Gesellschaftsrechts-Geschichten

Herausgegeben von
HOLGER FLEISCHER
und JAN THIESSEN

Mohr Siebeck

Gesellschaftsrechts-Geschichten

Gesellschaftsrechts-Geschichten

Herausgegeben von

Holger Fleischer und Jan Thiessen

Mohr Siebeck

Holger Fleischer ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

Jan Thiessen ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Juristische Zeitgeschichte und Wirtschaftsrechtsgeschichte, Humboldt-Universität zu Berlin.

ISBN 978-3-16-155768-2 / eISBN 978-3-16-156293-8
DOI 10.1628/978-3-16-156293-8

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Große Gesellschaftsrechtsentscheidungen werden in der Aufsatz- und Kommentarliteratur häufig auf ihre Leitsätze reduziert. Durch diese Dekontextualisierung und Dehistorisierung gehen nicht selten wertvolle Informationen verloren. Dieser Band unternimmt es, ausgewählte Entscheidungen von 1912 bis 2015 sachverhaltsbezogen aufzuarbeiten und die Geschichten hinter diesen großen Fällen ans Licht zu heben. Aus einer Fülle von Einzelbeobachtungen entsteht so eine lebendige Gesamtsicht auf die Herstellung und Darstellung gesellschaftsrechtlicher Entscheidungen und ihrer Protagonisten – eine „thick history" unseres Faches. Zugleich soll der Blick hinter die Kulissen dazu beitragen, implizites Wissen um gesellschaftsrechtliche Diskursverläufe explizit zu machen. Ein solches „Storytelling" verspricht nicht nur frische Impulse für Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, sondern eignet sich auch zur gesellschaftsrechtlichen Normvermittlung in Hörsaal und unternehmerischer Praxis.

Wir danken allen Mitwirkenden sehr herzlich für ihre bereichernden Beiträge. Ein weiterer Dank gebührt Christian Kolb und Max Lohrmann sowie den studentischen Hilfskräften am Hamburger Max-Planck-Institut für die redaktionelle Überarbeitung der Manuskripte sowie Janina Jentz für die Erstellung der Druckvorlage.

Hamburg und Berlin im Juli 2018 *Holger Fleischer/Jan Thiessen*

Inhaltsübersicht

Vorwort V

Inhaltsverzeichnis IX

Gesellschaftsrechts-Geschichten – eine Forschungsagenda
Holger Fleischer 1

§ 1 – Portlandzementfabrik GmbH & Co. KG – BayObLGZ 13 (1913), 69
Holger Fleischer/Till Wansleben 27

§ 2 – Tornado-Fabrik – RG DNotZ 1944, 195
Jan Thiessen 53

§ 3 – Sternbrauerei Regensburg – BGHZ 9, 157
Jan Thiessen 99

§ 4 – Faba Fahrradbau GmbH – BGHZ 21, 378
Holger Fleischer/Elena Dubovitskaya 117

§ 5 – Lufttaxi – BGHZ 31, 258
Jan Thiessen 143

§ 6 – Feldmühle – BVerfGE 14, 263
Jan Thiessen 193

§ 7 – Rektor – BGHZ 45, 204
Holger Fleischer/Jakob Hahn 255

§ 8 – Kali und Salz – BGHZ 71, 40
Jan Lieder/Valentin Müller 285

§ 9 – Herstatt – BGHZ 75, 96 und BGHZ 75, 120
Holger Fleischer/Stefan Korch 319

§ 10 – Holzmüller – BGHZ 83, 122
Holger Fleischer/Elke Heinrich 345

§ 11 – ADAC – BGHZ 85, 84
Lars Leuschner 379

§ 12 – Meilicke – EuGH, Slg. 1992, I-4919
Jessica Schmidt 413

§ 13 – Girmes – BGHZ 129, 136
Klaus Ulrich Schmolke 435

§ 14 – ARAG/Garmenbeck – BGHZ 135, 244
Jens Koch 471

§ 15 – ARGE Weißes Roß – BGHZ 146, 341
Frauke Wedemann 491

§ 16 – Macrotron – BGHZ 153, 47
Walter Bayer 505

§ 17 – Infomatec – BGH NJW 2004, 2668, BGHZ 160, 134 und BGHZ 160, 149
Petra Buck-Heeb 535

§ 18 – Mannesmann – BGHSt 50, 331
Thilo Kuntz 559

§ 19 – Kirch/Breuer – BGHZ 166, 84
Jan-Erik Schirmer 607

§ 20 – Otto – BGHZ 170, 283
Johannes Wertenbruch 637

§ 21 – Von Autokran bis Trihotel – BGHZ 95, 330 bis BGHZ 173, 246
Holger Fleischer/Jennifer Trinks 657

§ 22 – Siemens/Neubürger – LG München I NZG 2014, 345
Gregor Bachmann 691

§ 23 – Kornhaas – EuGH NJW 2016, 223
Sebastian Mock 729

Schlussbetrachtung: Gesellschaftsrechtliche Zeitgeschichte im Fallformat
Holger Fleischer 763

Autorenverzeichnis 789

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V

Einführung: Gesellschaftsrechts-Geschichten – eine Forschungsagenda

Holger Fleischer 1

§ 1 – Portlandzementfabrik, Stein- und Kalkwerk August M., GmbH & Co. KG

GmbH & Co. KG – Anerkennung der GmbH & Co. KG als Rechtsformkombination
BayObLG, 16.2.1912 – I ZS Reg III 12/12, BayObLGZ 13, 69

Holger Fleischer/Till Wansleben 27

§ 2 – Tornado-Fabrik

KG – Übertragbarkeit von Personengesellschaftsanteilen, Rechtsnachfolgevermerk
RG (GrS), 30.9.1944 – GSE 39/1943, DNotZ 1944, 195

Jan Thiessen 53

§ 3 – Sternbrauerei Regensburg

GmbH – Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund
BGH, 1.4.1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 157

Jan Thiessen 99

§ 4 – Faba-Fahrradbaugesellschaft

GmbH – Strohmanngründung, Einpersonen-GmbH
BGH, 9.10.1956 – II ZB 11/56, BGHZ 21, 378
Holger Fleischer/Elena Dubovitskaya 117

§ 5 – Lufttaxi

GmbH – Eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen
BGH, 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258
Jan Thiessen 143

§ 6 – Feldmühle

AG – Aktieneigentum i.S.d. Art. 14 GG, Mehrheitsumwandlung
BVerfG, 7.8.1962 – 1 BvL 16/60, BVerfGE 14, 362
Jan Thiessen 193

§ 7 – Rektor

KG – Unbeschränkte Haftung eines herrschenden Kommanditisten
BGH, 17.3.1966 – II ZR 282/63, BGHZ 45, 204
Holger Fleischer/Jakob Hahn 255

§ 8 – Kali und Salz

AG – Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss
BGH, 13.3.1978 – II ZR 142/76, BGHZ 71, 40
Jan Lieder/Valentin Müller 285

§ 9 – Herstatt

AG – Haftung der Aufsichtsratsmitglieder
BGH, 9.7.1979 – II ZR 118/77, BGHZ 75, 96
Holger Fleischer/Stefan Korch 319

§ 10 – Holzmüller

AG – Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeit
BGH, 25.2.1982 – II ZR 174/80, BGHZ 83, 122
Holger Fleischer/Elke Heinrich 345

§ 11 – ADAC

Verein – Vereinsrechtliche Zulässigkeit unternehmerischen Handelns
BGH, 29.9.1982 – I ZR 88/90, BGHZ 85, 84
Lars Leuschner 379

§ 12 – Meilicke

AG – Verdeckte Sacheinlage und Europarecht
EuGH, 16.7.1992 – C-83/91, Slg. 1992, I-4919
Jessica Schmidt 413

§ 13 – Girmes

AG – Treuepflicht des Minderheitsaktionärs
BGH, 20.3.1995 – II ZR 205/94, BGHZ 129, 126
Klaus Ulrich Schmolke 435

§ 14 – ARAG/Garmenbeck

AG – Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand
BGH, 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244
Jens Koch 471

§ 15 – ARGE Weißes Roß

GbR – Rechtsfähigkeit der Außen-GbR
BGH, 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341
Frauke Wedemann 491

§ 16 – Macrotron

AG – Schutz des Minderheitsaktionärs beim Delisting
BGH, 25.11.2002 – II ZR 133/01, BGHZ 153, 47
Walter Bayer 505

§ 17 – Infomatec

AG – Persönliche Außenhaftung von Vorstandsmitgliedern für falsche Ad-hoc-Mitteilung
BGH, 19.7.2004 – II ZR 217/03, NJW 2004, 2668; II ZR 218/03, BGHZ 160, 134; II ZR 402/02, BGHZ 160, 149
Petra Buck-Heeb 535

§ 18 – Mannesmann

AG – Untreuestrafbarkeit wegen Anerkennungsprämien beim Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern
BGH, 21.12.2005 – 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331
Thilo Kuntz 559

§ 19 – Kirch/Breuer

AG – Außenhaftung von Geschäftsleitern
BGH, 24.1.2006 – XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84
Jan-Erik Schirmer 607

§ 20 – Otto

GmbH & Co. KG – Mehrheitsklausel im Personengesellschaftsvertrag
BGH, 15.1.2007 – II ZR 245/05, BGHZ 170, 283
Johannes Wertenbruch 637

§ 21 – Von Autokran bis Trihotel

GmbH – Qualifizierter faktischer Konzern,
Existenzvernichtungshaftung
BGH, 16.7.2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246
Holger Fleischer/Jennifer Trinks 657

§ 22 – Siemens/Neubürger

AG – Compliance-Pflichten des Vorstands
LG München I, 10.12.2013 – 5 Hk O 1387/10, NZG 2014, 345
Gregor Bachmann 691

§ 23 – Kornhaas

private company limited by shares – Scheinauslandsgesellschaft,
Haftung für masseschmälernde Zahlungen
EuGH, 10.12.2015 – C-594/14, NJW 2016, 223
Sebastian Mock 729

Schlussbetrachtung: Gesellschaftsrechtliche Zeitgeschichte im Fallformat

Holger Fleischer 763

Autorenverzeichnis 789

Gesellschaftsrechts-Geschichten – eine Forschungsagenda*

Holger Fleischer

I. Thema 1
II. Strukturelle Hindernisse für narratives Gesellschaftsrecht 2
1. Spärliche Sachverhaltsschilderung 3
2. Fehlende Parteibezeichnungen 3
3. Abstrakte Leitsätze 4
4. Nüchterner Urteilsstil 5
5. Anonyme Richter 6
III. Herangehensweisen und Erzählformate für narratives Gesellschaftsrecht 7
1. Entfaltung des Entscheidungskontexts 7
2. Einzelne Erzählformate 9
IV. Erkenntnisgewinn durch und Einsatzfelder für narratives Gesellschaftsrecht 17
1. Gegengift gegen voreilige Dogmatisierung und Dekontextualisierung 17
2. Kontextualisierung als richterliche Strategie im Gesellschaftsrecht 19
3. Potenziale für eine kontextualisierende Gesellschaftsrechtswissenschaft 21
4. Gesellschaftsrechtliche Normvermittlung durch „Storytelling“ 22
5. Didaktisches Hilfsmittel in der Gesellschaftsrechtsvorlesung 24
6. Fällekanon als intellektueller Kitt des Gesellschaftsrechts 25

I. Thema

Gesellschaftsrechts-Geschichten – so leichtfüßig und locker kommt gewöhnlich nur ein US-amerikanischer Buchtitel daher.[1] Er verspricht anekdotische Ausschmückung und kurzweiliges Lesevergnügen. Erzählt werden die Geschichten hinter den großen gesellschaftsrechtlichen Leitentscheidungen – jenen *grands arrêts de la jurisprudence commerciale,*[2] die in keiner Fall-

---

* Dieser Beitrag ist zuerst in NZG 2015, 769 erschienen. Er stand am Beginn der Forschungsreihe über Gesellschaftsrechts-Geschichten und ist für Zwecke dieses Einführungskapitels geringfügig überarbeitet und ergänzt worden.

[1] Deutschsprachige Adaption des schönen Titels von *Ramseyer* (Hrsg.), Corporate Law Stories, 2009; für ein ähnliches Konzept und einen nicht minder ansprechenden Titel *Macey* (Hrsg.), The Iconic Cases in Corporate Law, 2008.

[2] Vgl. für Frankreich *Houin/Bouloc* (Hrsg.), Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, 2. Aufl. 1976.

sammlung und keinem *casebook* fehlen dürfen.[3] Lässt sich ein solches Vorhaben auch hierzulande verwirklichen? Lohnt es sich überhaupt, der Lebenswirklichkeit hinter den höchstrichterlichen Leitsätzen nachzuspüren, oder ist dies nur unterhaltsamer Zeitvertreib ohne rechte Aussicht auf Erkenntnisgewinn? Der vorliegende Einführungsbeitrag möchte dazu einladen, sich ausführlicher als bisher mit der narrativen Seite des Gesellschaftsrechts zu beschäftigen. Wie sogleich näher darzulegen, eröffnet ihre Erkundung anregende Forschungsperspektiven und kann den dogmatisch dominierten Diskurs durch einen ungewöhnlichen Zugang in vielfältiger Weise befruchten.

II. Strukturelle Hindernisse für narratives Gesellschaftsrecht

Wer den tatsächlichen Hintergrund gesellschaftsrechtlicher Entscheidungen aufzuhellen versucht, trifft in den angelsächsischen Systemen auf sehr viel günstigere Ausgangsbedingungen: In einem Präjudiziensystem, das sich einer ausgefeilten Technik kasuistischer Differenzierung bedient, versteht es sich von selbst, dass die Sachverhalte der Vorentscheidungen ausführlich referiert und mit dem aktuellen Sachverhalt in allen Einzelheiten abgeglichen werden.[4] Ein US-amerikanischer Geschichtenerzähler kann daher aus dem Vollen schöpfen. Demgegenüber steht sein deutscher Kollege schon bei der Gewinnung des Erzählstoffes vor beträchtlichen Schwierigkeiten, die sich aus dem grundverschiedenen Urteilsstil hiesiger Gerichte ergeben.[5] Dieser Urteilsstil, das sei zur Vermeidung von Missverständnissen sogleich hinzugefügt, soll hier nicht kritisiert, sondern nur analysiert werden, um aufzuzeigen, warum das gesellschaftsrechtliche Storytelling hierzulande ungleich schwerer fällt als anderwärts.

---

[3] Früh schon *Wiedemann,* ESJ Gesellschaftsrecht. Ausgewählte Entscheidungen mit erläuternden Anmerkungen, 1973; ferner *Timm,* Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Handels- und Gesellschaftsrecht, 1995; aus schweizerischer Sicht *Nobel/Groner,* Aktienrechtliche Entscheide, 3. Aufl. 2006; aus österreichischer Sicht neuerdings *Harrer,* Casebook Gesellschaftsrecht, 2015.

[4] Anschaulich *DiMatteo,* 88 Wash.L.Rev. 1287, 1299 (2013): „Common law reasoning by its very nature is a narrative undertaking. It must look back to find exemplary precedent – this is required for the court to demonstrate its use of authoritative sources to bolster claims of objectivity, impartiality and the quality of its deductive reasoning. At the same time, the case before the court has at least some level of particularity that separates it from pre-existing case law. The court also must search for any such particularity in the legal precedent."; zuletzt *Kischel,* Rechtsvergleichung, 2015, § 5 Rn. 45: „Das Recht lebt von den Fakten, ja nach klassischer Sicht ergibt es sich letztlich aus den Fakten. […] Ganz praktisch werden etwa Urteile, ganz anders als im civil law, regelmäßig mit ausführlichem oder gar vollständigem Sachverhalt abgedruckt und vor allem auch von Juristen in dieser Form gelesen."

[5] Allgemein und unübertroffen *Kötz,* RabelsZ 37 (1973), 245; zuletzt *Rebhahn,* FS 200 Jahre ABGB, 2011, S. 1539.

1. Spärliche Sachverhaltsschilderung

Die Probleme beginnen mit der spärlichen Sachverhaltsschilderung deutscher Gerichte: Der Leser erfährt in höchstrichterlichen Entscheidungen wenig über den zugrunde liegenden Lebenssachverhalt, geschweige denn über die soziale und wirtschaftliche Wirklichkeit, in die der konkrete Streitfall eingebettet ist. Die mitgeteilten Informationen werden in strenger Zucht auf jenes Mindestmaß zusammengestrichen, das zum Verständnis der Urteilsbegründung unerlässlich ist. Selbst dies ist Fachzeitschriften gelegentlich noch zu viel, und sie verstümmeln den Sachverhalt durch weitere Kürzungen bis zur Unverständlichkeit. Mehr Licht auf die relevanten Tatsachen werfen die Entscheidungen der Vorinstanzen, falls sie denn veröffentlicht wurden. Nur ganz vereinzelt nimmt der BGH zur Konkretisierung seiner Entscheidungsformel auf einen bestimmten Sachverhalt Bezug. Eine solche *incorporation by reference* findet sich in dem berühmten *Gelatine*-Urteil zu ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeiten:

„Eine wesentliche Beeinträchtigung der Mitwirkungsbefugnisse der Aktionäre liegt aber auch in diesen Fällen erst dann vor, wenn die wirtschaftliche Bedeutung der Maßnahme in etwa die Ausmaße wie in dem Senatsurteil BGHZ 83, 122 [Holzmüller] erreicht.“[6]

Genaue Zahlenangaben sucht man allerdings im *Holzmüller*-Urteil des II. Zivilsenats vergebens[7]; sie finden sich nur in der Berufungsentscheidung des OLG Hamburg.[8]

2. Fehlende Parteibezeichnungen

Weiter erschwert wird das gesellschaftsrechtliche Storytelling durch fehlende Parteibezeichnungen im veröffentlichten Urteil. Während die Hauptakteure in England und den Vereinigten Staaten wie selbstverständlich zur Fallbezeichnung herangezogen und so zu juristischen *household names* werden – man denke an die Jahrhundertentscheidungen *Salomon v Salomon*[9] oder *Smith v. Van Gorkom*[10] –, verbirgt man ihre wahre Identität hierzulande hinter blassen

---

[6] BGHZ 159, 30 Leitsatz 2; näher dazu *Fleischer/Heinrich,* in diesem Band, § 10, S. 345.

[7] Vgl. BGHZ 83, 122 Leitsatz e), wo nur von der Übertragung des „wertvollsten Teils des Betriebsvermögens“ auf eine 100%ige Tochtergesellschaft die Rede ist.

[8] Vgl. OLG Hamburg ZIP 1980, 1000, 1005; vertiefend *Fleischer/Heinrich,* in diesem Band, § 10, S. 345.

[9] [1897] AC 22; historische Aufbereitung des gesellschaftlichen Umfelds bei *Rubin,* in Adams (Hrsg.), Essays for Clive Schmitthoff, 1983, S. 99 unter der Überschrift „Aron Salomon and his circle“.

[10] 488 A.2d 858 (Del. 1985); dazu *Macey* (Fn. 1), S. ix: „While every case in this book is iconic, it must be admitted that some cases are even more iconic than others. Smith v. Van Gorkom (1988) […] can make a solid claim on being the most iconic case in this

Rollenbezeichnungen als Kläger, Beklagter, Widerkläger oder Nebenintervenient. Dieses Verbot der Namensnennung ist – anders als in Österreich[11] und der Schweiz[12] – zwar nirgendwo ausdrücklich festgeschrieben, wird aber unter schlichtem Hinweis auf Persönlichkeitsrechte und Datenschutz als selbstverständlich angesehen.[13] Auch der EuGH hat jüngst verlauten lassen, er werde mit Blick auf die Datenschutz-Grundverordnung ab dem 01. Juli 2018 in Vorabentscheidungssachen die Namen der an der Rechtssache beteiligten natürlichen Personen vor der Veröffentlichung anonymisieren.[14] Immerhin hat sich inzwischen im Gesellschaftsrecht die Gewohnheit herausgebildet, Grundlagenentscheidungen mit einer möglichst einprägsamen Kurzbezeichnung zu versehen. Mangels Kenntnis der Parteinamen werden solche Eponyme allerdings häufig aus dem Unternehmensgegenstand gewonnen.[15] Ein eifriger Urteilsleser erfährt so manches über die Produktionspalette deutscher Firmen: *Autokran, Tiefbau* und *Video, Kali und Salz, Holzmüller und Gelatine.*[16] *Faute de mieux* muss sogar das Entscheidungsdatum als Kurzchiffre herhalten, wie im notorischen *November*-Urteil des BGH zu aufsteigenden Gesellschafterdarlehen.[17]

3. *Abstrakte Leitsätze*

Hinzu kommt die Gepflogenheit des BGH, seinen Entscheidungen sog. Leitsätze voranzustellen, die den *rechtlichen* Urteilskern herausschälen und ihn so – bewusst oder unbewusst – vom *tatsächlichen* Streitstoff abtrennen. Das RG war demgegenüber noch anders vorgegangen: Nach außen hin hatte es die Feststellung von Leitsätzen vermieden und die Überschriften seiner in RGZ abgedruckten Entscheidungen stattdessen in Frageform gekleidet; nur intern

---

book."; rechtsvergleichend *Fleischer,* ZIP 2014, 1305, 1309, 1313 m.w.N. zur umfangreichen Sekundärliteratur zu dieser Entscheidung.

[11] Vgl. § 15 Abs. 4 OGH-Gesetz: „In der Entscheidungsdokumentation Justiz sind Namen, Anschriften und erforderlichenfalls auch sonstige Orts- und Gebietsbezeichnungen, die Rückschlüsse auf die betreffende Rechtssache zulassen, durch Buchstaben, Ziffern oder Abkürzungen so zu anonymisieren, dass die Nachvollziehbarkeit der Entscheidung nicht verloren geht."

[12] Vgl. § 27 Abs. 2 Bundesgerichtsgesetz: „Die Veröffentlichung der Entscheide hat grundsätzlich in anonymisierter Form zu erfolgen."

[13] Monographisch *Knerr,* Die Veröffentlichung von Namen in gerichtlichen Entscheidungen, 2004; *Liebscher,* Datenschutz bei der Datenübermittlung im Zivilverfahren, 1994, S. 59 ff.

[14] Vgl. <https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/eugh-anonymisiert-ab-sofort-vorabentscheidungssachen-vor-veroeffentlichung>

[15] Für einen „Blick auf eponyme Grundlagenentscheidungen des BGH im Gesellschaftsrecht" in alphabetischer Reihenfolge *Geißler,* DZWiR 2014, 425.

[16] Vgl. BGHZ 95, 330 – *Autokran;* 107, 7 – *Tiefbau;* 115, 187 – *Video;* 71, 40 – *Kali und Salz;* 83, 122 – *Holzmüller;* 159, 30 – *Gelatine.*

[17] Vgl. BGHZ 157, 72.

hatten die Senate sog. Präjudizienbücher geführt, welche die wesentlichen Rechtsgedanken der Entscheidungen in Aussageform festhielten.[18] Mit dieser Tradition brach der BGH in seiner Geschäftsordnung vom April 1952: „Die einzelnen Senate beschließen, welche ihrer Entscheidungen in dem Nachschlagewerk zu vermerken sind und stellen die Rechtssätze (Leitsätze) fest, die in das Nachschlagewerk aufgenommen werden sollen."[19] Auf diese Weise wurden aus Orientierungshilfen für den innergerichtlichen Gebrauch – jedenfalls in der öffentlichen Wahrnehmung – generell-abstrakte „Rechtssätze".[20]

4. Nüchterner Urteilsstil

Fesselnde Gesellschaftsrechts-Geschichten leben ferner vom Spannungsbogen der Urteilsgründe, von Pathos, Kolorit und rhetorischem Glanz. US-amerikanische-Entscheidungen bieten alles dies im Überfluss. In Erinnerung gerufen sei nur die wortgewaltige Umschreibung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht aus der Feder von *Benjamin Cardozo:*

„Joint adventurers, like copartners, owe to one another, while the enterprise continues, the duty of the finest loyalty. Many forms of conduct, permissible in a workaday world for those acting at arm's length, are forbidden to those bound by fiduciary ties. A trustee is held *to s*omething stricter than the morals of the market place. Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behaviour. As to this there has developed a tradition that is unbending and inveterate."[21]

Diese eingängige Sprachmelodie mit ihren moralisierenden Obertönen hat maßgeblich zur Wirkungskraft des Urteils bis auf den heutigen Tag beigetragen.[22] Deutsche Gerichte schlagen demgegenüber einen nüchterneren Ton

---

[18] Näher dazu (der ehemalige BGH-Präsident) *Heusinger,* Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung, 1975, S. 182 ff; aufgearbeitet bei *Fleischer,* ZIP 2018, 605, 606 ff.

[19] § 18 Abs. 2 Satz 2 Geschäftsordnung des BGH vom 3.3.1952, BAnz. Nr. 83, S. 9. Zum Hintergrund *R. Fischer,* in Lutter/Stimpel/D. Fischer (Hrsg.), Robert Fischer, Gesammelte Schriften, 1985, S. 50, 61 mit Fn. 25: „Der Bundesgerichtshof übernahm diese Praxis [des RG] nicht. Vielmehr wurde in einer Plenarversammlung der Richter im Winter 1950/51 – und zwar bemerkenswerterweise auf Vorschlag der Richter, die noch am Reichsgericht tätig waren – beschlossen, den Entscheidungen des Bundesgerichtshofes Leitsätze in Form von Aussagesätzen voranzustellen. Wir jüngeren Richter haben uns damals ohne weitere Diskussion diesem Vorschlag angeschlossen, weil wir insoweit keine Erfahrung besaßen."

[20] Kritisch dazu *Esser,* JZ 1962, 513, 516; *ders.,* Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 282; *Brehm,* FS Schumann, 2001, S. 57, 68; *Maultzsch,* Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, S. 244; *Payandeh,* Judikative Rechtserzeugung, 2016, S. 457 ff.; *Schlüter,* Das obiter dictum, 1973, S. 40 ff.

[21] *Meinhard v. Salmon,* 249 N.Y. 458, 463 f. (1928).

[22] Vgl. *Posner,* Cardozo: A Study in Reputation, 1989, S. 104 f.: „But they are memorable words and they set a tone. They make the difference between an arm's length relation-

an[23], der einmal spitzzüngig als „apodiktische, abstrakte, automatenhaft klingende Amtssprache“[24] bezeichnet wurde. Um es zu wiederholen: Für diese Form der Entscheidungspräsentation sprechen gute Gründe, die hier nicht ausgebreitet werden können.[25] Das Geschichtenerzählen – und nur darum geht es hier – fördern sie allerdings nicht.

5. *Anonyme Richter*

Zu den *dramatis personae* gehören in einem guten *courtroom drama* schließlich die großen Richterpersönlichkeiten, die je nach Temperament mit Schlagfertigkeit oder Langmut, Güte oder Strenge, stets aber mit intellektuellem Scharfsinn durch den Fall führen. An ihnen herrscht auch in Deutschland kein Mangel[26]; nur treten sie in den veröffentlichten Urteilen nicht nach außen hervor. Dort spricht der Senat als unpersönlicher Entscheidungskörper, und er spricht stets mit einheitlicher Stimme. Sondervoten sind beim BGH nicht vorgesehen; selbst die Unterschriften der beteiligten Richter wurden lange Zeit nicht veröffentlicht[27], was bei überbesetzten Senaten Stirnrunzeln hervorrufen musste. Hiesige Gerichte bieten mit anderen Worten „Recht von anonymen Richtern“[28].

---

ship and a fiduciary relationship vivid, unforgettable.“; statistische Untersuchung aller späteren Urteilszitate bei *Hillman,* Closely Held Firms and the Common Law of Fiduciary Duties: What Explains the Enduring Qualities of a Punctilio?, 41 Tulsa L. Rev. 441 (2006).

[23] Vgl. *Wiedemann,* Gesellschaftsrecht, Band II, 2004, § 3 II 3 d, S. 200: „Sachlich sind die Aussagen in Rechtsprechung und Rechtslehre bemerkenswert farblos geblieben; herausragende Formulierungen wie in der zitierten *Cardozo*-Entscheidung fehlen.“

[24] *Kötz,* RabelsZ 37 (1973), 245, 253.

[25] Zur tiefen rechtskulturellen Verwurzelung des deutschen Urteilsstils *Kischel* (Fn. 4), § 6 Rn. 153.

[26] Rechtsvergleichend zuletzt *Fleischer,* in Fleischer/Hansen/Ringe (Hrsg.), German and Nordic Perspectives on Company Law and Capital Markets Law, 2015, S. 3, 15: „However, company law expertise is plentiful in some German Appellate Courts and definitely in the Federal Court of Justice: In the latter, a special panel, the famous Second Civil Law Panel (II. Zivilsenat) is exclusively responsible for company law cases. Its judges take great pride in being a member of this prestigious institution whose history can be traced back to the Emperor’s Court. The presiding judge is a public figure in company law no less than Chief Justice Strine in Delaware, very knowledgeable and often with strong convictions.“; ferner *Fleischer,* in: MünchKommGmbHG, 3. Aufl. 2018, Einl. Rn. 127 m. w. N.

[27] Heute hilft ein Blick auf die Internetseite des BGH.

[28] So der – mit einem Fragezeichen versehene – Aufsatztitel von *Lüderitz,* AcP 168 (1968), 329.

III. Herangehensweisen und Erzählformate für narratives Gesellschaftsrecht

Wer sich durch diese strukturellen Hindernisse nicht entmutigen lässt, dem stehen auch in Deutschland verschiedenste Herangehensweisen und Erzählformate für narratives Gesellschaftsrecht zur Verfügung.

1. Entfaltung des Entscheidungskontexts

Das jeweilige Vorgehen hat sich an dem Ziel zu orientieren, die Geschichte *hinter* dem Fall ans Licht zu heben: „The stories behind the cases often matter. Even in corporate law, they matter."[29] Hierfür ist es erforderlich, den betreffenden Richterspruch in einen größeren Gesamtzusammenhang einzuordnen und die ihn prägenden Kontextfaktoren herauszuarbeiten. Dabei sind verschiedene Zugänge vorstellbar, die von der „Rechtsarchäologie" [30] bis hin zu narrativ angereicherten Entscheidungsanalysen reichen.

a) Fallrechtliche Archäologie

Unter *legal archeology* versteht man in den Vereinigten Staaten eine Forschungsrichtung, die es sich zur Aufgabe macht, Lücken in den verlautbarten Entscheidungen aufzuspüren und durch zusätzliches Material zu schließen.[31] Zu diesem Zweck durchforsten ihre Vertreter die Prozessakten, suchen nach Sachverhaltselementen, die in der Begründung unberücksichtigt blieben, und stellen das Urteil in den Kontext seiner Zeit. Kurzum: Sie versuchen einen Blick hinter die Entscheidungskulissen zu werfen. Dabei kann es auch um Fragen der Prozessstrategie oder um verschiedene Textstufen in der Abfassung des Urteils gehen. Diese Art von „Rechtsarchäologie" betreibt hierzulande im Gesellschaftsrecht vor allem *Jan Thiessen* mit großem Erfolg: Er erschließt die Archivalien zu wichtigen, nicht selten verstörenden Fällen des

---

[29] *Ramseyer* (Fn. 1), S. 1.

[30] Gemeint ist hier nicht der Forschungszweig der Rechtsarchäologie, der sich mit der Auswertung, Systematisierung und Inventarisierung von Sachzeugen (z. B. Rolande, Steinkreuze, Gerichtsplätze) des älteren Rechtslebens beschäftigt; dazu *Lück,* Denkströme, Journal der Sächsischen Akademie der Wissenschaften, Heft 8 (2012), S. 35 m. w. N.

[31] Vgl. die Umschreibung des Forschungsgegenstandes bei *DiMatteo,* 88 Wash. L.Rev. 1287, 1314 (2013): „A type of legal scholarship that emphasizes the role of depth over breadth is legal archeology. Legal archeology attempts to fill in the gaps in the official appellate court opinion. It places a case (usually an older, iconic one) in the context of the times. It explores evidence that was unreported in the formal decisions and places the case in the context of similarly situated cases."

Reichsgerichts[32] und rekonstruiert den Entstehungsprozess von Urteilen, indem er etwa die Anmerkungen des Senatsvorsitzenden zu den Voten des Berichterstatters ans Licht hebt[33].

b) Narrativ angereicherte Entscheidungsanalysen

Eine fallbezogene Tiefenbohrung ist jedoch nicht auf die Auswertung von Archivbeständen zu älteren Urteilen beschränkt. Sie kann sich auch anderer Mittel bedienen und jüngere Entscheidungen einschließen. So ist es mit weitaus geringerem Aufwand möglich, die Geschichte einer höchstrichterlichen Leitentscheidung anhand öffentlich zugänglicher Quellen oder sonstiger Auskünfte schlicht zu Ende zu erzählen. Ein schönes Beispiel bildet das *Girmes*-Urteil[34], in dem der BGH der mitgliedschaftlichen Treuepflicht des Minderheitsaktionärs zum Durchbruch verholfen hat. Für seine Einordnung ist es nicht ganz unwichtig zu erfahren, dass das OLG Düsseldorf die treuepflichtgestützten Schadensersatzklagen gegen den Stimmrechtsvertreter der Minderheitsaktionäre nach Zurückverweisung durch den BGH schlussendlich abgewiesen hat.[35] Dem BGH gab dieser Fall Gelegenheit zu einem rechtsfortbildenden Grundsatzurteil; für die Kläger blieb es ein Pyrrhussieg. Zudem verdient die Geschichte des *Girmes*-Falls auch unter dem Gesichtspunkt unerlaubter Rechtsbesorgung einer Schutzgemeinschaft von Kleinaktionären Aufmerksamkeit.[36] In ähnlicher Weise lässt sich die *ARAG/Garmenbeck*-Saga als jahrelanger Machtkampf zwischen zwei verfeindeten Familienstämmen in ihren vielfältigen Ramifikationen jenseits des bahnbrechenden BGH-Urteils von 1997[37] weiter verfolgen.[38] Wieder andere Entscheidungen erschließen sich am besten über richterliche Selbstreflexionen[39] oder Schlüssel-

---

[32] Vgl. etwa *Thiessen,* in Görtemaker/Safferling (Hrsg.), Das BMJ und die NS-Vergangenheit – eine Bestandsaufnahme, 2013, S. 204, 275 ff.; ferner *ders.,* FS J. Schröder, 2013, S. 187, 217.

[33] Vgl. *Thiessen,* ZGR 2011, 275, 291.

[34] BGHZ 129, 13; dazu *Schmolke,* in diesem Band, § 13, S. 435.

[35] Vgl. OLG Düsseldorf ZIP 1996, 1211.

[36] Vgl. OLG Düsseldorf ZIP 1993, 447; BGH ZIP 1993, 1708; BVerfG ZIP 2000, 183; aus dem Schrifttum etwa *Prütting/Weth,* ZIP 1994, 424.

[37] BGHZ 135, 244.

[38] Vgl. etwa LG Düsseldorf ZIP 1995, 1985; OLG Düsseldorf ZIP 1996, 1083; ZIP 1997, 1153; zuletzt anlässlich der Verleihung einer Ehrendoktorwürde, aber ohne Nennung persönlicher Details der heutige ARAG-Vorstandsvorsitzende *Faßbender,* NZG 2015, 501; eingehend *Koch,* in diesem Band, § 14, S. 471.

[39] Außerordentlich ergiebig sind die zahlreichen Beiträge von *Robert Fischer,* zusammengestellt von *Lutter/Stimpel/D. Fischer* (Hrsg.), Robert Fischer, Gesammelte Schriften, 1985; Hinweise zu weiteren Selbstzeugnissen anderer BGH-Richter bei *Fleischer,* in: MünchKommGmbHG, 3. Aufl. 2018, Einl. Rn. 125 ff.

veröffentlichungen großer Gelehrter[40]. Ferner sind einem *leading case* nicht selten erbitterte Grabenkämpfe in Rechtsprechung und Rechtslehre vorangegangen, die sich mit ihrem rhetorischen Schlachtenlärm anhand der einschlägigen Veröffentlichungen vergleichsweise einfach nacherzählen lassen. Endlich kann es lehrreich sein, anhand ausgewählter Fälle das Wechselspiel von höchstrichterlicher Rechtsprechung und Reformgesetzgebung im Gesellschaftsrecht zu veranschaulichen, das bald zur Kodifikation, bald zur Derogation von Richterrecht führt.[41] Ein aktuelles Beispiel bildet die aktien- und kapitalmarktrechtliche Behandlung des Delisting nach der *Frosta*-Entscheidung des BGH[42].[43]

2. *Einzelne Erzählformate*

Gesellschaftsrechtsfälle können aus unterschiedlichen Gründen erzählenswert sein. Eine mögliche Einteilung der Erzählformate, die fließende Übergänge und Mehrfachzuordnungen in Kauf nimmt, sei im Folgenden vorgestellt.

a) *Zeitgeschichtliche Fälle*

Eine erste Gruppe bilden Gerichtsentscheidungen, die *en miniature* einen größeren zeitgeschichtlichen Zusammenhang oder ein spektakuläres Großereignis beleuchten. Dazu gehören im nur vermeintlich unpolitischen[44] Gesellschaftsrecht auch beschämende Rechtsdokumente aus der deutschen Vergangenheit. Beispiele bilden RG-Entscheidungen zum Ausschluss jüdischer Mitgesellschafter[45] oder zur Kürzung des Ruhegehalts jüdischer Vorstandsmit-

---

[40] Vgl. etwa die grundlegenden gedanklichen Vorarbeiten zur Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR von *Flume,* ZHR 136 (1972), 177; dazu BGHZ 146, 341, 344; vertiefend *Wedemann,* in diesem Band, § 15, S. 491.

[41] Für eine erste Aufarbeitung *Fleischer/Wedemann,* AcP 209 (2009), 597.

[42] BGH ZIP 2013, 2254 unter Aufgabe von BGHZ 153, 47 – *Macrotron*.

[43] Eingehend jüngst *Bayer,* ZfPW 2015, 163; knapper *ders.,* ZIP 2015, 853; ausführlich *ders.,* in diesem Band, § 16, S. 505.

[44] Vgl. die Zwischenüberschrift bei *Thiessen* (Fn. 32), S. 204, 206: „Wirtschaftsrecht – unpolitisch, zeitlos, unbelastet?“

[45] Vgl. RGZ 169, 330 betreffend den „Bauunternehmer M., ein[en] aus Deutschland ausgewanderte[n] Jude[n]“, wo es auf S. 334 f. heißt: „Die Revision weist aber mit Recht darauf hin, daß sich in der Zeit vom Dezember 1937 bis zum August 1938 die ablehnende Haltung des deutschen Volkes gegenüber dem Judentum erheblich verstärkt hat und daß dies auch in der Gesetzgebung zum Ausdruck gekommen ist. […] Der erkennende Senat hat allerdings in RGZ Bd. 146 S. 169 (177) und JW 1938 S. 1825 Nr. 33 ausgesprochen, daß in der Zugehörigkeit eines Gesellschafters zur jüdischen Rasse noch nicht ohne weiteres ein wichtiger Grund für die Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft oder für die Ausschließung des jüdischen Gesellschafters liege. Diese Entscheidungen sind aber vor dem April 1938 und vor dem Erlaß der verschärften Judengesetze in diesem Monat ergan-

glieder[46]. Dass der BGH die erstgenannte Entscheidung in seinem Grundsatzurteil von 1953 zum Gesellschafterausschluss aus der GmbH trotz ihres antisemitischen Kerns unreflektiert in Bezug genommen hat[47], zeugt von mangelndem historischen Gespür. Lehrreich ist ferner die *Tornado-Fabrik*-Entscheidung des RG vom September 1944[48], die uns vor Augen führt, dass selbst während des „totalen Krieges" Zeit für die Lösung eines dogmatischen Problems im Personengesellschaftsrecht blieb, weil der mächtige Medienunternehmer *Alfred Hugenberg* es so wollte.

Wirtschaftliche Zeitgeschichte spiegelt sich etwa im *Herstatt*-Urteil des BGH aus dem Jahre 1979[49] wider: Es handelt vom spektakulären Zusammenbruch der Kölner *Herstatt*-Bank, der die Finanzwelt 1974 erschütterte und zwei Jahre später zu einer umfassenden Erweiterung der Einlagensicherung führte. Die hieraus resultierenden Haftungsprozesse gaben dem II. Zivilsenat erstmals Gelegenheit, sich ausführlicher zur Vorstands- und Aufsichtsratsverantwortlichkeit im Aktienrecht zu äußern.[50] Fast zeitgleich befasste sich der III. Zivilsenat in derselben *causa* mit der Frage, ob den geschädigten Einlegern ein Amtshaftungsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland zustand, weil das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen konkreten Hinweisen auf dubiose Spekulationen von *Herstatts* Devisenhändlern („Goldjungs") nicht nachgegangen war.[51] Deren Abteilungsleiter, der gut dreißigjährige *Dany Dattel,* ist später in einem Theaterstück in der Rolle des *Felix Feige* verewigt worden.[52]

Zwanzig Jahre danach fand mit dem Platzen der Dotcom-Blase ein anderes Kapitel der deutschen Börsen- und Wirtschaftsgeschichte ein jähes Ende. Seine juristische Aufarbeitung lässt sich trefflich am Aufstieg und Fall des Augsburger Software-Unternehmens *Infomatec* veranschaulichen: Dessen Vorstandsmitglieder und Gründergesellschafter *Häfele* und *Harlos* wurden später von zahlreichen Anlegern wegen falscher Ad-hoc-Mitteilungen mit Schadensersatzklagen überzogen – eine Prozessserie, die zu den aufsehener-

---

gen."; dazu *Fleischer,* in: MünchKommGmbHG, 3. Aufl. 2018, Einl. Rn. 126 mit Fn. 550; *Kalss/Eckert,* Zentrale Fragen des GmbH-Rechts, 2005, S. 172.

[46] Vgl. RGZ 161, 301 mit folgendem Leitsatz: „Ist eine Aktiengesellschaft nach der Verordnung zur Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben vom 12. November 1938 auch dann berechtigt, einem ausgeschiedenen jüdischen Vorstandsmitglied ein vereinbartes Ruhegehalt zu entziehen, wenn es nicht wegen seiner Rassezugehörigkeit im Zuge der politischen Entwicklung, sondern aus anderen Gründen aus dem Vorstand ausgeschieden ist?"; dazu *Rüthers,* Die unbegrenzte Auslegung, 7. Aufl. 2012, S. 226 ff.

[47] Vgl. BGHZ 9, 157, 161; eingehend dazu *Thiessen,* in diesem Band, § 3, S. 99.

[48] RG (GrS) DNotZ 1944, 195 = WM 1964, 1130; dazu *Thiessen,* in diesem Band, § 2, S. 53.

[49] BGHZ 75, 96; näher *Fleischer/Korch,* in diesem Band, § 9, S. 319.

[50] Vgl. BGHZ 75, 96.

[51] Vgl. BGHZ 75, 120; auch dazu *Fleischer/Korch,* in diesem Band, § 9, S. 319.

[52] Vgl. *Römer/Hillebrand,* Kölner Devisen, 2002.

regenden *Infomatec*-Urteilen des BGH vom Juli 2004 führte.[53] Schließlich laden zwei berühmte aktienrechtliche Entscheidungen des BVerfG zu einer Einordnung in die größeren gesellschaftlichen Zeitläufte und Zusammenhänge ein: die *Feldmühle*-Entscheidung zum Aktieneigentum aus dem Jahre 1962[54] und das sozialpolitisch aufgeladene Mitbestimmungsurteil von 1979[55].

b) Rechtsinstitutsbezogene Fallsequenzen

Weniger um eine einzelne Entscheidung, sondern um ganze Fallsequenzen geht es in einer zweiten Gruppe, die Berührungspunkte zur dogmengeschichtlichen Längsschnittanalyse aufweist. Sie verfolgt den Entwicklungspfad eines bestimmten Rechtsinstituts im Spiegel höchstrichterlicher Erkenntnisse. Solche gesellschaftsrechtlichen Trajektorien verlaufen ganz unterschiedlich. Die Geschichte einer allmählichen Verfeinerung der Verkehrsmoral lässt sich anhand des Minderheitenschutzes beim Bezugsrechtsausschluss nachzeichnen. An ihrem Beginn steht die Kernaussage des berühmt-berüchtigten *Hibernia*-Urteils des RG von 1900, dem seinerseits ein schillernder Sachverhalt zugrunde lag[56]: „Die Unterwerfung der Minderheit unter den Willen der Mehrheit ist, mit der hervorgehobenen Einschränkung, die unmittelbare und notwendige Folge der geltenden gesetzlichen Bestimmungen und verletzt die der Minderheit vom Gesetze tatsächlich zuerkannte Berechtigung nicht."[57] Endgültig überwunden wurde dieses ungebändigte Mehrheitsprinzip erst durch das *Kali-und-Salz*-Urteil des BGH von 1978, nach dem für jeden Bezugsrechtsausschluss auch ohne ausdrücklichen Anhalt im Gesetz eine besondere sachliche Begründung erforderlich ist, an die um so strengere Anforderungen zu stellen sind, je schwerer der Eingriff in die mitgliedschafts- und vermögensrechtliche Stellung der ausgeschlossenen Aktionäre wiegt.[58] Höchstrichterliche Rechtsprechung gleicht jedoch – mit einem schönen Bild von *Ronald Dworkin* – einem Fortsetzungsroman[59], und so hat eine neue Richtergeneration den Erzählfaden zwanzig Jahre später wieder aufgenommen und der Geschichte des Bezugsrechtsausschlusses ein weiteres Kapitel hinzugefügt, diesmal beim genehmigten Kapital: Die Rede ist von der *Siemens/Nold*-Entscheidung des BGH, die in Abkehr von der bisherigen Senatsrechtsprechung[60] die materiell-

---

[53] Vgl. BGHZ 160, 134; 160, 149; dazu *Buck-Heeb,* in diesem Band, § 17, S. 535.

[54] Vgl. BVerfGE 14, 263; näher *Thiessen,* in diesem Band, § 6, S. 193.

[55] Vgl. BVerfGE 50, 290.

[56] Zum Hintergrund *Lüthgen,* Das rheinisch-westfälische Kohlensydikat in der Vorkriegs-, Kriegs- und Nachkriegszeit und seine Hauptprobleme, 1926, S. 46 ff.; rückblickend aus juristischer Sicht *Spindler,* Recht und Konzern, 1993, S. 81 f.

[57] RGZ 68, 235, 246.

[58] So ausdrücklich BGHZ 71, 40, 45; dazu *Lieder/Müller,* in diesem Band, § 8, S. 285.

[59] Vgl. *Dworkin,* Law's Empire, 1986, S. 228 ff. unter der Überschrift „The Chain Novel".

[60] Vgl. BGHZ 83, 319 – *Holzmann*.

rechtlichen Anforderungen an einen Bezugsrechtsausschluss wieder herabsetzte.[61] Eine prominente Literaturstimme geißelte diese höchstrichterliche Kehrtwende in einer geharnischten Urteilsanmerkung, deren Eingangs- und Schlusssentenz heute selbst zu den geflügelten Worten des deutschen Gesellschaftsrechts[62] gehören: „Das Urteil ist ein Unglück."[63] „Wahrlich, es ist ein Unglück, dieses Urteil."[64] Andere Stimmen raten dem BGH dagegen, vom Sachgrunderfordernis generell Abstand zu nehmen.[65]

Das Zeug zu einem gesellschaftsrechtlichen Großnarrativ hat auch die Geschichte vom Aufstieg und Fall des qualifiziert-faktischen Konzerns.[66] Sie handelt vom engen Austausch zwischen Rechtsprechung und Rechtslehre im deutschen Gesellschaftsrecht[67], aber auch von ihrer vorübergehenden[68] Entfremdung. Am Anfang standen Thesen und Vorschläge einer (damals) jungen Garde von Gesellschaftsrechtsprofessoren zur GmbH-Reform[69], die das *Autokran*-Urteil des BGH von 1985[70] inspirierten. Dessen Lösungskonzept geriet indes spätestens mit dem *Video*-Urteil von 1991[71] in Misskredit und sah sich massiver Kritik der Rechtslehre ausgesetzt[72], die bei den beteiligten Richtern

---

[61] Vgl. BGHZ 136, 133; zwei Jahre zuvor für das schweizerische Recht bereits, hierzulande aber unbeachtet geblieben, BGE 121 III 219, mit einer ganz ähnlichen Argumentation.

[62] Vgl. zuletzt *Habersack,* JZ 2014, 217 („darf man den Beschluss des II. Zivilsenats des BGH als ‚Unglück' bezeichnen").

[63] *Lutter,* JZ 1998, 50; dagegen aus der Sicht eines beteiligten Richters *Röhricht,* ZGR 1999, 445, 471: „Ein prominenter Wissenschaftler, vor dessen Verdiensten um das deutsche Gesellschaftsrecht sich der Verfasser im übrigen achtungsvoll verbeugt, ist sogar soweit gegangen, sie mehrfach nachdrücklich als ‚Unglück' zu bezeichnen. So sollten Wissenschaft und Rechtsprechung nicht miteinander umgehen."

[64] *Lutter,* JZ 1998, 50, 53.

[65] Vgl. *Mülbert,* AcP 214 (2014), 188, 253 m.w.N.

[66] Umfassende Dokumentation bei *Hirte,* Der qualifizierte faktische Konzern, Band I (1992) und II (1993); zuletzt *Mülbert,* AcP 214 (2014), 188, 213 f.; eingehend *Fleischer/Trinks,* in diesem Band, § 21, S. 657.

[67] Allgemein dazu *Goette,* RabelsZ 77 (2013), 309.

[68] Dazu aus heutiger Sicht *Mülbert,* AcP 214 (2014), 188, 291: „letztlich kein existenzvernichtender Eingriff in den jahrzehntelang gepflegten Dialog zwischen Rechtsprechung und dogmatischer Gesellschaftsrechtswissenschaft".

[69] Arbeitskreis GmbH-Reform, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Band II, 1972, S. 59, 67. Dem Arbeitskreis gehörten an *G. Hueck, Lutter, Mertens, Rehbinder, Ulmer, Wiedemann, Zöllner.*

[70] BGHZ 95, 330; dazu *Fleischer/Trinks,* in diesem Band, § 21, S. 657.

[71] BGHZ 115, 187.

[72] Vgl. etwa *Flume,* DB 1992, 25; *ders.,* ZIP 1992, 817: Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG; *Knobbe-Keuk,* DB 1992, 1461 („Erdbeben Video"); rückblickend aus Richtersicht *Röhricht,* ZGR 1999, 445, 466: „Unter dem Eindruck einhelliger Empörung und heftiger Kritik der Vertreter der Wissenschaft – darunter auch solcher, die vorher an der Formulierung des Vorbilds der Video-Doktrin beteiligt waren – […] mußte die Rechtsprechung schließlich auf ein erträgliches Maß zurückgeführt werden."

tiefe Wunden geschlagen hat: „Erweist sich eine von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgegriffene Theorie später als verfehlt, so wird sich die Wissenschaft unter dem Eindruck des lauten Aufschreis der davon nachhaltig Betroffenen sehr schnell von ihrem geistigen Kund verabschieden und die Verantwortung für die eingetretene Fehlentwicklung allein der Rechtsprechung zuschieben. Diese aber findet sich unversehens in der Rolle des Zauberlehrlings wieder, der die Geister des großen Zaubermeisters ‚Wissenschaft', die er selber gerufen hat, nicht ohne weiteres wieder los wird."[73]

Über den Wandel der Beurteilungsmaßstäbe bei der Beschlusskontrolle im Personengesellschaftsrecht unterrichtet die *Otto*-Entscheidung des BGH von 2007[74], die rückblickend die Rechtsprechungskette vom Bestimmtheitsgrundsatz über die Kernbereichslehre bis hin zur neuen zweigliedrigen Beschlusskontrolle Revue passieren lässt.

c) Formative Fälle

Formative cases nennen die Amerikaner jene Fälle, die einen ganzen Sachbereich aus- oder umgeformt haben. Zuweilen ist auch von sog. *master cases* die Rede.[75] Einen solchen *master case* bildet im Europäischen Gesellschaftsrecht das *Centros*-Urteil des EuGH aus dem Jahre 1999[76], das hierzulande und anderwärts eine Zeitenwende im Internationalen Gesellschaftsrecht eingeläutet und eine Literaturflut sondergleichen ausgelöst hat.[77] Seine Ausläufer für die Haftung des *director* einer Scheinauslandsgesellschaft haben zuletzt wieder BGH und EuGH beschäftigt.[78] Auf einem ganz anderen Gebiet sticht aus ähnlichen Gründen der *DAT/Altana*-Beschluss des BVerfG heraus, der aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG abgeleitet hat, dass der Börsenkurs bei der Abfindungsbemessung für ausgeschiedene Aktionäre berücksichtigt werden muss.[79] BGH und herrschende Lehre hatten dies jahrzehntelang vehement abgelehnt, weil der Börsenkurs von „zufallsbedingten Umsätzen, spekulativen Einflüssen und sonstigen nicht wertbezogenen Faktoren wie politischen Ereignissen, Gerüchten, Informationen und psychologischen Momenten" abhänge und „unberechenbaren Schwankungen und Entwicklungen" unterliege.[80] In die Rubrik der *formative cases* gehört schließlich auch das *Lufttaxi-*

---

[73] *Röhricht,* ZGR 1999, 445, 464.

[74] BGHZ 170, 283; dazu *Wertenbruch,* in diesem Band, § 20, S. 637.

[75] So *Papke,* Narrative and the Legal Discourse. A Reader in Storytelling and the Law, 1992, Preface, S. 1: „[M]aster narratives serve to organize entire areas of the case law."

[76] EuGH Slg. 1999, I-1459.

[77] Vgl. zuletzt *Weller,* in: MünchKommGmbHG, 3. Aufl. 2018, Einl. Rn. 350 ff. m.w.N.

[78] EuGH NJW 2016, 223 – *Kornhaas;* dazu *Mock,* in diesem Band, § 23, S. 729.

[79] Vgl. BVerfGE 100, 289; eingehend, auch rechtsvergleichend *Fleischer,* in Fleischer/Hüttemann (Hrsg.), Rechtshandbuch Unternehmensbewertung, 2015, § 31 Rn. 7, 40 ff.

[80] BGH NJW 1967, 1464.

Urteil des BGH aus dem Jahre 1959[81], das nach einzelnen Vorläufern in der Judikatur des RG[82] an einem atypischen Fall ein Sonderrecht für kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der GmbH auf den Weg gebracht hat.[83]

Nicht immer sind es allerdings atypische Fälle, welche die Gerichte zur Rechtsfortbildung anspornen. Zuweilen hält umgekehrt die Rechtsfortbildung händeringend nach einem Fall Ausschau hält, so wie in *Pirandellos* Theaterstück sechs Personen einen Autor suchen. Dies hat *Herbert Wiedemann* für das konzernrechtliche *Autokran*-Urteil trefflich herausgearbeitet.[84] Ähnliches könnte man für die Leitentscheidung des BGH zur Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR feststellen. Der revisionsrechtliche Sachverhalt dieses Urteils, im Fachjargon *ARGE Weißes Roß* genannt, besteht strenggenommen nur aus einem einzigen Satz:

„Die Kl. klagt im Wechselprozess auf Zahlung der Wechselsumme von 90.000 DM zuzüglich Nebenforderungen gegen die Bekl. zu 1, eine bauwirtschaftliche Arbeitsgemeinschaft (ARGE) in der Rechtsform einer GbR, als Wechselakzeptantin und die früheren Bekl. zu 2 und 3 als deren Gesellschafterinnen."[85]

Im Lichte dieser und anderer Entscheidungen muss man die von Bundesrichtern beredt geführt Klage,[86] dass ein Revisionsgericht von dem ihm unterbreiteten Fallmaterial abhänge, wohl relativieren.

d) Protagonistengetriebene Fälle

Als protagonistengetriebene Fälle werden hier Gerichtsentscheidungen bezeichnet, die der Beharrlichkeit[87] einer Partei entsprungen sind. Als gesellschaftsrechtliche „Inkubatoren" treten zum einen Anteilseigner oder Anlegerschützer auf, die mit aller Entschlossenheit für ihre Überzeugung eintreten. Eine *cause célèbre* ist der schon erwähnte *Girmes*-Fall, in dessen Hauptrolle

---

[81] BGHZ 31, 258, 268 ff.; näher *Thiessen,* in diesem Band, § 5, S. 143.

[82] Vgl. RG JW 1938, 862, 864; eingehend dazu *Thiessen,* in Duss/Linder/Kastl/Börner/Hirt/Züsli (Hrsg.), Rechtstransfer in der Geschichte, 2006, S. 446, 474 ff.

[83] Näher *Hommelhoff,* ZGR 1988, 460, 468 f.

[84] Vgl. *Wiedemann,* ZGR 1986, 656, 657 f.

[85] BGHZ 146, 341, 342; dazu *Wedemann,* in diesem Band, § 15, S. 491.

[86] Vgl. *R. Fischer,* in Lutter/Stimpel/D. Fischer (Fn. 39), S. 23, 37 ff. und S. 51, 61; ferner *Röhricht,* ZGR 1999, 445, 457, 463; relativierend *Boujong,* GmbHR 1992, 207 mit Fn. 6: „Wenn allerdings das Revisionsgericht es als zweifelhaft bezeichnet, ob an einer von ihm früher geäußerten Rechtsansicht festzuhalten ist, oder wenn es sonst die Möglichkeit einer Änderung seiner Judikatur andeutet, kann das in einschlägigen Fällen die Bereitschaft der Parteien, Revision einzulegen, fördern."

[87] Vgl. die Charakterisierung von Generalanwalt *Tesauro,* Slg. 1992, I-4897, I-4900: „Dies nicht etwa deshalb, weil der ‚Rechtsstreit' vom Antragsteller beharrlich gewollt und herbeigeführt worden ist."

der streitlustige[88], millionenschwere Investor, Euro-Gegner und Verleger des Effecten-Spiegels, *Bolko Hoffmann,* auftrat. In die gleiche Reihe gehört *Leo Kirch,* der die Deutsche Bank nach dem Zusammenbruch seines Medienimperiums mit einer Fülle von Klagen überzog und in seinem persönlichen Rachefeldzug auch deren Vorstandssprecher *Rolf Breuer* nicht aussparte.[89] Zum anderen gibt es Rechtsanwälte oder Universitätsprofessoren, die durch ein Gerichtsurteil ihrer eigenen Lehrmeinung zum Durchbruch verhelfen wollen. So lag es etwa im *Meilicke*-Fall, benannt nach einem europarechtlich versierten Bonner Rechtsanwalt, der mit einer wissenschaftlichen Streitschrift gegen die Rechtsfigur der verdeckten Sacheinlage zu Felde gezogen war, um sie für europarechtswidrig erklären zu lassen.[90] Das LG Hannover tat ihm den Gefallen und legte die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.[91] Generalanwalt *Tesauro* stützte *Meilickes* Standpunkt in seinen materiellrechtlichen Hilfserwägungen, störte sich aber daran, dass die anhängige Streitigkeit vom Antragsteller „ersichtlich konstruiert" worden sei.[92] Der EuGH folgte dem und sah keine Veranlassung, über die Vorlagefrage des LG Hannover zu entscheiden.[93] Mehr Erfolg war den Protagonisten im *Cartesio*-Fall[94] beschieden, in dem der ungarische Rechtswissenschaftler *Peter Metzinger* im Hintergrund die Strippen zog, der zuvor durch Publikationen auf dem Gebiet der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften hervorgetreten war.[95] Jüngst hat der Münchener Arbeitsrechtsprofessor *Volker Rieble* mit derselben Masche vor dem LG Frankfurt einen Teilerfolg erzielt. In einem Verfahren, in dem es um die Berücksichtigung ausländischer Arbeitnehmer bei der Mitarbeiterzahl für die Anwendbarkeit der deutschen Mitbestimmung geht, heißt es in der Beschlussbegründung wörtlich:

„Zwar geht die Kammer davon aus, dass der Antragsteller mit seinem Antrag in erster Linie wissenschaftliche Interessen verfolgt und die Beteiligung an der Deutsche Börse AG nur deshalb erworben hat, um die von ihm begehrte Feststellung zu treffen. Das Gesetz

---

[88] Vgl. den Nachruf von *Leyendecker,* SZ vom 21.5.2010, Ein Streitlustiger: „Das Auffallendste an der Erscheinung des Bolko Hoffmann war die vollkommene Deckung von Mann und Werk. Er war ein Mann von außergewöhnlicher Streitlust."

[89] Vgl. BGHZ 166, 84 – *Kirch/Breuer;* dazu *Schirmer,* in diesem Band, § 19, S. 607.

[90] Vgl. *Meilicke,* Die verschleierte Sacheinlage, 1989; *ders.,* DB 1989, 1067.

[91] Vgl. LG Hannover ZIP 1991, 369.

[92] Slg. 1992, I-4897, I-4900

[93] EuGH, Slg. 1992, I- 4919 – *Meilicke*; dazu *J. Schmidt,* in diesem Band, § 12, S. 413.

[94] EuGH, Slg. 2008, I-9641.

[95] Dazu *Búrian,* in Hein/Lipp (Hrsg.), Europäisierung des Rechts, 2008, S. 95, 103 f.; *Kuipers,* EJLS 2009, 66, 72; eingehend *Behme,* Rechtsformwahrende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze, 2015, S. 46 f.