

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 134

**Wirtschaftlich-existenziell
abhängige Unternehmen im Konzern-,
Kartell- und Arbeitsrecht**

**Zugleich ein Beitrag zur rechtlichen Erfassung
moderner Unternehmensverträge**

Von

Frank Bayreuther



Duncker & Humblot · Berlin

FRANK BAYREUTHER

**Wirtschaftlich-existenziell abhängige Unternehmen
im Konzern-, Kartell- und Arbeitsrecht**

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 134

Wirtschaftlich-existenziell abhängige Unternehmen im Konzern-, Kartell- und Arbeitsrecht

Zugleich ein Beitrag zur rechtlichen Erfassung
moderner Unternehmensverträge

Von

Frank Bayreuther



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Bayreuther, Frank:

Wirtschaftlich-existenziell abhängige Unternehmen im Konzern-,
Kartell- und Arbeitsrecht : zugleich ein Beitrag zur rechtlichen
Erfassung moderner Unternehmensverträge / von Frank Bayreuther. –
Berlin : Duncker und Humblot, 2001

(Schriften zum Wirtschaftsrecht ; Bd. 134)

Zugl.: Berlin, Freie Univ., Diss., 1999

ISBN 3-428-10082-4

Alle Rechte vorbehalten

© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Selignow Verlagsservice, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 3-428-10082-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Vorwort

Die vorliegende Arbeit hat im Jahr 1999 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Dissertation vorgelegen. Sie wurde mit dem Ernst-Reuter-Preis der Freien Universität Berlin ausgezeichnet.

Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dr. Franz-Jürgen Säger. Seine Gesprächsbereitschaft war mir eine wichtige Hilfe, seine Anregungen haben das Gelingen der Arbeit nachhaltig gefördert. Zu danken habe ich des weiteren Herrn Professor Dr. Lutz Sedatis für die Erstattung des Zweitgutachtens. Großen Dank schulde ich schließlich auch Herrn Professor Dr. Winfried Veelken. Er hat mir während meiner Tätigkeit als Assistent an seinem Lehrstuhl großzügig Gelegenheit zur eigenständigen Arbeit gegeben. Schließlich danke ich Herrn Prof. Dr. h. c. Norbert Simon für die freundliche Aufnahme der Arbeit in die Reihe Schriften zum Wirtschaftsrecht.

Die Arbeit wurde im Mai 1999 abgeschlossen. Neue Entwicklungen in Schrifttum und Rechtsprechung wurden für die Veröffentlichung noch bis April 2000 eingearbeitet.

Berlin, im Oktober 2000

Frank Bayreuther

Inhaltsübersicht

Einleitung	23
-------------------------	----

Erster Teil

Systematische Grundlagen des Abhängigkeitsbegriffes	30
------------------------------------------------------------	----

Erstes Kapitel: Einheitlicher Abhängigkeitsbegriff oder einzelgesetzesbezogene Auslegung?	30
Zweites Kapitel: Meinungsstand zur Abhängigkeitsqualität	32
A. Meinungsstand im Schrifttum	32
B. Rechtsprechung	34
Drittes Kapitel: Strukturanalyse des § 17 I AktG	40
A. Wörtliche Auslegung des § 17 I AktG	40
B. Systematische Auslegung	41
C. Historische Auslegung	66
D. Teleologische Vorüberlegung: Markt-, Gesellschafts- und Konzerngefahren ...	69
Viertes Kapitel: Zusammenfassung, Schlußfolgerungen und Thesen	74

Zweiter Teil

Normzweckorientierte Bestimmung des Abhängigkeitsbegriffes	76
-------------------------------------------------------------------	----

Erstes Kapitel: Rechtsfolgen konzernrechtlicher Abhängigkeit	76
A. Vorschriften, die direkt an § 17 AktG anknüpfen	77
B. Vorschriften, die an § 15 AktG anknüpfen: §§ 15 i. V. m. 90 I S. 2, 131 I S. 2, 131 III Nr. 1, 145 IV S. 2 und 400 I Nr. 1 AktG	104
C. Zweite Zentralnorm: § 18 I S. 3 AktG	105
D. Normenübergreifendes Problem: Beständigkeit des beherrschenden Einflusses	131
E. Zusammenfassung, Schlußfolgerungen und Thesen	142
Zweites Kapitel: Der Schutz des wirtschaftlich abhängigen Unternehmens durch das Allgemeine Zivil- und Wirtschaftsrecht – Schutzdefizite gegenüber dem Konzernrecht?	149
A. Einleitung – Umschreibung des Prüfungsgegenstandes	149
B. Abhängigkeiten auf tatsächlicher Grundlage?	150
C. § 138 BGB	153
D. Schutz nach AGBG	160
E. Vertragliche Treuepflichten und positive Forderungsverletzung	175
F. § 826 BGB	197

G. Kartellrecht	211
H. UWG	233
I. Defizite im Bezug auf das willensintegrative Konzernmoment	234
J. Zusammenfassung, Schlußfolgerungen und Thesen	235
Drittes Kapitel: Auf wirtschaftliche Abhängigkeiten anwendbare Rechtsfolgen	242
A. Spezifisch konzernrechtliche Regelungen	243
B. Weitere Anwendbarkeit allgemeiner zivilrechtlicher Rechtsinstitute?	301
C. Zusammenfassung, Schlußfolgerungen und Thesen	328

Dritter Teil

Einzelne Abhängigkeitsverhältnisse	338
Erstes Kapitel: „Klassische“ Unternehmensbeziehungen	339
A. Austauschbeziehungen und Absatzmittlungsverhältnisse	339
B. Lizenzverträge	345
C. Kreditbeziehungen	348
D. Unternehmensverträge	354
E. Zusammenfassung, Schlußfolgerungen und Thesen	361
Zweites Kapitel: Franchising – der konzernabhängige Einzelunternehmer	363
A. Allgemeines	363
B. Abhängigkeiten im Verhältnis Franchisegeber/Franchisenehmer	368
C. Rechtliche Erfassung	388
D. Sonderproblem: Einzelperson als abhängiges Unternehmen – Kollision mit dem Arbeitsrecht?	443
E. Zusammenfassung, Schlußfolgerungen und Thesen	527
Drittes Kapitel: Just-in-time Produktion	534
A. Begriffsbestimmung und vertragsrechtliche Erfassung	534
B. Abhängigkeiten im Verhältnis zwischen Hersteller und Zulieferer	541
C. Konzernrechtliche Würdigung	560
D. Zusammenfassung, Schlußfolgerungen und Thesen	579

Vierter Teil

Zusammenfassung, Thesen und Ausblick	584
Literaturverzeichnis	597

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
------------------	----

Erster Teil

Systematische Grundlagen des Abhängigkeitsbegriffes	30
-----------------------------------------------------------	----

Erstes Kapitel

Einheitlicher Abhängigkeitsbegriff oder einzelgesetzesbezogene Auslegung?	30
---------------------------------------------------------------------------------	----

Zweites Kapitel

Meinungsstand zur Abhängigkeitsqualität	32
-----------------------------------------------	----

A. Meinungsstand im Schrifttum	32
B. Rechtsprechung	34
I. RG: Urteil in Sachen „Thega“	34
1. Obiter dictum oder ratio decidendi?	34
2. Mangelnde Vergleichbarkeit von § 65 V AktG 1937 mit den §§ 17 f. AktG 1965?	35
II. Rechtsprechung des BGH	36
1. Seitz und VEBA/Gelsenberg	36
2. BuM/WestLB	36
3. WAZ	37
4. VW/Land Niedersachsen	38
III. Eingangsinstanzen	38

Drittes Kapitel

Strukturanalyse des § 17 I AktG	40
---------------------------------------	----

A. Wörtliche Auslegung des § 17 I AktG	40
B. Systematische Auslegung	41
I. Vergleich mit § 17 II AktG	41
II. Vergleich mit § 14 KStG	42
1. Organisatorische Eingliederung in § 14 KStG: Vergleichsmodell zur konzernrechtlichen Abhängigkeit nach § 17 AktG?	42
2. BFH: Einheitlicher geschäftlicher Betätigungswillen bei der Betriebsaufspaltung	45
3. Aussagekraft steuerrechtlicher Tatbestände	47
III. Vergleich mit § 290 II HGB	47

IV. Vergleich zu §§ 1 VII, 10a IV S. 4 KWG, 22 III WpHG	50
1. § 1 VII KWG	50
2. Art. 1 Nr. 13 der 2. Bankrechtskoordinierungsrichtlinie	50
3. Meinungsstand zum Abhängigkeitsbegriff in § 1 VII 2. Hs. KWG	51
4. Regelungszweck	51
5. §§ 10a IV S. 4 KWG und 22 III WpHG	52
V. Vergleich mit kartellrechtlichen Abhängigkeitstatbeständen	52
1. § 36 II S. 1 GWB	52
2. Fusionstatbestände i. e. S.	54
a) § 37 I Nr. 2 GWB – Kontrollerwerb und § 23 I Nr. 5 GWB a. F.	54
b) § 37 I Nr. 4 GWB	55
3. Europäisches Fusionskontrollrecht	57
a) Art. 66 § 1 EGKS und Art. 3 III FKVO 4064/89	57
b) „Gemeinschafts“- und „Vollfunktionsunternehmen“	58
aa) Definition	58
bb) Art. 3 I FKVO	59
cc) Rückschlüsse	60
4. Exkurs: Verbundklauseln in EG-Verordnungen und -richtlinien	61
5. Aussagekraft wettbewerbsrechtlicher Tatbestände	65
C. Historische Auslegung	66
I. Entstehungsgeschichte	66
II. Zur „Konkretisierungsbefugnis“ von Wissenschaft und Praxis	68
D. Teleologische Vorüberlegung: Markt-, Gesellschafts- und Konzerngefahren	69
I. Gesellschaftsrechtliche Fremdbestimmung	69
II. Organbezug	71

Viertes Kapitel

Zusammenfassung, Schlußfolgerungen und Thesen	74
------------------------------------------------------	-----------

Zweiter Teil

Normzweckorientierte Bestimmung des Abhängigkeitsbegriffes	76
-------------------------------------------------------------------	-----------

Erstes Kapitel

Rechtsfolgen konzernrechtlicher Abhängigkeit	76
-----------------------------------------------------	-----------

A. Vorschriften, die direkt an § 17 AktG anknüpfen	77
I. Allgemeines	77
II. Einzelnormen	77
1. §§ 56 II, 71 d S. 2 AktG	77
2. §§ 16 IV, 20 II u. VII AktG, 22 I Nm. 1 u. 3 WpHG und 19 II KWG	80
3. §§ 145 III 2. Alt. AktG, 19 II Nr. 5 b BörsZulVO, 11 I S. 4 UmwG	81
4. §§ 89 II S. 2, 2. Alt. u. 115 I S. 2, 2. Alt., 100 II S. 1 Nr. 2 AktG und 15 II KWG	82
5. §§ 89 II S. 2, 1. Alt. u. 115 I S. 2, 1. Alt. AktG	83
6. § 136 II S. 1, 4. Alt. AktG und 136 I AktG analog	83

III. „Zentralnormen“ der §§ 311 f. AktG	85
1. § 311 AktG – Zentralnorm des Konzernrechtes: Überbewertung einer Teilregelung?	85
a) Rechtsformspezifische Ausprägung der §§ 311 f. AktG	85
b) Normzweckorientierte und rechtstatsächliche Überlegungen	86
c) Erkenntniswert der §§ 311 f. AktG	87
2. Schädigungsverbot = Schädigungsmöglichkeit?	88
a) Duldung, Billigung oder Hinnahme des faktischen Konzerns?	88
aa) Faktizitäts- und Vertragsprinzip	88
bb) Faktischer Konzern als gesetzeskonformer Zustand?	89
cc) „Billigung“ des faktischen Konzerns?	91
b) Schädigungspotentiale	91
3. Haftung nach den Maßstäben des qualifiziert-faktischen Konzerns	93
a) Zielsetzung der Untersuchung	93
b) Dogmatisch gebotene Einschränkungen	94
c) § 17 AktG als grundlegendes Tatbestandsmerkmal?	96
aa) Konzerneigenschaft	96
bb) Konzernrechtlicher Abhängigkeitstatbestand	97
d) Additive tatbestandsbegründende Merkmale	98
aa) Ältere Rechtsprechung	98
bb) Rechtsprechung seit „TBB“	99
(1) Systematische Erfassung	100
(a) Einwirkungen auf die Vermögenssubstanz des abhängigen Unternehmens	100
(b) Ungleichgewicht bei der Zuweisung von Chancen und Risiken	101
(c) Schädigungen, bestands- und existenzvernichtende Eingriffe	102
(2) Undurchführbarkeit des isolierten Einzelausgleiches	103
B. Vorschriften, die an § 15 AktG anknüpfen: §§ 15 i. V. m. 90 I S. 2, 131 I S. 2, 131 III Nr. 1, 145 IV S. 2 und 400 I Nr. 1 AktG	104
C. Zweite Zentralnorm: § 18 I S. 3 AktG	105
I. Allgemeines	105
II. Allgemeines zur Bestimmung der Konzernleitung: Enger und weiter Konzernbegriff	107
1. Enger Konzernbegriff	107
2. Weiter Konzernbegriff	109
3. Schnittmenge: Kontrolle der Unternehmensfinanzen?	110
4. Stellungnahme	111
5. Enger und weiter Konzernbegriff: Definitionsansatz im „luftleeren Raum“?	112
a) Intensitätsgefälle im Verhältnis zu § 17 AktG	112
b) Auslassung der Rechtsfolgen	114
III. Rechtsfolgen- und normzweckorientierte Normanalyse	114
1. Beurteilung empirischer Erkenntnisse	115
2. Überwiegende Meinung: Wirtschaftseinheit	116
3. Neuere Strömung: gegen den Konzern als „Militärakademie“	118
a) Konzern als dynamischer Prozeß	118
b) Probleme einer engen Konzernführung in der betriebswirtschaftlichen Praxis	121

aa) Flexibilitätsverlust	121
bb) Gefahr von Fehlallokationen	122
c) Neuere Ansätze	123
4. Rechtsnormen, die an § 18 AktG anknüpfen	124
a) Aktienrechtliche Vorschriften	125
aa) Konzernierungsprivileg des § 100 II S. 2 AktG	125
bb) Mittelbare Rückschlüsse aus den §§ 302 f. AktG	126
b) Andere Vorschriften	128
aa) Mittelbare Rückschlüsse aus den Vorschriften und dem Regelungszweck der Konzernrechnungslegung	128
bb) §§ 5 MitbestG und 54 BetrVG	129
D. Normenübergreifendes Problem: Beständigkeit des beherrschenden Einflusses	131
I. Allgemeines zum Kriterium der „Beständigkeit des beherrschenden Einflusses“	131
II. Beständigkeit gesellschaftrechtlicher Beteiligungsverhältnisse	133
III. Wirtschaftlich-existenzielle Abhängigkeit als additiver Umstand	135
IV. Obligatorischer Vertrag über den Kauf eines Aktienpaketes	136
V. Entherrschungsverträge	137
1. Der Entherrschungsvertrag	137
2. Rechtsnatur und Beständigkeit des Entherrschungsvertrages	138
E. Zusammenfassung, Schlußfolgerungen und Thesen	142

Zweites Kapitel

Der Schutz des wirtschaftlich abhängigen Unternehmens durch das Allgemeine Zivil- und Wirtschaftsrecht – Schutzdefizite gegenüber dem Konzernrecht?

	149
A. Einleitung – Umschreibung des Prüfungsgegenstandes	149
B. Abhängigkeiten auf tatsächlicher Grundlage?	150
C. § 138 BGB	153
I. Allgemeines	153
II. Rechtsfolgen- und Anwendungsdefizit: Gesamtnichtigkeit oder geltungserhaltende Reduktion?	157
D. Schutz nach AGBG	160
I. Allgemeines	160
II. Regelung von Unternehmensbeziehungen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen	160
1. Allgemeines	160
2. Beispiel „Just-in-time“	161
3. Vielzahl der Verwendungen und Individualabrede	162
a) § 1 I AGBG	162
b) „Unbestimmte Vielzahl“ von Verwendungen	163
4. Individualabrede	164
5. Schlußfolgerung	166
III. Inhaltliche Kontrolle	166
1. Einschränkungen durch §§ 23 und 24 AGBG	166
a) § 23 I AGBG	166

b) § 24 AGBG	167
2. Kontrollfähige Klauseln – Leistungsbeschreibungen	167
a) Kontrolle nach § 9 AGBG	167
b) Transparenzkontrolle?	168
aa) Problemstellung	168
bb) Transparenzkontrolle durch das AGBG	169
IV. Rechtsfolgendefizit	173
E. Vertragliche Treuepflichten und positive Forderungsverletzung	175
I. Treuepflichten in wirtschaftlichen Abhängigkeiten	175
II. Intensional gesteigerte Treuepflichten	176
1. Allgemeine Treuepflichten in Absatzmittlungsverhältnissen	176
2. Parallele zur arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht	178
3. Grenzen der Treuepflichten im System der herrschenden Meinung, insbesondere: keine Parallelwertung zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht	180
a) Grenzen der „Analogie“ zur arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht	180
b) Keine Parallelwertung zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht	181
III. Schutz- und Rechtsfolgendefizite	183
1. Grundüberlegung	183
2. Vergleich mit den Treuepflichten eines gesellschaftsrechtlich herrschenden Unternehmens	183
a) Primäre Schutzdefizite schuldrechtlicher Treuepflichten	183
b) Abhängige Gesellschaft als „Tatmittler“	186
c) „Beendigungsschutz“	186
3. Insbesondere: Kausalitätsprobleme – Vergleich zu §§ 311, 317 AktG und der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht	188
4. Anspruchsdurchsetzung durch die Unternehmensgläubiger	190
a) Der Unternehmensgläubiger als Schutzobjekt?	190
b) Befriedigung der Unternehmensgläubiger, insbesondere in der Insolvenz des abhängigen Unternehmens	191
5. Verschulden, Beweislast und Rechtsfolgen	193
a) Verschulden	193
b) Beweislast	194
c) Rechtsfolgen	195
6. Unternehmensgläubiger und qualifiziert-faktischer Konzern	197
F. § 826 BGB	197
I. Schutz des abhängigen Unternehmens	198
1. Dogmatische Einordnung des aus § 826 BGB folgenden Kontrahierungszwanges	199
2. Auswirkungen der dogmatischen Einordnungsunsicherheiten auf die Anspruchsdurchsetzung	201
a) Wirtschaftliche Monopolstellung	201
b) Gesamtanalogie zu spezialgesetzlichen Kontrahierungspflichten	203
c) Verfassungsrechtlich dominierte Anspruchsherleitung	203
II. Schutz der Gläubiger	203
1. Aushöhlung und Vereitelung fremder Rechte	204
2. Kredittäuschung, Verschlechterung und Verschleierung des Schuldnervermögens	205

3. Insolvenz- bzw. Konkursverschleppung	207
4. Defizite	207
G. Kartellrecht	211
I. §§ 1, 14 und 16 GWB	211
1. § 1 GWB	211
2. §§ 14 und 16 GWB	213
II. § 19 GWB	215
1. Marktbeherrschung	215
2. Einzelne Tatbestandsvoraussetzungen	216
3. Rechtsfolgen	217
III. § 20 GWB	218
1. §§ 20 III und IV GWB	218
a) § 20 IV GWB	218
b) § 20 III GWB	219
2. § 20 II GWB	220
a) Marktbeherrschung und unternehmensbedingte Abhängigkeit	220
b) Defizite bei der Bestimmung des Adressatenkreises	221
c) „Risiken“ auf der Tatbestandsseite i. e. S.	222
aa) Üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr	222
bb) Unbillig- und Unsachlichkeit der Behinderung und Diskriminierung .	223
(1) Unbillige Behinderung	224
(2) Unsachliche Diskriminierung	225
(3) Beurteilungs- und Prozeßrisiken	225
d) Vergleich von § 20 GWB mit konzernrechtlichen Rechtsinstituten bezüglich der jeweils angeordneten Rechtsfolgen	228
aa) Umfang der Ersatzansprüche und: kartellrechtlicher Kontrahierungszwang	228
bb) Schädigungen	230
cc) Gläubigerschutz	231
e) Nicht isolierbare Schädigungen	232
H. UWG	233
I. Defizite im Bezug auf das willensintegrative Konzernmoment	234
J. Zusammenfassung, Schlußfolgerungen und Thesen	235

Drittes Kapitel

Auf wirtschaftliche Abhängigkeiten anwendbare Rechtsfolgen	242
A. Spezifisch konzernrechtliche Regelungen	243
I. Würdigung als konkludente Beherrschungsverträge?	243
II. Analoge Anwendung der §§ 302, 303 AktG außerhalb einer beherrschungsvertraglichen Grundlage?	248
1. Parallele zur abhängigen Personengesellschaft?	248
2. Stellungnahme	250
3. Konzernrechtlicher Vertragstyp „sui generis“?	252
III. Konzernrechtlicher Ausbeutungsschutz nach den §§ 311, 317 AktG?	253
1. Begünstigung faktisch abhängiger Aktiengesellschaften?	253

a) Das Argument der hM	253
b) „Treuepflichten“	255
c) Ineffizienz der §§ 311 f. AktG	256
d) Exkurs: Anwendung der §§ 311 f. AktG auf „andere“ Gesellschaftsformen?	257
e) Lückenhafte Betrachtung: Außerachtlassung des qualifiziert-faktischen Konzerns?	260
f) Benachteiligung des Einzelunternehmers	261
2. Entgegenstehender Schutzzweck der §§ 311, 317 AktG?	262
a) Problemstellung	262
b) Stellungnahme	263
aa) Schutz der „Minderheitsgesellschafter“	264
bb) Markt- und Konzerngefahren	266
cc) Wirtschaftliche Abhängigkeit als verschuldete Abhängigkeit?	266
3. Situationsgebundenheit	268
4. Marktergebniskontrolle i. e. S.?	271
a) Gegenleistung bei synallagmatischen Austauschbeziehungen	271
b) Differenzierbarkeit zwischen der Begründung einer Abhängigkeitsbeziehung und einer einzelnen Nachteilszufügung	272
c) „Hineinwachsen“ in die Position des herrschenden Unternehmens und Erfolgshaftung des marktmächtigeren Unternehmens?	273
d) Stellungnahme	274
aa) Feststellung des beherrschenden Einflusses	275
bb) Erfolgshaftung	277
cc) Nachteilsausgleich und synallagmatische Gegenleistung aus dem Vertragsverhältnis	278
dd) Kein Existenzschutz zu Gunsten des abhängigen Unternehmens	279
(1) Das Veranlassungskriterium als entscheidendes Tatbestandsmerkmal des § 311 AktG	279
(2) Rechtsfolgen im Fall der Veranlassung des abhängigen Unternehmens zu nachteiligen Rechtsgeschäften durch das herrschende Unternehmen und Kontrahierungszwang i. e. S.	280
(3) Insbesondere: Rückzug aus den fraglichen Rechts- und Geschäftsbeziehungen?	282
5. Kollision mit dem konzernrechtlichen Unternehmensbegriff?	284
IV. Treuepflichten	287
1. Problemstellung	287
2. Allgemeine Treuepflichten	287
3. Erweiterte Treuepflichten oder: gesellschaftsrechtsähnliche Pflichten des „dirigeant en fait“?	288
a) Organisationsrechtliche Begründung und: Erfassung der Kooperation als GbR?	288
b) „Dirigeant en fait“ oder: Analogie zu § 43 GmbHG?	292
4. Inhalt	293
5. Geltungsgrund des Konzernrechtes	294
6. Verfahren bei einer Ablehnung besonderer organisationsrechtlicher Treuepflichten	294

V. Qualifiziert-faktischer Konzern	295
1. Die Haftung im qualifiziert-faktischen Konzern – ein primär gläubigerschützendes Rechtsinstitut?	295
2. Verhaltenshaftung im qualifiziert-faktischen Konzern: systematische Nähe zum Deliktsrecht?	298
a) Dogmatische Ansätze zur Begründung des qualifiziert-faktischen Konzernes außerhalb der §§ 302 f. AktG	298
b) Analogie zu § 302 AktG	299
c) Übergang zur Verhaltenshaftung?	299
B. Weitere Anwendbarkeit allgemeiner zivilrechtlicher Rechtsinstitute?	301
I. Problemstellung: Zementierung der Abhängigkeit	301
II. Schutz nach AGBG	302
III. Schutz nach GWB	304
1. Problemstellung	304
2. Prävalenz des Gesellschaftsrechts?	305
3. Konzentrationsprivileg i. e. S.	309
a) Problemstellung und praktische Relevanz	309
b) Lösungsansatz	311
aa) Gesichertes Beherrschungspotential	312
bb) Legalität der Konzernleitung	313
cc) Wettbewerbstheoretischer Begründungsansatz	313
c) „Gegenprobe“: Konzentrationsprivileg auch außerhalb der konzernrechtlichen Anerkennung wirtschaftlich-existenzieller Abhängigkeiten?	314
4. Binnenwettbewerb im Konzern und Anwendbarkeit der §§ 14 f. GWB	321
a) Problemstellung	321
aa) Grundsätzliches zum Binnenwettbewerb im Konzern	321
bb) Notwendigkeit eines Binnenwettbewerbes bei §§ 19 und 20 GWB ...	322
cc) Schutzzweck der §§ 19 f. GWB	324
b) Lösungsansatz	326
C. Zusammenfassung, Schlußfolgerungen und Thesen	328

Dritter Teil

Einzelne Abhängigkeitsverhältnisse	338
------------------------------------------	-----

Erstes Kapitel

„Klassische“ Unternehmensbeziehungen	339
--------------------------------------------	-----

A. Austauschbeziehungen und Absatzmittlungsverhältnisse	339
I. Austauschbeziehungen	339
II. Absatzmittlungsverhältnisse im allgemeinen	339
1. Weisungsgebundenheit des Absatzmittlers als in konzernrechtlicher Hinsicht neutrales Kriterium	339
2. Ausschließlichkeitsbindungen i. w. S.	341
3. Kartellrechtliche Wertung	342
III. Abhängigkeitsbegründende Momente	342

B. Lizenzverträge	345
I. Definition	345
II. Lizenzvertrag als konzernrechtsrelevante Vereinbarung?	345
1. Beschränkungen des Lizenznehmers	345
2. „Überschießende Beschränkungen“	347
3. Teilergebnis	348
C. Kreditbeziehungen	348
I. Abhängigkeitstatbestände	349
II. Vermögensherrschaft des Kreditgebers – Intransparenz der Haftungsverhältnisse	349
III. Willensherrschaft des Kreditgebers	351
IV. Konzernrechtliche Würdigung	352
D. Unternehmensverträge	354
I. Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge	354
1. Beherrschungsvertrag	354
2. Gewinnabführungsvertrag	355
a) Allgemeines zum Gewinnabführungsvertrag	355
b) Rechtliche Würdigung, insbesondere: steuerrechtliches Umfeld	355
II. Sonstige Unternehmensverträge	356
1. Gewinngemeinschaft und Teilgewinnabführung	356
2. Betriebspacht- und -überlassungsverträge	357
3. Betriebsführungsverträge	358
a) Betriebsführungsverträge zwischen unabhängigen Unternehmen	359
b) Der „eingliedernde“ Betriebsführungsvertrag	360
E. Zusammenfassung, Schlußfolgerungen und Thesen	361

Zweites Kapitel

Franchising – der konzernabhängige Einzelunternehmer 363

A. Allgemeines	363
I. Begriffsbestimmung	363
II. Rechtsnatur	365
III. Wirtschaftliche Bedeutung des Franchising	366
1. Wirtschaftliche Bedeutung	366
2. Vorteile des Franchising	366
B. Abhängigkeiten im Verhältnis Franchisegeber/Franchisenehmer	368
I. Abhängigkeitsbegründende Umstände	368
1. Systemführerschaft durch den Franchisegeber	368
2. Bezugsbindungen	370
3. „Überschießende“ Bezugsbindungen	371
4. „Nebentätigkeitsverbote“	371
5. Expansionsbeschränkungen	372
6. Kontroll- und Weisungsbefugnisse	373
7. Eingriffsbefugnisse in die Personalhoheit des Franchisenehmers	375
II. Abhängigkeitsmindernde Umstände	376
1. Einzelfallbetrachtung	376
2. Effizienzgesichtspunkte	378

3. Franchising als gegenseitiger Kommunikationsprozeß	381
4. Subjektive Momente	383
5. Gesamtwirtschaftliche Effizienzgesichtspunkte	384
C. Rechtliche Erfassung	388
I. Rechtliche Würdigung des grundständigen Fremdeinflusses im Franchisevertrag: Schutz durch analoge Anwendung des Handelsvertreterrechtes?	388
1. Umfang und Charakter der Weisungsmacht des Franchisegebers	388
2. Analoge Anwendung der §§ 84 f. HGB	389
3. Insbesondere: §§ 87 d, 89, 89 b und 90 a HGB	391
a) Kündigungsschutz	391
b) Ausgleichs- und Investitionsersatzansprüche	392
II. Übergriffe auf den unternehmerischen Kernbereich: Schutz durch das Konzernrecht?	394
1. Versagen des Schutzes des Franchisenehmers nach allgemeinem Zivil- und Wirtschaftsrecht als Grundvoraussetzung: Keine grundsätzliche Konzernierung im Verbund	394
2. Einzelne Voraussetzungen für die Anwendung des Konzernrechtes	401
a) Unterwerfung unter die fremde Willensherrschaft	401
aa) Herrschaftsparameter	402
bb) Exkurs: Notwendigkeit der Regulierung der Willensfremdherrschaft im „Franchisekonzern“ durch konzernrechtliche Rechtsfolgen am Beispiel der Errichtung eines Konzernbetriebsrates	406
(1) Verhältnis von § 54 BetrVG zu §§ 17, 18 AktG	406
(2) Mitbestimmung nach § 87 BetrVG	407
(a) § 87 I Nr. 1 BetrVG	407
(b) § 87 I Nr. 2 BetrVG	408
(c) § 87 I Nr. 3 BetrVG	408
(d) § 87 I Nr. 5 BetrVG	408
(e) § 87 I Nr. 6 BetrVG	409
(3) Unterrichtsrecht nach § 90 BetrVG/Rechte nach § 96 BetrVG	409
(4) Unterrichts- und Beratungsrechte nach § 111 BetrVG	410
cc) Existenzielle Ausprägung der Willensherrschaft	411
(1) Indiz: fehlender Gebietsschutz	412
(2) Kündigungsrechte	413
(a) Allgemeines zur Kündigung des Franchisevertrages	413
(b) Kündigungsklauseln	415
(c) Existenzvernichtende Wirkung der Kündigung	417
(d) Betriebswirtschaftliche Folgen der Kündigung	417
(e) Wettbewerbsverbote	418
(f) Wirtschaftliche Realisierbarkeit der Kündigung	420
b) Unterwerfung unter eine fremde Finanzherrschaft	420
aa) Fremdbestimmung über den Vermögensstatus des abhängigen Unternehmens	421
(1) Grundsätzliche finanzielle Abhängigkeit	421
(2) Eingriffsbefugnisse	422
bb) Unternehmensübergreifende Vermischung des Vermögensstatus	423
(1) Zum Begriff der Vermögensherrschaft im Franchisesystem	423

(2) Royalties und andere „Gebühren“	424
(3) Gebührenberechnung nach Umsätzen: Berechnungsmodus oder Gewinnbeteiligung?	425
(4) Weisungs- und Kontrollrecht über den Vermögensstatus des Franchisenehmers	425
(5) Verbuchung durch den Franchisegeber: auf dem Weg zur qualifiziert-faktischen Beherrschung?	427
(6) Darlehen und Vorleistungen durch den Franchisegeber	429
(7) Vermögensstatus des Franchisenehmers aus der Sicht der Kreditwirtschaft	430
c) Unternehmerische Chancen und Risiken, insbesondere: Preisführerschaft des Franchisegebers	430
aa) Kartellrechtliche Grenzen der Preisführerschaft des Franchisegebers im System	432
bb) Preisführerschaft ohne Preisbindung: unverbindliche Preisempfehlungen	435
cc) Preisführerschaft ohne Preisbindung: Maßnahmen in der kartellrechtlichen „Grauzone“	437
d) Schädigungen und fehlender Zwang zur Rücksichtnahme	438
aa) Schädigungen	438
bb) Der Fall „Benetton“	439
3. Franchisesysteme als Gesellschaft bürgerlichen Rechts und: konzernrechtlicher Rechtsformzwang?	441
D. Sonderproblem: Einzelperson als abhängiges Unternehmen – Kollision mit dem Arbeitsrecht?	443
I. Grundsätzliches zur Einzelperson als abhängiges Unternehmen	444
1. Begriffsklärung	444
2. Regelungszweck des Konzernrechtes	445
3. Sittenwidrige Selbstentmündigung?	447
a) Verpflichtungsermächtigung und Selbstentmündigung	447
b) Konzernabhängigkeit der Personengesellschaft	448
c) Abhängigkeit der Einzelperson und Sittenwidrigkeit des beherrschenden Einflusses	449
4. Rechtsfolgen	451
II. Franchisenehmer als Arbeitnehmer des Franchisegebers?	452
1. Der Franchisenehmer als Arbeitnehmer – ein Problem der „neuen Selbständigkeit“?	452
2. Arbeitnehmerbegriff	454
a) „Klassischer“ Arbeitnehmerbegriff	454
b) Neuere Ansätze: „teleologisch“ geprägte Definitionen	455
c) Der Begriff des „abhängig Beschäftigten“ im Sozialrecht, insbesondere: die sozialrechtlichen „Korrekturgesetze“	458
d) Wider den teleologischen Arbeitnehmerbegriff	464
aa) Mangelnde Teleologie des „teleologischen Arbeitnehmerbegriffs“ ...	465
bb) Weisungsgebundenheit	471
cc) Bindung an nur einen Auftraggeber	472
dd) Nichtbeschäftigung eigener Arbeitnehmer	473

ee) Kein duales System Arbeitnehmer-Selbständiger	475
e) Fortgeltung traditionellen Arbeitnehmerbegriffs	476
3. Grundlegende Prüfungsvoraussetzung: Prüfungsgegenstand und keine immanen Schranken durch den Zwang zur Systemeinheit	478
a) Betrachtung des objektiven Geschäftsinhalts, „falsa demonstratio“ und Rechtsformzwang	479
b) Vertragliche Gestaltung und tatsächliche Durchführung	480
c) Keine „Bindungsimmanenz“	480
4. Prüfung des Arbeitnehmerstatus des Franchisenehmers durch die Rechtsprechung	481
5. Arbeitnehmerstatus und konzernrechtliche Unternehmereigenschaft des Franchisenehmers: Differenzierung zwischen unternehmerischer und persönlicher Abhängigkeit	489
a) Arbeitnehmerstatus des wirtschaftlich abhängigen Franchisenehmers nach der klassischen Arbeitnehmerdefinition	489
aa) Arbeitnehmerstatus	489
bb) Schlußfolgerungen: Notwendige Differenzierung zwischen unternehmerisch-wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit	492
cc) Teilergebnis: Der abhängige Franchisenehmer als Arbeitnehmer	494
dd) Schutzlücke für den Bereich der wirtschaftlichen-unternehmerischen Abhängigkeit: der Franchisenehmer als arbeitnehmerähnliche Person?	495
b) Arbeitnehmerstatus nach dem „teleologischen“ Arbeitnehmerbegriff	497
6. Lösung der Kollisionsfälle	499
a) Charakter als Dienstverhältnis	500
b) Lohn und Gehalt	500
c) Eigentums- und Besitzverhältnisse	502
d) Rechtliche Erfassung der Drittbeziehungen	503
e) Zementierung der Abhängigkeit?	505
f) Berufsschutz?	509
aa) Kündigungsschutz	510
(1) Betriebsbegriff und Anwendbarkeit des KSchG	510
(2) Auslauffrist nach § 89 I HGB analog und 622 BGB	512
(3) „Materieller“ Kündigungsschutz	513
(a) Allgemeiner Kündigungsschutz	513
(b) Personenbedingte Kündigung	514
(c) Betriebsbedingte Kündigung	515
(d) Freier Arbeitsplatz im System	516
(e) Sozialauswahl	516
bb) Entgeltfortzahlung und Urlaub	517
cc) Betriebsrat	518
g) Mittelbare Arbeitsverhältnisse?	518
aa) Rechtstatsächliche Feststellungen	518
bb) Franchisegeber als Arbeitgeber der Arbeitnehmer des Franchisenehmers	519
cc) Mittelbares Arbeitsverhältnis	519
dd) Betriebsverfassungsrechtliche Vertretung	523

h) Flucht in die Organisationsform einer Kapitalgesellschaft – zur Ungleichbehandlung von wirtschaftlich abhängigen Einzelunternehmern und Gesellschaften unter der Vorherrschaft der hM	525
i) Konzernrechtliche Lösung	526
E. Zusammenfassung, Schlußfolgerungen und Thesen	527

Drittes Kapitel

Just-in-time Produktion	534
A. Begriffsbestimmung und vertragsrechtliche Erfassung	534
I. Begriffsbestimmung	534
II. Vertragsrechtliche Erfassung	538
B. Abhängigkeiten im Verhältnis zwischen Hersteller und Zulieferer	541
I. Abhängigkeitsbegründende Merkmale	541
1. Einfluß des Herstellers auf unternehmerische Grundentscheidungen des Zulieferers, punktgenaue Anlieferung und Dateninformationssysteme	541
2. Kontroll- und Weisungsbefugnisse des Herstellers	543
a) Befugnisse zum Zweck der Qualitätssicherung	543
b) Abwälzung der Wareneingangskontrolle auf den Zulieferer	545
3. Sanktionen: Vertragsstrafen und Kündigung des Vertrages	546
a) Vertragsstrafen	546
b) Kündigung, Befristung und Nichtverlängerung des Vertrages	547
4. Chancen und Risiken im Verbund	549
5. Haftung im Innen- und Außenverhältnis	551
a) Haftung für Leistungsstörungen	551
b) Haftung für Schäden im Außenverhältnis und Haftungsverteilung im Innenverhältnis	553
c) Garantiehftung	554
II. Abhängigkeitsmindernde Umstände:	555
1. JiT als strategisches Kooperationsverhältnis	555
2. Gegenseitige Abhängigkeit	556
a) Verteilung der wirtschaftlichen Macht in einem Netzwerk der „1.Reihe“	556
b) Ambivalente Wirkung von Rationalisierung, Optimierung und single sourcing	557
c) Beispiel: Fall Ford/Kiekert	557
3. Abnahmegarantien und Absatzsicherung	559
C. Konzernrechtliche Würdigung	560
I. Rechtliche Würdigung des grundständigen Fremdeinflusses im Verbund	560
II. „Kippen“ der Vertragsbeziehungen in eine konzernrechtliche Abhängigkeit	562
1. Gefährdungslagen	562
2. Machtdisparität und einseitige Chancenzuweisung mit der Folge des Versagens allgemeiner zivilrechtlicher Schutzmechanismen	563
a) Ausgleich von Schäden etc. im Innen- und Außenverhältnis und §§ 311 f. AktG	565
b) Einseitig geforderte Leistungs- und Vertragsanpassungen, inäquivalente Preisbestimmung	566

c) Überforderung im Bereich der Qualitätssicherung	568
d) Eingriffe in die fremde Organisationshoheit	568
e) „Mißbrauch“ von Sanktionspotentialen und „zweipolige“ Abhängigkeits- verhältnisse	569
f) Daten- und Informationshoheit	571
aa) Daten, Information und know-how im Verbund	571
bb) Exkurs: Koordinierung des Arbeitsablaufs aus der Sicht der betriebs- verfassungsrechtlichen Mitbestimmung	573
(1) Arbeitstechnische Verknüpfung zwischen Zulieferer und Her- steller und Mitbestimmungsrechte nach §§ 87 I Nrn. 3 und 5 BetrVG	574
(2) § 87 I Nr. 6 BetrVG	575
(3) §§ 90 I Nr. 2 bis 4 BetrVG, 111 II Nr. 4 BetrVG	575
3. Sichtweise der ökonomischen Transaktionsanalyse	576
III. Besonderheiten bei der rechtlichen Behandlung des JiT-Konzerns	577
1. Keine Qualifikation zum Beherrschungsvertrag	577
2. Sonderfall: Sanierung notleidender Zulieferer	579
D. Zusammenfassung, Schlußfolgerungen und Thesen	579

Vierter Teil

Zusammenfassung, Thesen und Ausblick	584
Literaturverzeichnis	597
Sachwortverzeichnis	627

Einleitung

Seit jeher stellt die rechtliche Erfassung wirtschaftlicher Abhängigkeiten eines der grundlegenden Kernprobleme des Privat- und Wirtschaftsrechts dar. Eine vollständig überzeugende Lösung dieses Problems ist bislang nicht gefunden worden. Denn während es auf der einen Seite gilt, das in einer Wirtschaftsbeziehung von seinem Partner wirtschaftlich-existenziell abhängig gewordene Unternehmen vor den Folgen seiner Abhängigkeit zu schützen, so dürfen auf der anderen Seite solche Bemühungen keinen Sozial- und Existenzschutz des abhängigen Unternehmens zur Konsequenz haben, der den wirtschaftlichen Aktionsradius des überlegenen Beteiligten in unzulässiger Weise tangieren würde und letztlich mit einer privatautonom ausgestalteten Wirtschaftsordnung unvereinbar wäre. Diese Problematik hat in den vergangenen 20 Jahren deutlich an Aktualität hinzugewonnen, denn während dieses Zeitraums haben sich im Wirtschaftsleben Vertragstypen herausgebildet und etabliert, denen fast immanent zu eigen ist, daß zwischen den an ihnen beteiligten Vertragspartnern eine mehr oder weniger deutliche Machtdisparität besteht.

Daher verwundert nicht, daß vor allem diese „modernen Unternehmensverträge“ die Diskussion um die rechtliche Behandlung wirtschaftlicher Abhängigkeitsverhältnisse erneut hat aufleben lassen. Dabei fallen die in diesem Rahmen vorgestellten Lösungsansätze zwar im einzelnen sehr unterschiedlich aus, lassen insgesamt jedoch – fast zwangsläufig – zwei Grundlinien erkennen. Eine Hauptströmung räumt dem Schutz des abhängigen Unternehmens (bzw. dem Schutz der dort beschäftigten Arbeitnehmer und der Unternehmensgläubiger) den Vorrang ein und gelangt so zu Konstruktionen, die mehr oder weniger deutlich auf eine unternehmerische Einheit zwischen den beteiligten Unternehmen hindeuten. Andere Stimmen in der Literatur fordern dagegen, es bei den „allgemeinen“ und „tradierten“ zivil- und wirtschaftsrechtlichen Schutzinstrumentarien zu Gunsten abhängiger Unternehmen zu belassen; die sich in diesem Rahmen eventuell ergebende Schutzlücken seien grundsätzlich hinzunehmen. Innerhalb dieser Grundausrichtung lassen sich im einzelnen dann zwei unterschiedliche Entwicklungslinien finden. Während die eine Richtung versucht, die im „herkömmlichen“ Unternehmensschutz bestehenden Schutzlücken an bestimmten Stellen durch eine Fortentwicklung der einzelnen Schutzinstrumentarien zu schließen, gehen andere, jedenfalls in komplexeren Unternehmensnetzwerken, vom Bestehen eines übergeordneten „Verbundzwecks“ (im weiteren Sinne) aus, an dem Pflichten und Leistungsbeiträge der Beteiligten auszurichten und zu bestimmen sind.

Eine völlig neuartige Dimension hat diese Problematik in den letzten Jahren durch die anhaltende arbeits- und sozialrechtliche Diskussion um die sogenannte „Schein-

selbständigkeit“ gewonnen. Zwar haben die möglichen Wechsel- und Rückwirkungen zwischen dem arbeits- und sozialrechtlichen Diskurs um die rechtliche Erfassung der „Scheinselbständigkeit“ und der wirtschaftsrechtlichen Problematik des Schutzes existenziell abhängiger Unternehmen bislang kaum Beachtung gefunden, indes erscheinen sie ganz erheblich. Wenn ein Einzelunternehmer-Franchisenehmer, der die Tatbestandsmerkmale des „teleologischen Arbeitnehmerbegriffs“ erfüllt, zum Arbeitnehmer seines Franchisegebers werden soll und somit in den vollen Schutz des Arbeitsrechts gelangen würde, erscheint kaum hinnehmbar, daß einer gleichstark abhängigen Zuliefer-GmbH eines Just-in-time-Verbundes nur der dahinter weit zurückbleibende Abhängigkeitsschutz des „allgemeinen“ Privat- und Wirtschaftsrechts gewährt werden soll. Kaum erklärbar wäre auch, warum ein Franchisegeber, der seine Franchisenehmer in abhängigkeitsbegründender Weise an das System gebunden hat, letztlich selbst entscheiden kann, ob seine Franchisenehmer in den Genuß des extrem dichten arbeitsrechtlichen Schutzes oder nur des weitaus geringeren „allgemeinen“ Unternehmensschutzes gelangen. Denn würde er sich für letzteres entscheiden, was naheliegt, so bräuchte er diesen nur aufzugeben, sich (u. U. im Zusammenschluß zwischen mehreren Franchisenehmern) als Kapitalgesellschaft zu organisieren. Die Wechselwirkung zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht wird hier schließlich auch am Beispiel derjenigen Ansichten deutlich, die immer wieder vertreten haben, daß extrem enge Franchiseverhältnisse die an ihnen Beteiligten (Gesellschaften?) in ein konzernrechtliches Abhängigkeitsverhältnis führen können. Man mag darin einen durchaus beachtlichen Ansatz zur Abrundung des wirtschaftsrechtlichen Schutzes existenziell abhängiger Unternehmen sehen. Unbeantwortet ließ diese Ansicht aber stets die Frage, ob, wenn eine wirtschaftlich abhängige Gesellschaft zur abhängigen Konzerngesellschaft werden kann, dies nicht auch für einen gleichermaßen wirtschaftlich abhängigen Einzelunternehmer gelten müßte. Der aber würde mit großer Wahrscheinlichkeit bereits durch den teleologischen Arbeitnehmerbegriff erfaßt werden und wäre von daher gesehen zugleich Arbeitnehmer des ihn wirtschaftlich beherrschenden Unternehmens.

Ziel dieser Arbeit wird es daher sein, einen Schutz von Unternehmen vor den Folgen extremer wirtschaftlicher Abhängigkeit zu entwerfen, der sich zwar einerseits nahtlos in das System des „allgemeinen“ Abhängigkeitsschutz nach Privat- und Wirtschaftsrecht einfügt, der aber die dort in den Fällen extremer wirtschaftlicher Abhängigkeit bestehenden Schutzlücken schließt. Andererseits gilt es, ein Schutzinstrumentarium vorzuschlagen, das sowohl auf in Gesellschaftsform organisierte abhängige Unternehmen, als auch auf wirtschaftlich abhängige Einzelunternehmer anwendbar ist. Ganz im Mittelpunkt der Untersuchung steht dabei die Frage, ob das System des „tradierten“ unternehmerischen Abhängigkeitsschutzes nicht am systemgerechtesten durch die Anwendung einzelner konzernrechtlicher Rechtsinstitute auf bestimmte (extreme) wirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnisse ergänzt werden kann.

Dieser Ansatz sieht sich vor allem vor die Schwierigkeit gestellt, daß nach der gefestigten herrschenden Meinung § 17 I AktG nur auf Fälle einer gesellschaftsrecht-

lich vermittelten Abhängigkeit von Unternehmen anwendbar ist. Dagegen ohne konzernrechtliche Relevanz sollen Beherrschungsverhältnisse sein, die durch eine wirtschaftlich-existenzielle Abhängigkeit auf schuldvertraglicher oder tatsächlicher Grundlage (also etwa durch Kauf-, Darlehens-, Lizenz-, Vertriebs- oder Zulieferverträge) begründet worden sind.¹

Während in der älteren Konzernrechtsliteratur wirtschaftlich vermittelte Abhängigkeitsverhältnisse noch überwiegend als konzernrechtsrelevant angesehen wurden, mehrten sich schon im Umfeld der Entstehung des AktG 1965 die Stimmen, die für die gegenteilige Ansicht eintraten. Ende der 70er Jahre erreichte die wissenschaftliche Diskussion um den Abhängigkeitsbegriff dann mit den Arbeiten von *Dierdorf*, *Werner*, *Martens*, *Sura*,² *Köhler*³ und *Ulmer*⁴ ihren (vorläufigen?) Höhepunkt. Mit deren Abschluß hatte sich die heute im Schrifttum vorherrschende Meinung weitgehend herausgebildet, der sich schließlich auch der BGH in seiner Grundsatzentscheidung in Sachen BuM/WestLB im Jahre 1983⁵ angeschlossen hat.

Diese Auffassung begegnet jedoch einer wachsenden Kritik im neueren Schrifttum,⁶ die sich in erster Linie auf der rechtstatsächlichen Erkenntnis gründet, daß sich in den vergangenen 20 Jahren im Wirtschaftsleben Vertragstypen, wie etwa das Franchising oder Just-in-time Lieferbeziehungen, herausgebildet haben, die sich durch organisationsrechtsähnliche Wirkungen auszeichnen und daher Anlaß zu einer erneuten Diskussion des konzernrechtlichen Abhängigkeitsbegriffes zu geben scheinen. Solche Abhängigkeitsverhältnisse waren nämlich zum Zeitpunkt der Diskussion um den konzernrechtlichen Abhängigkeitsbegriff Ende der 70er Jahre noch weitgehend unbekannt und konnten daher in die maßgeblichen Untersuchungen nicht einfließen. Gerade solche Vertragsbeziehungen lassen aber Abhängigkeitsstrukturen in

¹ Vgl nur: BGH, DB 1997, 1121 (1122 f.) VW/Land Niedersachsen (= BGHZ 135, 107 f.); BGHZ 90, 381 BuM/WestLB; Hüffer, § 17, Rn. 8; KK – Koppensteiner, § 17, Rn. 50; Emmerich/Sonnenschein, § 3 II 2; Köhler, NJW 1978, 2473 f.; Ulmer, ZGR 1978, 458 f.; Koppensteiner, FS Stimpel, 811 (816 f.); Rittner, DB 1976, 1465 (1470); H. P. Westermann, ZIP 1982, 379 (382 f.); Sura, S. 54 f.; Martens, S. 53 f.; alle m. w. Nachw.

² Die genannten Untersuchungen von Dierdorf, Sura, Werner und Martens erschienen alle in den Jahren 1978–1980.

³ Köhler, NJW 1978, 2473 f.

⁴ Ulmer, ZGR 1978, 458 f.

⁵ BGHZ 90, 381 BuM/WestLB.

⁶ Nagel, DB 1988, S. 2291 f.; ders. AuR 1990, S. 205 f.; Buschke-Bülow, BB 1989, 352 f.; diess., BB 1990, 1061; Nagel/Riess/Theis, DB 1989, 1505 f.; diess., Mitbestimmung 1990, 212 f.; Teubner, KritV 1993, 367 (374 f.); ders., ZHR 154 (1990), 295 (318); Oechsler, ZGR 1997, 464 (476 f.); Roth, CR 1990, 677 (679); Zirkel, NJW 1990, 345 (348 f.); Martinek MVt II, S. 75 f.; ders. MVt III, S. 305 f.; ders. Franchising, S. 641; ders., Qualitätssicherungsvereinbarungen, S. 175 f.; Nagel/Riess/Theis, Konzernstrukturen, S. 212 f.; diess., Lieferant, S. 71 f.; Martinek/Semler – Martinek, § 4, Rn. 79; Steckler, Just in time, S. 139 f.; Steinmann, S. 172 f.; Theisen, S. 67 f.; Aigner/Kuckelkorn, in: Mendius/Wendeling-Schröder, S. 131 f.; Bieber/Sauer, in: ebda, S. 228 f.; Nagel/Riess/Theis, in: ebda: S. 321 f., Theis, S. 263 f.; alle m. w. Nachw.