unternehmergesellschafterbegriffs decken.

A. Der wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Typus des Unternehmers

I. Die verschiedenen Unternehmerbegriffe

Die in der wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Literatur bestehende Verwirrung um den Typusbegriff des Unternehmers[115] hat vielfältige Ursachen. So werden die zahlreichen Bemühungen um eine allgemeingültige und zugleich trennscharfe Umschreibung zunächst dadurch erschwert, daß sich in historisch und geographisch verschiedenen Volkswirtschaften sowie in unterschiedlichen Branchen und Betrieben ganz spezifische Unternehmertypen

[112] Dazu 1. Kap. § 3 A, B und D.
[113] Dazu 1. Kap. § 3 C.
[114] Dazu 1. Kap. § 3 C III und § 4.
[115] Dazu nur *Jungfer*, in: Gestaltwandel der Unternehmung, S. 109ff.; *J.H. Müller*, in: Staatslexikon V, S. 546.

herausgebildet haben. Darüber hinaus ist die Bestimmung des Unternehmers als eines Zentralbegriffs der freiheitlich-kapitalistischen Wirtschaftsordnung stets in besonderer Weise ideologisch belastet[116]. Dem Unternehmerbegriff können zudem mit der Beschreibung einer bestimmten volks- bzw. betriebswirtschaftlichen Funktion, einem typischen Persönlichkeitsbild, einer bestimmten Motivationslage oder konkreter organisatorischer Voraussetzungen ganz unterschiedliche Aufgaben zukommen. Schließlich ist eine mehr ideal- oder realtypische Begriffsbestimmung möglich.

1. Typische Unternehmerfunktionen

In den meisten Fällen wird der Begriff des Unternehmers in Anlehnung an bestimmte volks- und/oder betriebswirtschaftliche Funktionen umschrieben, wobei nicht selten zugleich auf die persönlichen und/oder sachlichen Voraussetzungen eingegangen wird, die vermeintlich zur erfolgreichen Wahrnehmung der herausgestellten Funktionen erforderlich sind. Unterscheiden kann man insoweit eine innovatorische, eine kombinatorische, eine risikotragende und eine dezisionistische Unternehmerfunktion.

Die Vertreter eines vornehmlich innovatorischen Unternehmerbildes definieren den (Pionier-)Unternehmer als eine Person, die findig in neue bzw. bislang unentdeckt gebliebene Marktsegmente vorstößt, neue Organisationsstrukturen schafft oder neue Bezugsquellen erschließt[117] und hierdurch nicht nur einen Unternehmergewinn erzielt, sondern auch gegen vielfältige Widerstände ein bestehendes ökonomisches Gleichgewicht aufbricht[118] bzw. dieses durch äußere Einflüsse und eine mangelnde Koordination des Ressourcen- und Produktmarkts zerstörte Gleichgewicht wieder herstellt[119]. Unter diesen teilweise dem Geniekult verhafteten Unternehmerbegriff, der zugleich einen zentralen Bestandteil volkswirtschaftlicher Entwicklungstheorien darstellt, fallen damit einerseits weder alle selbständigen und für eigene Rechnung handelnden Wirtschaftssubjekte noch stellen andererseits das Eigentum an den Betriebsmitteln und die Selbständigkeit unabdingbare Voraussetzungen des Pionierunternehmertums dar[120]. Das auf das regelmäßig vorübergehende und

[116] *Wittmann*, Unternehmer, S. 5f.

[117] *Schumpeter*, Theorie, S. 110ff. und 117ff.; *ders.*, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 8, S. 476, 482f.; *Kirzner*, Competition, S. 39ff., 57, 72f. und 79ff.; *Sombart*, Bourgeois, S. 70ff.; *Weddigen*, in: Gestaltwandel der Unternehmung, S. 23, 25; für den „schöpferischen" bzw. „wirklichen" Unternehmertyp auch *Redlich*, Unternehmer, S. 98; teilweise krit. *Brentano*, Unternehmer, S. 23ff.; *Pleitner*, in: Albach/Held, Betriebswirtschaftslehre mittelständischer Unternehmen, S. 511, 514 und 520f. sowie *Berg/Brandt*, ORDO 1998, 229, 247.

[118] So *Schumpeter*, Theorie, S. 110ff.

[119] So *Kirzner*, Competition, S. 30ff.

[120] *Schumpeter*, Theorie, S. 111f.; *ders.*, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 8, S. 476, 481 und 484f.

allenfalls wiederkehrende Innovationsstadium beschränkte Unternehmerdasein bildet danach auch keinen Dauerzustand oder Beruf[121]. Eine besonders ideale Verkörperung findet dieser Unternehmertypus im Gründerunternehmer[122].

In kombinatorischer Hinsicht zeichnet sich der Unternehmer dadurch aus, daß er die unterschiedlichen Produktionsfaktoren, insbesondere Kapital und Arbeit, zu einer seinem Geist entspringenden Unternehmung zusammenfaßt[123]. Der Unternehmer, der die Verfügungsgewalt über die Produktionsmittel besitzt und im Hinblick auf den Produktionszweck ausübt, erscheint insofern einerseits als Arbeitgeber, Kreditnehmer, Einkäufer etc. und andererseits als Anbieter von marktgerechten Leistungen, der für seine vermittelnde und auf eigene Rechnung gehende Tätigkeit einen (von ihm angestrebten) Unternehmergewinn erhält[124].

Besonders im Zusammenhang mit den Lehren vom Unternehmergewinn wird zudem nicht selten hervorgehoben, daß der Unternehmer als die für die Geschicke des Unternehmens verantwortliche Person typischerweise für das nicht versicherbare Risiko seiner Unternehmungen einzustehen hat[125]. Unternehmer ist danach jemand, der auf eigene Rechnung zu einem bestimmten Preis kauft sowie zu einem unbestimmten Preis verkauft und damit zum Risikoträger und Empfänger eines ungewissen Einkommens wird[126].

Nach dem dezisionistischen Unternehmermodell ist der Unternehmer eine Person, die diejenigen Entscheidungen trifft, die an andere in der Unternehmung Tätige nicht delegiert werden können[127]. Der nicht an die Weisungen anderer Unternehmensglieder gebundene Unternehmer erscheint insofern als

---

[121] *Schumpeter*, Theorie, S. 116.

[122] *Schumpeter*, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 8, S. 476, 485; *Kirzner*, Competition, S. 52.

[123] *Brentano*, Unternehmer, S. 16; *Schmoller*, Volkswirtschaftslehre I, S. 460; *Böhm*, FS Kronstein, S. 24ff.; *v. Nell-Breuning*, FS Kronstein, S. 47, 50; krit. *Kirzner*, Competition, S. 56f.

[124] Dazu etwa *Schmoller*, Volkswirtschaftslehre I, S. 460 und *Brentano*, Unternehmer, S. 16, der allerdings auch den Arbeitnehmer als den Anbieter des Produktes Arbeit als Unternehmer ansieht (S. 26f.).

[125] *v. Thünen*, Der isolierte Staat II, S. 80f.; *Knight*, Risk, S. 268ff.; *J.H. Müller*, in: Staatslexikon V, S. 546; *Berg/Brandt*, ORDO 1998, 229, 243f. und 248.

[126] Vermutlich erstmals *Cantillon*, Essai, S. 28ff. (Teil 1 Kap. 13); ferner *Schmoller*, Volkswirtschaftslehre II, S. 495f.; in neuerer Zeit auch *Knight*, Risk, S. 268ff.; krit. *Redlich*, Unternehmer, S. 172f.

[127] *Wittmann*, Unternehmer, S. 8; ähnlich *Redlich*, Unternehmer, S. 176; weitergehend und damit prinzipiell alle Mitglieder der Betriebshierarchie erfassend *Bidlingmaier*, Unternehmerziele, S. 17 und 20 (Unternehmer sei jeder Träger der in den Bereich der Unternehmung fallenden wirtschaftlich bedeutsamen Entscheidungen über die Ziele oder Zwecke und über die Mittel, Verfahren oder Strategien wirtschaftlichen Tuns.); ähnlich *J.H. Müller*, in: Staatslexikon V, S. 546.

das Führungs- und Machtzentrum der Unternehmung[128] sowie als eine Person, die nach außen die Stellung des Unternehmens im Markt bzw. in der Volkswirtschaft bestimmt[129] und im Inneren die Produktion bzw. die Geschäftsabwicklung verantwortlich leitet[130].

2. *Typische Motive und Persönlichkeitsmerkmale des Unternehmers*

Die Wirtschafts- und Sozialwissenschaften haben sich darüber hinaus eingehend mit den typischen Motiven und Persönlichkeitsmerkmalen eines Unternehmers beschäftigt. Das hier über lange Zeit hinweg im Vordergrund stehende und als charakteristisch unterstellte Interesse des Unternehmers am Unternehmergewinn[131] wird heute zwar immer noch als unabdingbare Voraussetzung eines unter den Bedingungen der Marktwirtschaft langfristig erfolgreichen Unternehmertums angesehen. Zunehmend werden jedoch auch andere Motivationsfaktoren wie insbesondere die mit der unternehmerischen Tätigkeit allgemein verbundene Unabhängigkeit, die Möglichkeit zur Gestaltung und Machtausübung, das Wertgefühl und Prestigestreben, die Verantwortung für Unternehmen und Familie sowie die menschlichen Kontakte in den Vordergrund gerückt[132]. Auch bereits Schumpeter sah seinen Pionierunternehmer weniger durch die Gewinnabsicht als durch das Bestreben nach Schaffung eines privaten Herrschaftsbereichs, nach wirtschaftlichem Erfolg und durch die Freude am Gestalten gekennzeichnet[133].

Ein naturgemäß noch vielfältigeres Bild ergibt sich bei den jeweils als maßgeblich herausgestellten unternehmerischen Persönlichkeitsmerkmalen, zu denen zumeist Intuition, Dynamik, Initiative, Risikobereitschaft, Entscheidungsfreude, Mut, Hingabe, finanzielle Umsicht, psychische Belastbarkeit und Kreativität gezählt werden[134]. So erscheint der Unternehmer auch als die idealtypische Verbindung aus einem über geistige Freiheit, Ideenreichtum, Wagemut, Durchsetzungskraft und Beharrlichkeit verfügenden Pionier, ei-

---

[128] *Wittmann*, Unternehmer, S. 8.

[129] *Redlich*, Unternehmer, S. 96 und 176.

[130] *Schmoller*, Volkswirtschaftslehre II, S. 495.

[131] Siehe dazu etwa *Sombart*, Bourgeois, S. 217ff.; *Schmoller*, Volkswirtschaftslehre I, S. 460.

[132] *Pleitner*, in: Albach/Held, Betriebswirtschaftslehre mittelständischer Unternehmen, S. 511, 518ff.; *Redlich*, Unternehmer, S. 179f.; vgl. dazu auch die Ergebnisse von Unternehmerbefragungen des Instituts für Demoskopie Allensbach vom April 1988 (IfD-Umfrage 2281) und September 1991 (IfD-Umfrage 3215).

[133] *Schumpeter*, Theorie, S. 137ff.

[134] *Pleitner*, in: Albach/Held, Betriebswirtschaftslehre mittelständischer Unternehmen, S. 511, 516; ähnlich *Wittmann*, Unternehmer, S. 16f. und *Jungfer*, in: Gestaltwandel der Unternehmung, S. 109, 128; eingehend zum demoskopischen Nah- und Fernbild des Unternehmers *Noelle-Neumann*, in: 10. Unternehmerforum Lilienberg, S. 10, 17ff. sowie zum Idealbild des Unternehmers in der Bevölkerung *Köcher*, DBW 42 (1982), 331, 333ff.

nem zur plangerechten Kombination der Produktionsfaktoren und zur Beurteilung bzw. zum Einsatz fremder Arbeit fähigen Organisator und einem geschickten Verhandlungsführer[135]. Bisweilen wird schließlich die besondere Leistungsfähigkeit und -bereitschaft des Unternehmers sowie seine starke emotionale Bindung an den Betrieb als charakteristisch hervorgehoben[136].

3. *Unternehmertypen und andere Wirtschaftssubjekte*

Die Unsicherheiten bei der Beschreibung des wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Unternehmerbegriffs wirken sich auch auf die Zuordnung der verschiedenen Wirtschaftssubjekte zu diesem Typus und seine Abgrenzung gegenüber verwandten Erscheinungsformen aus. So wird lediglich der sog. Eigentümer-Unternehmer, der das Eigentum an den Produktionsmitteln und die Bereitstellung von Kapital mit der Ausübung unternehmerischer Leitungsmacht verbindet, unbestrittenermaßen als Unternehmer betrachtet[137]. Sofern dabei dem gesellschaftsgebundenen Unternehmertum überhaupt eine gesonderte Beachtung geschenkt wird, zählt man allerdings auch den maßgeblich beteiligten und an der Geschäftsführung mitwirkenden Gesellschafter (Mitunternehmer) zu diesem Kreis der Eigentümer-Unternehmer[138]. Daneben werden aber auch immer wieder die Mitglieder der Unternehmensleitung als sog. Manager-Unternehmer[139], die Gesellschafter als die das wirtschaftliche Risiko tragenden Personen[140] und sogar einfache Mitarbeiter[141] in den Unternehmerbegriff einbezogen. Während sich damit die auch im allgemeinen Bewußtsein verwischende Unterscheidung zwischen dem Unternehmer und dem Manager als schwierig erweist, dürfte sich die

---

[135] *Sombart*, Bourgeois, S. 70ff.

[136] *v. Thünen*, Der isolierte Staat II, S. 83ff.

[137] *Pross*, Unternehmer, Ev. Staatslexikon II, Sp. 3671; *Gutenberg*, Betriebswirtschaftslehre, S. 487 und 496ff.; *Weddigen*, in: Gestaltwandel der Unternehmung, S. 23, 27; zur Ausgrenzung der Manager *Brentano*, Unternehmer, S. 17f. und *Liefmann*, Unternehmungsformen, S. 50; zu gewissen persönlichkeitsbedingten Einschränkungen selbst im Kreis der Eigentümer-Unternehmer zudem *Pleitner*, in: Albach/Held, Betriebswirtschaftslehre mittelständischer Unternehmen, S. 511, 514f., der den „echten" Unternehmer etwa vom Möchte-gern-Unternehmer, dem Unternehmer wider Willen und dem inputbegrenzenden Unternehmer unterscheidet.

[138] *Gutenberg*, Betriebswirtschaftslehre, S. 487 und 496ff.; *Liefmann*, Unternehmungsformen, S. 48f.; speziell für den unternehmerisch engagierten Aktionär *Kirzner*, Competition, S. 55f. (vor dem Hintergrund der Unterscheidung zwischen Unternehmer und Kapitalist).

[139] *Schumpeter*, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 8, S. 476, 484f.; *Redlich*, Unternehmer, S. 177 und 181; *Wittmann*, Unternehmer, S. 9ff.

[140] So für die Aktionäre etwa *Liefmann*, Unternehmungsformen, S. 50.

[141] So etwa *Brentano*, Unternehmer, S. 27f. (beschränkt auf das Anbieten des Produkts Arbeitskraft) und *Bidlingmaier*, Unternehmerziele, S. 20 (wegen der auf allen Ebenen der Unternehmenshierarchie zu treffenden Unternehmerentscheidungen).

Abgrenzung des Unternehmers vom Kapitalisten inzwischen allgemein durchgesetzt haben[142].

II. Verwertbarkeit des wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Unternehmerbegriffs

Wegen seiner fehlenden begrifflichen Klarheit wurde die unmittelbare Verwertbarkeit des wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Unternehmerbegriffs in der Rechtswissenschaft mit Recht verneint und stattdessen auf den formaljuristisch bestimmten und auf den Rechtsverkehr zugeschnittenen Begriff des Unternehmensträgers zurückgegriffen[143]. Für die Beschreibung des Unternehmergesellschaftertypus sind die dargestellten Begriffsbildungen allerdings insofern von Bedeutung als sie zum einen die psychologische, soziologische und ökonomische Bandbreite der möglichen Erscheinungsformen des idealen und erst recht des realen Unternehmers verdeutlichen sowie zum anderen eine Schnittmenge von immer wieder als typisch angesehenen Merkmalen erkennen lassen, die durchaus auch als Leitlinie für die gesellschaftsrechtliche Bildung des Unternehmergesellschaftertypus herangezogen werden kann. Als maßgeblich wird man danach ansehen müssen, daß auch ein gesellschaftsgebundener Unternehmer eine Unternehmung mit Erfolg gründet und/oder selbständig an ihrer verantwortlichen Leitung und dem Einsatz der Unternehmensressourcen mitwirkt sowie dabei ein zumindest finanzielles und für ihn nicht unerhebliches Risiko übernimmt[144].

---

[142] Zur Unterscheidung zwischen dem Unternehmer und dem Kapitalisten siehe etwa *Schumpeter*, Theorie, S. 112 mit Fn. 12 und 217; *ders.*, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 8, S. 476, 481; *Kirzner*, Competition, S. 55f.; zur Entwicklung der Begriffsabgrenzung siehe näher *Redlich*, Unternehmer, S. 173ff.

[143] Grundlegend *Rittner*, Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 8ff.; ferner etwa *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 4 IV 2; teilweise krit. *Druey*, Geheimsphäre, S. 109f. und 211; zum Begriff des Unternehmensträgers sogleich unter B.

[144] Vgl. zu ähnlichen Unternehmerbegriffen etwa Gabler Wirtschafts-Lexikon, Bd. 4, S. 3949f.; *Weddigen*, in: Gestaltwandel der Unternehmung, S. 23 und *Badura*, FS Rittner, S. 1, 5; *Badura/Rittner/Rüthers*, Gemeinschaftsgutachten, S. 190 m.w.N.; vgl. ferner zur Einbeziehung von Gesellschaftern in den wirtschaftswissenschaftlichen Unternehmerbegriff *Gutenberg*, Betriebswirtschaftslehre, S. 487 und 496ff.; *Liefmann*, Unternehmungsformen, S. 48f. und *Kirzner*, Competition, S. 55f.

B. Der handelsrechtliche Begriff des Unternehmensträgers

I. Begriff des Unternehmensträgers

Jedes Unternehmen bzw. Handelsgewerbe hat einen Unternehmensträger bzw. Betreiber oder Geschäftsinhaber. Der Unternehmensträger bzw. Betreiber des Handelsgewerbes ist der Unternehmer/Kaufmann im handelsrechtlichen Sinne. Dabei handelt es sich rechtlich um diejenige natürliche/juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft, in deren Namen das Unternehmen/Handelsgewerbe betrieben wird und die daher aus den in dem Unternehmen bzw. Handelsgewerbe wirksam geschlossenen Geschäften berechtigt und verpflichtet wird[145]. Der Unternehmensträger/Betreiber muß danach nicht persönlich in „seinem" Unternehmen bzw. Handelsgewerbe tätig sein. Er kann sich nicht nur bei einzelnen Geschäften, sondern bei der Führung des Unternehmens/Handelsgewerbes überhaupt vertreten lassen. Er muß auch nicht wie etwa als Pächter oder Nießbraucher der Inhaber des Geschäftsvermögens sein und kann zudem wie etwa als Kommissionär für fremde Rechnung handeln.

Im Hinblick auf die Unternehmensorganisation tritt der Unternehmensträger einerseits als der Inhaber der Planungs- und Entscheidungsfunktion[146] und andererseits als derjenige in Erscheinung, auf dessen Risiko und Verantwortung die Unternehmungen gehen[147]. Außerdem wird das Unternehmen, das selbst bekanntlich keine Rechtsfähigkeit besitzt, über den Unternehmensträger in die Funktionszusammenhänge der Rechtsordnung integriert[148].

II. Verwertbarkeit des handelsrechtlichen Unternehmensträgerbegriffs

Die Definition des Unternehmensträgers bzw. Betreibers oder Geschäftsinhabers erfolgt zu Recht ausgesprochen formal, da der Begriff im Rechtsverkehr für eine klare Zuordnung der Rechtsbeziehungen sorgen soll[149]. Bei Gesellschaftsunternehmen ist damit jedoch eine Aufteilung der Unternehmensträgerschaft (Gesellschaft) und der Wahrnehmung der materiellen Unterneh-

---

[145] *Rittner*, Die werdende juristische Person, S. 282ff.; MünchKommHGB/*K. Schmidt*, Vor § 1 Rn. 8; *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 4 IV 2 und § 5; Baumbach/*Hopt*, Einl v § 1 Rn. 41; ähnlich für den juristischen Unternehmerbegriff *Raisch*, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 193; *Böhm*, FS Kronstein, S. 24, 31 und passim sowie *v. Nell-Breuning*, FS Kronstein, S. 47, 52f.

[146] *Rittner*, in: Marburger Gespräch, S. 54; *Boettcher u.a.*, Unternehmensverfassung („Sechser-Bericht"), S. 20.

[147] *Rittner*, Unternehmerfreiheit, S. 349.

[148] *Rittner*, Die werdende juristische Person, S. 284; *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 4 V.

[149] *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 4 IV 2; krit. jedoch etwa *Druey*, Geheimsphäre, S. 108ff. und 213.

merfunktionen (Organe und Gesellschafter) auf verschiedene Rechtssubjekte verbunden. Der Unternehmensträgerbegriff ist daher für die an materiellen Gesichtspunkten auszurichtende Bestimmung des Unternehmergesellschaftertypus ebenfalls nicht unmittelbar verwertbar. Bedeutsam ist er lediglich insofern, als der im Rechtsverkehr der rechtsfähigen Gesellschaft durch diese mediatisierte Gesellschafter selbst niemals als Unternehmensträger und damit auch etwa nicht als Partei im Gesellschaftsprozeß oder Arbeitgeber der im Gesellschaftsunternehmen tätigen Arbeitnehmer in Betracht kommt[150]. Ausgehend von der ausschließlichen rechtlichen Anerkennung der Gesellschaft als Unternehmensträgerin kann man sich vielmehr nur noch fragen, über welche Merkmale ein Gesellschafter verfügen muß, um zumindest unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten einem Unternehmensträger im Einzelfall gleichzustehen. Hierbei wird man dann auf die Kriterien einer maßgeblichen Einwirkung auf die Willensbildung der Gesellschaft und einer bedeutsamen wirtschaftlichen Beteiligung an den von der Gesellschaft getätigten Rechtsgeschäften verwiesen[151].

C. Der steuerrechtliche Typus des Mitunternehmers

I. Typusbegriff der Mitunternehmerschaft

Der Mitunternehmer ist eine vom Gesetz nicht definierte Figur des Steuerrechts, die insbesondere für § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG von Bedeutung ist. Mitunternehmer ist nach der Rechtsprechung der Finanzgerichte, wer aufgrund eines zivilrechtlichen Gesellschaftsverhältnisses oder wirtschaftlich damit vergleichbaren Gemeinschaftsverhältnisses zusammen mit anderen Personen Unternehmerinitiative entfalten kann und ein Unternehmerrisiko trägt[152]. In Anlehnung an diese Definition wird der Mitunternehmer auch als eine Person bezeichnet, auf deren Mitrechnung, Mitverantwortung und Mitgefahr der Betrieb geführt wird[153]. Bei dem dem Gesellschaftsrecht fremden[154] Begriff des Mitunternehmers bzw. der Mitunternehmerschaft handelt es sich um einen Typus, dem die verschiedenen gesellschaftsrechtlichen Sachverhalte aufgrund

[150] Dazu näher 3. Kap. § 2 insbesondere unter D II und F.

[151] Dazu näher im 3. Kap.

[152] Dazu nur BFH-GrS v. 25.6.1984 BFHE 141, 405, 440; BFH-GrS v. 3.5.1993 BFHE 171, 246, 257; BFH v. 13.7.1993 BFHE 173, 28, 32f.

[153] *Blaurock*, Hdb. Stille Gesellschaft, Rn. 1239.

[154] Eine gewisse Verwandtschaft besteht lediglich mit dem in der Gesellschaftsrechtsdogmatik gelegentlich gebrauchten Begriff der Mitunternehmergemeinschaft, der den Zusammenschluß einer kleinen Anzahl von persönlich untereinander eng verbundenen, sämtlich Geld- oder Sacheinlagen erbringenden und eine verantwortliche Tätigkeit in der Geschäftsführung übernehmenden Gesellschaftern kennzeichnet (dazu näher 1. Kap. § 4 B II).

einer Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen Verhältnisse zugeordnet werden, wobei jedoch die beiden jeweils für sich als Typus zu verstehenden Kriterien der Mitunternehmerschaft, die Mitunternehmerinitiative und das Mitunternehmerrisiko, kumulativ vorliegen müssen[155].

1. Typuselemente der Mitunternehmerschaft

Die beiden Merkmale der Mitunternehmerschaft, die Mitunternehmerinitiative und das Mitunternehmerrisiko, müssen auf einer zwischen den Mitunternehmern bestehenden Gesellschaftsbeziehung oder einem gesellschaftsähnlichen Gemeinschaftsverhältnis beruhen. Es genügt daher nicht, wenn die Unternehmerinitiative und/oder das Unternehmerrisiko lediglich auf einzelne Schuldverhältnisse in der Form gegenseitiger Austauschverhältnisse zurückzuführen sind[156]. Grundlage einer Mitunternehmerschaft kann allerdings auch eine Innengesellschaft in der Form der (atypischen) stillen Gesellschaft, der Unterbeteiligung oder eines als Austauschvertrag deklarierten sog. verdeckten Gesellschaftsverhältnisses sein[157]. Da eine Unternehmerinitiative entfaltende und Unternehmerrisiko tragende Person jedoch regelmäßig die Voraussetzungen für die Annahme eines zugrundeliegenden Gesellschaftsverhältnisses oder gesellschaftsähnlichen Gemeinschaftsverhältnisses erfüllt, besteht zudem eine diesbezügliche Vermutung, die nur durch substantiiertes Bestreiten widerlegt werden kann[158].

Unter der Mitunternehmerinitiative versteht man die Möglichkeit zur gesellschaftsrechtlichen Teilnahme an unternehmerischen Entscheidungen, wie sie den Mitgliedern der Leitungsorgane und den leitenden Angestellten obliegen[159]. Ausreichend ist nach herrschender Meinung die Möglichkeit zur Ausübung von Rechten, die den Stimm-, Kontroll-, Zustimmungs- und Widerspruchsrechten eines Kommanditisten nach §§ 164, 166 HGB oder den Kontrollrechten nach § 716 Abs. 1 BGB entsprechen[160]. Kein Mitunternehmer ist hingegen, wer vertraglich vom Stimmrecht ausgeschlossen ist oder den

---

[155] BFH v. 8.2.1979 BFHE 127, 188, 195; BFH-GrS v. 25.6.1984 BFHE 141, 405, 440; BFH v. 11.10.1988 BFHE 155, 514, 516; BFH v. 13.7.1993 BFHE 173, 28, 33; *Schulze zur Wiesche*, DB 1982, 919, 920f.; *Blaurock*, Hdb. Stille Gesellschaft, Rn. 1238; *Schmidt*, § 15 EStG Rn. 261f.; krit. *Knobbe-Keuk*, StuW 1986, 106, 112.

[156] BFH v. 13.7.1993 BFHE 173, 28, 33; *Schulze zur Wiesche*, DB 1982, 919.

[157] BFH v. 22.10.1987 FR 1988, 77; BFH v. 13.7.1993 BFHE 173, 28, 32f.; BFH v. 21.9.1995 BFHE 179, 62, 64ff.

[158] BFH v. 13.7.1993 BFHE 173, 28, 32f.

[159] Dazu nur BFH-GrS v. 25.6.1984 BFHE 141, 405, 441; BFH v. 1.8.1996 BFHE 181, 423, 430.

[160] BFH v. 30.7.1975 BFHE 116, 497, 501; BFH v. 19.2.1981 BFHE 133, 180, 185f.; BFH-GrS v. 25.6.1984 BFHE 141, 405, 440f.; BFH v. 27.1.1994 BFHE 174, 219, 222f.; *Schmidt*, § 15 EStG Rn. 263; krit. *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, § 9 II 3 a; *Blaurock*, Hdb. Stille Gesellschaft, Rn. 1241.

Mehrheitsgesellschafter selbst bei Änderungen des Gesellschaftsvertrags nicht an einer Beschlußfassung hindern kann[161]. Auch bei einem zeitlich von vornherein eng befristeten Gesellschaftsverhältnis ist grundsätzlich keine Entfaltung von Unternehmerinitiative möglich[162].

Das Mitunternehmerrisiko setzt eine gesellschaftsrechtliche oder eine dieser wirtschaftlich vergleichbare Teilhabe am Erfolg bzw. Mißerfolg des Unternehmens der Mitunternehmerschaft voraus[163]. Regelmäßig besteht diese Teilhabe in einer unmittelbaren Beteiligung am Gewinn und Verlust sowie an den stillen Reserven des Anlagevermögens einschließlich des Geschäftswerts[164]. Für sich genommen sind weder die Beteiligung am Gewinn und Verlust noch die dingliche oder schuldrechtliche Beteiligung an der Wertentwicklung des Geschäftsvermögens ausreichend oder erforderlich. Sie bilden jedoch nach Ansicht des Bundesfinanzhofs ein starkes Indiz für das Bestehen eines Mitunternehmerrisikos[165]. Wer nach außen unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet, ist grundsätzlich Mitunternehmer, selbst wenn er im Innenverhältnis einen unbegrenzten Freistellungsanspruch gegen andere Gesellschafter hat[166]. Eine persönliche Gewinnerzielungsabsicht hinsichtlich des gemeinsamen Gewinns ist nicht erforderlich[167], wohl aber eine Gewinnerzielungsabsicht hinsichtlich des Gesamtgewinns[168] sowie das Bestehen einer nicht fernliegenden Gewinnchance[169]. Unerheblich ist grundsätzlich auch, ob eine vereinbarte Gewinnauszahlung tatsächlich erfolgt[170]. Der Bundesfinanzhof hat sich allerdings noch nicht festgelegt, ob eine fehlende Beteiligung am laufenden Gewinn durch eine Beteiligung am Geschäftswert bei Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses ersetzt werden kann[171].

---

[161] BFH v. 11.10.1988 BFHE 155, 514, 516f.

[162] BFH v. 15.7.1986 BFHE 147, 334, 341.

[163] Dazu nur BFH-GrS v. 25.6.1984 BFHE 141, 405, 441; BFH v. 24.7.1984 BStBl. II 1985, 85, 87; BFH v. 24.9.1991 BFHE 166, 124, 128; *Schulze zur Wiesche*, DB 1982, 919, 921; *Schmidt*, § 15 EStG Rn. 264.

[164] BFH-GrS v. 25.6.1984 BFHE 141, 405, 441; BFH v. 13.7.1993 BFHE 173, 28, 33; *Schulze zur Wiesche*, DB 1982, 919, 921; *Schmidt*, § 15 EStG Rn. 264.

[165] BFH v. 17.11.1964 BStBl. III 1965, 260; BFH v. 9.10.1969 BStBl. II 1970, 320, 321; BFH v. 28.1.1971 BFHE 102, 362, 365; BFH-GrS v. 25.6.1984 BFHE 141, 405, 440; BFH v. 19.2.1981 BFHE 133, 180, 185.

[166] BFH v. 11.6.1985 BFHE 144, 357, 360f.; BFH v. 11.12.1986 BFHE 149, 149, 153f.; generell zur Bedeutung der persönlichen Haftung für das Unternehmerrisiko BFH v. 17.1.1980 BStBl. II 1980, 336, 338f.; BFH v. 14.8.1986 BFHE 147, 432, 436; BFH v. 17.11.1987 BFHE 152, 230, 232.

[167] BFH-GrS v. 25.6.1984 BFHE 141, 405, 441.

[168] BFH v. 23.5.1991 BFHE 164, 540, 543.

[169] BFH v. 22.1.1981 BFHE 132, 542, 547; BFH-GrS v. 25.6.1984 BFHE 141, 405, 442; BFH v. 15.7.1986 BFHE 147, 334, 341.

[170] BFH v. 29.4.1991 BFH/NV 1992, 388, 390.

[171] BFH v. 27.5.1993 BFHE 171, 510, 513f.

Ob eine Mitunternehmerschaft im jeweiligen Veranlagungszeitraum gegeben ist, muß unter Berücksichtigung aller Umstände gewürdigt werden, die die rechtliche und wirtschaftliche Stellung einer Person insgesamt bestimmen[172]. Die beiden Merkmale der Unternehmerinitiative und des Unternehmerrisikos müssen zwar vorliegen, können aber im konkreten Fall unterschiedlich stark ausgeprägt sein, wobei eine geringe Risikotragung durch eine ausgeprägte Unternehmerinitiative und umgekehrt kompensiert werden kann[173]. Wer am Gewinn und Verlust und bei Ausscheiden oder Liquidation auch an den stillen Reserven und am Geschäftswert teilhat, ist daher grundsätzlich Mitunternehmer, auch wenn er keinen Einfluß auf die Geschäftsführung und nur geringe Mitwirkungs- und Kontrollrechte hat[174]. Andererseits kann eine Person auch ohne Kapitalbeteiligung und ohne (sonstige) Beteiligung am Gewinn und Verlust, den stillen Reserven und am Geschäftswert Mitunternehmer sein, wenn sie insbesondere als Geschäftsführer Mitunternehmerinitiative entfalten kann und durch eine besondere wirtschaftliche Abhängigkeit vom Erfolg des Unternehmens ein Mitunternehmerrisiko besteht[175].

2. *Erscheinungsformen der Mitunternehmerschaft*

Leitbild der Mitunternehmerschaft ist der persönlich und unbeschränkt haftende Gesellschafter. Er ist Mitunternehmer, wenn seine aufgrund des Gesellschaftsvertrages bestehende rechtliche und wirtschaftliche Position in der Gesellschaft nicht wesentlich hinter dem gesetzlichen Leitbild zurück-

[172] Dazu nur BFH-GrS v. 25.6.1984 BFHE 141, 405, 440; BFH v. 12.11.1985 BFHE 145, 408, 413.

[173] BFH-GrS v. 25.6.1984 BFHE 141, 405, 440; BFH v. 12.11.1985 BFHE 145, 408, 414; BFH v. 15.12.1992 BFHE 170, 345, 349f.; BFH v. 20.11.1990 BFHE 163, 336, 339; BFH v. 21.9.1995 BFHE 179, 62, 66; *Sudhoff*, FR 1968, 184, 189.

[174] BFH v. 12.11.1985 BFHE 145, 408, 414f.; BFH v. 24.7.1986 BFHE 147, 495, 498f.; BFH v. 10.11.1987 BFHE 152, 325, 327ff.; *Schmidt*, § 15 EStG Rn. 270; siehe dazu auch bereits *Sudhoff*, FR 1968, 184, 189.

[175] BFH v. 28.1.1971 BFHE 102, 362, 366 (Fortdauer der geschäftsführenden Stellung und des selbständigen Entnahmerechts nach Ausscheiden aus einer Familien-OHG); BFH v. 29.1.1976 BStBl. II 1976, 332, 335 (Verpachtung der Betriebsanlagen und Verkauf des Umlaufvermögens durch den früheren Einzelunternehmer und nunmehrigen teilweise gewinnabhängig vergüteten Alleingeschäftsführer der Komplementär-GmbH an eine Familien-KG unter Stundung der Restkaufpreisforderung); BFH v. 11.12.1980 BStBl. II 1981, 310, 313f. (Wahrnehmung der Unternehmerfunktionen durch den Alleingeschäftsführer einer KG bei wirtschaftlicher Abhängigkeit vom Erfolg der KG, die im übrigen keine Gewinne erwirtschaftete und über kein nennenswertes Aktivvermögen verfügte); BFH v. 28.10.1981 BStBl. II 1982, 186, 188 (Übernahme von Wechselbürgschaften in erheblichem Umfang); BFH v. 28.1.1982 BStBl. II 1982, 389f. (Geschäftsführung durch zwei stille Gesellschafter, die weder am Verlust noch an den stillen Reserven und am Geschäftswert beteiligt waren); *Sudhoff*, FR 1968, 184, 189; *Schulze zur Wiesche*, DB 1982, 919, 921f.; *Schmidt*, § 15 EStG Rn. 271.