

**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-existentiell 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 Säcker. 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

<b>Einleitung .....</b>	<b>23</b>
<b>Erster Teil</b>	
<b>Systematische Grundlagen des Abhängigkeitsbegriffes</b>	<b>30</b>
<b>Erstes Kapitel: Einheitlicher Abhängigkeitsbegriff oder einzelgesetzesbezogene Auslegung? .....</b>	<b>30</b>
<b>Zweites Kapitel: Meinungsstand zur Abhängigkeitsqualität .....</b>	<b>32</b>
A. Meinungsstand im Schriftum .....	32
B. Rechtsprechung .....	34
<b>Drittes Kapitel: Strukturanalyse des § 17 I AktG .....</b>	<b>40</b>
A. Wörtliche Auslegung des § 17 I AktG .....	40
B. Systematische Auslegung .....	41
C. Historische Auslegung .....	66
D. Teleologische Vorüberlegung: Markt-, Gesellschafts- und Konzerngefahren .....	69
<b>Viertes Kapitel: Zusammenfassung, Schlußfolgerungen und Thesen .....</b>	<b>74</b>
<b>Zweiter Teil</b>	
<b>Normzweckorientierte Bestimmung des Abhängigkeitsbegriffes</b>	<b>76</b>
<b>Erstes Kapitel: Rechtsfolgen konzernrechtlicher Abhängigkeit .....</b>	<b>76</b>
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
<b>Zweites Kapitel: Der Schutz des wirtschaftlich abhängigen Unternehmens durch das Allgemeine Zivil- und Wirtschaftsrecht – Schutzdefizite gegenüber dem Konzernrecht? .....</b>	<b>149</b>
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
<b>Drittes Kapitel: Auf wirtschaftliche Abhängigkeiten anwendbare Rechtsfolgen .....</b>	<b>242</b>
A. Spezifisch konzernrechtliche Regelungen .....	243
B. Weitere Anwendbarkeit allgemeiner zivilrechtlicher Rechtsinstitute? .....	301
C. Zusammenfassung, Schlußfolgerungen und Thesen .....	328
 <b>Dritter Teil</b>	
<b>Einzelne Abhängigkeitsverhältnisse</b>	<b>338</b>
<b>Erstes Kapitel: „Klassische“ Unternehmensbeziehungen .....</b>	<b>339</b>
A. Austauschbeziehungen und Absatzmittlungsverhältnisse .....	339
B. Lizenzverträge .....	345
C. Kreditbeziehungen .....	348
D. Unternehmensverträge .....	354
E. Zusammenfassung, Schlußfolgerungen und Thesen .....	361
<b>Zweites Kapitel: Franchising – der konzernabhängige Einzelunternehmer .....</b>	<b>363</b>
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
<b>Drittes Kapitel: Just-in-time Produktion .....</b>	<b>534</b>
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
 <b>Vierter Teil</b>	
<b>Zusammenfassung, Thesen und Ausblick</b>	<b>584</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>597</b>

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung .....</b>	<b>23</b>
<b>Erster Teil</b>	
<b>Systematische Grundlagen des Abhängigkeitsbegriffes</b>	<b>30</b>
<i>Erstes Kapitel</i>	
<b>Einheitlicher Abhängigkeitsbegriff oder einzelgesetzbezogene Auslegung? </b>	<b>30</b>
<i>Zweites Kapitel</i>	
<b>Meinungsstand zur Abhängigkeitsqualität</b>	<b>32</b>
A. <b>Meinungsstand im Schrifttum .....</b>	<b>32</b>
B. <b>Rechtsprechung .....</b>	<b>34</b>
I. RG: Urteil in Sachen „Thega“ .....	34
1. Obiter dictum oder ratio decidendi? .....	34
2. Mangelnde Vergleichbarkeit von § 65 V AktG 1937 mit den §§ 17f. 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
<i>Drittes Kapitel</i>	
<b>Strukturanalyse des § 17 I AktG</b>	<b>40</b>
A. <b>Wörtliche Auslegung des § 17 I AktG .....</b>	<b>40</b>
B. <b>Systematische Auslegung .....</b>	<b>41</b>
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. Fusionstatutbestände 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**

<b>Normzweckorientierte Bestimmung des Abhängigkeitsbegriffes</b>	76
---	----

*Erstes Kapitel*

<b>Rechtsfolgen konzernrechtlicher Abhängigkeit</b>	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 Nrn. 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

	Inhaltsverzeichnis	11
<b>III. „Zentralnormen“ der §§ 311f. AktG .....</b>	<b>85</b>	
1. § 311 AktG – Zentralnorm des Konzernrechtes: Überbewertung einer Teilregelung? .....	85	
a) Rechtsformsspezifische Ausprägung der §§ 311f. AktG .....	85	
b) Normzweckorientierte und rechtstatsächliche Überlegungen .....	86	
c) Erkenntniswert der §§ 311f. 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	
<b>C. Zweite Zentralnorm: § 18 I S. 3 AktG .....</b>	<b>105</b>	
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 §§ 302f. 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 gesellschaftsrechtlicher Beteiligungsverhältnisse .....	133
III.	Wirtschaftlich-existentielle 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)	§ 1I 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 „Tatmittel“ .....	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. Kreditfäuschtung, Verschlechterung und Verschleierung des Schuldnervermögens .....	205

3. Insolvenz- bzw. Konkursverschleppung .....	207
4. Defizite .....	207
<b>G. Kartellrecht .....</b>	<b>211</b>
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) § 20IV 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
cc) Beurteilungs- und Prozeßrisiken .....	225
d) Vergleich von § 20 GWB mit konzernrechtlichen Rechtsinstituten bezüg- lich der jeweils angeordneten Rechtsfolgen .....	228
aa) Umfang der Ersatzansprüche und: kartellrechtlicher Kontrahierungs- zwang .....	228
bb) Schädigungen .....	230
cc) Gläubigerschutz .....	231
e) Nicht isolierbare Schädigungen .....	232
<b>H. UWG .....</b>	<b>233</b>
<b>I. Defizite im Bezug auf das willensintegrative Konzernmoment .....</b>	<b>234</b>
<b>J. Zusammenfassung, Schlußfolgerungen und Thesen .....</b>	<b>235</b>

### *Drittes Kapitel*

<b>Auf wirtschaftliche Abhängigkeiten anwendbare Rechtsfolgen</b>	242
<b>A. Spezifisch konzernrechtliche Regelungen .....</b>	<b>243</b>
I. Würdigung als konkidente Beherrschungsverträge? .....	243
II. Analoge Anwendung der §§ 302, 303 AktG außerhalb einer beherrschungsver- traglichen 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 §§ 311f. AktG .....	256
d) Exkurs: Anwendung der §§ 311f. 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) Nachteilausgleich 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.	<b>Qualifiziert-faktischer Konzern .....</b>	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.	<b>Weitere Anwendbarkeit allgemeiner zivilrechtlicher Rechtsinstitute? .....</b>	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-existentieller 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 §§ 19f. GWB .....	324
b)	Lösungsansatz .....	326
C.	<b>Zusammenfassung, Schlußfolgerungen und Thesen .....</b>	328

### Dritter Teil

	<b>Einzelne Abhängigkeitsverhältnisse .....</b>	338
	<i>Erstes Kapitel</i>	
	<b>„Klassische“ Unternehmensbeziehungen .....</b>	339
A.	<b>Austauschbeziehungen und Absatzmittlungsverhältnisse .....</b>	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. Konzemrechtliche 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*

<b>Franchising – der konzernabhängige Einzelunternehmer</b>	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. Gesamtökonomische Effizienzgesichtspunkte .....	384
<b>C. Rechtliche Erfassung .....</b>	<b>388</b>
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 §§ 84f. HGB .....	389
3. Insbesondere: §§ 87d, 89, 89b und 90a 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) § 87I Nr. 1 BetrVG .....	407
(b) § 87I Nr. 2 BetrVG .....	408
(c) § 87I Nr. 3 BetrVG .....	408
(d) § 87I Nr. 5 BetrVG .....	408
(e) § 87I Nr. 6 BetrVG .....	409
(3) Unterrichtungsrecht nach § 90 BetrVG/Rechte nach § 96 BetrVG .....	409
(4) Unterrichtungs- und Beratungsrechte nach § 111 BetrVG .....	410
cc) Existentielle 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 immamenten Schranken durch den Zwang zur Systemeinheit .....	478
a) Betrachtung des objektiven Geschäftsinhalts, „ <i>falsa demonstratio</i> “ 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) Garantiehaftung .....	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 sourcings .....	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 §§ 311f. 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“ Abhängigkeitsverhältnisse .....	569
f) Daten- und Informationshoheit .....	571
aa) Daten, Information und know-how im Verbund .....	571
bb) Exkurs: Koordinierung des Arbeitsablaufs aus der Sicht der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung .....	573
(1) Arbeitstechnische Verknüpfung zwischen Zulieferer und Hersteller und Mitbestimmungsrechte nach §§ 87 I Nr. 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-existentiell 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 systemgerechesten 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 Zuliefererverträge) begründet worden sind.<sup>1</sup>

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*,<sup>2</sup> *Köhler*<sup>3</sup> und *Ulmer*<sup>4</sup> 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 1983<sup>5</sup> angeschlossen hat.

Diese Auffassung begegnet jedoch einer wachsenden Kritik im neueren Schrifttum,<sup>6</sup> 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

---

<sup>1</sup> Vgl nur: BGH, DB 1997, 1121 (1122f.) VW/Land Niedersachsen (= BGHZ 135, 107f.); 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 (816f.); Rittner, DB 1976, 1465 (1470); H. P. Westermann, ZIP 1982, 379 (382f.); Sura, S. 54f.; Martens, S. 53f.; alle m. w. Nachw.

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

<sup>3</sup> Köhler, NJW 1978, 2473 f.

<sup>4</sup> Ulmer, ZGR 1978, 458 f.

<sup>5</sup> BGHZ 90, 381 BuM/WestLB.

<sup>6</sup> 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.